

JULIANO BREDA

CORRUPÇÃO, LAVAGEM DE DINHEIRO
E POLÍTICA

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

AGRADECIMENTOS

Nos últimos anos, em razão das notórias investigações e processos relacionados à corrupção de agentes públicos e políticos, a doutrina tem dedicado importantes reflexões a respeito dos tipos penais da corrupção – ativa e passiva – da lavagem de capitais, em conexão com o financiamento ilegal de campanhas eleitorais.

Essa conjugação operou-se com o recurso ao chamado caixa dois ou mesmo mediante a utilização de doações oficiais com recursos produzidos pela corrupção e submetidos a processo de lavagem de capitais.

As questões afloradas não foram objeto de hipotéticas formulações acadêmicas, mas surgidas no âmbito da concreta atuação jurisdicional, em processos criminais de inédita repercussão pública e midiática, circunstâncias que tradicionalmente não conformam um cenário de qualidade das decisões judiciais produzidas.

Sem explorar esse dado político-social da realidade recente no Brasil, mas sem desprezá-lo, o que se pretende nesse estudo é a busca de uma identificação e sistematização das principais tensões jurídicas que se estabelecem no fenômeno da corrupção política.

E especialmente tentar contribuir para o debate acadêmico que procura encontrar melhores soluções dogmáticas quando estão em jogo

hipóteses de concurso – formal, material ou a continuidade delitiva – entre corrupção ativa, passiva, lavagem de capitais e financiamento ilegal de campanha.

Não é um caminho simples, pois teremos de percorrer matérias ainda sob construção, desde a precisa definição dos bens jurídicos que fundamentam tais criminalizações, passando pela correta identificação do ato de ofício do funcionário público na corrupção passiva e a concreta intenção do particular na corrupção ativa; o exame da legalidade das doações eleitorais e as legítimas expectativas de reciprocidade das ações públicas de representação popular; a superposição e eventual *bis in idem* da ação de “ocultação” na entrega ou no recebimento da vantagem indevida com o núcleo verbal da lavagem.

Os principais temas foram definidos em seguidos diálogos com os caríssimos amigos, Professores Dr. Luis Greco e Alaor Leite, particularmente durante o período em que permaneci estudando em Berlin, na Humboldt Universität.

Os ilustres juristas, grandes referências há muito tempo para mim, devem ser desde logo absolvidos pelos equívocos cometidos pelo autor, mas as eventuais virtudes que o leitor talvez encontre nas páginas seguintes não teriam sido construídas sem a influência e os ensinamentos desses dois grandes pensadores do Direito.

Sou igualmente grato ao Professor Adriano Teixeira, pelas re-visões e observações críticas.

Devo agradecer e dedicar esse trabalho a muitos, especialmente a Leticia, Luiz Eduardo, Bernardo, meus pais Antonio e Eliana, meus colegas de escritório, e a Luís Greco, em razão do generoso convite e por toda inestimável obra que vem construindo em benefício da ciência penal.

Em Berlin e Curitiba, de novembro de 2021 a julho de 2022.

APRESENTAÇÃO

Tenho a alegria de antepor algumas linhas ao novo livro do amigo Juliano Breda. Do conteúdo do livro, que versa sobre os delitos de corrupção (sobretudo de natureza política) e de lavagem de dinheiro, ocupa-se Alaor Leite em seu prefácio. Eu também falarei do livro, mas optarei por abstrair dessa dimensão central, para, assim, poder tocar em aspectos de que prefácios e apresentações poucas vezes cuidam. Afinal, este livro, mais do que uma inegável contribuição jurídica, revela uma postura humana e um ethos científico.

