

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Gustavo Noronha de Avila, Nestor Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-196-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade de Brasília (UnB) entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, consolidou-se a cisão entre os

Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, haja vista a diferença de objetos entre eles, malgrado a instrumentalidade deste para com aquele. Contudo, não se abandonou a visão constitucional, que deve ser o norte de ambos.

No dia dedicado à apresentação dos artigos no GT de Processo Penal e Constituição, compareceram os autores dos 19 trabalhos aprovados, e que ora fazem

parte dos presentes anais. A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. Aliás, o número relativamente pequeno de artigos aprovados, se comparados a outros eventos organizados pelo Conpedi, fez com que o debate fosse altamente incentivado e privilegiado, possibilitando o intercâmbio de pensamentos, de discussões e de oitiva de posicionamentos contrapostos, dentro do espírito livre que deve ser preservado na academia.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados manteve-se na seguinte ordem: processo penal constitucional (6 trabalhos); relações entre direito processual penal

direito processual civil (2 trabalhos); relações entre o direito penal e o direito processual penal (3 trabalhos); investigação criminal (3 trabalhos); e provas no processo penal (5 trabalhos). A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal e da imediata atualização do Código de Processo Penal. Entretanto, alguns poucos trabalhos flertaram perigosamente com a relativização de princípios processuais penais, bem como com o afastamento do sistema acusatório, o que não deixa de ser preocupante em um momento de total autoritarismo processual penal, com o qual a Universidade não pode compactuar.

É certo que o papel persecutório estatal deve ter como premissa a Constituição Federal e os documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, sem deixar de considerar o igual

protagonismo da tutela das liberdades individuais. O debate nacional que envolve a tensão entre segurança pública e liberdades individuais não pode deixar de ter seu foco no indivíduo e nos direitos e garantias consolidados no texto constitucional.

Aqui vale a lembrança do que foi exposto no prefácio da obra organizada neste GT, por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, realizado em Belo Horizonte em 2015: “Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construírem um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos”.

E vale acrescentar: nunca contra a Constituição Federal, nunca se esquecendo dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, mas sempre de braços dados

com ela.

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos de Resende (Universidade de Brasília – UnB)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (UNICESUMAR)

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza -

ANÁTEMA PROCESSUAL: A PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE LAVAGEM COMO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

PROCEDURAL ANATHEMA: THE CRIMINAL PROSECUTION OF MONEY LAUNDERING AS A DENIAL OF THE RIGHT OF DEFENSE

**Antonio Eduardo Ramires Santoro
Flavio Mirza Maduro**

Resumo

Em razão da ideia de independência entre o crime de lavagem de dinheiro e o crime antecedente, tornou-se prática comum o ministério público utilizar-se dos elementos probatórios introduzidos pela defesa para dar suporte à propositura de ação penal pelo crime de lavagem. A questão que se coloca é se isso não seria um cerceamento do direito de defesa, já que obriga o magistrado competente para receber a denúncia a antecipar um juízo valorativo sobre a prova, antes do momento processual sistematicamente adequado. Para tanto realizou-se uma pesquisa qualitativa bibliográfica.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro, Anátema processual, Cerceamento do direito de defesa

Abstract/Resumen/Résumé

The idea of independence between money laundering and the original offense, became common the practice of prosecutors use of the evidence submitted by the defense to support criminal proceedings for laundering. The question is: would it not be a denial of the right of defense, since it requires the magistrate to accept the the criminal prosecution to anticipate an evaluative judgment on the evidence before the systematically appropriate procedural time? Therefore we conducted a literature qualitative research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Money laundering, Procedural anathema, Denial of the right of defense

1 Introdução

Uma prática extremamente comum na atuação do Ministério Público no processo penal é a utilização das provas apresentadas pela defesa, em geral na resposta escrita à acusação, como justa causa suporte mínimo da denúncia¹ para propositura de ação penal pela prática do crime de Lavagem de Dinheiro.

Esta forma de proceder tornou-se ainda mais recorrente com a alteração da Lei nº 9.613 de 1998 realizada pela Lei 12.683 de 2012, pois que, entre as mudanças inseridas no texto legal, impõe focar a do art. 1º, que eliminou a enumeração *numerus clausus* de crimes antecedentes que figuravam como elementares do tipo penal de Lavagem.

Assim, qualquer crime cujo proveito tenha sido supostamente reintroduzido na economia formal figura como crime antecedente do crime de Lavagem.

