



Centro Universitário De Brasília
Faculdade De Ciências Jurídicas E Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

ALINE PADILHA MARTINS E SILVA

**DELITOS FISCAIS COMO ANTECESSORES DA LAVAGEM DE DINHEIRO: uma
impossibilidade jurídica e material do crime.**

**BRASÍLIA
2020**

ALINE PADILHA MARTINS E SILVA

DELITOS FISCAIS COMO ANTECESSORES DA LAVAGEM DE DINHEIRO: uma impossibilidade jurídica e material do crime.

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Gabriel Haddad.

BRASÍLIA

2020

ALINE PADILHA MARTINS E SILVA

**DELITOS FISCAIS COMO ANTECESSORES DA LAVAGEM DE DINHEIRO: uma
impossibilidade jurídica e material do crime.**

Artigo científico apresentado como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito pela Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do
Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador: Prof. Gabriel Haddad.

BRASÍLIA, ____ DE _____ DE 2020.

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador

Professor(a) Avaliador(a)

DELITOS FISCAIS COMO ANTECESSORES DA LAVAGEM DE DINHEIRO: uma impossibilidade jurídica e material do crime.

Aline Padilha Martins e Silva.

RESUMO

SUMÁRIO

Introdução. 1 Delitos Fiscais. 2 Crime de lavagem de dinheiro. 3 Caso Supermaia. 3.1 Denúncia. 3.2 Ilustração do problema: sonegação de ICMS como antecessor da lavagem de dinheiro. 3.2.1 Cenário 1: Crime impossível (art. 17 do Código Penal). 3.2.2 Cenário 2: Considerada atipicidade por inexistência do objeto material da infração. 3.2.3 Cenário 3: Bis in Idem. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente projeto tem por objetivo o estudo da impossibilidade jurídica e material da ocorrência do crime de lavagem de dinheiro a partir de um delito fiscal, considerando que todos os valores utilizados no crime de lavagem são obtidos como resultado de uma atividade ilícita. Assim sendo, necessita-se de geração de bens por meio de crime, o que não ocorre na fraude fiscal, pois esta não gera bens, mas simplesmente oculta os bens obtidos lícitamente da fazenda pública, impossibilitando que essa seja tida como antecedente da lavagem de dinheiro.

Após a nova redação do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, extinguiu-se o rol de crimes antecedentes da lavagem de dinheiro. Assim, qualquer infração penal tornou-se passível de ser considerada antecedente de tal delito, tendo como pré-requisito apenas a **geração de bens ilícitos**.

Dessa forma, criou-se possibilidade, ainda que em tese, de os delitos fiscais serem considerados como infrações penais antecedentes do crime de lavagem de capitais. Entretanto, tal situação, esbarra de forma clara na importante questão de serem os delitos fiscais capazes ou não de gerar capitais ilícitos para serem objeto antecessor do crime de lavagem.

A presente discussão possui clara importância na atualidade, momento em que a visibilidade - e até mesmo a prática - de crimes fiscais aumentou de maneira drástica nos últimos anos. Ademais, não há como negar que o crime de lavagem de dinheiro está presente na maioria das denúncias dos casos de delitos fiscais e crimes de colarinho branco, ainda que não tenha uma corrente majoritária sobre o assunto.

Assim sendo, existem duas questões a serem respondidas no presente trabalho: a primeira é se o crime tributário é capaz de gerar capitais ilícitos, ou se apenas se oculta os bens lícitos da Fazenda pública; e a segunda é se o crime tributário seria passível de ser utilizado como antecessor do crime de lavagem de capitais.

A escolha do presente tema se deu a partir do contato com o caso da rede de supermercados SUPERMAIA, em que seus gestores são acusados de crimes fiscais e de lavagem de dinheiro, sendo utilizada como uma das teses de defesa justamente a impossibilidade jurídica e material da utilização de sonegação fiscal praticada por particular como antecedente da lavagem.

Atualmente, está em evidência, principalmente na mídia, o combate aos crimes de colarinho de branco, tendo como conexão o crime de lavagem de dinheiro. Assim sendo, diante da clara evidência do crime de lavagem de dinheiro, não há como eximir a importância do crime tributário como antecessor desse perante o contexto atual em que vivemos. Portanto, não há como fechar os olhos para tal debate, uma vez que não são poucos os casos atuais que tratam exatamente sobre tal situação (Supermaia, Supercei, entre outros).

Perante a grande popularidade do crime de lavagem de dinheiro e dos inúmeros casos atuais que tem como tese defensiva a impossibilidade do crime tributário como antecessor da lavagem, a presente pesquisa tem alta viabilidade, sendo possível verificar diversas opiniões sobre o tema.

Apesar de existirem diversos delitos fiscais, o presente trabalho tem por objetivo observar apenas se o crime de sonegação fiscal praticado por particular é capaz de ser considerado como antecessor da lavagem de dinheiro, e não especificar cada um dos delitos.