Juliano chegou em minha cátedra, na Universidade Humboldt de Berlim, em novembro de 2021, na fase final da pandemia, com duas finalidades declaradas: escrever um livro e aprender alemão. O pequeno volume que o leitor tem em mãos é prova do duplo êxito de Juliano. Mas não só disso: ele é prova de algo que, desde o momento em que Juliano me consultara, pedindo-me que o recebesse como pesquisador-visitante, impressionou-me. Ao contrário da maioria dos visitantes que vêm a minha cátedra, Juliano não é mais um jovem iniciante, que dá os seus primeiros passos na vida acadêmica, e sim um exitoso advogado e jurista, que carrega um nome de tradição na vida jurídica nacional, e que nunca descurou dos estudos e da ciência, como demonstram os vários livros e artigos que até agora publicou. O sucesso profissional, por mais que o almejemos todos, cria hábitos,

rotinas e rituais, que não apenas dominamos, mas que também, de certa forma, nos dominam. Se tudo está dando certo, por que mudar? Se nada está quebrado, por que consertar?

Mas Juliano, que não é mais aquele jovem iniciante, demonstrou ter mantido alma jovial, verdadeira alma de menino. Ele veio a Berlim decidido a, de certa forma, reinventar-se como jurista, não porque houvesse algo errado ou quebrado – ao revés –, mas porque tinha a ambição e a humildade de dar um passo a mais, de tornar-se ainda melhor. É nesse contexto que se situa a presente obra; ela é uma manifestação da insistência de um reconhecido jurista de não se dar por satisfeito com o muito que já conseguiu. Nesse sentido, enxergo nela um exemplo de desprendimento e autocrítica, de que pude ser testemunha ocular.

O corriqueiro é concluir a apresentação ou o prefácio desejando ao livro uma calorosa acolhida e ao leitor uma boa leitura. Dispensarei essas fórmulas, preferindo, em lugar delas, manifestar o desejo de que o exemplo de Juliano inspire a outros, e também a mim, a nunca deixar morrer a disposição de desafiar-se e reinventar-se.

Berlim, 17 de outubro de 2022

LUÍS GRECO

PREFÁCIO

Juliano Breda é, inegavelmente, um autor do seu tempo. Atento aos desafios apresentados pela cambiante regulação do Sistema Financeiro Nacional, ofereceu ao público, em 2002, estudo monográfico sobre a gestão fraudulenta de instituições financeiras¹. As especificidades do mercado de capitais geraram suas reflexões doutorais, publicadas em 2010². Há pouco, dedicou-se a coordenar obras a respeito da chamada Lei de Abuso de Autoridade³ e sobre o novo desenho dos crimes licitatórios⁴. Esse vigilante olhar aos problemas modernos vem acompanhado, contudo, por sólidas construções dogmáticas do passado, elaboradas precisamente para resistir ao tempo e para assimilar os imprevisíveis eventos que, vez por outra, assaltam os juristas e produzem perplexidades na doutrina e na jurisprudência. O esmero com os fundamentos dogmáticos do Direito Penal remete ao *Breda* estudante, que, preocupado com os intrincados problemas da tentativa,

1. Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei 7.492/86, Rio de Janeiro, 2002.

2. Publicadas como parte de livro em coautoria com Cezar Bitencourt (Crimes contra o Sistema Financeiro e contra o Mercado de Capitais, São Paulo, 1ª ed. de 2010).

3. Em conjunto com Gustavo Badaró: Comentários à Lei de Abuso de Autoridade, São Paulo, 2019.

4. Crimes de Licitação e contratações públicas, São Paulo, 2021 (com contribuições de: Antônio de Moraes Pitombo, Fernando Vernalha Guimarães, Helena Lobo da Costa, Juliano Breda, Luciano Feldens, Marçal Justen Filho, Marina Coelho e Miguel Reale Júnior).

lançava suas ideias já em 1995⁵. Seus estudos enfrentam o presente, miram o futuro e exaltam o passado⁶. *Breda* professa uma salutar visão integrativa, não isolacionista, de ciência, em que as urgências de nosso tempo presente são iluminadas pelas construções do passado.