Acresça-se a isso a também recorrente afirmação de que o crime de Lavagem é independente do crime antecedente e tem-se o campo fértil para que a acusação se utilize das provas, em especial das provas documentais, apresentadas pela defesa em sua resposta escrita à acusação para realizar a contraprova dos fatos imputados na denúncia com o objetivo de conferir justa causa a uma nova ação penal pelo crime de Lavagem de Dinheiro.

A questão que se coloca é cabe ao Ministério Público utilizar-se de provas apresentadas pela defesa técnica do acusado como forma de defendê-lo do crime antecedente em processo penal em curso para conferir justa causa a nova acusação pelo crime de Lavagem? É necessário um exame valorativo prévio do magistrado sobre as provas do crime antecedente para que o Ministério Público possa valer-se das mesmas em novo processo penal? Eventual impedimento de utilização de provas pelo Ministério Público, se existisse, poderia implicar em uma estratégia protelatória da defesa técnica visando alcançar a prescrição do crime de Lavagem?

A hipótese com que se trabalha é a de que a utilização dos elementos de prova produzidos pela defesa para formulação de uma nova acusação pelo Ministério Público antes que o juiz as valore implica em uma violação do princípio da presunção de inocência e, por consequência, do direito de defesa.

¹ Independente do nosso entendimento de que não há prova produzida na investigação, mas elementos informativos, estamos fazendo referência à nomenclatura usada pela doutrina clássica, embora deva se registrar que em recente trabalho Afrânio Silva Jardim (*O Novo Código de Processo Civil e as Condições da Ação* In: Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, vol. 15, janeiro a junho de 2015, p. 11-13) tenha afastado a expressão “justa causa” como condição da ação por entender que o termo foi tratado de forma errônea pelo legislador e passou a chamar a quarta condição da ação penal de “suporte probatório mínimo”.

Para tanto realizou-se uma pesquisa com metodologia descritiva com fonte pesquisa bibliográfica processual penal e de direitos humanos, bem como análise qualitativa jurisprudencial.

2 Questões penais necessárias à compreensão dos problemas processuais

2.1 Violação do princípio do *non bis in idem* – entendimento do STF admitindo a dupla punição

De acordo com o princípio da tipicidade — corolário direto do princípio maior consistente no princípio da legalidade —, uma conduta só é considerada típica se todos os elementos do tipo penal estão preenchidos, ou seja, para um fato ser considerado típico não basta que se adeque a alguns elementos do tipo, mas sim a todos, sem exceção.

Um dos elementos de todo e qualquer tipo penal é o sujeito ativo, qual seja, quem tem as características potenciais para realizar a conduta descrita como típica, o que difere do autor do delito que é aquele que praticou a conduta em um caso concreto e que reúne as características do sujeito ativo.

Portanto, por exemplo, para ser sujeito ativo do crime de corrupção passiva é necessário ser funcionário público, de tal forma que alguém que aceite vantagem indevida para praticar um ato de ofício, mas que não é funcionário público, não comete o crime de corrupção passiva (pode até ter praticado o crime de estelionato, mas corrupção passiva não).

O tipo de lavagem de dinheiro também tem seu sujeito ativo.

No mundo inteiro o crime de lavagem de dinheiro, também conhecido como branqueamento, foi tipificado para evitar que entrem em circulação no mercado formal o proveito de um determinado crime.

Desta forma, o objetivo da tipificação do crime de lavagem é proteger o bem jurídico que foi violado pelo delito antecedente², que, muitas vezes, contando com a cooperação de pessoas que não participaram do primeiro fato, permitem, com suas condutas, consolidar e perpetuar aquela violação.

Evidentemente que estas pessoas que não tiveram participação no crime antecedente, mas que apenas realizaram um negócio ou um simulacro de negócio visando conferir licitude

² Adotamos esse entendimento embora se possa afirmar que há pelo menos três correntes a respeito do bem jurídico protegido no crime de lavagem: (1) o mesmo bem jurídico que o crime antecedente; (2) a ordem econômica; (a administração da Justiça, que é, de resto, o mais aceito pela doutrina brasileira (por todos vide BADARÓ, Gustavo e BOTTINI, Pierpaolo. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 60-61).

a um proveito de crime, sem a tipificação do crime de lavagem de dinheiro, nunca poderiam ser punidos, já que não participaram do crime antecedente.

Daí porque a tipificação do crime de lavagem de dinheiro tem por objetivo não permitir que pessoas que apenas participaram do branqueamento fiquem impunes.

Porém, é voz importante na doutrina que a punição dos autores ou partícipes do crime antecedente também por lavagem de dinheiro não passa de um *bis in idem*, já que o branqueamento nada mais é que um exaurimento do primeiro crime.

