

Lavagem de dinheiro: a questão do fato penalmente relevante antecedente

Money laundering: The question of precedent relevant criminal fact

Fernando Andrade Fernandes

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais-Universidade de Coimbra-Portugal; Professor Universidade Estadual Paulista «Júlio de Mesquita Filho» UNESP-Brasil

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 25 de abril de 2014

Resumo

O artigo tem como objetivo fazer uma análise mais detalhada sobre o problema da autonomia do crime de lavagem de dinheiro. A justificativa para o estudo é a existência de um entendimento que defende a autonomia do crime de lavagem de dinheiro, apesar dos vínculos que ela tem com o crime precedente, dos quais resultam os ativos ilícitos. A questão da autonomia do crime de lavagem de dinheiro é analisada na perspectiva do Direito Penal e do Processo Penal.

Palavras chave: Lavagem de dinheiro, autonomia, crime precedente, direito penal, processo penal.

Abstract

The article aims to make a more detailed analysis on the problem of the autonomy of money laundering crime. The rationale for the study is the existence of an understanding that defends the autonomy of the money laundering crime, despite the linkages she has with the precedent crime, of which result the illicit assets. The issue of autonomy of money laundering crime is analyzed in the perspective of the Criminal Law and Criminal Procedure.

Key words: Money laundering, autonomy, precedent crime, criminal law, criminal procedure.

1. INTRODUÇÃO

A presente investigação tem por objetivo aprofundar um pouco na análise a respeito do aspecto mais elementar de toda a política criminal e regulação penal relacionada ao problema do crime de lavagem de ativos ilícitos.

Trata-se da questão do vínculo entre a conduta de lavagem de ativos ilícitos e o fato penalmente relevante antecedente de onde provém os ativos.

Por um lado, há o entendimento de que, na verdade, «não há uma total independência entre o delito de lavagem de capitais e o crime antecedente»¹.

Na forma de enunciado, «tratando-se de um delito dependente de outro crime pretérito, não será sustentável a acusação de lavagem se não ficarem comprovadas práticas delitivas anteriores, tais como corrupção, peculato etc.». Ao menos originariamente, «o crime de lavagem, portanto, apenas é juridicamente possível se os valores ocultados ou dissimulados derivarem de crimes outros, já que a intencionalidade legislativa é exatamente perseguir os recursos ilícitos (“followthemoney”) e, ao mesmo tempo, impedi-los de reingressar na economia regular»².

Por outro lado, aponta-se a existência de uma verdadeira «autonomia sustancial» entre o fato penalmente relevante antecedente e o crime de lavagem de ativos ilícitos³, estando consagrado na doutrina e na legislação de vários ordenamentos jurídicos a autonomia, *ao menos, do processo e julgamento* do crime de lavagem de ativos ilícitos.

Esta questão do vínculo entre os fatos penalmente relevantes antecedentes e o crime de lavagem de ativos ilícitos pode ser considerada como sendo o código genético que identifica todo o problema da lavagem de ativos ilícitos, decorrendo da sua compreensão uma série de consequências a respeito da regulação penal da conduta e da sua apuração no processo penal.

1 BRASILEIRO, Renato. 2009: «Lavagem ou ocultação de bens. Lei 9613, 03.03.1998». In Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (coords.): *Legislação criminal especial*. São Paulo: RT, v. 6, 525. Segundo CALLEGARI (CALLEGARI, André Luiz, 2008: *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei 9.613/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 121) «o delito de lavagem de dinheiro necessita como pressuposto especial a comissão de um fato delitivo prévio, porque é neste onde vai ter a origem do objeto material sobre o qual vai recair a conduta típica respectiva». Em passagem posterior (p. 122) a mesma fonte enfatiza que o delito prévio é «pressuposto essencial para que a lavagem de dinheiro seja penalmente relevante». NUCCI (NUCCI, Guilherme de Souza. 2008: *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3.ª ed. São Paulo: RT, 792) atribui caráter *indispensável* à ligação promovida pelo tipo penal entre a conduta de lavagem e a proveniência criminosa dos ativos.

2 MARTINS, Patrick Salgado. 2011: *Lavagem de dinheiro transnacional e obrigatoriedade da ação penal*. Arraes Editores, 73. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. 2012: «A lavagem de dinheiro e a questão do delito antecedente». *Valor Econômico*, 08/08/2012.

3 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. 2010: «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español». *La Ley*, 27 dic., 2010, año XXXI, número 7535, 5. Esclareça-se, inicialmente, que se feita a análise em relação a algumas figuras às quais foi associada originariamente, tais como a receptação ou o favorecimento, não se pode por em dúvida que se verifica uma considerável autonomia em relação à lavagem de ativos ilícitos, particularmente nos modelos em que existia um vínculo entre as duas figuras originariamente (p. 6).

Embora revestido desta importância e tendo uma grande relevância em termos práticos, a maioria dos ordenamentos jurídicos limita-se a resolver o problema deste vínculo estabelecendo como verdade absoluta e incontestada a *autonomia* da conduta da lavagem em relação ao ilícito antecedente, criando um dogma que se revela muito conveniente em termos político-criminais, na medida em que retira o principal entrave para uma maior eficácia da regulação. Desta forma, o vínculo entre a lavagem e o seu antecedente é *insistentemente* camuflado por detrás de argumentos fundados em uma autonomia entre ambos.

Cabe aqui a advertência posta por SALVADOR NETTO⁴ de que «sorratamente o acessório virou principal. Atualmente as condenações por lavagem de dinheiro tantas vezes se esquecem até de perquirir aquilo que é o mais importante: qual o delito antecedente? Mundialmente a saída encontrada foi a da facilitação, isto é, como o Estado é incapaz de bem perseguir as infrações que de fato abalroam as estruturas sociais (e principalmente econômicas) contentemo-nos com as punições das exteriorizações. Num palavreado metafórico, seria o reconhecimento do caráter incurável da doença, com o qual a preocupação que resta recai somente sobre os sintomas, reconfortando a alma do paciente moribundo submetido inerte ao tratamento inoportuno e desproporcional».

O dogma da autonomia é estabelecido a partir de um *standart* fixado por uma política criminal sobre o crime de lavagem de ativos ilícitos de abrangência internacional, devendo ser melhor analisado este dogma ante à *quase* desvinculação que se pretende entre a lavagem de ativos e seus antecedentes⁵.

Com efeito, parece não merecer censura a conclusão de que a regulação das condutas de lavagem de ativos ilícitos insere-se no contexto daquilo que se pode corretamente designar por uma *política criminal transnacional*, na medida em que não só os aspectos mais gerais como também algumas sutilezas dessa regulação resultam de prescrições emanadas de instâncias supra-nacionais⁶.

4 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. 2012: «O protagonismo da lavagem de dinheiro». *Valor Económico*, 14/09/2012.

5 A circunstância de que os termos utilizados para descrever esta relação geralmente se restringem a uma *quase* desvinculação não é ao acaso. A título de exemplo: BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. «Lavagem de dinheiro», cit., 55.

6 Parece não poder ser questionado também que esta tendência no sentido do estabelecimento de uma política criminal transnacional é o reflexo mais evidente de todo o processo que se convencionou denominar de *globalização*, que, no plano jurídico e de forma extremamente epidérmica, consiste na superação da delimitação espacial das normas em marcos coincidentes com a soberania de um determinado estado. Se, apesar da vasta literatura já existente a respeito da globalização, ainda não se pode afirmar a existência de um consenso sobre a definitiva adoção deste modelo, não se pode contestar que os fatores que propiciam a sua existência estão, em alguma ou em grande medida, postos. Assim é que a queda das fronteiras no plano político, o acentuado intercâmbio no plano econômico, a intensa interação no plano cultural, tudo influenciado e estimulado pelos avanços verificados no campo da técnica, particularmente relacionada à informação, são fatores altamente favoráveis para uma exponencial diluição das tradicionais barreiras de distinta natureza que separam as nações. Portanto, mesmo com a consciência de que

a aceitação dahipótese de uma globalização vincula-se a verificar este processo em vários aspectos –econômicos, por excelência, políticos, sociais e culturais–, no plano especificamente jurídico ele tem que ser analisado na perspectiva das normas. A este respeito, há que se ter muita atenção, pois nem sempre as características de uma globalização são colocadas em evidência, bem ao contrário, o processo ocorre de forma mais sutil. Ou seja, deve ser reconhecida a existência de um antigo projeto, particularmente no que se refere ao Direito Penal, de se ter um regulação transnacional, que pudesse ter vigência e eficácia em mais de um ou em vários ordenamentos jurídicos. Este objetivo foi aguçado justamente no contexto da formação de determinadas comunidades de estados, como ocorreu de forma emblemática com a Comunidade Econômica Europeia, sendo disto exemplo mais atual os esforços voltados para a elaboração de um *Corpus Juris* em matéria penal. Reconhecidas as dificuldades para que esta regulação se faça de forma mais abrangente, destaque-se que ela já foi implementada em alguns campos mais restritos. Todavia, se em termos mais abrangentes o objetivo de se chegar a uma regulação supranacional ainda não foi plenamente concretizado, é inequívoco que por vias indiretas ele se encontra em um estágio muito avançado de implementação, particularmente no âmbito penal, reforça-se. De fato, se a elaboração de uma ordem jurídica transnacional, cujas normas sirvam para a regulação de fatos em distintos ordenamentos jurídicos é ainda uma *página em construção*, inequivocamente já se verifica um projeto instalado de *harmonização* das normas jurídico-penais de distintos ordenamentos jurídicos, particularmente em relação aos comportamentos que mais recentemente foram objeto de regulação ou que as regulações existentes foram objeto de alterações. A documentação mais evidente do que se afirma pode ser identificada nas inúmeras diretivas em matéria penal que algumas comunidades de estado editam em relação aos ordenamentos jurídicos dos países integrantes, como pode ser constatado no contexto da Comunidade Econômica Europeia e da própria Organização das Nações Unidas. No primeiro caso, a proliferação de diretivas em matéria penal no bloco da Comunidade Europeia é um fato evidente, como se pode verificar particularmente em matéria de lavagem de ativos ilícitos. No segundo exemplo, também no contexto da ONU verifica-se uma intensificação na prática de elaboração de convenções em matéria penal, culminando no estabelecimento de uma verdadeira política criminal transnacional. Nesta última hipótese deve ser registrado que a política criminal que se busca implementar por meio das convenções das Nações Unidas em muitos casos reveste-se de um riqueza tão acentuada de detalhes, que acabam por se traduzir em verdadeiras normas, que são sumariamente incorporadas pelos diversos ordenamentos jurídicos. Impressiva a este respeito é a conclusão posta por Kai AMBOS (AMBOS, Kai. 2007: *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 55), impondo-se a sua transcrição integral: «Verifica-se, e de forma bastante clara, a partir do exemplo da lavagem de dinheiro, a influência que as normas penais internacionais tem exercido sobre o Direito Penal brasileiro interno, assim como ocorre com o Direito Europeu, porém quanto a este constata-se ainda a existência de uma ordem supranacional que assimila as determinações de caráter internacional e repassa, por meio de Diretrizes e Regulamentações, ao Direito Interno dos Estados-Membros da União Européia. Em todo caso, na hipótese da lavagem de dinheiro, sob a perspectiva brasileira, é notória a observância, já na tipificação do crime de lavagem de dinheiro, às normas estabelecidas pela Convenção de Viena, pela Convenção sobre o Combate à corrupção de Funcionários Público (sic) Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e pela Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo – além da observância à Convenção de Palermo quanto ao crime organizado». Aliás, na própria Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicao=205824>, acesso em 10 out 2012, n.º 8, consta o esclarecimento de que o projeto que culminou na sua elaboração representava a «execução nacional de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a começar pela Convenção de Viena de 1988». Ainda conforme a mencionada Exposição de Motivos, também podem ser citados como antecedentes da regulamentação penal da lavagem de ativos ilícitos outros compromissos firmados pelo Brasil. O *Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos*, elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas, CICAD, aprovado pelo Brasil na XXII Assembléia-Geral da OEA, Organização dos Estados Americanos, realizada no mês de Maio de 1992. O Plano de Ação firmado na «Cúpula das Américas», reunião integrada pelos Chefes de Estado e de Governo dos Países Americanos, realizada em dezembro de 1994, estabelecendo que os governos deveriam ratificar a Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias

Registre-se que no caso específico da lavagem de ativos ilícitos, além das prescrições oriundas de comunidades de estados em nível regional ou global, há também as agências internacionais que se ocupam do tema, também nestas instâncias sendo geradas diretivas gerais sobre o assunto⁷.

2. O FATO PENALMENTE RELEVANTE ANTECEDENTE E OS MODELOS DE REGULAÇÃO DAS CONDUTAS DE LAVAGEM DE ATIVOS ILÍCITOS

Desde logo, é a própria variedade de expressões utilizadas para designar ofato penalmente relevante antecedente a revelar a necessidade de uma maior atenção a respeito do assunto, sem prejuízo do problema de fundo relacionado com a sua autonomia em relação ao crime de lavagem de ativos ilícitos.

No Ordenamento Jurídico brasileiro, o tratamento *doutrinário* do antecedente à lavagem adquire aspecto multiforme no que se refere à terminologia, falando-se em: *atividades ilícitas*, *ilícitos penais*, *crimes*, dentre outros. No marco *legal*, a expressão utilizada na vigência da Lei 9.613/98⁸ era *crime*, alterando-se para *infração penal* na vigência da Lei 12.683/12⁹.

No Ordenamento Jurídico espanhol, a partir da reforma introduzida no Código Penal pela LO 5/2010, houve a substituição da palavra «delito» pela expressão «atividade delitiva» para expressar o fato penalmente relevante de onde provém os ativos ilícitos objetos da lavagem. Segundo se informa, o objetivo perseguido pela substituição consistiu em incorporar na Lei positiva o pacífico critério jurisprudencial segundo o qual

Psicotrópicas de 1998 e sancionar como ilícito penal a *lavagem dos rendimentos gerados por todos os crimes graves*. A Declaração de Princípios firmada pelo Brasil, em 02 de Dezembro de 1995, na *Conferência Ministerial sobre a Lavagem de Dinheiro e Instrumento do crime*. No n.º 30 da Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit., o Legislador menciona expressamente que esta regulamentação penal buscava *implementar o clássico princípio da justiça penal universal, mediante tratados e convenções, como estratégia de uma Política Criminal transnacional*. Além desta manifestação expressa, em diversos momentos da mencionada Exposição de Motivos o Legislador fez referência à legislação adotada em outros países sobre a matéria. Em relação ao Ordenamento Jurídico espanhol, menciona-se a adesão a «compromisos internacionales», conf.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 1 e 2.

7 Dentre outras agências, merece destaque o GAFI/FATF (*Grupo de Ação Financeira sobre lavagem de dinheiro*), criado em 1989 por iniciativa dos sete países mais ricos do mundo no contexto da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), cuja finalidade consiste em elaborar e promover políticas em relação à lavagem de ativos ilícitos.

8 Na Exposição de Motivos desta Lei o Legislador referiu-se indistintamente a *crimes de especial gravidade* (Introdução e n. 22), *ilícitos de especial gravidade* (n. 21), *atividade ilícita* (n. 34), dentre outras expressões.

9 Na Justificação que antecedeu à edição desta última Lei, o Legislador fala em *infrações antecedentes*.

não é necessário que exista uma decisão judicial condenatória a respeito do delito prévio, bastando que ele esteja provado em termos fácticos¹⁰.

Em virtude desta variação terminológica é recomendável adotar uma expressão que melhor expressa este antecedente: fato penalmente relevante antecedente.

Considerando-se os próprios modelos de regulação, há que se recordar que a relevância penal da lavagem de ativos sempre esteve atrelada a um fato penalmente relevante antecedente.

Ainda que não seja o caso de um tratamento aprofundado nesta sede, há consenso no sentido de que o modelo de regulação do crime de lavagem de ativos ilícitos experimentou um processo evolutivo, podendo ser distinguido em algumas fases ou gerações, desde já enaltecendo a circunstância de que o estabelecimento destas fases se dá em função da sua maior ou menor *autonomia*.

Deste modo, como amplamente informado, a regulação da lavagem de ativos ilícitos experimentou uma evolução em três gerações: i) a primeira em que a relevância penal decorria do vínculo com o tráfico ilícito de entorpecentes; ii) a segunda em que esta relevância decorria do vínculo com outros fatos penalmente relevantes antecedentes, porém circunscritos em um rol previamente definido; iii) a terceira em que a relevância penal ainda decorre de um fato penalmente relevante anterior, porém já não mais específico ou constante em um rol taxativo, e sim de qualquer *espécie*, sendo enfatizada a autonomia da lavagem em relação a este antecedente.

Ora bem, é justamente esta relação com ofato penalmente relevante antecedente que ainda necessita ser melhor desvelada, apesar do firme e predominantemente entendimento que afirma a sua autonomia em relação à lavagem de ativos, por certo com fundamento nas já mencionadas diretivas transnacionais sobre o assunto e na específica lesividade material, porém sem uma adequada precisão acerca desta autonomia.

A primeira questão que se coloca refere-se ao esclarecimento quanto ao ambiente que se leva em conta quando se afirma esta autonomia, devendo ser analisada a sua pertinência ao direito material, ao direito processual ou ambos.

3. A QUESTÃO DA AUTONOMIA DA LAVAGEM DE ATIVOS ILÍCITOS NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL MATERIAL

3.1. *Natureza do fato antecedente: penal, administrativa ou civil*

Um ponto relevante consiste em se definir de que natureza deve ser a ilicitude do antecedente para a caracterização da lavagem: penal, administrativa ou civil.

10 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 4.

Ou seja, mesmo sendo a ilicitude uma para todo o Direito, desde que se admita que há uma diferenciação de graus em relação a cada setor que o compõe¹¹, esta diferenciação se reflete na relevância do fato para figurar como antecedente da lavagem de ativos.

Prevalece o entendimento de que para a relevância da lavagem é pressuposto que o fato antecedente caracterize um ilícito de natureza penal, não sendo suficiente que constitua um ilícito administrativo e menos ainda que seja um ilícito de natureza civil¹².

Exemplificativamente, tomando por referência as condutas relacionadas à administração pública, que frequentemente são identificadas como antecedentes da lavagem de ativos ilícitos¹³, verifica-se que a prática de *improbidade administrativa*, sendo um ilícito administrativo, por si só não é suficiente para a caracterização da lavagem¹⁴, para tanto sendo necessário que seja transposta a barreira que dá acesso à ilicitude propriamente penal¹⁵.

Considerando-se o relevo que na atualidade se atribui aos crimes relacionados à administração pública, particularmente nas distintas modalidades de corrupção, este dado é muito importante. Com efeito, por um lado, no plano das garantias, isto gera uma válvula de contenção da intervenção penal, condicionando a que somente nas hipóteses em que a conduta atinja o patamar da ilicitude penal poderá servir de antecedente da lavagem. Por outro lado, no plano da funcionalidade político-criminal isto pode conduzir a alguma perplexidade, pois se a intervenção ao nível administrativo se explica pela necessidade de se antecipar a prevenção, a consideração da prática de improbidade administrativa como antecedente da lavagem poderia culminar em uma maior eficácia preventiva.

Fixado, pois, que o ilícito antecedente deve se tratar de fato com relevância penal, não bastando aqueles com relevância no âmbito administrativo ou civil, importa agora analisar a espécie de fato penalmente relevante que pode ser considerado antecedente da lavagem.

11 TOLEDO, Francisco de Assis. 1991: *Princípios básicos de direito penal*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 165-166.

12 CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 126.

13 Defendendo esta ideia: BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 57 e ss.

14 BRASILEIRO, Renato. *Lavagem ou ocultação de bens*, cit., 549.

15 Aliás, ao tratar do rol de delitos antecedentes à lavagem, a Exposição de Motivos (Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit. n.º 32) menciona expressamente a improbidade administrativa como *minus* que justifica a reprovação também da dissimulação do proveito auferido com os demais crimes contra a administração pública, porém sem incluí-la como ilícito antecedente no contexto daquela regulação.

3.2. *Espécie do ilícito antecedente: crime ou delito, contravenção ou falta*

Na maioria dos ordenamentos jurídicos prevalece ainda uma distinção dos fatos com relevância penal segundo a maior ou menor gravidade de que se revestem.

Neste sentido, os fatos com relevância penal são distinguidos observando-se uma escala gradativa que parte das hipóteses menos graves, designadas por contravenção ou falta, chegando-se a hipóteses de maior gravidade, representadas pelo crime, no interior deste último sendo, por vezes, admitida uma outra divisão, distinguindo-se os delitos, hipóteses menos graves, e os crimes, que possuem o mais elevado grau de gravidade¹⁶.

Embora portadores da característica comum da relevância penal, a distinção entre estas espécies de fato se faz conforme a maior ou menor gravidade do injusto, com a consequente variação no que se refere à reprovação do fato. Esta variação quanto à gravidade do injusto e a gravidade do juízo de reprovação se refletem na maior ou menor necessidade de pena, conduzindo a que, formalmente, estas espécies sejam reconhecidas por referência à pena abstratamente cominada, considerando-se o seu tipo e a sua quantidade. Assim, para as contravenções ou faltas estão previstas consequências jurídicas menos graves do que aquelas previstas para os delitos ou crimes¹⁷.