Não deve surpreender, portanto, que o autor, em seus meses berlinenses, tenha se lançado resoluto a vasculhar a esquina em que *crime e política* se encontram. A virulência com que investigações relacionadas à corrupção de natureza política invadiram os tribunais brasileiros no tempo recente produziu, como se sabe, um *mosaico de soluções jurisprudenciais*; a jurisprudência, obrigada a reagir com imediatez, não pôde esperar a solidificação das reflexões doutrinárias para decidir. As reflexões até então existentes, ainda incipientes, não puderam orientar suficientemente a discussão. Passada a procela, incumbe à doutrina organizar os acertos e criticar os equívocos; enfim, cumpre domesticar a realidade, dar-lhe um sistema, já com os olhos voltados ao futuro. A doutrina, em seu encontro marcado com a realidade, deve “fazer da queda um passo de dança”, como no romance de consagrado escritor mineiro. Este livro é, seguramente, um passo executado com maestria.

Atento ao presente, *Breda* pôs-se a refletir sobre as intersecções entre os delitos de corrupção (ativa e passiva) e de lavagem de dinheiro em face de um grupo de casos especialmente rumoroso: o das doações eleitorais. O diagnóstico não poderia ser outro: a amplitude do art. 317 do Código Penal brasileiro, que estimulou um manejo elástico de seus elementos típicos, e a incompreensão quanto à relação concursal entre corrupção e lavagem de dinheiro foram responsáveis por decisões judiciais de duvidosa solidez. A corrupção passiva foi esgarçada; a lavagem de dinheiro virou fenômeno obrigatoriamente acompanhante. De fato, o financiamento irregular de campanhas, por sua natureza singular, estremeceu algumas de nossas convicções. Para remediar esse diagnóstico, e já *mirando o futuro*, o autor reconstrói, logo de

5. A extensão da punibilidade da tentativa aos agentes com atividade posterior ao interrompimento do *iter criminis*, Revista Jurídica Themis n. 8, Curitiba, 1995/96, p. 61 e ss.

6. Mencione-se apenas o generoso labor de atualização da obra de Manoel Pedro Pimentel (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, São Paulo 2020) que *Breda* empenhou ao lado de outras autoras (Marina Coelho, Helena Lobo da Costa, Nicole Trauczynski e Elisa Blasi).

saída, a vasta fauna de casos, ilustrando os problemas concretos em relação aos quais pende, ainda, uma solução; esses casos, como perceberá o leitor, além de serem ao final um a um resolvidos, são o fio condutor do livro e garantem uma prosa jurídica direta, que evita divagações. Entre outras coisas, é também esse olhar prospectivo que motivou o autor a se debruçar sobre o movimento legislativo de reforma do Código Eleitoral, de cujas discussões ele ativamente participou e do qual consta uma nova regulamentação dos temas deste livro. Como os novos problemas convocam velhas categorias, *Breda* recolhe da sempre jovial teoria do delito as lições fundamentais sobre a teoria do bem jurídico, da imputação objetiva e do concurso de crimes, e faz delas, em *exaltação ao passado*, a matéria-prima de suas originais propostas, construídas também levando em consideração as soluções ofertadas na Espanha, na Itália, em Portugal e, sobretudo, na Alemanha – em cujo Código Penal desfila um tipo penal específico para a corrupção de parlamentares (§ 108e). Aliás, o leitor encontrará nas próximas páginas a melhor descrição do candente debate alemão atual a esse respeito.

Breda organiza, argumenta e propõe. O diálogo franco e aberto com a jurisprudência, unido à sensibilidade de compreender a delicadeza da missão de julgar, certamente farão com que a prática judiciária, em justa retribuição, aceite o convite para dançar, e recolha deste livro lições para as decisões do porvir. Essa arguta sensibilidade, esse acurado senso de urgência, talvez possam ser creditados à versatilidade do autor: *Breda* é também luminar da advocacia criminal brasileira – de luz tanto mais forte quanto mais sombrios forem os caminhos. Partilhar do convívio com *Breda* é um refrigério; tê-lo como amigo, um privilégio. Se esta Apresentação foi, até aqui, orientada pela bússola objetiva da razão científica, estas derradeiras linhas vêm carregadas pela incontível e desbragada alegria do amigo que, tendo participado da ideia em botão, pode, agora, posicionar este livro na biblioteca.

No trem, de Munique para Berlim, 12 de outubro de 2022.