Assim leciona Roberto Delmanto:

Levando-se em conta, assim, o conceito material de bem jurídico, a “lavagem” praticada pelo autor do crime antecedente constitui mero exaurimento do crime anterior, ou seja, irrelevante penal.³

Desta forma é que punir o autor, co-autor ou partícipe do crime antecedente por lavagem de dinheiro é um *bis in idem*, pois a utilização do produto do crime é uma consequência natural de quem pratica um crime.

É de se ver, portanto, que não se admite como sujeito ativo do delito de lavagem de dinheiro o autor do crime antecedente, afastando o delito de autolavagem (*selflaundering*).

No plano internacional a questão não é pacífica, pois que se pode observar que enquanto na Itália não se pune a autolavagem, Portugal e Espanha preveem a punição em concurso de crimes.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Penal 470 (O Mensalão) firmou entendimento de que o bem jurídico protegido no crime de lavagem é diferente do crime antecedente e, como a lei nacional é silente sobre essa possibilidade, a jurisprudência admite a dupla punição.

Diante deste entendimento, não se afasta a possibilidade de que o Ministério Público se valha dos elementos de prova produzidos pela defesa para formular uma nova acusação de crime de lavagem por fundamento de violação material do princípio do *non bis in idem*.

2.2. Princípio da acessoriedade limitada – crime antecedente como elementar típica normativa do crime de lavagem

Diante deste entendimento, deve se questionar se os crimes de lavagem e o antecedente são independentes.

³ DELMANTO, Roberto et al. *Leis Penais Especiais Comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 554.

Com efeito, a existência de dispositivo na Lei nº 9.613 de 1998 que determine haver crime de lavagem de dinheiro independente de se saber quem é o autor do crime antecedente ou mesmo que o crime antecedente não seja punível, não afasta a necessidade de que o crime antecedente seja típico e antijurídico.

Em outras palavras, o fato de o processo criminal por lavagem de dinheiro não estar na dependência da punição do crime antecedentes, não afasta a necessidade de que exista crime antecedente, uma vez que seria absurdo falar em lavagem de dinheiro de atividade lícita.

Como bem observa Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, em sua obra “*Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*”⁴, o que importa é a existência do *injusto* anterior, assim compreendido como a ação típica e antijurídica, com independência de ser o autor da conduta culpável.

Em outras palavras, o crime de lavagem de dinheiro não depende da existência do crime antecedente, no sentido de que não é necessária a presença de todos os elementos constitutivos do crime (conforme conceito analítico mais aceito, a saber: ação típica, antijurídica e culpável), mas é necessário que estejam presentes todos os elementos do conceito de injusto (ação típica e antijurídica), sendo possível ignorar a existência de culpabilidade, na medida em que a Lei nº 9.613 prevê a punição pelo crime de lavagem ainda que o autor do crime anterior seja desconhecido ou ‘isento de pena’, ou seja, não culpável.

É o que a doutrina chama de princípio da acessoriedade limitada⁵ entre o crime de lavagem e o delito antecedente.

Isso ocorre precisamente porque o crime antecedente (ou em melhor técnica, o injusto antecedente) é uma elementar típica normativa⁶ do crime de lavagem ou ocultação de bens, precisa existir e, como qualquer outra elementar, precisa estar provada para legitimar uma eventual condenação pela lavagem.

Diante deste quadro é que se deve questionar, agora com mais precisão: é possível que, não tendo havido decisão judicial sobre uma elementar típica normativa que constitui um fato típico e antijurídico autônomo ao crime de lavagem, que está em julgamento, sobre o qual não houve um pronunciamento judicial, se extraiam elementos de prova para a formulação de nova acusação?

⁴ PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 118/119.

⁵ CALLEGARI, André Luís. *Breves anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro* in Direito penal e economia. Organizadores Thiago Bottino e Diogo Malan. Rio de Janeiro: Elsevier – FGV Rio, 2012, p. 6.

⁶ D’ÁVILLA, Fabio Roberto. *A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais* in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 7, n. 79, p. 4, jun. 1999.

A questão que se coloca nesses novos termos deve considerar o fato de que não apenas a condenação pelo delito de lavagem deve antecipar um juízo de valor sobre os elementos probatórios constitutivos do delito anterior, mas a própria decisão de recebimento da denúncia implica na admissão de justa causa, ou seja, de que há verossimilhança na alegação de que houve o crime antecedente.

Torna-se necessário fazer a abordagem processual sobre essas questões.

3 A necessidade de decisão judicial sobre a justa causa ou suporte mínimo da denúncia e a antecipação do juízo sobre o crime antecedente diante falaciosa dicotomia indícios-prova

Essa necessária interpretação de direito material sobre a previsão legal do crime de lavagem, qual seja, de que o crime antecedente é sua elementar típica normativa, implicará, como dito, em consequências processuais inevitáveis.