Numa linguagem mais adequada, aqui mencionada nem tanto pelo seu caráter mais atual, mas sim pela maior clareza da distinção das espécies de fato com relevância penal que ela possibilita, pode ser dito que o critério de aferição consiste na danosidade social que do fato decorre, conforme o menor ou maior merecimento de pena, que, por sua vez reflete-se na menor ou maior necessidade de pena.

Ao que de perto nos interessa nesta sede, é necessário verificar, pois, se toda e qualquer espécie de fato penalmente relevante pode caracterizar o antecedente da lavagem de ativos ilícitos.

A observação de alguns ordenamentos jurídicos de mesmo entorno permite a constatação de que, originariamente, se verificava uma opção no sentido de se reconhecer como antecedente da lavagem de ativos ilícitos apenas os crimes e não as espécies menos graves, representadas pelas contravenções ou faltas. Esta hipótese

16 FRAGOSO, Heleno Cláudio. 1985: *Lições de direito penal. A Nova Parte Geral*. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 143-144. Registrando que no Ordenamento Jurídico brasileiro não há uma distinção entre *crime* e *delito*, diversamente de outros ordenamentos, afirma a citada fonte que «não há diferença substancial entre crime e contravenção. Esta constitui apenas a infração penal de menor gravidade, caracterizando-se pela pena cominada ao fato».

17 No Ordenamento Jurídico brasileiro, conforme estabelecido no art. 1.º da *Lei de Introdução ao Código Penal*, «considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; *contravenção*, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente».

pode ser constatada principalmente naqueles modelos de regulação que correspondem à primeira geração do crime de lavagem de ativos ilícitos, vinculando-a ao tráfico de substâncias entorpecentes, ou à segunda geração, na qual os fatos penalmente relevantes antecedentes estavam descritos em uma relação fechada, não estando inseridas as contravenções.

Neste mesmo sentido, para além da variação da gravidade conforme a espécie de fatos com relevância penal, em alguns ordenamentos jurídicos o reconhecimento do crime de lavagem de ativos ilícitos fica a depender da medida da pena abstratamente prevista para o ilícito antecedente¹⁸. Neste sentido, principalmente em ordenamentos jurídicos que adotam o modelo do rol taxativo de antecedentes, somente crimes que se enquadram em uma determinada moldura penal abstrata podem ser considerados como precedentes da lavagem de ativos ilícitos.

A consideração do antecedente da lavagem como sendo apenas os crimes e não as contravenções ou faltas, ou a sua dependência a uma determinada medida de pena abstratamente prevista permite o reconhecimento de que o objetivo é restringir as possibilidades da lavagem apenas aos fatos de maior gravidade.

Em uma perspectiva meramente formal, esta opção pode ser compreendida pela preocupação em não se reconhecer a lavagem – que geralmente é punida de forma mais grave – frente a ilícitos anteriores punidos de forma mais branda, pois, de modo contrário, poderia ter lugar uma grave violação do princípio da proporcionalidade. A explicação se justifica em razão da observação de que «em vários momentos, a punição da lavagem em muito supera aquela prevista para os crimes que lhe são razão de existir», cabendo plenamente a advertência de que «algo sempre deve estar errado quando as atenções se voltam mais ao coadjuvante do que ao protagonista»¹⁹.

No Ordenamento Jurídico brasileiro, na Exposição de Motivos da Lei 9.613/98²⁰ o Legislador deixa claro duas características que permitem associar crime de lavagem a ilícitos de maior gravidade. Primeiramente, a circunstância de que os ativos ilícitos deveriam ter origem em *determinados crimes de especial gravidade*, o que justificava

18 Na redação original do Código Penal espanhol de 1995 a lavagem estava prevista para os casos de ativos derivados de «delitos graves», ou seja, as infrações castigadas com pena de prisão superior a três anos, conf.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 4.

19 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. «O protagonismo da lavagem de dinheiro», cit.

20 Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit. Com efeito, esclarecendo o âmbito de cobertura da política criminal exteriorizada por meio da Lei, no n.º 22 da mencionada Exposição de Motivos consta que «o projeto reserva o novo tipo penal a condutas relativas a bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais». Portanto, ao lado do caráter transnacional, é a *gravidade* do crime antecedente que marca a delimitação do alcance da lavagem. Como justificativa para esta delimitação, no n.º 24 da Exposição de Motivos consta que sem este critério de interpretação o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação. Assim, o autor do furto de pequeno valor estaria realizando um dos tipos previstos no projeto se ocultasse o valor ou o convertesse em outro bem, como a compra de um relógio, por exemplo.

a preferência pelo modelo da relação fechada de crimes antecedentes, sendo que esta preferência se confirmava pela circunstância do rol de crimes que foi incluído na Lei 9.613/98. Em segundo lugar, o Legislador expressamente assumiu que a finalidade política criminal que se pretendia alcançar com a regulamentação era o *combate sistemático de algumas modalidades mais frequentes da criminalidade organizada em nível transnacional*²¹.

Sem embargo, na Justificação da Lei 12.683/12²², que alterou aspectos relevantes da regulação penal da lavagem de ativos ilícitos contida na Lei 9.613/98, principalmente no que se refere à eliminação do rol taxativo de antecedentes, foi objeto de questionamento a não inclusão de algumas infrações penais que se caracterizam como delitos de menor gravidade, *Contravenções Penais*, mas que no Brasil são consideradas como uma importante fonte de ativos ilícitos. Trata-se de infrações penais relacionadas a determinadas modalidades de jogos de azar. Com efeito, a respeito de uma das mais comuns *contravenções penais* no Brasil, na mencionada Justificação o Legislador expressamente argumentou que

o jogo do bicho, por exemplo, uma das maiores chagas da criminalidade nacional, é amplamente usado para a lavagem de dinheiro e não é previsto na lei como infração antecedente. Assim, se um bicheiro introduz proventos do jogo no sistema financeiro para ocultar ou dissimular a origem, não estará praticando crime nenhum, por maior que seja o montante. Outro exemplo são as máquinas de caça-níqueis, que se proliferam pelo país. E típico jogo de azar cujos proventos podem ser injetados no sistema financeiro sem risco de incriminação, pois o jogo é [sic] não é crime, mas mera contravenção penal.

Assim sendo, no modelo introduzido pela Lei 12.683/2012 «é inegável que a existência da lavagem depende da existência de um crime ou uma contravenção penal antecedente»²³. Ou seja, com o advento da Lei 12.683/12 no Ordenamento Jurídico brasileiro, todos os crimes e contravenções são antecedentes da lavagem de ativos ilícitos, «desde os mais graves – como o contrabando de armas ou o tráfico de drogas – até os mais leves – como o furto»²⁴.

Assim sendo, é necessário *atualizar* o critério de «gravidade» da infração penal antecedente a que originariamente estava vinculada a relevância da lavagem.

21 Escrevendo na vigência da Lei 9613/98 e adotando um ponto de vista formal, observa CALLEGARI (CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 128) que ao prever os delitos antecedentes que podem gerar bens que serão objeto material do delito de lavagem, a mencionada Lei estabeleceu que «não é necessário qualificar se esses delitos são ou não graves», bastando, para tanto, a consideração da gravidade abstrata feita pelo Legislador.

22 Brasil, *Diário do Senado Federal*, 13338-13342 mai/2003, de 29/05/2003-13339/13342.

23 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 183.

24 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 52.

Digno de destaque a este respeito é que na *Justificação*, e na Lei 12.683/12 a que ela se refere, o critério utilizado para se aferir a gravidade é o do *montante* do ativo introduzido no Sistema Financeiro e não a gravidade do antecedente. Ou seja, verifica-se aqui uma curiosa e perigosa inversão, no sentido de que se abandona o critério da gravidade do antecedente e se adota o critério da gravidade para o consequente, a lavagem de ativos ilícitos, considerando-se o montante de ativos introduzidos e o seu potencial para desestabilizar a Ordem econômica e o Sistema Financeiro. Não é difícil perceber que esta alteração é reflexo da opção por se dar maior importância aos efeitos da lavagem, enfatizando-se a fase da reincorporação do ativo na economia regular, e deste modo permitindo a conclusão de que a tônica adotada foi em relação ao bem jurídico Ordem Econômica, na linha do entendimento de ser a proteção de bens jurídicos a função do Direito Penal²⁵.

Nesta perspectiva, «a distinção materialmente relevante será entre valores significativos ou não significativos para afetação do equilíbrio econômico»²⁶.

Assim, mesmo nos modelos em que não se faz referência a uma relação de fatos penalmente relevantes como antecedentes não deve ser dispensado o critério da sua gravidade para determinar a lavagem de ativos ilícitos, seja que esta gravidade se refira ao antecedente em si mesmo, seja que se refira aos efeitos decorrente da própria lavagem.

Deste modo, mesmo que a abertura da relação de fatos penalmente relevantes antecedentes possibilite que sejam para tanto suficientes infrações penais que na sua *essência* revelem uma menor gravidade, como ocorre com as contravenções ou faltas, em termos concretos a medida do injusto que representam deverá ser grave. Ou seja, se mesmo a ilicitude correspondente a um antecedente de menor gravidade pode dar o conteúdo da lavagem, como aquela que se verifica em relação às contravenções ou faltas, a medida da gravidade da conduta típica deverá ser significativa para o aperfeiçoamento do injusto necessário.

Somente quando a legalização de ativos ostentar certos caracteres qualitativos e quantitativos se poderá falar com propriedade de um ilícito autônomo, dotado de um conteúdo material próprio²⁷.

Esta forma de ver as coisas torna desnecessário, inclusive, o recurso ao critério interpretativo pertinente ao *princípio da insignificância* para se analisar a questão da lavagem. Assim, a título de exemplo, se a *ilicitude* inerente a uma contravenção penal

25 O que sugere alguma das muitas complexidades decorrentes da continuidade da profissão de fé em torno a este dogma, apesar das suas importantíssimas funções de restrição da legitimação da intervenção penal e de critério de interpretação. Este quadro evidencia também que a questão da identificação do bem jurídico a que se refere as normas que regulam o processo de lavagem de ativos ilícitos não se trata de um mero jogo malabar de palavras, desde que seja seguida esta linha.

26 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 55.

27 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 6.

ou falta, ou mesmo um furto, podem oferecer o conteúdo de ilicitude *necessário*, só por meio da análise da gravidade da *tipicidade* concreta se poderá medir a intensidade do *injustopressuposto* para a caracterização da lavagem.

Registrada a variação quanto a gravidade do antecedente da lavagem e informada a tendência no sentido de se ampliar o espectro para abranger também crimes menos graves na sua essência, o outro ponto consiste em identificar o ponto de inflexão deste ilícito antecedente que se revela necessário e suficiente para fundamentar a ilicitude da lavagem.