ALAOR LEITE

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
APRESENTAÇÃO	7
PREFÁCIO	9
1. APRESENTAÇÃO: O OBJETO DA OBRA	17
2. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA	21
2.1. O bem jurídico na corrupção passiva – os fundamentos da criminalização da conduta	21
2.2. O bem jurídico e sua correlação com o tipo objetivo	31
2.3. Função e ato de competência ou atribuição do funcionário como elemento da relevância na corrupção passiva e ativa	33
2.4. Pacto de injusto nos tipos penais de corrupção	39
2.5. Pacto de injusto, ato relacionado à função no contexto das doações eleitorais: a doação eleitoral oficial como categoria diferenciada no exame da vantagem indevida dos tipos de corrupção	41
2.6. O tratamento específico das doações eleitorais no direito alemão	51

2.7. A doação eleitoral como vantagem indevida de corrupção e a inequívoca ilegalidade de beneficiamento concreto do doador com comprovado pacto de injusto	55
2.8. Critérios para se admitir a legalidade: doação de acordo com a legislação eleitoral e a legalidade do ato relacionado à função.....	57
2.9. A diferença entre doação a candidato e a candidato detentor de cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo	59
2.10. Alguns aspectos específicos da corrupção ativa e a concussão. Punindo a vítima da concussão como corruptor ativo	68
2.11. Concussão e o conteúdo do elemento “em razão da função” na corrupção	71
2.12. Conceito de ato de ofício em razão da função e infração de dever funcional	74
3. CORRUPÇÃO E LAVAGEM	83
3.1. O bem jurídico na lavagem de capitais	83
3.2. O relacionamento entre os crimes de lavagem e corrupção, a partir da sobreposição dos núcleos verbais dos tipos objetivos.....	90
3.3. Especial relevância para a tipicidade do produto ou proveito de crime antecedente.....	93
3.4. A necessidade da precisa determinação do objeto material da conduta – o problema do confisco alargado	104
3.5. Ação de ocultação e dissimulação, momento consumativo e debate sobre a natureza instantânea ou permanente do crime de lavagem.....	109
3.6. Novas ações e o aprofundamento da lavagem.....	112

4. DOAÇÕES ELEITORAIS	117
4.1. Doação eleitoral oficial como vantagem indevida de corrupção passiva e lavagem de dinheiro	119
4.2. Doação eleitoral e ações de ocultação ou dissimulação	122
4.3. Atipicidade da lavagem – impossibilidade de incorporação ao patrimônio e apropriação da doação eleitoral como bens, direitos ou valores no simples recebimento. A exigência de ações autônomas.....	124
5. PROJETO DO NOVO CÓDIGO ELEITORAL: CRIMES NO FINANCIAMENTO DA CAMPANHA ELEITORAL	127
5.1. Bem jurídico	128
5.2. Sujeito ativo	131
5.3. Tipo objetivo	135
5.4. Tipo subjetivo	141
5.5. Consumação e concurso de crimes	142
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	175
REFERÊNCIAS	151

1.

APRESENTAÇÃO: O OBJETO DA OBRA

Proponho abordar, nesta obra, alguns dos temas mais polêmicos, e ainda não pacificados, pertinentes à interpretação e aplicação, pelos tribunais brasileiros, dos tipos penais de corrupção – passiva e ativa – e lavagem de capitais, com especial enfrentamento desses crimes no cenário do financiamento das campanhas eleitorais, seja por intermédio do chamado caixa dois eleitoral ou mesmo de uma doação regular.

Não é finalidade aqui realizar uma abordagem horizontal dessas infrações penais e de todos os seus elementos dogmáticos, mas apenas a identificação e a discussão dos pontos de maior oscilação jurisprudencial e de incertezas doutrinárias.

A partir da constatação desse déficit de segurança jurídica relacionado aos mais relevantes aspectos do conteúdo material dos crimes de corrupção e lavagem, procuro aprofundar esse debate, com apoio nos estudos mais recentes do direito comparado, sugerindo soluções aos problemas jurídicos que há algum tempo permanecem sem pacificação.