Assim, para a discussão do tema, dividiremos este trabalho em capítulos, além desta introdução. Os capítulos “CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO” e “DELITOS FISCAIS” tem por objetivo a explicação de todas as nuances dos crimes de lavagem de capitais e de crimes fiscais. Nestes capítulos trataremos acerca da introdução de tais crimes no ordenamento brasileiro, seus sujeitos passivos e ativos, os bens jurídicos tutelados, bem como a prática de tais delitos.

Posteriormente, o capítulo “CASO SUPERMAIA” explicará a situação fática a ser estudada acerca da denúncia oferecida em face dos proprietários e administradores da rede de supermercados SUPERMAIA, onde lhes foram imputados os crimes contra a ordem tributária, tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990, bem como de lavagem de dinheiro, previsto no art. 1º, §2º, I, c/c art. 1º, §4º, ambos da Lei n. 9.613/1998.

Por fim, a conclusão tem por intuito compilar todos os argumentos que constam neste trabalho, a fim de instigar ainda mais o debate que este trabalho deu início, explicando por que motivos o crime de sonegação fiscal poderá ou não ser considerado como antecessor da lavagem de capitais.

1 DELITOS FISCAIS

Os crimes tributários foram introduzidos no nosso ordenamento no ano de 1990 pelos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 8.137/90 com o intuito de reprimir o não pagamento ou a supressão de tributos.

No Brasil, há uma divergência doutrinária acerca da identificação do bem jurídico tutelado por tais delitos, onde dividem-se entre teoria patrimonialista, funcionalista e ecléticas conforme explica Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

As teorias patrimonialistas defendem que o bem jurídico tutelado pelos crimes tributários gravitam entorno da defesa de interesses patrimoniais supraindividuais do Estado, realçando, pois, que referidos delitos buscam proteger o patrimônio público, a fazenda pública, a arrecadação tributária.

Por outro lado, as teorias funcionalistas são aquelas que rejeitam uma conotação meramente patrimonial dos bens jurídicos protegidos, centrando, assim, a atenção nas funções que deve cumprir o tributo. Existem, ademais, as denominadas teorias ecléticas, que aceitam a especificidade da ordem tributária e a funcionalidade do tributo.

Entendem que esas particularidades são importantes para dar os contornos a um bem jurídico genérico, à ratio legis dos tipos penais. A pesar disso, as teorias ecléticas realçam que a característica mais marcante desses delitos é precisamente a existência de um bem jurídico específico e imediato, que é consubstanciado pelos interesses patrimoniais do estado.¹

Importante ressaltar, ainda, que o crime discutido neste capítulo é crime comum, podendo ser cometido por qualquer particular desde que seja o contribuinte ou o responsável tributário. Assim sendo, poderá ser responsabilizado por tal delito aquele que for o representante do contribuinte, uma vez que atua em nome de terceiro, assumindo a posição de garante, por ter domínio sobre as ações descritas no tipo penal. Entretanto, no caso de pessoas jurídicas, a responsabilização penal deverá cair sob aquele que foi o responsável pelo não pagamento do tributo, o que não será, necessariamente, os sócios, podendo ser, por exemplo, o contador ou o gerente, a depender de caso a caso.

As condutas típicas do crime em tela são, basicamente, a supressão e a redução do tributo, sendo a primeira aquela em que o agente não paga nenhuma parte do tributo devido, e a segunda aquela em que o agente paga valor menor que o devido mediante manobras (fraudes, enganação oclusão).

Ademais, de relevante importância, cumpre dizer que tais crimes presumem necessariamente um dolo. Ou seja, o sujeito deve almejar não pagar os valores devidos para a configuração de crime fiscal.

Diante de tais esclarecimentos, entende-se que os delitos fiscais são aqueles em que o sujeito não paga total ou parcialmente o fisco por diversas manobras que poderão ser realizadas pelo contribuinte ou por aquele que for responsável pelo pagamento dos tributos.

2 CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

O crime de lavagem de dinheiro fora introduzido no ordenamento brasileiro pela Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que tipifica em seu artigo 1º:

¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Leis penais especiais**: comentadas artigo por artigo. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 898.

Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.²

A luz da doutrina, tem-se Marco Antonio de Barros, que assim conceitua:

“Lavagem” é o método pelo qual uma ou mais pessoas, ou uma ou mais organizações criminosas, processam os ganhos financeiros ou patrimoniais obtidos com determinadas atividades ilícitas. Sendo assim, “lavagem” de capitais consiste a operação financeira ou na transação comercial que visa ocultar ou dissimular a incorporação, transitória ou permanente, na economia ou no sistema financeiro do País, de bens, direitos ou valores que, direta ou indiretamente, são resultado de outros crimes, e a cujo produto ilícito se pretender dar lícita aparência.³

Assim sendo, o crime de lavagem de capitais é o processo pelo qual se busca inserir, na economia, um capital ilícito com aparência de lícito, impedindo o rastreamento desses recursos. Ou seja, lavar dinheiro é, basicamente, transformar um dinheiro considerado “sujo” pelo caráter ilícito de sua obtenção, em um dinheiro “limpo”, de forma que pareça que esse capital tenha sido gerado por atividades lícitas.