3.3. O objeto das normas: identidade ou autonomia

Considerando que o tipo descreve os fatos que contrariam a norma de conduta, cabe um melhor esclarecimento a respeito da relação que se estabelece entre o objeto do fato penalmente antecedente e o objeto da lavagem de ativos ilícitos.

De fato, quando se enaltece o caráter autônomo do crime de lavagem, o objetivo perseguido consiste em destacar o objeto das normas que cuidam da sua regulação daquele objeto das normas que regulam os fatos antecedentes dotados de relevância penal.

Nisto consiste a progressiva autonomia que passou a ser reconhecida em relação ao crime de lavagem, como forma de se destacar o objeto das normas que a regulam: evoluindo de um momento inicial em que se defendia a identidade deste objeto com aquele das normas que regulam os fatos antecedentes para se chegar em um entendimento predominante no sentido de que se trata de objetos distintos²⁸.

Neste sentido, defende-se o entendimento de que a lavagem de ativos implica uma «antijuridicidade material específica» que a singulariza: uma lesividade da ordem sócio-econômica, que a torna autônoma em relação ao antecedente²⁹, o que pode ser aplicado mesmo que se considere que este objeto consiste na administração da justiça.

Sem embargo, esta autonomia em relação ao objeto das normas não pode ser utilizada para desvincular totalmente a lavagem de ativos ilícitos dos fatos penalmente relevantes que a antecedem³⁰. Mesmo em uma concepção alinhada a uma

28 Servindo como suporte da ideia que consta no texto: BARROS, Marco Antonio de. 2007: *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 54-55. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 1 e 2, acrescentando que no âmbito exclusivamente penal e considerando os princípios limitadores e da economia legislativa, não se justificaria a expressa previsão de pena para a conduta de lavagem se dela não decorresse uma lesividade específica.

29 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 3.

30 Os delitos prévios «constituem o pressuposto indispensável que serve de nexa com o objeto sobre o qual vão recair as condutas constitutivas da lavagem de dinheiro e, não existindo este nexa, não haverá

sua progressiva autonomia, há o reconhecimento de que a lavagem «constitui uma atividade de segundo grau, na medida em que só existe se houver bens que tenham sua origem em um delito anterior»³¹.

Portanto, sendo correto reconhecer a autonomia do objeto da norma que regula o crime de lavagem (*Ordem Econômica, Administração da Justiça*, dentre outros) frente ao objeto das normas que regulam os fatos penalmente relevantes antecedentes, ainda assimpersiste uma relação entre ambos.

3.4. Estágio do fato penalmente relevante antecedente: injusto, culpabilidade ou ambos

Do que se trata aqui é de saber qual o nível de aperfeiçoamento da composição do conceito de crime ou contravenção é necessário para se projetar a relevância da ilicitude da lavagem de ativos.

Inicialmente, tendo por referência a questão da necessidade ou não do aperfeiçoamento dos dados objetivos do fato antecedente com relevância penal, é possível alinhar-se ao entendimento de que mesmo que ele esteja limitado ao «grau de tentativa também deve ser considerado como delito prévio em relação à lavagem de dinheiro», pois a sua realização «é suscetível de gerar bens idôneos para serem objeto material do delito de lavagem»³².

Esta relevância em relação à lavagem se explica pelo fato de que a tentativa é, em si mesma, típica, como pode se depreender do art. 14, I, do Código Penal no Ordenamento Jurídico brasileiro, possuindo uma ilicitude própria, concernente à violação da norma que veda a criação de perigo.

Por outro lado, considerando-se que prepondera o entendimento no sentido de ser o crime um injusto-culpável merecedor e necessitado de pena, onde o injusto caracteriza-se por ser uma ilicitude tipificada, ao qual se agrega o juízo inerente à culpabilidade, impõe-se estabelecer em que ponto desta estrutura se tem o marco para a relevância da posterior lavagem de ativos ilícitos.

A hipótese a ser investigada refere-se à necessidade ou não da plena configuração do injusto-culpável, merecedor e necessitado de pena, como antecedente para que se tenha a relevância da lavagem.

objeto material idôneo para a comissão do delito de lavagem de dinheiro», conf.: CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 123.

31 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 3.

32 CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 127-128.

a) Em relação ao tipo penal

Ainda que esta não seja a ordem lógica das coisas, uma vez que é o ilícito que preenche de conteúdo o tipo penal, mas em atenção a um critério de operacionalidade, deve ser analisada a tipicidade da lavagem de ativos ilícitos em relação ao crime antecedente.

Anote-se que o tipo penal experimentou algumas variações, que culminaram nos últimos tempos principalmente numa excessiva utilização: dos tipos penais abertos, os quais não individualizam totalmente a conduta proibida, exigindo que o juiz o faça por meio do recurso a regras gerais que estão fora do tipo penal³³; das normas penais em branco, cujo aperfeiçoamento liga-se a um complemento que está fora do tipo penal³⁴; e dos elementos normativos do tipo, os quais, mesmo que integrando a descrição típica, para a sua compreensão é pressuposta a realização de um juízo de valor valendo-se de critérios de natureza não necessariamente penal.

Dentre estas variações, talvez se possa falar também de uma tipicidade vinculada ou, dependente, cujo aperfeiçoamento fica subordinado a um injusto anterior. Registre-se que, diferentemente das anteriores variações, nas quais o complemento serve para aperfeiçoar a *descrição* típica, neste último caso o injusto anterior é pressuposto da própria *tipicidade material*.

Assim sendo, considerando-se os modelos de primeira e segunda geração, prevalece o entendimento de que a relação fechada dos fatos penalmente relevantes antecedentes constitui-se em um «complemento necessário para que exista adequação típica»³⁵, uma vez que integram o próprio tipo que descreve a lavagem de ativos ilícitos.

Seguindo esta linha, no Ordenamento Jurídico brasileiro, na vigência da Lei 9.613/98, havia o firme entendimento de que «a tipificação do crime de lavagem de capitais está atrelada à prática dos delitos antecedentes», os quais, designados por crime, eram considerados uma elementar do tipo de lavagem, de modo que «a ausência de um dos crimes antecedentes acaba por afastar a própria tipicidade do delito de lavagem de capitais»³⁶.

33 ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. 1999: *Manual de direito penal brasileiro*. Parte Geral. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 447.

34 A referência aqui é às normas penais em branco, que são aquelas «em que a descrição da conduta punível se mostra incompleta ou lacunosa, necessitando de outro dispositivo legal para a sua integração ou complementação». Ou seja, o dispositivo legal é formulado de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser preenchido/determinado por ato normativo (legislativo ou administrativo), em regra, de cunho extrapenal, que fica pertencendo, para todos os efeitos, à lei penal, conf.: PRADO, Luiz Regis. 1999: *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 93.

35 CERVINI, Raul e OLIVEIRA, William Terra, 319, apud MARTINS, Patrick Salgado. *Lavagem de dinheiro transnacional...*, cit., 73.

36 BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 525.

Aplica-se o mesmo raciocínio mesmo em se tratando de modelos que adotam a terceira geração dos delitos de lavagem, nos quais não se exige que o fato penalmente antecedente conste de uma relação fechada. Desta forma, a abertura da relação não deve ter aptidão para alterar este condicionamento da tipicidade.

Parte-se a este respeito de um argumento de natureza puramente formal, obtido por referência à terminologia utilizada para descrever o fato de onde provém os ativos objeto da lavagem. Assim é que, falar-se em «infração penal» antecedente, elemento integrante da descrição típica do crime de lavagem no Ordenamento Jurídico brasileiro³⁷, denota que só ocorrerá a tipicidade desta se os ativos tiverem origem em um fato anterior que infringe uma norma de natureza penal.

Por outro lado, em termos materiais, somente se os ativos (bens, direitos ou valores) forem *provenientes* deste fato anterior que infringe uma norma de natureza penal se poderá cogitar da tipicidade da lavagem.

Resumidamente, somente se poderá falar na lesividade da lavagem, e, pois, de tipicidade material, se, *em razão de ser* o ativo *proveniente de infração penal*, disto decorrer um dano à Administração da Justiça, à Ordem Econômica, dentre outros possíveis objetos da norma.

São estes dois condicionantes da tipicidade –que o antecedente seja uma *infração penal* e que os ativos sejam dele *provenientes* (não necessariamente nesta ordem)–, que devem ser transpostos para o plano do processo penal (*infra*).

b) Em relação à ilicitude penal

No que se refere à ilicitude, dificilmente se poderá negar que a ilicitude do crime de lavagem de ativos é reflexo da ilicitude do fato penalmente relevante antecedente, de modo que é este que preenche de conteúdo a relevância da lavagem. Trata-se do que talvez se possa melhor definir como uma ilicitude *comunicada*, ou de *contato*, que somente se verifica se estiver presente a ilicitude do anterior.

Como contraprova, e em sentido contrário, demonstrada a falta de ilicitude penal do antecedente, «inexistente será o componente essencial a justificar a condenação por lavagem de dinheiro. Aliás, essa é uma das complexidades desse tipo de acusação, eis que o julgador deve se ater não apenas aos atos rotulados como lavagem, mas também perquirir a respeito de uma origem espúria dos recursos a justificar a ilicitude do comportamento posterior»³⁸.

37 Lei 9.613/98, com redação dada pela Lei 12.683/12: «Art. 1.º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal».

38 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. «O protagonismo da lavagem de dinheiro», cit. No mesmo sentido: CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 126-127.

Isto é assim qualquer que seja a posição que se adote a respeito do objeto das normas que regulam a conduta de lavagem de ativos ilícitos³⁹: *Administração da Justiça, Ordem Econômica, pluriobjetividade*, dentre outras.

Por um lado, a ilicitude do antecedente se reflete na ilicitude do crimes de lavagem caso se admita que o objeto das normas é a *Administração da Justiça*, pois somente será ilícita a lavagem de ativos se houver obstáculo à administração da justiça em relação à suposta prática de um ilícito anterior. Aliás, é nesta hipótese que o vínculo mais se robustece.

Nesta linha, em termos de política criminal, a ideia que preside as diretivas internacionais sobre o tema e que está presente na regulação de vários ordenamentos jurídicos «é usar o direito penal para suprir a incapacidade do Estado de investigar o *crime antecedente* da lavagem de dinheiro e rastrear seu produto. A ineficiência dos meios tradicionais de investigação provocou a criminalização de sua obstrução pelo escamoteamento de bens»⁴⁰.

Por outro lado, se, como se afirma, a relevância da lavagem diz respeito às consequências que da sua prática decorrem para a *Ordem Global da Economia*, a autonomia que se pode reconhecer refere-se a este resultado específico frente ao dano resultante do ilícito antecedente. Por este entendimento, é justamente os efeitos decorrentes do processo de lavagem de um ativo *ilícito* na economia lícita que caracterizam a sua específica lesividade⁴¹.