A primeira delas diz respeito à justa causa, seja entendida no sentido empregado por Tourinho Filho⁷ em equivalência ao interesse de agir, seja na conhecida fórmula do suporte probatório mínimo consagrada por Afrânio Silva Jardim⁸, seja no amplo conceito de Luis Gustavo Grandinetti⁹ que revisitou o tema e propôs uma leitura constitucional da justa causa, segundo a qual, sem abandonar a ideia de que a justa causa esteja vinculada à necessidade de suporte probatório mínimo, não a enxerga como condição da ação, e sim uma “cláusula de encerramento” diretamente vinculada aos princípios da dignidade e da proporcionalidade.

Firme na letra fria do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.613, criou-se o equivocado entendimento de que para configurar a justa causa necessária ao recebimento da denúncia pelo crime de lavagem de dinheiro, basta que a ação penal seja instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente.

Ora, não se perca de vista que indício, de acordo com Maria Thereza Rocha de Assis Moura, é “*todo fato conhecido devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo*”¹⁰. Faz-se necessário, assim, um fato plenamente provado para que outro dele se deduza.

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. I. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 523/521.

⁸ SILVA JARDIM, Afrânio. *Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial* in *Direito Processual Penal: estudos e pareceres*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 171/185, o qual, como já dito, recentemente abandonou a nomenclatura “justa causa”, sem contudo afastar o suporte probatório mínimo da denúncia como a quarta condição da ação (*O Novo Código... op. cit.*).

⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. *Justa causa penal-constitucional*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p.30-60, 2003.

¹⁰ ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 38.

Porém, deve se ressaltar que por tratar-se o crime antecedente de um elemento típico do crime de lavagem, “*não há espaço para suposição (...) nada pode substituir-lhe a existência*”¹¹.

Assim, na autorizada lição de Pitombo:

a certeza jurídica, quanto à existência do fato anterior, permite deduzir que a lavagem possa ter ocorrido. Mas um fato que revela, por via indireta, o crime antecedente, não tem o condão de apontar, também, para a ocorrência do tipo de lavagem de dinheiro. (...) não parece haver razoabilidade na prova indireta do crime antecedente servir para demonstrar a existência material do crime posterior¹².

Callegari deixa claro que “*ainda que o crime de lavagem seja um crime grave, não se pode permitir ao Estado que viabilize uma acusação contra o indivíduo baseada em ‘indícios suficientes’ dos crimes antecedentes*”¹³.

A questão, portanto, é extremamente intrincada, pois que ao passo que os indícios configuram espécie probatória, não se pode admitir que um meio indireto de prova sirva para inaugurar uma acusação.

Ademais, estamos diante da seguinte situação: o magistrado que admitir a aptidão da denúncia pelo crime de lavagem de dinheiro apresentada pelo Ministério Público baseada na prova produzida pela defesa em outro processo penal pelo crime antecedente ainda não julgado, não apenas está declarando que há indícios da prática do crime antecedente (o que não configuraria problema algum na medida em que o próprio recebimento da denúncia pelo crime anterior depende da realização deste juízo de valor), mas também está declarando que há indícios do próprio crime de lavagem, o que implica em uma antecipação de juízo desvalorativo sobre os elementos de prova de defesa do crime antecedente.

Como, então, podemos sustentar a observância do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade?

4 O restabelecimento das atividades do sistema acusatório e o impedimento de que um sujeito processual antecipe a atividade do outro

A diferença entre o sistema acusatório e o princípio de mesmo nome está no fato de que o princípio é axioma do qual surgem as regras que configuram o sistema.

Neste aspecto devemos ter em mente que a base axiológica do princípio acusatório está na distribuição de tarefas entre os sujeitos processuais, porquanto ao acusador cabe o

¹¹ PITOMBO. op. cit., p. 130/131.

¹² Idem. p. 129/130.

¹³ Op. cit., p. 11.

direito de ação, ao defensor cabe o direito de defesa e ao juiz cabe o exercício do poder jurisdicional.

A inversão ou invasão de um direito ou poder por outro sujeito processual viola o princípio e deturpa o sistema.

Dito desta maneira é importante tornar claro que o poder jurisdicional inclui, com exclusividade, a tarefa de julgar, que só pode decorrer da interpretação dos fatos e avaliação das provas.

A regra segundo a qual a avaliação das provas é ato livre do juiz consta do artigo 155 do Código de Processo Penal e significa dizer que sua convicção não está atrelada a valores prefixados para cada tipo de prova, sua persuasão é formada pela apreciação da prova que consta dos autos e a obrigação de fundamentar os motivos que o levaram a sua conclusão sobre as provas devem ser obrigatoriamente externados.