Há, portanto, um empecilho na punição de alguns crimes diante da prática da lavagem de capitais, uma vez que se dificulta a localização dos ativos ilícitos após a lavagem. Por tal motivo, a maioria da doutrina considera que o bem jurídico tutelado, ou seja, aquilo que se pretende proteger com a criminalização da conduta, é a Administração da Justiça. Tal situação justifica-se pela incapacidade que possui a administração pública em punir aqueles que praticam os crimes antecedentes, objetivando, assim, uma maior efetividade ao sistema estatal.

Entretanto, apesar deste ser o entendimento majoritário, é de suma importância ressaltar também o entendimento de que o bem tutelado juridicamente

² BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.613%2C%20DE%203%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20de,COAF%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 20 abr. 2020. Artigo 1º.

³ BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de dinheiro**: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 91-92.

seria a ordem econômica, como explica Rogério Sanches:

Ora, com a prática ilegal, o ingresso da vantagem financeira de origem ilícita na economia formal – embora travestida de legalidade – ofende sobremaneira a ordem socioeconômica, pois acarreta nítido desequilíbrio em um mercado pautado por regras harmonicamente estabelecidas. Não serão mais o preço, a qualidade do produto ou a eficiência do serviço prestado a conduzirem a lógica das atividades econômicas. Na verdade, a introdução de recursos de origem espúria no cenário econômico traz motivações e elementos outros que certamente afetam a harmonia lógica reinante no mundo dos negócios.⁴

Assim sendo, levando em consideração que o crime de lavagem de capitais é um crime comum, qualquer pessoa poderá praticar o delito em questão, não sendo necessária nenhuma característica especial do agente para tanto, ainda que o crime antecedente pressuponha tal característica. Por outro lado, tendo como base o bem jurídico tutelado, o sujeito passivo deste crime é a coletividade, pois a sociedade é quem sofre o dano pela prática de tal infração.

Assim ensina Rogério Sanches:

Afetando-se a administração da justiça, por via direta, abalam-se o cotidiano e a qualidade de vida do indivíduo social. Como recompensa à prática de atos de corrupção e crimes, quando manobras de lavagem de dinheiro são bem-sucedidas, verifica-se a ocorrência de graves prejuízos à integridade de toda a sociedade, minando a democracia e o senso social da Justiça.⁵

Tratando-se da execução do crime, esta se dará em modo sistemático, subdividido em três fases, com a única finalidade de transparecer à fiscalização um processo completamente íntegro e lícito. A primeira fase é a ocultação – também conhecida por colocação – momento em que se insere o capital ilícito em um montante lícito, para que o produto do crime se distancie do criminoso.

De acordo com Sérgio Moraes Pitombo, nesta primeira fase:

É feito o fracionamento do capital, obtido com a infração penal, e, depois pequenos depósitos bancários que não chamam a atenção pela insignificância dos valores e escapam às normas administrativas

⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Leis penais especiais**: comentadas artigo por artigo. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 1439.

⁵ Ibidem, p. 1443.

de controle, impostas às instituições financeiras (art. 10, II, combinado com art. 11, II, da Lei 9.613/1998).⁶

A segunda fase da lavagem de capitais, por sua vez, consiste na dissimulação – também conhecida por mascaramento. Nesta fase, busca-se esconder os rastros dos crimes por meio de inúmeras transações bancárias, dissimulando o percurso do ilícito financeiro, para dificultar possíveis investigações. É, portanto, nesta fase em que se envia o dinheiro para o exterior – onde existem os paraísos fiscais – buscando sempre países em que presem o sigilo bancário em primazia, para que fique cada vez mais difícil a localização de tais ativos financeiros.

Por último, tem-se a fase da integração, onde o dinheiro ilícito já foi devidamente “lavado” e, portanto, já possui caráter lícito, podendo ser integrado no sistema econômico e financeiro como se assim o fosse. É nesta fase que encontram-se as empresas de fachada, os investimentos falsos, a compra e venda de bens e ativos, onde tenta-se introduzir o capital no círculo econômico-financeiro.

Acerca do assunto, Marco Antonio Barros assim ensina:

Geralmente se dá com a criação ou investimentos em negócios lícitos, ou ainda mediante a aquisição de bens em geral (imóveis, obras de arte, ouro, jóias, ações embarcações, veículos automotores etc.) Sendo o capital, com aparência lícita, reintroduzido nos setores econômico, financeiro e produtivo da cadeia econômico-financeiro do país, tal como ocorre com as operações de fundos legítimos.⁷

Outrossim, é sabido que, para a consumação do delito em que aqui se discute, é necessária a prática de uma infração penal que anteceda a lavagem, uma vez que é imprescindível a criação do objeto da lavagem, qual seja o dinheiro fruto de uma atividade ilícita.

De acordo com a Convenção de Viena, é imprescindível que os bens, direitos ou valores objeto da lavagem de capitais sejam provenientes direta ou indiretamente de um crime antecedente. Ou seja, o objeto da lavagem é o produto de algum crime antecessor.