Porém isto não se reveste da condição para romper o nexo de ilicitude a ser estabelecido entre o crime de lavagem e o crime antecedente, pois de toda forma o dano à ordem econômica só se perfaz em razão da origem ilícita (*natureza e proveniência*) dos ativos nela incorporados.

Ou seja, «o impacto da reciclagem de bens na ordem econômica decorre justamente da origem criminosa dos mesmos, que desequilibra as forças do mercado», evidenciando a relação que *resta* entre o antecedente e o conseqüente mesmo nesta

39 É conhecida a polêmica que se instalou a respeito do objeto das normas que regulam a lavagem de ativos ilícitos (tradicionalmente explicitada em relação ao bem jurídico protegido). Sobre esta questão, ao lado de algumas posições unitárias mais destacadas, que sustentam ser este objeto exclusivamente a *Administração da Justiça*, para alguns, e a *Ordem Econômica*, para outros, há também o entendimento no sentido de que as mencionadas normas possuem uma pluriobjetividade, incluídos os dois objetos que foram referidos, sendo a lavagem pluriofensiva.

40 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 61. Analisando a questão sob a ótica da consideração do tráfico de entorpecentes como antecedente, no mesmo sentido assevera BRASILEIRO (BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 516-517) que «de certa forma, portanto, evidenciada a ineficácia do Direito Penal em coibir a atividade primária de tráfico de drogas, a criminalização da lavagem de capitais surge como importante meio de se controlar os fluxos financeiros provenientes daquela atividade ilícita (...) criando para o Estado a oportunidade de identificar a origem criminosa desses valores, adotando medidas de modo a impedir seu aproveitamento pelo crime organizado ou mesmo inserção na economia legal, com disfarce de licitude».

41 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 4.

concepção. Ainda que nesta concepção «o centro gravitacional do injusto reside na utilização deste capital sujo na economia formal», persiste uma conexão entre a lavagem de ativos ilícitos e o crime anterior, «pois sem a sua existência os bens seriam limpos e seu uso não representaria problema algum para o funcionamento da ordem econômica»⁴².

Voltando às origens, acresça-se que a preocupação com a lavagem surgiu justamente em decorrência do volume de ativos movimentados pelo tráfico de drogas e, posteriormente, de forma simplificada, também pela movimentação de ativos gerada pelo crime organizado em geral.

Assim, mesmo que se admita que o objeto das normas é a Ordem Econômica, não se pode ignorar que na base há sempre um fato anterior de onde provém os ilícitos. Desta forma, mesmo que se admita uma autonomia no que se refere à relevância penal dos *efeitos* decorrentes –dano à Ordem Econômica– não há como negar que a lavagem é efeito da ilicitude da infração penal antecedente, da qual podem resultar, inclusive, outros efeitos que caracterizam uma danosidade social relevante: políticos⁴³, culturais, dentre outros.

Quanto às consequências que projeta, pode-se até convencionar serem autônomos os efeitos dalavagem, porém não reconhecer que ela, por sua vez, só tem razão de ser em razão da infração penal antecedente é criar um artificialismo de duvidosa legitimação. *Não se trata da lavagem de qualquer ativo, mas sim de ativos provenientes em um fato anterior ilícito, tornando-os igualmente ilícitos.*

Por último, mesmo numa concepção pluriofensiva da lavagem, quando focado o seu vínculo, *ao menos*, com a Administração da Justiça e com a Ordem Econômica, não se pode deixar de reconhecer a necessidade do ilícito antecedente, pelas razões já analisadas em relação a cada uma destas hipóteses⁴⁴.

42 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 55. Em reforço a esta ideia, recorde-se que na vigência da Lei 9.613/98, «nenhum dos tipos penais exige, para a consumação, que o dinheiro venha a ser integrado com aparência lícita ao sistema econômico formal», conf.: BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 520, que informa decisão do Supremo Tribunal Federal, dispensando o «êxito definitivo da ocultação» (STF, RHC 80.816/SP, 1.^a Turma, j. 18.06.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 18.06.2001). No mesmo sentido o entendimento de BARROS (BARROS, Marco Antonio de. «Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas», cit., 61), informando que «não é indispensável que a pretendida mutação de lucro ilícito para ativo lícito se confirme».

43 Não é segredo os danos que o tráfico de entorpecentes e a corrupção podem produzir na estrutura política de uma determinada sociedade, por exemplo, ainda que pela via do fator econômico.

44 No Ordenamento Jurídico brasileiro, na vigência da Lei que previa o rol taxativo de crimes antecedentes, BARROS (BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, cit., 60) afirmava que somente o lucro «sujo» ou o patrimônio cuja raiz seja proveniente de algum crime antecedente poderia ser considerado objeto material da lavagem. Considerando que esta fonte defende o caráter pluriofensivo das condutas de lavagem (p. 54), incluindo-se o dano à ordem socioeconômica, é possível concluir que mesmo sendo este o objeto de proteção, a relevância penal da lavagem fica a depender da natureza «sua» do ativo antecedente.

Aliás, a concepção de um *nexo de ilicitude* se revela totalmente pertinente principalmente nos modelos de regulação que não explicitam o fato penalmente relevante em uma relação taxativa prévia, hipótese na qual este integra o próprio tipo penal, sendo suficiente que ele constitua um injusto, que comunica a natureza ilícita ao crime lavagem de ativos.

Em virtude da referência às consequências decorrentes, em resumo, deve ser enfatizado que «é necessário que fique provada a existência da tipicidade e da antijuridicidade do crime antecedente, pois o reconhecimento de uma justificante ou a ausência de um dos elementos do tipo leva, necessariamente, à ausência do crime antecedente e, por isso, não haverá a subsunção típica às figuras de lavagem que exigem a comissão daquele»⁴⁵.

Em termos conclusivos em relação aos dois escalões do conceito de delito até agora vistos –tipicidade e ilicitude– verifica-se uma conexão entre a lavagem de ativos ilícitos e um injusto anterior.

c) Em relação à culpabilidade

Na maioria dos ordenamentos jurídicos não se exige que se tenha o completo aperfeiçoamento do injusto-culpável para a conseqüente relevância do antecedente para o fim da lavagem de ativos.

Em termos aproximados ao que se passa no concurso de pessoas, adota-se a ideia de uma acessoriedade limitada⁴⁶, de modo que para fundamentar a ilicitude da

45 BRASILEIRO (BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 526).

46 «Denomina-se acessoriedade limitada o grau de dependência segundo o qual só se pode castigar a conduta do partícipe quando o fato principal for típico e antijurídico. Logo, se a culpabilidade não é requisito necessário para a configuração do fato prévio como delito, deduz-se que o são a tipicidade e a antijuridicidade». Especificamente em relação ao tema desta investigação, menciona-se a existência de uma «acessoriedade objetiva», sendo «correto afirmar que a relação de dependência do delito de lavagem com relação ao delito prévio é de acessoriedade limitada». Segue-se que para os delitos de lavagem de capitais adotou o legislador brasileiro «o princípio da acessoriedade limitada, ou seja, há necessidade de que o delito prévio seja ao menos típico e antijurídico, o que torna impossível a prática da lavagem se o fato antecedente não puder ser considerado crime», «posto que ligada apenas ao injusto penal (tipicidade e antijuridicidade)», conf.: BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 525-526. Tratando da regulação penal que no Ordenamento Jurídico brasileiro previa a relação fechada de crimes antecedentes, BARROS (BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, cit., 52) se manifesta no sentido de que «foi acolhido o princípio da acessoriedade limitada, restando certo que o crime de “lavagem” deriva, necessariamente, de outro delito». Segundo SALVADOR NETTO (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. «A lavagem de dinheiro e a questão do delito antecedente», cit.), «A acessoriedade da lavagem de dinheiro em face do crime antecedente pode ser comparada, em termos bastante genéricos, com o conhecido delito de receptação, o qual apenas ocorre quando a coisa adquirida ou recebida é igualmente objeto de um crime, no mais das vezes patrimonial, anterior».

lavagem posterior basta o caráter injusto do antecedente, ou seja, a ilicitude tipificada, dispensando-se o juízo inerente à culpabilidade⁴⁷.

Por um lado, «o princípio da acessoriedade, portanto, sofre expressiva limitação na lavagem de dinheiro, pois não é necessária a prova da culpabilidade dos crimes antecedentes, bastando que o Ministério Público apresente prova indiciária de sua existência». Por outro lado, «mesmo que não seja culpável a conduta anterior, ela deve ser, no mínimo, típica e antijurídica, o que impede o processo por lavagem de dinheiro proveniente de alguma conduta antecedente com tipicidade ou antijuridicidade excluídas»⁴⁸.

Tradicionalmente, o *juízo de reprovação* inerente à culpabilidade é de natureza pessoal, não impedindo que o *injusto* irradie efeitos para além do próprio agente. Assim, nos casos em que o fato constitua um injusto, mesmo estando ausente a culpabilidade, é possível que ele sirva de antecedente para a lavagem de ativos ilícitos. Exemplificativamente, a prática de um injusto atribuída a um agente inimputável pode servir como antecedente para a caracterização da lavagem de ativos ilícitos.

De modo conclusivo, «haverá o delito de lavagem sempre que estivermos diante de uma causa que afaste a culpabilidade, também denominadas pela doutrina de dirimentes ou causas de isenção de pena». Sem embargo, ante à relação de dependência que fica o reconhecimento da lavagem de uma conduta antecedente que seja típica e ilícita, «afasta-se a possibilidade de condenação pelo delito de lavagem se acaso o autor do crime antecedente seja absolvido» por estar provada a inexistência do fato; não constituir o fato infração penal; existir circunstância que exclua o crime, hipóteses previstas no art. 386, I, III e VI, 1.^a parte, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.690/2008⁴⁹.

47 Aventando a hipótese de um modelo em que para a configuração da lavagem fosse necessário «um delito completo, ou seja, que exista uma ação típica, antijurídica e culpável», CALLEGARI (CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 124 e ss.) informa que no Ordenamento Jurídico brasileiro «o legislador previu expressamente o princípio da acessoriedade limitada para o delito de lavagem de dinheiro», de modo que «a culpabilidade, então, não é requisito necessário para a consideração do fato prévio como crime porque fica claro que os requisitos exigíveis são a tipicidade e a antijuridicidade». Em reforço, «mesmo diante da acessoriedade material entre o crime de lavagem de dinheiro e a infração penal antecedente», trata-se de uma acessoriedade limitada, «posto que ligada apenas ao injusto penal (tipicidade e antijuridicidade), conf.: BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 183.