Aliado à regra do livre convencimento do juiz temos sua inércia e imparcialidade que, sob a ótica do princípio acusatório (nenhum dos sujeitos processuais pode invadir a esfera de atividade do outro), resultam no paradigma segundo o qual não é dado às partes, acusadora e defensora, antecipar qualquer juízo de valor sobre as provas, que não seja parte da sua tarefa argumentativa de sustentar a ação e defender, respectivamente.

É, portanto, tarefa da acusação exercer o direito de ação e produzir provas para sustentá-la, ao passo que é dado à defesa opor-se à acusação e produzir provas para infirmá-la. No exercício da legítima dialética processual, ambas as partes podem e devem externar os motivos pelos quais as teses e provas apresentadas e produzidas pela parte oposta não merecem ser acolhidas pelo juízo.

Pois bem, na estrutura procedimental penal brasileira forjada pela Lei nº 11.719/2008, o acusado é citado para responder por escrito à acusação, ocasião em que poderá alegar tudo que interessar a sua defesa, inclusive “*oferecer documentos*”. Tais documentos, como provas que são, devem ser admitidos ao processo pelo magistrado e constituirão os “*elementos probatórios*” que serão posteriormente valorados.

Como bem observa Paolo Tonini “*compete ao juiz a valoração do elemento de prova obtido*” e “*o elemento de prova valorado pelo juiz gera o ‘resultado probatório’*”. Ocorre que “*geralmente, não existe somente uma prova mas muitas provas*”, e, portanto, quando o juiz valorar cada um dos “*elementos de prova*” ele irá obter vários “*resultados probatórios relativos*” que serão submetidos a uma segunda valoração “*pelo juiz com o objetivo de reconstituir o fato a ser provado*”. Essa tarefa é exclusiva do juiz porque “*a reconstrução do*

fato histórico (e a respectiva motivação) é uma das três partes fundamentais que compõem a sentença”¹⁴.

5 Realização de juízo valorativo do elemento de prova pelo Ministério Público e a utilização do direito de ação para obriga o magistrado a antecipar o resultado probatório negativo sobre os elementos de prova apresentados pela defesa

Ao tornar a prova produzida pela defesa uma prova para sustentar uma nova ação penal pelo mesmo fato, o Ministério Público está impedindo a defesa de exercer livremente seu direito e sua tarefa processual.

Com efeito, se a defesa produz uma prova para defender-se de uma acusação, apenas ao juiz é dado valorá-la, o que, por outro lado, só pode ser feito, em razão da dinâmica processual ao fim do procedimento persecutório, como acima se expôs.

A defesa técnica que produz uma prova no curso do processo em que defende o acusado da prática do crime antecedente, o faz precisamente porque depositou confiança no sistema criado pela Lei processual de que sua prova seria valorada pelo magistrado no momento adequado.

Todavia, se, em absoluta subversão ritual e principiológica do processo penal, antes mesmo que o juiz possa valorar as provas produzidas pela defesa, o Ministério Público antecipa a valoração e oferece nova denúncia, deste feita por lavagem de dinheiro, com o objetivo obrigar o magistrado a antecipar um juízo de valor sobre uma prova de defesa impedindo que o debate dialético sobre a existência do crime antecedente se estabeleça, a confiança no sistema processual penal se rompe.

Substituindo a atividade judicial, o Ministério Público reconstrói, assim, com a sua própria visão o fato histórico, impedindo que o magistrado o faça por si no momento da prolação da sentença, impondo o ponto de vista da acusação sobre os demais sujeitos processuais, impedindo que a defesa possa livremente exercer o seu direito, coagindo-a a não mais produzir prova sob pena de ter sobre elas um antecipado juízo valorativo negativo, capaz de fazer nascer mais uma nova acusação, como num ciclo vicioso: da defesa (préjulgada como falsa pelo próprio acusador) nasce uma nova acusação admitida pelo juiz que, assim agindo, corrobora o entendimento acusatório.

Nesse passo, de forma obtusa e sofismática, cerceado está o direito de defesa, porquanto a prova por ela produzida será sempre um anátema processual, conforme

¹⁴ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 63/64.

entendimento do Ministério Público, que obriga o juiz a antecipar o juízo valorativo negativo sobre o elemento probatório introduzido nos autos do processo pela defesa.