⁶ PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro**: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

⁷ BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de dinheiro**: implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 45-46.

Assim, iniciou-se a corrida pela definição de quais crimes podem ser elencados como antecedentes do delito da lavagem. Diante da dificuldade de tal consideração, como nos ensina Rogério Sanches:

Encontra-se inserida na alçada de política criminal de cada jurisdição cabendo ao legislador pátrio optar para quais condutas criminosas deseja estender a criminalização da lavagem do recurso financeiro ilicitamente gerado.⁸

A norma internacional que regula especificamente tal questão é a Recomendação n. 3 do Grupo de Ação Financeira (GAFI), que estabeleceu às jurisdições o dever de efetuar a criminalização da lavagem de capitais conforme às regras da Convenção de Viena, que assegura que os crimes antecedentes devem ser todos os crimes graves.

Assim, diversos entendimentos acerca do rol de crimes antecedentes foram sendo adotados pelo mundo, não tendo uma uniformidade e um entendimento único mundialmente reconhecido sobre diversos crimes, como, por exemplo, os crimes fiscais.

O crime antecessor da lavagem, em sua normalidade, é pensado como resultante de um produto ou proveito ilícito como um ganho, uma vantagem que o crime agrega ao patrimônio do autor. O dinheiro furtado, a coisa roubada, o valor extorquido mediante sequestro, a propina na corrupção.

Em tais casos, não há discussão que existem bens, direitos ou valores ilícitos incorporados ao patrimônio do criminoso e que, se houver ocultamento ou dissimulação (etapas da lavagem) de sua origem, natureza, procedência, estará caracterizado o crime de lavagem, previsto no art. 1º da Lei n. 9.613/1998.

Na doutrina nacional, a redação originária da Lei nº 9.613/1998 inclinava-se, claramente, no sentido de exigir que os bens, direitos ou valores, provenientes da infração, “implicassem um acréscimo ao patrimônio do criminoso”. Aliás, não foi por outro motivo que, declaradamente, ficou fora do rol de delitos antecedentes, por

⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Leis penais especiais**: comentadas artigo por artigo. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 1467.

exemplo, o crime de sonegação fiscal.

Necessário relembrar a Exposição de Motivos do Poder Executivo (EM 692/MJ/96) constante do projeto de lei originário, que, posteriormente aprovado, deu azo à primeira redação da Lei 9.613/1998. Ali, consignou-se expressamente que “o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal (EM, item 34)”.

Ocorre que, posteriormente, admitiu-se a abertura do catálogo de crimes antecedentes (com a edição da Lei n. 12.683/2012), onde o rol de crimes antecedentes foi excluído do art. 1º da Lei n. 9.613/98, deixando de ser um rol taxativo e deixando aberto à interpretação do magistrado quais crimes podem e não podem ser antecessores do delito principal.

Por outro lado, nas doutrinas internacionais, vários cenários podem ser observados como direito comparado para que diversas visões acerca do tema sejam analisadas. Em Portugal, desde a Lei n. 10/2002, que deu nova redação ao art. 2º do Decreto-Lei n. 325/95, o delito fiscal, tipificado nos arts. 103 e 104 do Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), está presente no rol dos crimes antecedentes ao branqueamento (denominação do crime de lavagem de dinheiro).

Entretanto, houve a revogação do Decreto-Lei n. 325/1995 supracitado, por meio da Lei n. 11/2004, mas incluiu-se ao Código Penal português o art. 368-A, mantendo a fraude fiscal dentre os antecedentes da lavagem.

Já na Alemanha, o Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch (StGB)) prevê a aplicação do crime de lavagem de dinheiro (Geldwäsche) aos casos de fraude fiscal quando cometidos profissionalmente ou de forma organizada, em relação aos gastos economizados em virtude da fraude fiscal, às compensações tributárias, às restituições de impostos recebidos indevidamente e aos bens cujos impostos

respectivos tenham sido evadidos.

Na França, o art. 341-1 do Código Penal Francês prevê que qualquer crime ou delito poderá ser considerado como antecedente do *blanchiment* (lavagem de dinheiro), não havendo qualquer restrição aos ilícitos penais.

Além disso, a Câmara Criminal da Corte de Cassação francesa já considerou, em um caso concreto, que o delito fiscal da lavagem de dinheiro pode ser resultado de dissimulação de valores sujeitos à tributação.

A Itália, por sua vez, em semelhança com a França, não possui um rol de infrações precedentes do delito de lavagem de dinheiro, podendo qualquer delito não culposos seu antecessor do *riciclaggio* (lavagem de capitais), tipificado no art. 648 do Código Penal italiano. Houve, também, confirmação da possibilidade de delitos fiscais como antecessores da lavagem de dinheiro em sentença proferida pela Corte de Cassação italiana em 2012.⁹

3 CASO SUPERMAIA

O grupo SuperMaia foi um importante empreendimento brasileiro no ramo de supermercados instituída por Paulo de Mendonça Maia, e administrada por seu filho José Fagundes Maia Neto e sua nora Maria de Fátima há mais de quatro décadas no Distrito Federal.