48 CALLEGARI, 139; BONFIM e BONFIM, 53-54, apud MARTINS, Patrick Salgado. *Lavagem de dinheiro transnacional...*, cit., 74. Perceba-se que a autonomia informada pela fonte dá-se no campo da prova e, pois, no âmbito processual. Tratando da expressão «actividad delictiva» utilizada no Ordenamento Jurídico espanhol para descrever o fato penalmente relevante antecedente, afirma-se que deve ser entendidas como tais «as condutas tipicamente antijurídicas, não importando se o agente ou o cúmplice do fato é irresponsável [não culpável] ou está pessoalmente isento de pena», conf.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 6.

49 BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 526.

d) Em relação à punibilidade

Mais delicada e suscita maior cuidado a questão da relação entre a lavagem de ativos ilícitos e a punibilidade da infração penal antecedente, desde logo registrando-se a divergência existente a respeito se ela (punibilidade) interfere na relevância penal do fato ou se interfere apenas na consequência jurídica do delito.

Considerando a punibilidade como uma «mera consequência do delito», há o entendimento no sentido de que «a incidência de uma causa extintiva da punibilidade não tem o condão de retirar o caráter delituoso da conduta antecedente». Por esta ótica, «em regra, incidindo uma causa extintiva da punibilidade (e.g., prescrição) em relação ao crime precedente, nada impede a condenação pelo crime de lavagem». Diz-se em regra, pois, em se tratando da anistia e da *abolitio criminis*, que são hipóteses de *novatio legis* que deixa de considerar o fato antecedente como crime, com efeitos *extunc*, diverso é o entendimento. Ou seja, sustenta-se que «tanto a anistia quanto a *abolitio criminis* alteram a qualidade dos bens ocultados por meio da lavagem, que deixam de ser considerados provenientes de crime, afastando, assim, o juízo de tipicidade do crime de lavagem de capitais»⁵⁰.

3.5. Elemento pessoal: autonomia ou abrangência

Ao final, no plano do Direito Penal material a ponte que liga o fato antecedente à lavagem de ativos em quaisquer dos modelos adotados⁵¹ consiste naquilo que, ao contrário de elemento subjetivo, melhor se designa como elemento pessoal⁵², na forma de dolo ou culpa.

Naqueles ordenamentos jurídicos em que não se pune a modalidade culposa, como no caso do Ordenamento Jurídico brasileiro, afirma-se queo dolo em relação à lavagem de ativos ilícitos «deve abranger também o crime antecedente»⁵³. Inclusive

50 *Idem, ibidem*, 527.

51 Mesmo naqueles de terceira geração, em que a tipicidade não se vincula a um rol taxativo de antecedentes.

52 Isto porque é por meio dele que se faz a atribuição (ligação) *pessoal* de um fato a um determinado agente, a título de dolo ou culpa (negligência em sentido amplo).

53 BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 533. Segundo BARROS (BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*, cit., 59), «mister se torna reconhecer que a consciência por parte do autor do fato, no sentido de que os bens procedem de um delito anterior é um elemento normativo do tipo, pois para que o sujeito o conheça necessita realizar previamente um processo de valoração». E, no contexto em que no Ordenamento Jurídico brasileiro estava previsto o rol fechado de delitos antecedentes, acresce a mesma fonte que «só se configura o crime de “lavagem” quando o sujeito ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimento ou propriedade de bens, direitos ou valores, “sabendo” que estes são provenientes de ao menos um dos delitos primários». Esta circunstância leva o Autor a se posicionar no sentido de que a expressão «sabendo» utilizada pelo legislador exclui a hipótese de dolo eventual, pois com ele é incompatível, de modo que é necessária «ação

porque, como já visto, o fato antecedente integra o tipo penal da lavagem, ainda que indiretamente, e o dolo segue sendo considerado como a consciência e vontade de realizar o tipo objetivo.

Também naqueles ordenamentos jurídicos em que se admite a modalidade culposa, a culpa *strictu sensu* ou, negligência, continua cumprindo a função de estabelecer o vínculo entre a lavagem de ativos e o fato antecedente, pois é em relação à procedência dos ativos deste último é que deve faltar o *dever de cuidado* do agente, não atentando para a sua eventual natureza ilícita. Neste caso, ainda que falte ao agente informações detalhadas sobre o crime antecedente, ao menos deve haver a *previsibilidade* a respeito da origem e natureza do ativo.

Todavia, também em relação a este aspecto do vínculo pessoal a regulação experimentou uma evolução no sentido da reclamada autonomia da lavagem de ativos ilícitos, correspondendo aos anseios da política criminal que se pretende incidir nesta matéria.

Com efeito, um dos passos importantes que foram dados em direção à autonomia da lavagem consistiu na não necessidade de demonstrar que o agente tinha conhecimento da concreta procedência dos bens, bastando evidenciar um conhecimento genérico a respeito da origem ilícita, em abstrato⁵⁴.

Apesar das conexões que foram apontadas no plano do Direito Penal material, nos diversos ordenamentos jurídicos prepondera o entendimento centrado na autonomia do crime de lavagem de ativos ilícitos frente ao fato penalmente relevante anterior.

Portanto, cabe investigar como esta autonomia pode se projetar no plano do processo penal.

Como recuperação do que já foi visto, registre-se que o que deve ser considerado na perspectiva do processo penal é a conexão entre o caráter injusto (tipicidade e ilicitude) do fato penalmente antecedente e a lavagem de ativos ilícitos.

com conhecimento prévio da origem ilícita do capital, conduzida a partir da decisão de alcançar o resultado típico». Neste mesmo contexto de vinculação a uma relação fechada de antecedentes o entendimento era no sentido da necessidade de que os agentes do crime de lavagem tivessem conhecimento da origem ilícita dos ativos, conf.: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. «A lavagem de dinheiro e a questão do delito antecedente», cit.

54 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», cit., 4.

4. A AUTONOMIA DA LAVAGEM DE ATIVOS ILÍCITOS NO CONTEXTO DO PROCESSO PENAL

O problema principal a este respeito, consiste em saber como se dá a transposição da relevância penal do antecedente no plano do direito material para o plano processual. Na forma de hipótese, do que se trata é de como transpor o caráter injusto (tipicidade e ilicitude) do fato penalmente relevante antecedente para a lavagem de ativos ilícitos.

Tendo por referência este problema, a lavagem de ativos ilícitos é um exemplo paradigmático de como se verifica uma *pressão* da política criminal para resolver entres postas ante à sua eficácia, transpondo para o processo penal a solução dos problemas que disto decorre. Deste modo força-se a que o processo penal seja utilizado como um instrumento de política criminal, tornando inadiável uma agenda que discuta a sua relação com o Direito Penal⁵⁵.

Podendo ser considerada a mais tradicional e com maior rigor dogmático, uma das vias para se lograr a transposição consiste em se considerar a infração penal antecedente «uma questão prejudicial do próprio mérito da ação penal relativa ao crime de lavagem»⁵⁶.

De modo convergente, afirma-se que se trata de «uma questão prejudicial em relação à existência do crime de lavagem de dinheiro». Deste modo, «antes de saber se houve lavagem de dinheiro, é preciso saber houve (sic) uma infração penal antecedente que gerou bens, direitos ou valores a serem lavados cujo resultado condiciona o conteúdo da decisão prejudicada (p. ex.: se não houve infração antecedente, o acusado deverá ser absolvido da acusação de lavagem)»⁵⁷.

Uma das questões práticas decorrentes desta possível solução consiste em se analisar a relação de dependência entre o processo em que se discute a ocorrência da infração penal antecedente e o processo em que discute a lavagem dos ativos ilícitos.

A rigor, a resposta a esta questão conduz à conclusão no sentido de que o processo em relação ao conseqüente (a lavagem de ativos ilícitos) deve ser suspenso enquanto não concluído o processo em relação à infração penal antecedente⁵⁸.

55 Ainda não tendo encontrado a repercussão e atenção que merece, dada a quantidade e gravidade das implicações decorrentes, uma construção deste tipo já foi por nós amplamente advertida há mais de uma década, conf.: FERNANDES, Fernando Andrade. 2001: *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina.

56 BRASILEIRO, Renato. «Lavagem ou ocultação de bens», cit., 526 e 576. Saliencia a mesma fonte que, «quando da sentença condenatória, tem o juiz o dever de abordar essa questão, afirmando estar convencido da existência do crime antecedente».

57 Dando notícia desta possibilidade: BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 183-184.

58 Entendendo ser necessária a «prova da materialidade» do delito antecedente NUCCI (NUCCI, Guilherme de Souza. «Leis penais e processuais penais comentadas», cit., 798) opina no sentido de que «se o processo pelo crime antecedente estiver em andamento, considera-se a situação uma questão prejudicial

Entretanto, na linha da já mencionada política criminal internacional sobre o tema, esta não é a solução admitida para a hipótese, abrindo-se as portas para a crescente autonomia processual que se defende para a lavagem de ativos em relação à infração penal antecedente.

No Ordenamento Jurídico brasileiro em relação à Lei 9.613/98, o Legislador, visando a sua maior «eficácia», expressamente declarou a «autonomia do processo e do julgamento entre o crime antecedente ou básico e o crime de lavagem» (artigo 2.º, inciso II), mais uma vez acatando recomendações internacionais (art. 2.º, 6, do Regulamento Modelo da CICAD-*Comissão Inter-americana para o Controle do Abuso de Drogas*)⁵⁹.

Deste modo, as condutas de lavagem de ativos ilícitos são puníveis, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime antecedente (art. 2.º, § 1.º)⁶⁰.

Deste modo, além da referência às «recomendações internacionais», a autonomia processual da lavagem de ativos em relação ao ilícito antecedente é justificada em dois aspectos essenciais: um de caráter instrumental, visto que «o procedimento relativo ao ilícito antecedente poderá estar – as mais das vezes – submetido a jurisdição penal de outro país; e o segundo, de natureza material, diz respeito às exigências de segurança e justiça que são frustradas pelas práticas domésticas ou transnacionais de determinados crimes cuja gravidade e reiteração constituem desafios do estado contemporâneo»⁶¹.

Registre-se a observação muito bem posta no sentido de que a estratégia central de enfrentamento «é a progressiva autonomia categorial do delito de reciclagem, para evitar que as dificuldades de apuração da autoria do delito original contaminem a persecução pelos atos de encobrimento dos bens dele procedentes», de modo que tanto os diplomas internacionais quanto a regulação local de diversos ordenamentos jurídicos «buscam a desvinculação da *lavagem de dinheiro* da constatação plena do crime antecedente»⁶², tudo na linha da já mencionada *pressão* da política criminal por sobre as estruturas dogmáticas do Direito Penal e do Processo Penal.