6 Oferecimento antecipado de denúncia pelo crime de lavagem como coação psicológica do juiz por interferência na esfera de deliberação exclusiva do magistrado

Ao órgão acusatório cabe contraditar a prova defensiva para, ao final, diante da valoração judicial sobre a mesma, tomar outras providências cabíveis, tais como exercer mais uma vez o direito de ação por crime decorrente.

Assim, ao tomar de assalto¹⁵ a prova de defesa sem contraditá-la e antes mesmo de o juiz exercer sua tarefa jurisdicional de valorá-la e exclusivamente por ela iniciar uma nova persecução, o Ministério Público toma para si as funções que são peculiares ao juiz.

Mas não toma a si apenas as funções do juiz, reduz a nada a atividade própria da defesa, qual seja, utilizar-se de todos os meios concretos para co-determinar ou conformar a decisão final do processo.

A seguir esta regra, a defesa estará fadada a abrir mão de sua tarefa, pois, por exemplo, não deseja que as testemunhas que arrola sofram um processo criminal por falso testemunho antes que seus depoimentos sejam valorados pelo juízo.

Trata-se de um subterfúgio para utilização dos poderes constitucionais atribuídos ao Ministério Público para alcançar objetivo ilegal, ou seja, obrigar o magistrado a antecipar um juízo de valor sobre uma prova na mesma linha de entendimento da acusação.

Uma vez utilizando a prova produzida pela defesa para defender-se na resposta escrita à acusação com o objetivo de iniciar um novo processo criminal pela prática do crime de lavagem de dinheiro, o Ministério Público impede que o juízo forme livremente sua convicção quanto à existência ou não do delito antecedente.

Pior, ao forçar que o magistrado receba a denúncia pelo crime de lavagem de dinheiro, antecipa um juízo de valor que necessariamente deve ser feito nesse ato para a segunda ação penal, já que ao julgador cabe avaliar a existência de justa causa ou suporte mínimo da denúncia para o seu recebimento, isto é, a existência de prova ou elementos informativos mínimos para o recebimento da acusação é requisito de admissibilidade da exordial acusatória.

Desta forma, ao valer-se da prova que a defesa produziu no processo pelo qual os réus respondem por um crime antecedente para iniciar um novo processo criminal por

¹⁵ No sentido semântico de “súbito”, “de rompante”.

lavagem de dinheiro, a acusação coage¹⁶ psicologicamente o magistrado a formar um juízo de valor sobre essa prova que antecipa o resultado do juízo de valor que o juiz faria sobre a prova no processo original pelo crime antecedente, invertendo e subvertendo o sistema acusatório.

É evidente que não se está afirmando que o Ministério Público seria autoridade sobre o magistrado ou que este seria ingênuo de se deixar coagir. A questão é mais perniciosa, na medida em que a Constituição atribui ao Ministério Público o poder de propor ação penal (artigo 129, inciso I) e a Lei nº 9.613, no *caput* do artigo 2º afirma ser independente o processo e julgamento da lavagem e o crime antecedente, bem como, no parágrafo 1º do artigo 2º, ser necessário instruir a denúncia pelo crime de lavagem apenas com indícios da existência da infração antecedente.

Essas disposições lidas *an passant* geram a idiossincrática situação ora tratada: dois fatos substancialmente conexos, com os mesmos acusados, com a utilização da prova de defesa de um como prova de acusação no outro em razão de um juízo de valoração que deveria ter sido feito pelo magistrado na infração antecedente antecipado indevidamente pelo fato do Ministério Público precipitar a denúncia pelo crime de lavagem.

7 O princípio da presunção de inocência como norte para uma solução firme nos direitos fundamentais

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos garante que todo acusado seja presumido inocente (artigo 8, número 2 da CADH promulgada pelo Decreto nº 678/92), ao passo que a Constituição prevê que ninguém deve ser considerado culpado (artigo 5º, inciso LVII). Embora se afirme que não há diferença ontológica quanto ao princípio da presunção de inocência e o princípio da não culpabilidade, trata-se de importante diferença de perspectiva.

Esse princípio relaciona-se com a liberdade pessoal, mas também com o encargo probatório, mormente no modelo processual acusatório. Isso porque em modelos inquisitoriais ou mistos, nos quais se admite a atividade probatória por iniciativa judicial, a decisão sobre a existência ou não de comprovação de determinado fato não depende apenas da distribuição do ônus da prova.

Em um sistema acusatório, firme na inatividade judicial, importa distribuir o ônus de demonstrar, pelo que associado a um Estado de mínima intervenção, os modelos de incerteza devem se definir em favor do acusado, como bem coloca Ferrajoli¹⁷.

¹⁶ No sentido semântico de “imposição de vontade alheia” e não no sentido jurídico, muito menos no sentido jurídico-criminal.