Dentre seus quinze estabelecimentos de supermercados, a rede gerou diretamente mais de dois mil empregos em decorrência de sua atividade, além de seis mil empregos indiretos e diversos promotores de vendas e fornecedores, os quais dependiam todos do grupo para sua subsistência.

A rede de supermercados recebeu diversos prêmios e diplomas por estarem entre os maiores arrecadadores de ICMS do Distrito Federal e do Goiás, chegando a ultrapassar, em ranking regional, empresas com faturamento extremamente maior do que os que o grupo possuía, além disso, foi consagrado entre os maiores

⁹ ITÁLIA. Corte di Cassazione. **Penale Sent.** Sez. 2 Num. 6061 Anno 2012. Disponível em: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=../20120217/snpen@s20@a2012@n06061@tS.clean.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

supermercadistas do país, tendo sido classificado em 26º lugar no ranking nacional.

Com o crescimento rápido da concorrência, o grupo se viu obrigado a reduzir cada vez mais os preços, trabalhando com baixas margens de lucro, ao mesmo tempo em que visavam a expansão da rede, como meio de garantir a permanência e liderança no mercado.

Devido a ascensão da rede Supermaia, o grupo passou a depender de capital de terceiros, dentre eles fornecedores, que aumentaram suas participações nas operações, e sobretudo de financiamentos bancários, gerando recursos financeiros de maneira extremamente onerosa, fazendo com que as dívidas do tomador do empréstimo sejam cada vez maiores.

Nesse cenário, o grupo teve um prejuízo avaliado aproximadamente em R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais) devido ao incêndio em sua unidade no Lago Sul, além da perda temporária de considerável parte de seu faturamento, o que resultou em um grave corte no capital de giro da empresa.

A rede, portanto, entrou em grave crise econômico-financeira, onde o custo alto do negócio, redução no faturamento, endividamento bancário, juros e pouco prazo para pagamento foram protagonistas de tal cenário. Entretanto, mesmo em meio ao desastre, o grupo Super Maia manteve como prioridade os pagamentos de seus empregados, com o intuito de evitar que a crise prejudicasse o sustento de inúmeras famílias.

Assim, as empresas do grupo Super Maia recorreram em 2015 ao Poder Judiciário a fim de promover a Recuperação Judicial, a qual foi deferida pela Vara de Falências, Recuperações Judiciais, Insolvência Civil e Litígios Empresariais do Distrito Federal.

3.1 Denúncia

Durante a grave crise que o grupo SuperMaia vivia, houve, concomitante, o aumento da dívida tributária das empresas, uma vez que, por vezes, os tributos eram parcialmente pagos ou, raramente, não eram adimplidos, devido a falta de recursos para seu pagamento.

Posteriormente, ainda em 2015 – ano em que a Recuperação Judicial foi decretada – o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ofereceu denúncia em face dos gestores do grupo de supermercados JOSÉ FAGUNDES MAIA NETO, MARIA DE FÁTIMA GONÇALVES DOS SANTOS MAIA, JANDY FRANÇA MACIEL, ANTÔNIO CÉSAR MAIA, MARIA DE LOURDES BANDEIRA MAIA VALADÃO e ALCINA LIDUINA BANDEIRA MAIA DE ABREU, imputando-lhes crime contra a ordem tributária, tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990, bem como lavagem de dinheiro, previsto no art. 1º, §2º, inciso I c/c art. 1º, §4º, ambos da Lei n. 9.613/1998.

A inicial acusatória apontou que os gestores teriam suprimido o tributo de ICMS, delito definidos nos arts. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990, ao deixarem de declarar operações sujeitas a sua incidência. Ademais, acusou, também, a ocorrência de apropriação indébita tributária, prevista no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, de valores de ICMS que foram devidamente escriturados em livros fiscais e comunicados às autoridades fiscais do Distrito Federal.

Ademais, sustentou o *parquet* a ocorrência de crime de lavagem de dinheiro, previsto na Lei n. 9.613/1998, por terem os valores sonegados sido supostamente utilizados para promover a abertura e reforma de supermercados da rede durante os anos de 2008 e 2011.

Nos autos do processo que percorria na 5ª Vara Criminal de Brasília, o douto juízo condenou o sócio-gerente JOSÉ FAGUNDES MAIA NETO em cinco anos de reclusão pelos crimes de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro por deixar de recolher o valor do tributo do ICMS, bem como por apropriação indébita tributária.