Neste sentido, no Ordenamento Jurídico brasileiro, à luz do art. 2.º, II, primeira parte, da Lei 9.613/98, cuja redação não foi alterada pela Lei 12.683/2012, não

homogênea, merecedora de gerar a suspensão do processo pelo delito de *lavagem* até que o outro seja julgado». Acresce ainda a mesma fonte (p. 799) que «a denúncia por lavagem de dinheiro pode ser oferecida com base em indícios da existência do crime antecedente, mas o julgamento não pode ser proferido. Ou se prova a existência de delito anterior ou aguarda-se o término do processo que o apura e a demonstração da sua materialidade».

59 Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit., n.º 56.

60 Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit., n.º 62, que invoca a correlação desta previsão com o que se prevê no Código Penal (art. 180, § 2.º) para a figura da receptação. No Brasil, este entendimento tinha pleno embasamento na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Conf.: Superior Tribunal de Justiça, HC 137.628/RJ, julgado em 26/10/2010, DJe 17/12/2010; Supremo Tribunal Federal, HC 93368, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/08/2011.

61 Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit., n.º 57.

62 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 51.

há «dúvida sobre a desnecessidade de suspensão obrigatória do processo pelo crime de lavagem, em razão da questão prejudicial sobre a existência da infração antecedente»⁶³. Segue-se que, embora a ocorrência de infração penal antecedente seja uma questão prejudicial em relação à existência do crime de lavagem de dinheiro, não se trata de questão prejudicial a impor a suspensão do processo no qual se discute a questão subordinada, isto é, a lavagem de dinheiro. O que se admite, quando muito, é que o julgador possa conhecer de forma incidental a questão sobre a existência ou não da infração antecedente, resolvendo-a. Enfatizando, argumenta-se que o objetivo do art. 2.º, II, primeira parte, da Lei 9.613/98 é *apenas* «deixar claro e incontestado a inaplicação das regras de suspensão do processo» previstas no Código de Processo Penal⁶⁴.

Todavia, isto não basta para a voraz política criminal sobre esta matéria, pois, perseguindo altos níveis de eficácia, força novos entorses na dogmática processual penal.

A doutrina majoritária e a jurisprudência predominante de muitos ordenamentos jurídicos, novamente reverberando a política criminal internacional a este respeito, limitam-se a enfatizar a autonomia da lavagem de ativos ilícitos em relação ao fato penalmente relevante antecedente, fazendo a passagem de um plano para o outro por meio do *regime de provas*.

No Ordenamento Jurídico brasileiro, tendo em vista a previsão específica que consta na regulação correlata, há o entendimento de que «a autonomia do crime de lavagem significa que pode haver inclusive condenação por crime de lavagem independentemente de condenação ou mesmo existência de processo pelo crime antecedente». Nesta mesma linha, segundo se defende, no processo pelo crime de lavagem não se faz necessário provar a materialidade do crime antecedente, com todos os seus elementos e circunstâncias. Sem embargo, a isso se acresce a ponderação no sentido de que se faz «necessário provar que o objeto da lavagem é produto ou provento de crime antecedente», o que exige em relação a ele produção probatória convincente, mas não ao ponto de transformá-lo no objeto do processo por crime de lavagem⁶⁵.

A utilização do campo das provas para a solução do problema da transposição do injusto do antecedente no plano do Direito Penal para a autonomia no plano do Processo Penal impõe um maior detalhamento.

63 Ressalte-se que neste caso estamos diante de uma questão prejudicial de natureza homogênea, «vez que ambas as questões são de natureza penal».

64 BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 184-185. De se acrescentar o argumento posto no sentido de que o mencionado dispositivo legal «não visa afastar as regras de conexão e continência, ao contrário, tudo recomendando que o julgamento tanto da infração antecedente, quando do crime de lavagem, ocorra de forma unitária», embora o Legislador não tenha cuidado de algumas consequências relevantíssimas decorrentes desta asserção, como aquela relacionada à influência da coisa julgada já formada no processo que tinha por objeto a infração penal antecedente.

65 MORO, Sergio Fernando. 2008: «Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária». *Revista CEJ*, 2008, a. XII, 11-14, abr./jun.: 12.

Deixando mais uma vez evidente a necessidade de um maior desvelo a respeito das relações entre o Direito Penal material e o Processo Penal⁶⁶, deve ser reconhecido que decorre do próprio princípio da legalidade penal a exigência de que para a tipicidade penal de um determinado fato humano todos os elementos que integram a figura típica devem encontrar a respectiva comprovação probatória. Em sendo esta uma constatação óbvia, e de fácil reconhecimento em se tratando de tipos penais «fechados», no que se refere aos casos em que a tipicidade somente se aperfeiçoa por referência a um juízo ou elemento que esteja «fora» do tipo, maior é a complexidade. Ou seja, em se tratando dos, já mencionados, tipos penais «abertos»⁶⁷, dos tipos que possuam elementos normativos estritos⁶⁸, dos tipos que exteriorizam normas penais em branco⁶⁹, e daqueles que estão condicionados a um injusto anterior (*supra*) maior deve ser o zelo quanto a prova.

No caso da lavagem de ativos, já evidenciada a condição, no mínimo indireta, de elemento típico de que se reveste a infração penal antecedente, a rigor «o melhor seria uma sentença transitada em julgado do delito prévio, reconhecendo a comissão do delito antecedente que pode originar os bens aptos a serem lavados». Em não se admitindo este nível de condicionamento, afirma-se que para a condenação de uma pessoa pelo delito de lavagem «é necessário, no mínimo, que haja uma prova convincente do delito prévio», pois, conclui-se enfaticamente, «somente os indícios do crime antecedente não são suficientes para a condenação pelo delito de lavagem»⁷⁰.

66 Analisando esta relação na perspectiva processual dos modelos de natureza consensual, porém deixando em aberto a necessidade desta mesma análise na perspectiva dos modelos fundados no conflito, com aplicação nos casos de criminalidade grave: FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*, cit. Abordando esta mesma relação na perspectiva material e propondo a sugestiva ideia de um prolongamento no Processo Penal das causas materiais de exclusão do crime do Direito Penal: WOLTER, Jürgen. 2004: «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma: estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena». In Jürgen Wolter e Georg Freund: *El sistema integral del derecho penal*. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Ramón Ragués i Vallès, Nuria Pastor Muñoz, Ricardo Robles Planas, Jesús María Silva Sánchez, Guillermo Benlloch Petit (trads.). Madrid: Marcial Pons.

67 Aqueles que só são completados por meio de um juízo de valor posterior ao próprio fato, como se dá nos crimes culposos ou nos crimes omissivos, pois os elementos típicos inerentes ao *dever objetivo de cuidado*, num caso, e *ação devida* no outro só serão conhecidos no momento do juízo acerca de como os fatos ocorreram na prática.

68 Estritos em função do reconhecimento de que uma das características essenciais do Direito Penal é a sua natureza normativa, porém sendo exigido nestes casos que o intérprete faça um específico juízo de valor de cunho *cultural, estimativo ou jurídico* para o preenchimento de um determinado elemento integrante do tipo penal.

69 Cujo preenchimento deve ser buscado em uma outra fonte normativa.

70 CALLEGARI, André Luiz. *Lavagem de dinheiro*, cit., 131. Não deixando dúvidas a respeito do posicionamento assumido, ao menos em relação ao modelo que se vincula a uma relação fechada de delitos antecedentes, a mesma fonte já tinha se manifestado anteriormente (pp. 129-130) no sentido de que «os indícios do crime anterior não são suficientes para a condenação do sujeito pelo delito de lavagem de dinheiro». Acresce que, considerando que o fato antecedente deve ser típico e antijurídico, «deve ficar

Todavia, a solução encontrada foi o caminho *curto* e *fácil* de se considerar a suficiência dos indícios da sua ocorrência⁷¹, satisfazendo desta forma a incontida demanda político-criminal, porém *irritando* o sistema de provas do processo penal.

A ideia que nutre a alternativa da prova indiciária consiste em extrair de elementos objetivos que resultam provados ilações a respeito de elementos não provados ou não provados suficientemente. É a expressão próxima do que consiste a prova indiciária no processo penal, podendo ser concebida como «a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra classe de prova» idônea e útil para provar um outro fato (CPP brasileiro).

Registre-se a natureza polissêmica da expressão indícios também no Ordenamento Jurídico brasileiro, sendo informada a existência no Código de Processo Penal de ao menos três sentidos para a expressão: a) suspeita do cometimento de crime que recai sobre alguém; b) meio de prova; e c) indicação⁷².

Assim sendo, a transposição da relevância penal para a autonomia processual se processa no campo da prova, no ordenamento jurídico brasileiro sendo essencial para tanto a ideia de que os «indícios suficientes da existência do crime antecedente» –mencionado no art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.613/98 e mantido após a reforma introduzida pela Lei 12.683/12– refiram-se «aos meios de prova indiciários (ou prova indireta ou indiciária) [prova indiciária], e, não, à mera suspeita ou indicação, pois o antecedente se cuida de verdadeira elementar do tipo»⁷³.

Admitida a hipótese, a primeira e relevante observação a ser feita neste sentido é de que a *prova indiciária* deve referir-se ao caráter *injusto* do fato antecedente e não à posterior lavagem de ativos, não servindo os indícios em relação a esta para suprir a prova indiciária daqueles. A observação é relevante quando se percebe que em algumas vezes a imputação do crime de lavagem é feita com suporte apenas nos

provada a existência da tipicidade e da antijuridicidade do delito anterior», tendo em vista a possibilidade de que o reconhecimento de uma causa de justificação ou a ausência de um dos elementos do tipo possa levar ao não reconhecimento do crime antecedente e a não verificação da subsunção típica à figura da lavagem. Aliás, a mesma fonte destaca a necessidade que as provas destinadas a acreditar o antecedente tenham sido praticadas «com as garantias constitucionais e processuais que as tornem aptas para desvirtuar a presunção de inocência».

71 Opina-se que isto não enfraquece as garantias do acusado no processo penal, pois a prova, ainda que indireta [prova indiciária], «deve ser suficientemente convincente para satisfazer o *standard* da prova, acima de qualquer dúvida razoável».

72 LENART, André. *Indícios e sua suficiência para a condenação. Reserva de Justiça: um olhar realista sobre o processo penal*. Disponível em [HTTP://reservadejustica.wordpress.com/2008/09/02/indicios-e-sua-suficiencia-para-a-condenacao/](http://reservadejustica.wordpress.com/2008/09/02/indicios-e-sua-suficiencia-para-a-condenacao/), apud: MARTINS, Patrick Salgado. «Lavagem de dinheiro transnacional...», cit., 74-75.

73 MARTINS, Patrick Salgado. «Lavagem de dinheiro transnacional...», cit., 76. Divergindo, no entendimento de MORO (MORO, Sergio Fernando. «Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária», cit., 12) o termo “indícios” foi empregado na regulação brasileira da lavagem de ativos ilícitos «não no sentido técnico, ou seja, como equivalente a prova indiciária (...) mas sim no sentido de uma carga probatória que não precisa ser categórica ou plena».

indícios da sua ocorrência, que por vezes são utilizados também para a prova indiciária do antecedente, negligenciando quanto à necessidade de que também sobre estes devem haver indícios.