Assim é que o princípio *in dubio pro reo* está intimamente ligado à presunção de inocência e ao sistema acusatório, impedindo que a dúvida seja debelada com presunções que favoreçam à acusação.

Acresça-se que tais presunções não estão apenas vinculadas à atividade final do magistrado, no ato de julgar, mas a presunção de inocência está em cada interpretação que se deva realizar durante o processo, implicando no princípio do *favor rei*.

Nessa linha, admitir-se que a acusação possa antecipar um juízo sobre a existência de provas de lavagem (seja a prova direta ou indireta) quando o elemento probatório foi introduzido no processo pela própria defesa técnica no ato de defender-se da acusação de prática do crime antecedente, implica em admitir que neste caso estamos diante de uma exceção ao princípio do *favor rei*, corolário direto do princípio da presunção de inocência.

Os elementos de prova são introduzidos no processo e sobre eles deve ser realizado o contraditório para que só então possa o magistrado valorá-los, fazendo-os resultados probatórios.

Guardadas as peculiaridades de cada meio de prova, o direito ao contraditório deve ser exercido em todos os momentos da prova, ou seja, antes da *admissão* da prova, deve o magistrado estabelecer o contraditório sobre a admissibilidade da prova requerida; na *produção* da prova, deve o magistrado permitir que as partes participem ativamente da sua produção; antes da *valoração* prova, deve o magistrado permitir que as partes debatam sobre a validade (arguem a ilicitude ou a ilegitimidade da prova) e sobre o valor (capacidade de convencimento e de demonstração dos pontos controversos sobre os quais recai a acusação).

Antecipar o juízo de valor de um elemento probatório produzido pela defesa implica na burla ao completo contraditório, ignorando a dialética que legitima a prova, e obriga o juiz a concordar ou discordar da valoração realizada unilateralmente pelo Ministério Público, excluindo a defesa da participação nesta atividade de antecipação processual.

Ademais não se pode perder de vista a dinamicidade da prova¹⁸. Enquanto se desenvolve a marcha processual impulsionada pelas atividades dos sujeitos, vão sendo criadas, modificadas e extintas expectativas, bem como abrindo-se possibilidades e cargas probatórias que não podem se fechar a um juízo antecipado de valor sobre as provas que se faz quando formulada uma acusação por crime de lavagem.

¹⁷ FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103/105.

¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 179.

Quando o Ministério Público se vale de um elemento probatório introduzido pela defesa, ao invés de exercer o contraditório sobre sua validade e seu valor, e inicia um novo processo, com uma nova acusação suportada probatória ou informativamente por essa prova defensiva, fecha-se a dinamicidade probatória, cria-se a estática compreensão de que já não há mais o que discutir a respeito do conteúdo valorativo do elemento que se pretendia fosse uma contraprova de defesa.

Essa atitude inverte o ônus probatório, o qual foi distribuído pelo princípio da presunção de inocência a favor do acusado, e elimina a chance probatória da defesa que, como já foi dito, perde a confiança no sistema de provas.

Não se está dizendo, que fique bem claro, que a prova da defesa não possa ser usada pela acusação, mas deve-se respeitar a dialeticidade que lhe confere legitimidade e o momento em que o juízo de valor do juiz está sistematicamente autorizado a inverter a presunção de inocência, ou seja, após todos os debates processuais garantidos pelo amplo contraditório em relação às provas.

8 Falácia da necessidade de se prevenir a prescrição do crime de lavagem com a denúncia antecipada utilizando as provas apresentadas pela defesa

Não é incomum afirmar que impedir que o Ministério Público proponha uma ação penal é permitir que manobras protelatórias da defesa permitam o alcance da extinção da punibilidade pela prescrição do crime de lavagem.

Todavia, o raciocínio deve ser focado na premissa de que o crime antecedente constitui uma elementar típica normativa do crime de lavagem e, portanto, é uma questão prejudicial ainda não julgada.

Foi a mesma discussão que durante anos se travou sobre a independência das esferas administrativa e judicial penal no que se refere ao crime tributário. Por anos o argumento de que se tratavam de esferas independentes e que, desta forma, poder-se-ia propor ação por crime tributário independente de já se ter encerrado a discussão administrativa sobre a existência do crédito tributário, prevaleceu.

O perigo de que decisões conflitante, com o afastamento da exigibilidade do crédito tributário ao mesmo tempo em que o “não devedor” já estava condenado por crime tributário referente a um tributo não exigível, sucumbia indevidamente diante do argumento de que havia o risco de que o crime prescrevesse.

Hoje se tem como certo, pelas reiteradas decisões dos tribunais superiores, que as esferas não são independentes, que não há crime tributário material sem a exigibilidade do

crédito tributário e nem mesmo o argumento sobre a possibilidade de prescrição é suficiente para afastar o entendimento prevalente, porque o artigo 116 do Código Penal prevê que a existência de um processo em curso em que se discuta questão de que dependa a existência do crime é causa impeditiva do curso do prazo prescricional.

O mesmo ocorre com o crime de lavagem. Como o crime antecedente é questão prejudicial do crime de lavagem, ou seja, é uma questão não resolvida em outro processo do qual depende o crime de lavagem, o curso do prazo prescricional resta impedido, de tal maneira que qualquer argumento efficientista termina por sucumbir à obviedade da injustiça, desvelando menosprezo pelos direitos fundamentais.

9 Conclusão

Diante de tudo que se expôs é adequado apontarmos algumas conclusões:

1) O crime antecedente é uma elementar típica normativa do crime de lavagem, diante do princípio da acessoriedade limitada.

2) Ao oferecer a denúncia se valendo de elementos de prova introduzidos no processo pela defesa técnica ao defender o réu da acusação da prática do crime antecedente, o Ministério Público está obrigando o juiz a formular um juízo antecipado sobre as provas.

3) A necessidade de formular um juízo antecipado sobre as provas configura uma coação psicológica do juiz.

4) A formulação de um juízo antecipado sobre as provas impede que a defesa exerça o direito ao amplo contraditório sobre a prova, pois torna estática a valoração probatória, elimina a dinamicidade própria da marcha processual que se desenvolve com as atividades sucessivas das partes.

5) A defesa resta cerceada, pois ceifa-se a confiança no sistema de provas e contraprovas, que se legitima pelo direito à prova e à dialética processual.

6) Em um sistema acusatório, em que não se admite a atividade probatória judicial, é fundamental que se defina axiologicamente seu modelo de incerteza. Ao adotar expressamente o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, as incertezas se definem pela menor intervenção nos direitos do réu, ou seja, *in dubio pro reo*.

7) Não se pode restringir o modelo de incerteza ao momento decisório último, mas deve permear todo o encargo probatório durante o processo, implicando na necessária observância do princípio do *favor rei*, tornando ilegítima uma acusação antecipada por lavagem de dinheiro.

8) Todos os momentos da prova devem se submeter ao contraditório, razão pela qual o oferecimento da denúncia por lavagem de dinheiro suportada pelos elementos introduzidos pela defesa na resposta escrita à acusação ou durante a marcha processual antes do estabelecimento pleno do contraditório, implica em subtrair da defesa o debate sobre o valor da prova no processo em que o elemento probatório foi produzido.

9) O impedimento de que, pelo princípio da presunção de inocência, a acusação se valha de elementos probatórios introduzidos pela defesa para oferecimento de nova denúncia antes que sejam valorados à luz do contraditório pelo juiz no processo de origem, não induz à ocorrência da prescrição por tratar-se o crime antecedente de questão prejudicial ao crime de lavagem, impeditivo do curso do prazo prescricional.

10 Referências

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BADARÓ, Gustavo e BOTTINI, Pierpaolo. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

BECHARA, A. E. L. S. *Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil*. Doutrinas Essenciais – Flavia Piovesan e Maria Garcia (org.). volume V. São Paulo: RT, 2011.

CALLEGARI, André Luís. *Breves anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro* in Direito penal e economia. Organizadores Thiago Bottino e Diogo Malan. Rio de Janeiro: Elsevier – FGV Rio, 2012.

CONTI, Carlotta e TONINI, Paolo. *Il diritto delle prove penali*. Milão: Giuffrè, 2012.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as Proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006.

D'ÁVILLA, Fabio Roberto. *A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais* in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 7, n. 79, p. 4, jun. 1999.

DELMANTO, Roberto et al. *Leis Penais Especiais Comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* 4a ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1975.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, L. G. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. et al. *Justa causa penal-constitucional*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p.30-60, 2003.

GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*. Obras completas. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

HENDLER, Edmundo S. *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

_____. *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

PASTOR, Daniel (Diretor) e GUZMÁN, Nicolás (coordenador). *Neopunitivismo y neoinquisición: un análisis de políticas e prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

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

PRADO, G. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

ROXIN, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

_____. *Derecho Procesal Penal*. 25ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

SCARANCE FERNANDES, A. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança* in Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Tradução Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA JARDIM, Afrânio. *Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial* in Direito Processual Penal: estudos e pareceres. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *O Novo Código de Processo Civil e as Condições da Ação* In: Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, vol. 15, janeiro a junho de 2015.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. I. 25^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.