Ao final, analisam-se os novos tipos penais do projeto de reforma da legislação eleitoral, na iminência de aprovação, pelo Congresso Nacional, o que causará relevantes impacto na matéria, particularmente

a criminalização específica dos crimes no financiamento dos partidos e nas campanhas eleitorais.

A expectativa é oferecer uma pequena contribuição acadêmica para o permanente debate desses relevantes tipos penais, que, nos últimos tempos em nosso País, expõem dilemas e choques graves entre os Poderes da República, como já alertava Perfecto Ibáñez¹:

Com efeito, o poder judicial de ser uma instância burocrática de projecção quase exclusivamente jurídico-formal para integrar-se num espaço mais amplo de relações, interagindo de forma politicamente relevante com novos sujeitos e instituições, e muito intensamente, com a opinião pública... Assim sucede quando o papel do juiz é investido de um significado político explícito, que faz dele um sujeito em certa medida político por sub-rogação.

Depois de toda a grave crise política que arrastou parte do Judiciário para a armadilha do combate cego e desenfreado à corrupção, com sacrifício evidente de princípios e garantias fundamentais do processo penal, voltamos nossa atenção ao estudo aprofundado do Direito Penal material, que pode corrigir distorções, evitar abusos e fornecer soluções teóricas objetivas, em qualquer contexto, diante de todos os juízes. Ou ao menos perante aqueles que julgam com imparcialidade.

Para uma melhor aproximação dos temas, propõe-se como metodologia partir da formulação de casos hipotéticos, descritos a seguir, com suas possíveis variantes, de forma a cobrir, com maior objetividade e verossimilhança, boa parte dos problemas concretos surgidos recentemente nos grandes casos brasileiros.

Caso A

Servidor público solicita e recebe vantagem de representante de empresa que possui contrato com a Administração Pública, relacionado ao exercício de suas funções.

1. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. A corrupção no banco dos réus. Jurisdição penal e crise do Estado de Direito. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, n. 58, v. 15, p. 113, 1994.

- Variante 1: vantagem indevida em recursos em espécie para o servidor ou a pessoa interposta.
- Variante 2: vantagem indevida em recursos em espécie para uso na campanha eleitoral do servidor.
- Variante 3: vantagem indevida na forma de doação oficial direta para a campanha do servidor ou de terceiros por ele indicados.
- Variante 4: vantagem indevida indireta para a campanha do servidor mediante doação oficial feita por terceiro, por determinação do particular.
- Variante 5: vantagem indevida na forma de recurso em espécie, com posterior dissimulação de doação oficial direta ou doação oficial indireta para o partido político do servidor.
- Variante 6: servidor público solicita vantagem indevida e ameaça prejudicar seriamente os interesses da empresa se não recebê-la.
- Variante 7: as condutas antes descritas são praticadas por funcionário público por equiparação.

Caso B

Um parlamentar solicita e recebe doação eleitoral para apoio, defesa ou votação de projeto de lei de interesse específico de uma empresa.

- Variante 1: recursos em espécie para o parlamentar ou a terceiro por ele indicado.
- Variante 2: recursos em espécie para uso em sua campanha eleitoral.
- Variante 3: recurso em espécie, com posterior ocultação ou dissimulação para doação oficial direta ou doação oficial indireta, para o partido político do parlamentar.

Caso C

Servidor público solicita e recebe vantagem de representante de empresa que possui contrato com a Administração Pública, relacionado ao exercício de suas funções. A solicitação dirigia-se à aprovação de aditivo contratual indevido e superfaturado, circunstâncias conhecidas do funcionário público. O recebimento da vantagem indevida ocorreu em contrapartida e posteriormente à aprovação do aditivo, tal como pactuado.

- Variante 1: vantagem recebida em espécie.
- Variante 2: vantagem recebida como doação de campanha.
- Variante 3: vantagem recebida com simulação de prestação de serviços por empresa controlada, direta ou indiretamente, pelo funcionário público ao particular beneficiário do aditamento.

Caso D

Candidato sem mandato, cargo ou função pública.