Após a condenação em primeira instância, os defensores do grupo SuperMaia recorreram para a segunda instância por meio de Apelação Criminal, pugnando por nulidades, bem como pela improcedência das imputações quanto ao crime de lavagem de capitais. 00206885220168070001

A Primeira Turma Criminal do e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal proveu o recurso de Apelação Criminal da defesa por entender que:

6. Não subsiste a alegação de lavagem de dinheiro (artigo 1º, § 2º, inciso I, combinado com artigo 1º, § 4º, ambos da Lei 9613/98), pois a

ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos valores tem de ser provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Ademais, se os recursos não foram repassados, mas sim utilizados na própria atividade empresária (pagamento de funcionários e fornecedores) não estão ocultos ou dissimulados, pois se sabe perfeitamente onde foram empregados.¹⁰

Após a reforma da sentença pelo e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o Ministério Público do Distrito Federal interpôs Recurso Especial contra o acórdão acima descrito apontando infração aos art. 2º, II da Lei 8.137/90 e art. 1º, §2º, I, da Lei 9.613/98.

O Recurso Especial foi admitido pelo Presidente do TJDFT e remetido ao Superior Tribunal de Justiça para regular processamento do feito, sem atualizações até o momento da finalização deste trabalho.

3.2 Ilustração do problema: sonegação de ICMS como antecessor da lavagem de dinheiro

O *parquet* afirma na denúncia a existência do crime de lavagem de dinheiro, verificado no art. 1º caput da Lei n. 9.613/1998 por entender que, após se apropriarem de receitas tributárias provenientes do ICMS, os gestores dissimulavam tais valores como rendimento mensal empresarial para que os empréstimos feitos fossem mantidos, os valores reinvestidos e os parcelamentos tributários de débitos anteriores realizados, momento em que, para o MPDFT, teria sido consumada a prática do delito tipificado no art. 1º, §2º, inciso I c/c §4º, ambos da Lei n. 9.613/1998.

Entretanto, caso a pretensa acusatória estiver correta, estará admitindo o crime de sonegação de ICMS como antecessor da lavagem de capital, o que não é e nem nunca foi elencado em tal rol.

O delito de lavagem de dinheiro pressupõe diretamente um delito antecedente, uma vez que apenas é passível de ser lavado um capital proveniente de um delito ou contravenção penal. Acerca do exposto, dita-se a doutrina:

Característica esencial que ha de reunir el objeto del delito de blanqueo de capitales es que debe tener su origen en un hecho

¹⁰ Acórdão nº 1202672 da 1ª Turma Criminal do TJDFT na APR nº 2016.01.1.073322-2

*delictivo previamente cometido. Ha de existir, como requisito imprescindible, un nexo entre el objeto del blanqueo y una actividad delictiva previa. Si no está presente ese nexo o unión o se si rompen por alguna circunstancia, no existe objeto idóneo para el del delito de blanqueo de capitales.*¹¹

O tipo penal ainda indica que os bens passíveis de lavagem são aqueles provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Ou seja: apenas o produto ou proveito do crime pode ser objeto de lavagem, seja na forma de proveniência direta (*producta sceleris*), seja indireta (*fructus sceleris*). Os bens diretamente provenientes da infração são aqueles com ligação imediata com o ilícito anterior, como o dinheiro furtado, o carro roubado, enquanto os indiretamente provenientes são resultantes da transformação ou substituição dos originais, decorrência mediata da prática delitiva, como o imóvel adquirido com o dinheiro da corrupção, ou os rendimentos ou lucros da aplicação do valor original.¹²

Uma característica essencial que o objeto do crime de lavagem de dinheiro deve atender é que ele deve ter origem em um ato criminoso previamente cometido. Como requisito essencial, deve haver um vínculo entre o objeto da lavagem de dinheiro e uma atividade criminosa anterior. Se esse vínculo ou união não estiver presente ou se romperem devido a alguma circunstância, não há objeto adequado para o crime de lavagem de dinheiro.

O tipo penal ainda indica que você é passivo da lavagem apenas daqueles originados, direta ou indiretamente, por infração criminal. Ou seja: assim que o produto ou a provisão do crime puder ser objeto de lavagem, seja na forma de proveniência direta (*producta sceleris*), seja indireta (*fructus sceleris*). Você é diretamente da infração daqueles com a conexão ilegal anterior, como dinheiro furtado, ou carro rude, logo que eles resultem indiretamente da transformação ou substituição de origens originais, decoro mediado pela prática prática, ou imóvel adquirido como dinheiro proveniente de corrupção ou devoluções ou lucros com a aplicação do valor original. (Tradução livre da autora)

Nesse cenário, tem-se a ideia de que a lavagem de capitais, conforme se explicará a diante, tendo por antecedente o crime de sonegação poderia:

- a) Ser considerado um crime impossível, previsto no art. 17 do Código Penal por serem os bens e direitos proveito de atividade econômica lícita e regular – passivos absolutamente incompatíveis com a prática da lavagem;
- b) Ser considerado atípico pela inexistência do objeto material da infração;
- c) Configurar um *bis in idem*.

¹¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El Delito de Blanqueo de Capitales**. 3 ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 246.

¹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9613/1998, com alterações a Lei 12683/2012**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 69.

3.2.1 Cenário 1: Crime impossível (art. 17 do Código Penal)

No primeiro cenário, caso considerarmos, conforme o MPDFT na denúncia do caso SuperMaia, o crime de sonegação, especificamente acerca do tributo ICMS, como antecessor da lavagem de capitais, poderia ser constituído um crime impossível.

Tendo em vista que o tipo penal em questão pressupõe a pré-existência um crime consumado que tenha gerado capital para que este seja passível que figurar como objeto para aquele. Entretanto, os objetos supostamente sonegados no caso em tela, são provenientes direta e indiretamente de atividade lícita empresarial, especificamente no ramo de supermercados.

O crime impossível, por sua vez, é aquele ato que jamais poderá ser consumado, ou seja, jamais poderá existir, seja pela ineficácia completa do meio, seja pela impropriedade absoluta do objeto material, assim como prevê o artigo:

Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Temos, portanto, duas condições:

- a) Delito impossível por ineficiência absoluta do meio e;
- b) Delito impossível por impropriedade absoluta do objeto material.

Na primeira, a conduta será absolutamente impossível, pois o instrumento utilizado para a consumação da prática delitiva é incapaz de promover este fim de qualquer maneira. São exemplos de tais casos: quando alguém tenta matar outrem com magia ou quando alguém tenta tirar a vida de outra pessoa com um palito de dente.

A segunda, por sua vez, tem como exemplo quando o agente tenta matar um cadáver. Assim, será considerado crime impossível pela impropriedade absoluta do objeto material quando o agente praticar conduta que por si só será impossível de provocar qualquer consumação de resultado lesivo. Entretanto, nesse cenário o fruto da sonegação tributária, ainda o agente pudesse tentar, jamais conseguiria “tornar-se lícito”, já que jamais foi ilícito.

Em ambos os casos não existirá risco algum de lesão ao bem protegido. E, não lesando o bem em questão, não tem o que se falar em consumação de um crime, mas sim considerá-lo crime impossível.

3.2.2 Cenário 2: Considerada atipicidade por inexistência do objeto material da infração

Para que uma conduta seja considerada crime, deverá seguir o critério analítico, que, no direito brasileiro, segue-se a vertente tripartido: o fato deverá ser típico, antijurídico e culpável.

A tipicidade do delito é quando essa conduta está descrita formal e objetivamente, por meio da qual se modifica o mundo exterior. A antijuridicidade é a definição da conduta como a prática de ação atípica que contraria o direito e a legislação. Por último, mas não menos importante, a culpabilidade é a relação entre o agente e o fato, o qual deverá ser claro para o preenchimento deste quesito.

No presente caso, a sonegação de ICMS como precedente do delito de lavagem esbarrará no quesito da atipicidade, uma vez que tais crimes não possuem propriedade para antecederem a prática subsequente de crime de lavagem.

Não há discussão, tampouco dúvidas, que o proveito ilícito gerará uma vantagem patrimonial ao seu autor, como exemplo o dinheiro furtado, a coisa roubada, a propina na corrupção passiva.

Entretanto, o crime de sonegação tributária não é apto a gerar quaisquer produtos, uma vez que o objeto do crime de sonegação preexistente ao delito e não fruto deste, motivo pelo qual será incapaz de figurar como material de lavagem, já que o contribuinte não tem seu patrimônio alterado. Ou seja, o sonegador tinha certa disponibilidade em dinheiro ou valor em contas bancárias ou outros, e continuará exatamente com o mesmo valor, após deixar de pagar o tributo.

A resolução de tal questão possui duas vertentes: uma mais restritiva e a outra mais ampliativa. Uma linha de pensamento é convencionalmente denominada como “dinâmica”, que considerará que o delito anterior deverá ter gerado um ganho que depois será objeto de lavagem. A segunda linha, por sua vez, entende que, pelo ponto

de vista econômico, a ausência de redução patrimonial – situação da tese acusatória do caso do grupo Supermaia – poderá ser entendida da mesma forma em que o aumento ilícito do patrimônio é considerado como proveniente do delito.

Como se sabe, antes da modificação, a Lei n. 9.613/1998 possuía um rol taxativo dos delitos antecedentes, exigindo que os bens, direitos ou valores provenientes do delito implicassem um aumento significativo ao patrimônio do autor. Assim sendo, a sonegação tributária ficou expressamente excluída do rol original.

Cabe destacar, neste ponto, a Exposição de Motivos do Poder Executivo (EM 692/MJ/96) proveniente do projeto de lei originário da Lei 9.613/1998, o qual constou expressamente que:

O projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal (EM, item 34).

Posteriormente, entretanto, o rol taxativo foi ratificado, admitindo a abertura da lista de crimes antecedentes. Tal alteração, contudo, não exclui a compreensão acima citada, visto que ainda não será possível identificar a existência de produto derivado da sonegação, já que existe, apenas, manutenção do patrimônio.

3.2.3 Cenário 3: Bis in Idem

Há ainda, uma ofensa ao princípio do Non Bis in Idem, o qual pressupõe que ninguém poderá ser julgado pelo mesmo fato mais de uma vez, já que condenará o sonegador pelo crime do delito fiscal e pela lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, tem-se Bottini e Badaró:¹³

O tipo objetivo do art. 1º, caput, na forma de ocultação ou dissimulação exige, portanto, algum ato de mascaramento do valor precedente da

¹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9613/1998, com alterações a Lei 12683/2012.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 65.

infração. O uso aberto do produto do crime não caracteriza a lavagem. Se o agente utiliza o dinheiro procedente da infração para comprar imóvel, bens ou o deposita em conta corrente, em seu próprio nome, não existe o crime em discussão. O mero usufruir do produto infracional não é típico. Aquele que se propõe a praticar uma infração penal com resultado patrimonial o faz, em regra, com a intenção de gastar em proveito próprio os bens adquiridos. Trata-se de mero aproveitamento do produto de crime, ato irrelevante para a administração da justiça.

No presente caso, ainda que pudesse sustentar o *parquet* a existência de crimes tributários antecedentes, seu suposto emprego para financiar a abertura de novas lojas do mesmo grupo ou mesmo efetuar pagamento de empréstimos bancários ou outros débitos, seriam mero usufruto do suposto produto de crime, não tendo o condão de tipificar quaisquer atos da lavagem.

Ademais, no delito da sonegação já se pressupõe que tal produto seja utilizado para outro fim se não o de pagamento de tributos, uma vez que, caso o autor não tivesse o propósito de utilizar para outras atividades financeiras o dinheiro em questão, sequer iria deixar de pagar o imposto apenas para “reter” em sua conta ou aplicações mais capital.

Assim sendo, caso condenasse o autor por sonegação fiscal e, posteriormente, por lavagem deste capital que seria destinado ao pagamento do tributo de ICMS, configuraria clara ofensa ao princípio do non bis in idem que impede a dupla condenação pela mesma conduta.

CONCLUSÃO

Com a extinção do rol de delitos antecedentes da lavagem de dinheiro no art. 1º da Lei n. 9.613/98, criou-se a possibilidade de qualquer infração penal ser considerada antecedente, necessitando apenas que sejam gerados bens ilícitos.

Assim sendo, diante do extenso leque de possibilidades que se criou com tal modificação, os delitos fiscais passaram, ainda que em tese, a serem considerados como infrações penais antecedentes da lavagem de capitais por alguns doutrinadores, magistrados, entre outros, levando a questão principal do presente trabalho: seria ou não possível que os crimes fiscais gerassem capital passível de tornarem-se objeto para a lavagem?

Como vimos no caso SuperMaia, foram imputados aos sócios do grupo delitos contra a ordem tributária, tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990, bem como de lavagem de dinheiro, previsto no art. 1º §2º, inciso I c/c art. 1º, § 4º, ambos da Lei n.9.613/1998. Entretanto, caso considerássemos que o crime de lavagem de capitais pudesse ter como objeto a receita obtida por meio do não pagamento de tributos, conforme explicado neste trabalho, teríamos claro exemplo de: 1. Crime impossível; 2. Atipicidade da conduta; e 3. Bis in Idem.

Configuraria crime impossível pois o produto do crime de sonegação fiscal jamais poderá provocar a consumação do crime de lavagem de dinheiro, uma vez que não seria possível tornar lícito um capital que jamais fora ilícito, já que o capital pré existiu ao crime de sonegação, tornando o objeto absolutamente impróprio.

Outrossim, a lavagem de capitais com os delitos fiscais como seus antecessores configura prática atípica, pois tais crimes não possuem propriedade para ocuparem tais posições, já que a necessidade de capital fruto de ilícito não estará preenchida. Explico: o crime de sonegação tributária não é apto a gerar qualquer produto, pois o capital é pré-existente ao delito, e não fruto deste, motivo pelo qual será incapaz de figurar como material de lavagem.

Por último, tem-se a ofensa ao princípio do Non Bis in Idem, que determina que ninguém será julgado pelo mesmo fato mais de uma vez, pois qualquer utilização que o sonegador desse para a receita sonegada seria mero usufruto do suposto produto de crime, não tendo o condão de tipificar quaisquer atos da lavagem. Ou seja, no delito da sonegação já se pressupõe que tal produto seja utilizado para outro fim se não o de pagamento de tributos, já que, caso o sujeito não tivesse outro fim para a receita, sequer deixaria de pagar o tributo.

Diante do exposto, conclui-se que a utilização de crime fiscal previstos na Lei n. 8.137/90 como antecessor da lavagem de capitais (Lei n. 9.613/98) é uma impossibilidade jurídica por constituir conduta atípica, crime impossível e/ou ofensa ao princípio do non bis in idem.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de dinheiro:** implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El Delito de Blanqueo de Capitales**. 3 ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de Dinheiro:** aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9613/1998, com alterações a Lei 12683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.613%2C%20DE%203%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20de,COAF%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 20 abr. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Leis penais especiais:** comentadas artigo por artigo. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ITÁLIA. Corte di Cassazione. **Penale Sent.** Sez. 2 Num. 6061 Anno 2012. Disponível em:

<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snp&id=20120217/snpn@s20@a2012@n06061@tS.clean.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro:** a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.