Ou seja, frequentemente são apontadas algumas hipóteses que seriam indícios da ocorrência da lavagem de ativos, tais como: diferenças significativas entre o valor de aquisição e o valor real de um determinado objeto; multiplicidade de operações financeiras, muitas vezes realizadas de forma fracionada, utilização de interpostas pessoas, operações com paraísos fiscais, movimentação de elevadas quantias de dinheiro, dentre outros. Sem embargo, resulta evidente que se estes podem ser indícios da ocorrência do processo de lavagem em si mesmo, não devem ser utilizados como indícios suficientes também em relação ao fato antecedente.

É necessária a existência de indícios também das infrações penais antecedentes. Uma coisa é o suporte probatório idôneo para indicar a realização do processo de lavagem; outra é o suporte probatório de que as operações consistentes na lavagem referem-se a um ativo de *proveniência ilícita*, ou o conhecimento direto ou indireto a este respeito.

Tendo em vista a variação em relação à carga probatória exigida, a questão deve ser focada segundo o momento processual a que se refira: recebimento da denúncia; posterior condenação.

4.1. Para o recebimento da denuncia

Portanto, a rigor, para o recebimento da denúncia é necessário: a-1) indícios acerca do processo de lavagem; a-2) indícios de que os ativos resultam de um fato antecedente; a-3) indícios da materialidade deste fato antecedente a-4) indícios de que este fato constitui um injusto penal (típico e ilícito).

No Ordenamento Jurídico brasileiro, procurando equilibrar a busca de eficácia com os princípios processuais garantidos pela Constituição e pela legislação ordinária, no artigo 2.º, § 1.º da Lei 9.613/98 o Legislador previu uma fórmula processual, fundada em uma relação de causa e efeito, exigindo razoável base de materialidade do crime anterior. A denúncia por crime de ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores deve estar fundamentada em «indícios suficientes da existência do crime antecedente». Na Exposição de Motivos da Lei 9.613/98 o Legislador esclareceu que tais indícios podem restringir-se à materialidade de qualquer dos fatos puníveis previstos como crimes antecedentes, «sem a necessidade de se apontar, mesmo que indiciariamente, a autoria»⁷⁴.

74 Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit., n.º 60: «Trata-se de uma relação de causa e efeito que deve ser equacionada por meio de fórmula processual que, viabilizando a eficácia da incriminação do ilícito posterior, exija razoável base de materialidade do ilícito anterior. Segue-se daí a necessidade de a denúncia

Devem haver no processo indícios da *materialidade* e do *caráter injusto* do fato antecedente, que posteriormente possam se traduzir, por meio do exercício do livre convencimento judicial, em prova indiciária da lavagem.

Para maior segurança, de forma complementar acrescentou o Legislador (n.º 61) que a suficiência dos indícios relativos ao crime antecedente deveria autorizar tão somente a denúncia, devendo ser outro o comportamento em relação a eventual juízo condenatório⁷⁵.

4.2. Para a condenação

Se para o recebimento da denúncia bastam os indícios da *materialidade* e do *caráter injusto* do antecedente, para a condenação eles necessariamente devem se traduzir em prova indiciária da lavagem, não bastando em relação a esta última a existência de indícios. Em reforço, há que se ter prova da lavagem, podendo se tratar de prova indiciária decorrente da existência de indícios do injusto antecedente, não se admitindo que a própria lavagem seja provada apenas por indícios. Portanto, os *indícios* do injusto antecedente, suficientes para o recebimento da denúncia, devem se traduzir em *prova indiciária* para a condenação pela prática da lavagem, acrescido, obviamente, do suporte probatório relativo à prática desta última⁷⁶.

Na Lei 12.683/12 foi mantida a autonomia do processo e do julgamento das infrações penais antecedentes em relação ao crime de lavagem, podendo haver o reconhecimento do crime de lavagem mesmo estando extinta a punibilidade da infração penal antecedente⁷⁷. Entretanto, foi incluída a possibilidade do juiz competente para os crimes previstos na Lei decidir sobre a unidade de processo e julgamento

pelo delito de ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores ser instruída com “indícios suficientes da existência do crime antecedente” (§ 1.º do art. 2.º). Tais indícios podem restringir-se à materialidade de qualquer dos fatos puníveis referidos pelo caput do art. 1.º, sem a necessidade de se apontar, mesmo que indiciariamente, a autoria. Tal ressalva se torna óbvia diante dos progressos técnicos e humanos da criminalidade violenta ou astuciosa, máxime quanto à atomização da autoria, em face da descentralização das condutas executivas».

⁷⁵ Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, cit., n.º 61.

⁷⁶ Em sentido próximo, afirma MORO (MORO, Sergio Fernando. «Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária», cit., 12) que «para o recebimento da denúncia, basta “prova indiciária”, ou seja, ainda não categórica, do crime antecedente e, a bem da verdade, do próprio crime de lavagem (...) [parece que aqui o sentido é de mera suspeita ou indicação]. Já para a condenação, será necessária prova categórica do crime de lavagem, o que inclui prova convincente de que o objeto deste delito é produto de crime antecedente», mesmo que esta prova categórica seja constituída apenas de prova indireta [parece que aqui a referência é à prova indiciária]. Isto conduz a mesma fonte a concluir (p. 14) que «não é necessário provar todos os elementos e circunstâncias do crime antecedente no processo por crime de *lavagem*, mas apenas que o objeto deste tem origem em crime antecedente».

⁷⁷ Esta possibilidade do reconhecimento do crime de lavagem mesmo estando extinta a punibilidade da infração penal antecedente foi introduzida no art. 2, § 1.º, da Lei 12.683/12. Todavia, mesmo na vigência da regulamentação anterior já havia entendimentos neste sentido: STJ, Quinta Turma. HC 207.936-MG, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 27/3/2012.

(art. 2.º, II, Lei 12.683/12), transformando a autonomia de absoluta em relativa. Também foi mantida a fórmula processual prevista na Lei 9.613/98, fundada em uma relação de causa e efeito, exigindo razoável base de materialidade da «infração penal» antecedente⁷⁸.

5. CONCLUSÕES

Há que se reconhecer a existência de uma autonomia entre o objeto das normas que regulam os fatos penalmente relevantes antecedentes e aquele que dá conteúdo às normas que regulam a lavagem de ativos ilícitos, considerando-se a diferenciação no que se refere à lesividade de um e de outro.

Apesar desta autonomia no plano da lesividade, o carácter ilícito da lavagem encontra-se geneticamente conectado à ilicitude do fato penalmente relevante antecedente, pois é dele que resulta o ativo, cujo aspecto ilícito (sujo) o processo da lavagem atribuirá aparência de lícito (limpo), projetando os efeitos lesivos consequentes.

Em termos práticos, deste quadro existente no plano do Direito Penal material resultam consequências importantes no plano do Processo Penal, particularmente no que diz respeito à prova.

Para o recebimento da denuncia pelo crime de lavagem é *suficiente* que haja *indícios* da *materialidade* do fato penalmente relevante antecedente, *indícios* da *materialidade* e da *autoria* do crime de lavagem de ativos ilícitos e *indícios* de que os ativos ilícitos resultam do antecedente.

Para a condenação pelo crime de lavagem é necessário que haja *prova*, ainda que *indireta (indiciária)* da *materialidade* do fato penalmente relevante antecedente, *prova* da *materialidade* e da *autoria* do crime de lavagem e *prova*, ainda que *indireta (indiciária)* de que os ilícitos resultam do antecedente.

78 Na análise feita pela *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania* a respeito da adequação constitucional da Lei 12.683/12 houve uma firme ponderação a este respeito. Argumentou-se que «interessante notar que pela primeira vez, dentro da doutrina penal Brasileira, o réu é processado por fatos desconhecidos, e ainda quando *isento de pena o autor ou pior ainda, quando extinta a punibilidade da infração penal antecedente* mesmo poderá ser abrangido pela regra desta Lei inconstitucional, pois no caso concreto, feriu-se o disposto no inciso XL, artigo 5.º de nossa Carta Magna, que bem determina: “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Também, temos uma questão interessante que se coloca, é a de saber como iniciar uma investigação sobre o crime de lavagem de dinheiro, se ele depende, ao menos, da existência de indícios de crime anterior. De qual crime? De que forma criminosa teria advindo o dinheiro, por exemplo, para que se possa identificar a possibilidade de, ligando-o ao, ou a um, e qual, crime antecedente? Esta análise levou à conclusão de Katharina Oswald, grande penalista e criminalista alemã, a dizer que uma investigação a respeito da prática de crime de lavagem de dinheiro só deve ser iniciada (e refere, pelo Ministério Público, demonstrando ser o órgão com as atribuições), a partir da conclusão sobre existência de evidências de situação concreta de determinado crime antecedente».

BIBLIOGRAFIA

- AMBOS, Kai. 2007: *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Porto Alegre: Fabris.
- BARROS, Marco Antonio de. 2007: *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2.ª ed. São Paulo: RT.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. 2010: «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español». *La Ley*, 27 dic. 2010, año XXXI, número 7535.
- BRASILEIRO, Renato. 2009: «Lavagem ou ocultação de bens. Lei 9613, 03.03.1998». In Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (coords.): *Legislação criminal especial*. São Paulo: RT, 2009, v. 6.
- CALLEGARI, André Luiz. 2008: *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei 9.613/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- FERNANDES, Fernando Andrade. 2001: *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. 1985: *Lições de direito penal. A Nova Parte Geral*. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- MARTINS, Patrick Salgado. 2011: *Lavagem de dinheiro transnacional e obrigatoriedade da ação penal*. Arraes Editores.
- MORO, Sergio Fernando. 2008: «Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária». *Revista CEJ*, 2008, abr./jun, a. XII: 11-14.
- NUCCI, Guilherme de Souza. 2008: *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3.ª ed. São Paulo: RT.
- PRADO, Luiz Regis. 1999: *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. 2012: «A lavagem de dinheiro e a questão do delito antecedente». *Valor Econômico*, 08/08/2012.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. 2012: «O protagonismo da lavagem de dinheiro». *Valor Econômico*, 14/09/2012.
- TOLEDO, Francisco de Assis. 1991: *Princípios básicos de direito penal*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva.
- WOLTER, Jürgen. 2004: «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreesimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma: estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena». In Jürgen Wolter e Georg Freund: *El sistema integral del derecho penal*. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Ramón Ragués i Vallès, Nuria Pastor Muñoz, Ricardo Robles Planas, Jesús María Silva Sánchez, Guillermo Benloch Petit (trads.). Madrid: Marcial Pons.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. 1999: *Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais.