

A NECESSIDADE DE UM TIPO DE ILÍCITO COM SUBSTRATO FÁTICO PRÓPRIO FRENTE À INSUFICIÊNCIA DO TIPO LEGAL DE LAVAGEM DE DINHEIRO

The need for an illegal type with its own factual substrate in face of the insufficiency of the legal type of money laundry

LUCIANO SOUSA ROSA

Especialista em Direito Penal Econômico e em Compliance pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e em Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.
Advogado criminalista militante.

Resumo: A tendência do Direito Penal econômico não é mais focar no desvalor da ação ou do resultado, mas no deslocamento, ora para os fatos anteriores e preparatórios, ora para os fatos posteriores à conduta típica. A Lei 9.613/1998 prevê condutas muito abertas que se confundem com o bem jurídico tutelado pela infração penal antecedente, num indiscutível conflito aparente de normas. Por isso a necessidade do substrato fático para resgatar a *ratio essendi* do ilícito penal de lavagem de dinheiro, correspondendo cada tipo a um verdadeiro dado da realidade.

Palavras-chave: Direito penal econômico. Lavagem de dinheiro. Ilícito típico. Desvalor da ação. Desvalor do resultado. Fato punível.

Abstract: The economic criminal law trend is no longer focussed on devaluating an action or an outcome, but on the displacement, or to the previous and preparatory facts, or to the facts followed by the typical conduct. The Law 9.613/1998 predicts opened conducts which is confused with the legal good protected by the previous criminal infraction, in a clear conflict of norms. Therefore lies the need of the factual substrate to rescue the *ratio essendi* of the criminal offense of money laundering, each type corresponding to a true reality fact.

Keywords: Economic criminal law. Money laundry. Illegal Type. Conduct devaluation. Result devaluation. Punishable offense.

1. Introdução

A expressão *follow the Money*, traduzida como o “rastros do dinheiro” fraudulento, foi a base de uma política criminal introduzida nos Estados Unidos, e que repercutiu no disparate de leis

penais sobre a lavagem de dinheiro. Esse tipo de delinquência que atinge excessivamente a ordem econômica e social, fez com que o legislador criasse um novo delito pertencente à criminalidade econômica, caracterizada, em princípio, por não possuir valoração social negativa²⁵⁰. Tal como nos crimes de colarinho branco, o crime de lavagem de dinheiro criou uma nova era de persecução e punição penais, agora atingindo sobremaneira pessoas de classes socioeconômicas superiores, mesmo que, num primeiro momento, a opinião pública não as enxergasse como verdadeiros criminosos²⁵¹.

No Brasil foi elaborada a Lei 9.613/1998, a qual previa um rol taxativo de crimes antecedentes em seu artigo 1º, para definição do que era penalmente ilícito e do que era penalmente admitido²⁵². A lei de lavagem de dinheiro foi alterada pela Lei 12.683/2012, que, dentre outras alterações, revogou o rol taxativo previsto no artigo 1º, admitindo-se, com isso, qualquer infração penal como delito antecedente. Ocorre que, não raras as vezes, os elementos objetivos do tipo penal antecedente coincidem com os de lavagem de dinheiro, estabelecendo-se um conflito aparente de normas, não se sabendo ao certo, quando se trata de mera continuidade do delito anterior, e quando se trata de um novo comportamento, com um novo bem jurídico lesionado.

Em todos momentos históricos da construção do fato criminoso, houve uma constante discussão entre desvalor da ação e desvalor do resultado para a real definição de um tipo penal. Ocorre que, a atual política criminal tem-se mostrado insatisfeita com a criminalização dessa até então realidade. Observa-se uma tendência do Direito Penal econômico pelo chamado “deslocamento”, em que, ora se foca na conduta que precede (*Vorverlagerung*), criminalizando-se os fatos anteriores e preparatórios, ora se foca no que se coloca posteriormente ao fato (*Post-factum*). A criminalização dos fatos posteriores ao crime como forma de combater o crime antecedente é o usualmente identificado na lei de lavagem de dinheiro.

A finalidade desse trabalho é demonstrar a autonomia com que o crime de lavagem de dinheiro vem se apresentando, deixando de ser um mero delito acessório da infração antecedente, para se tornar um tipo penal autônomo. Tal constatação é realizado pelo método indutivo na análise de diversos casos concretos, em que pelo fato do crime de lavagem tornar-se, não raras as vezes, mais grave que a infração antecedente, deve-se resgatar o substrato fático do tipo de ilícito para o fim de se desvincular do mero tipo legal. No primeiro capítulo analisa-se as construções do fato punível, desde a concepção clássica até seu sistema funcional, com discussões e críticas acerca do desvalor da ação e do desvalor do resultado, como base para identificar um tipo de ilícito.

250 SANCTIS, Fausto Martin De. *Lavagem de dinheiro por meio de obras de arte: uma perspectiva judicial criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 14.

251 SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*; tradução Clécio Lemos. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 340 e 385.

252 Exposição de motivos n. 692 / Ministério da Justiça, de 18 de dezembro de 1996.

O segundo capítulo faz-se uma breve análise dos tipos legais previstos na lei 9.613/1998, com discussão acerca dos elementos objetivos do tipo e da natureza do bem jurídico tutelado.

Aborda-se, por fim, no terceiro capítulo, o déficit do conceito de tipo legal do crime de lavagem de dinheiro na legislação brasileira, inclusive com a adoção do princípio da consunção em caso de conflito aparente de normas, como ocorreu na Ação Penal 470, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. No desfecho deste capítulo, analisa-se a necessidade do tipo de injusto para resgatar a *ratio essendi* do crime de lavagem de dinheiro, em que cada tipo deve corresponder a um substrato fático.

2. A construção do fato punível pela dogmática jurídico-penal

A construção do conceito de crime na atualidade tem como princípio uniforme o de que o direito penal é um direito do fato e não do agente. A regulamentação dogmática-penal está alinhada à singularidade do fato e não às características dos tipos de agentes e suas personalidades. Da mesma forma, as sanções aplicadas aos agentes são advindas dos fatos por eles praticados, e não como reação a um tipo de personalidade. Para compreender a construção do conceito de fato punível, deve-se acompanhar a evolução histórico-dogmática do último século, com influências culturais e filosóficas de cada época. Três fases distintas são constatadas na evolução da doutrina do fato punível: modelo clássico, com influência naturalista e juspositivista; modelo neoclássico, de raiz neokantiana; e o modelo finalista, influenciado por uma concepção ôntica do direito²⁵³.

2.1. A concepção clássica de fato punível

O modelo clássico teve como principais autores, Albert Friedrich Berner, Franz von Liszt, Ernst von Beling e Gustav Radbruch, com influência da filosofia naturalista, que caracterizou o monismo científico do pensamento da segunda metade do século XIX. O naturalismo positivista influenciou o direito a perseguir e se submeter ao ideal de exatidão, típico das ciências da natureza. O sistema do fato punível teria como base as realidades empiricamente comprováveis e mensuráveis.

Nesse modelo, o conceito de ação estaria atrelado ao movimento corporal causador de uma modificação no mundo exterior.

Para Beling²⁵⁴:

253 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, 2012, p. 235 e 238.

254 BELING, Ernst von. *Esquema do direito penal: a doutrina do delito-tipo*, Campinas, SP: Servanda Editora, 2010, p. 30.

Deve entender-se por “ação”, um comportamento corporal (fase externa, “objetiva” da ação) produzido pelo domínio sobre o corpo (liberdade de inervação muscular [incitação], “voluntariedade”), (fase interna, “subjéctiva” da ação); isto é, um “comportamento corporal voluntário”, consistente em um “fazer” (ação positiva), ou melhor, um movimento corporal, tal como levantar a mão, movimentos de falar, e outros mais, já em um “não-fazer” (omissão), ou seja, distensão (afrouxamento) dos músculos.

Essa ação para ser típica, precisava estar enquadrada num tipo legal de crime, com descrição externo-objetiva da realização da ação. Para se completar a vertente objetiva do fato, a ação típica se tornaria ilícita, se não estivesse presente qualquer causa de justificação ou exclusão de ilicitude, determinando a contrariedade da ação ao ordenamento jurídico. Já quanto à vertente subjéctiva do fato, estaria presente sempre que da ação típica e ilícita se verificasse uma ligação psicológica com o agente imputável, a título de dolo (vontade da realização do fato) ou negligência (deficiente vontade impeditiva da realização do fato). Assim, a análise do dolo e da negligência se concentrava na culpabilidade e não no fato típico²⁵⁵. A culpabilidade era um conceito psicológico que encontrava todos os elementos subjéctivos do fato punível²⁵⁶.

2.1.1. Crítica ao modelo clássico

A crítica ao modelo clássico de fato punível foi no sentido de que a simples subsunção da tipicidade sem apreciar as unidades de sentido social dos tipos, levaria a situações inadmissíveis, como, por exemplo, a de ser típica a ação de um médico cirurgião que salva a vida de um paciente. Da mesma forma, houve críticas quanto ao conceito de ilicitude, atrelado à não presença de causas de exclusão de antijuridicidade. Por fim, no que se refere à culpabilidade, tornou-se inexplicável pelo modelo clássico, a relação psicológica de dolo ou negligência entre um agente inimputável e o fato; ou mesmo nas situações de negligência inconsciente, também ausente essa relação psicológica. Por outro lado, o modelo clássico deve ser reconhecido por pautar sua construção de fato punível na segurança jurídica e certeza, essencial num Estado de Direito pautado no princípio da legalidade²⁵⁷.

255 DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, p. 239/240.

256 LISZT, Franz von. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, J. Guttentag, 1881, p. 105 s.

257 DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, p. 241.

2.2. A concepção neoclássica (normativista) de fato punível

O modelo neoclássico teve como principais autores, Edmund Mezger e Giacomo Delitala, com influência na filosofia de valores neokantiana, nas primeiras décadas do século XX. Esse modelo é produto da desintegração do modelo clássico de fato punível²⁵⁸. Tal modelo busca se pautar numa zona intermediária entre o mundo naturalista-descritivo do “ser”, e o mundo axiológico do dever-ser. A tipicidade deixa de ser apenas descritiva e livre de valor e passa a prever elementos normativos (juízo de valor) e subjetivos²⁵⁹.

A ação abandona o conceito naturalista e passa a ser valorativa, tornando-se um comportamento humano voluntário²⁶⁰. O ilícito deixa de ter o significado formal de infração da norma jurídica, e passa a ser caracterizado como uma “danosidade social”, no sentido de contrariedade material do fato ao ordenamento jurídico²⁶¹. Já a culpabilidade é vista como uma reprovação ou censura na sociedade, por ter o sujeito agido de forma diversa da que devia ter agido, numa concepção normativa da culpa. Se o comportamento proibido pode ser reprovado, então se atribui à culpabilidade do autor²⁶². O dolo ou a negligência foram validados como graus de culpabilidade. A tipicidade deixou de ser apenas uma descrição formal-externa de comportamentos e passou a vê-la como uma unidade de sentido socialmente danoso, com ofensa a bens jurídicos tutelados²⁶³.

2.2.1. Crítica ao modelo neoclássico

A crítica a tal modelo foi baseada principalmente sobre o conceito mecânico-causalista da ação, em desprezo à essência do atuar humano. Quanto ao ilícito, a crítica foi no sentido de ele ainda ser um elemento essencialmente objetivo, sem observar sua carga ético-pessoal. Por fim, quanto à culpabilidade, a crítica foi sobretudo acerca da valoração de objetos que são de puro juízo, e insuscetíveis de valoração, como a imputabilidade e a exigibilidade²⁶⁴.

258 ROXIN, *Strafrecht*, 1997, §7, III, 14-5, München, C.H.BECK, p. 151-152.

259 FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, 1911, p. 138; HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechts*, ZStW 36 (1915) p. 27; MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, GS 89 (1924), p. 207.

260 MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot; Auflage: 3, 1950, p. 12.

261 SANTOS, Juarez Cirino dos, *Direito Penal: parte geral* – 8. Ed. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 79.

262 FRANK, Reinhard. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, p. 11.

263 DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, p. 242/243.

264 DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob. cit*, p. 244.

2.3. A concepção finalista (ôntico-fenomenológica) de fato punível

O modelo finalista teve como precursor Hans Welzel que, diante da tragédia da 2ª Guerra mundial, questionou o modelo neoclássico de raiz neokantiana, que adotava um Estado de Direito formal, de natureza liberal e individualista. Este Estado de Direito foi substituído pelo Estado de Direito material contemporâneo, que mantém uma rídida observância com a legalidade, mas que se preocupa com os direitos, liberdades e garantias da pessoa humana, nas chamadas leis estruturais determinadas do “ser”. O jurista deixa de apenas aplicar silogismos para resolver os problemas jurídicos, e passa a procurar a solução mais justa para cada problema. Para Welzel, o homem dirige os processos causais naturais para fins mentalmente antecipados, ou seja, a ação é supradeterminação final de um processo causal. Dessa forma, o dolo, que era um elemento essencial da culpabilidade, migra para a tipicidade. O tipo é sempre constituído por elementos descritivos e por dolo ou negligência. E uma vez conjugadas essas vertentes objetivas e subjetivas em contrariedade à ordem jurídica, se identifica o juízo de ilicitude. Por fim, na concepção normativa da culpabilidade, não mais há o vínculo da censura ou reprovação com o dolo ou negligência, tornando-se a culpabilidade um puro juízo de (des)valor (juízo de censura). A inimputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de comportamento diverso se tornam os elementos da culpabilidade²⁶⁵.

2.3.1. Crítica ao modelo finalista

A crítica a esse sistema ontológico é a de que ele se transforma num inflexível conceitualismo, sem muito espaço para as políticas-criminais do legislador e intérprete da lei. Tudo se resumiria em aplicar as estruturas lógico-materiais já predefinidas pelo legislador e deduzir delas a solução para o caso concreto. Quanto ao conceito finalista da ação, a crítica é no sentido de que nem sempre ela é base para o atuar humano. No que diz respeito ao ilícito penal, a crítica se perfaz no seu vínculo com o dolo e a negligência, pois fora disso, o fato não pode ser considerado contrário à ordem jurídica. O ilícito é assim considerado ilícito pessoal, e dele fazem parte o dolo e a negligência. Por fim, quanto à culpabilidade, a crítica é no sentido de que é ela considerada um mero juízo de (des)valor, a ser fixado pelo juiz; e ainda que, se as sanções penais para o mesmo tipo penal se distinguem pelo dolo ou negligência, tais elementos pertencentes à tipicidade, têm que ter significado próprio da matéria de culpabilidade, o que afeta todo o sistema finalista, e deve ser revisto²⁶⁶. Assim, a definição de ação como um direcionamento em que se causa um resultado

265 DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, p. 26/27 e 244/246.

266 DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, p. 244/248.

finalístico, não se adequa aos atos culposos e aos delitos omissivos²⁶⁷.

2.4. O sistema teleológico-racional ou funcional do direito penal

O sistema teleológico-funcional teve como precursores Claus Roxin, Bernd Schünemann e Jürgen Wolter e previu uma substituição dos vagos valores culturais neokantianos por fundamentos político-criminais das modernas teorias da pena. Neste modelo, a imputação de um resultado ao tipo objetivo tornou dependente da realização de um perigo proibido ou não permitido dentro do alcance do tipo. Além disso, esse sistema funcional provocou a expansão da culpabilidade, que se transforma em responsabilidade, que é a possibilidade de punição do autor individual pelo injusto praticado. A responsabilidade é identificada como uma realização dogmática da teoria político-criminal dos fins de aplicação da pena pelo juiz.²⁶⁸ À culpabilidade, como condição indispensável à atribuição da pena, soma-se, também, a necessidade de prevenção da sanção penal.

2.5. O tipo de ilícito

O tipo penal é considerado em todos os modelos de fato punível, já aqui explicitados, como um primeiro degrau de valoração da doutrina do crime, e, por isso, como um qualificativo da ação. Nesse sentido, primeiro se analisa o enquadramento da ação praticada com um tipo penal, para ao depois verificar sua contrariedade ou não ao ordenamento jurídico, ou seja, sua ilicitude. Assim, num sistema teleológico-funcional, a ilicitude se enquadraria como prioridade, e por isso conceberia o ilícito-típico, ou mesmo o tipo de ilícito²⁶⁹. Não se pode confundir, o tipo de ilícito, com o tipo de garantia, em que este, na esteira do princípio da legalidade, apenas distingue os comportamentos proibidos dos permitidos.

É na ilicitude em que se concebe a proteção dos bens jurídico-penais e a justificação da intervenção penal, ou seja, o específico sentido de desvalor jurídico-penal em um concreto comportamento humano. A categoria do ilícito tem por função desestimular comportamentos contrários ao ordenamento jurídico-penal, por meio da transmissão de conhecimento aos destinatários potenciais do que é penalmente proibido. É nesse âmbito que o ilícito se apresenta como um fundamento do tipo. Nessa acepção, poder-se-ia afirmar que todo tipo é tipo de ilícito. Assim, num sistema teleológico-funcional não se deve separar a tipicidade da ilicitude, como

267 ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 204.

268 ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206/207 e 242.

269 DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, p. 265/266.

categorias autônomas²⁷⁰.

Apesar do desenvolvimento dos elementos do tipo a partir da essência da antijuridicidade, não se pode afastar da ideia de que todo ilícito penal é ilícito pessoal. Neste sentido, os elementos subjetivos do tipo, tais como o dolo, que é quando o agente previu ou quis a realização do resultado, bem como a negligência, quando o agente violou um dever objetivo de cuidado, devem pertencer ao tipo, e não à ilicitude, sob pena de se tornar impossível, a fundamentação típica do ilícito da tentativa. Por exemplo, se um sujeito adentra à residência de outrem, e o agarra fortemente, e é de imediato impedido de continuar a ação, não se tem como determinar se se trata de uma tentativa de lesão, de roubo, de homicídio, de estupro etc.²⁷¹

3. Dos tipos legais de lavagem de dinheiro

A tipificação dos atos de lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico brasileiro foi prevista com a publicação da Lei 9.613/1998, com alterações dadas pela Lei 10.467/2002, que inseriu os crimes praticados por particulares contra a administração pública estrangeira como antecedentes de lavagem de dinheiro, bem como pela lei 10.701/2002, que previu o financiamento do terrorismo como antecedente da lavagem de dinheiro e pela lei 12.683/2012, que ampliou o rol das infrações antecedentes, além de outras mudanças.

3.1. O bem jurídico tutelado

Uma das funções do direito penal é proteger os bens jurídicos indispensáveis ao bom funcionamento da sociedade. A definição dos contornos dos valores e bens que merecem tutela penal encontra-se na Constituição Federal, diploma que prevê o modelo de organização político e social escolhido pela sociedade²⁷², como o do Estado Democrático de Direito no atual ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil prevê a dignidade da pessoa humana e o pluralismo como um dos seus fundamentos, isto é, como valores estruturantes da sociedade brasileira. Em resumo, os bens jurídicos tutelados pelo direito penal são aqueles essenciais à preservação e ao exercício de autodeterminação do ser humano²⁷³.

270 DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, p. 268/270.

271 DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, p. 271.

272 ROXIN, Claus. *Derecho penal*, Parte General. 2. ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2006. T. I, p. 51 e 55.

273 ROXIN, Claus, *ob. cit.*, p. 55.

3.1.1. Bem jurídico tutelado pelas normas de lavagem de dinheiro

São diversos e distintos os posicionamentos doutrinários acerca do bem jurídico tutelado nos crimes de lavagem de dinheiro.

Um dos posicionamentos é o de que deve ser verificado o bem jurídico afetado pela infração penal anterior ao crime de lavagem de dinheiro. Assim, por exemplo, caso o crime antecedente seja o de tráfico de drogas, o bem jurídico tutelado pela lei de lavagem de dinheiro é o da saúde pública. Com esse posicionamento doutrinário, cabe ao legislador tecer e discriminar todos os delitos antecedentes à lavagem de dinheiro, sob pena de se tornar impossível a identificação dos bens jurídicos tutelados.

Algumas críticas podem ser identificadas com relação a tal posicionamento. A primeira é a de que insidiria o *bis in idem*, já que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro seria o mesmo do lesionado pela infração antecedente.²⁷⁴ A segunda crítica, mais direcionada à política criminal de combate ao crime de lavagem, é no sentido de que deve ser afastada a ideia de atrelamento do delito de reciclagem com o anterior, para evitar que as dificuldades na identificação e apuração do crime antecedente possa comprometer o crime de lavagem²⁷⁵. Neste sentido, a própria lei brasileira, em seu artigo 2º, §1º, da Lei 9.613/1998²⁷⁶, indica expressamente que bastam indícios da prática de infrações antecedentes para o recebimento da denúncia por lavagem de dinheiro. De igual forma, o artigo 2º, inciso II, da Lei 9.613/1998, menciona a possibilidade de condenação pelo crime de lavagem de dinheiro, independentemente do julgamento pelo crime antecedente, mesmo se desconhecida sua autoria (artigo 2º, §1º, da Lei 9.613/1998). Por fim, a última crítica que se faz sobre o citado posicionamento, é sobre a proporcionalidade na fixação de pena. Se o bem jurídico tutelado é o mesmo da infração penal antecedente, as penas do crime de lavagem deveriam ser diferentes conforme a gravidade do delito anterior. Não se pode condenar à mesma pena aquele que praticou uma contravenção penal antecedente, e aquele que praticou um grave crime antecedente²⁷⁷.

274 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. – 3.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 82.

275 LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de. *La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Vol. 87, São Paulo: Ed. RT, nov/2010.

276 Lei 9.613/1998. “Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: I – obedecem às disposições relativas ao procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, da competência do juiz singular; II – independentemente do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento; III – são da competência da Justiça Federal: a) quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas; b) quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal. §1º – A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente”.

277 BADARÓ, Gustavo Henrique, *ob. cit*, p. 83/84.

Outro posicionamento defendido pela doutrina é o de que o bem jurídico afetado pelo crime de lavagem de dinheiro é o da administração da justiça²⁷⁸. Neste sentido, o crime de lavagem é comparado ao crime de favorecimento previsto nos artigos 348 e 349 do Código Penal, pois afetaria a capacidade de investigação, processamento e julgamento do crime antecedente. Com tal posicionamento, não há discussão acerca da proporcionalidade das penas, já que o crime de lavagem de dinheiro seria considerado autônomo, seja qual for a infração antecedente²⁷⁹.

A crítica que se faz a esse posicionamento é no sentido de que, se o bem tutelado é a administração da justiça, exige-se o dolo de afetar o funcionamento da justiça, em regra inexistente no crime de lavagem de dinheiro. Porém, em confronto com tal entendimento, há quem defenda que nem mesmo nos crimes expressamente descritos como contra a administração da justiça, o objetivo do agente é afetar o funcionamento da justiça, podendo ter agido por outros fatores, como o lucro, à satisfação pessoal etc²⁸⁰.

Por último, há posicionamentos que apontam a ordem econômica como bem jurídico ofendido pelo crime de lavagem de dinheiro²⁸¹. Neste sentido, os atos de ocultação, dissimulação e reciclagem do capital adquirido ilicitamente ocasionariam uma desestabilização econômica, afetando a livre iniciativa, o sistema concorrencial, as relações de consumo etc, perturbando todo o funcionamento normal da economia²⁸². Assim, haveria uma distinção entre o bem jurídico afetado pelo crime anterior e a ordem econômica violada pelo crime de lavagem de dinheiro. Essa tese justificaria o movimento legislativo de ampliar o rol dos crimes antecedentes, evitando um rol taxativo e delimitado.

A crítica a tal posicionamento ocorre pelo fato do termo *ordem econômica* ser muito genérico, o que poderia ensejar na dificuldade de interpretação judicial em casos concretos. Porém, em oposição a tal crítica, há quem sustente já existir uma definição do termo, tanto é que há no ordenamento jurídico os crimes contra a ordem econômica, que se trata de um conjunto de instrumentos que orientam o funcionamento das relações de produção, distribuição, troca e consumo na sociedade²⁸³.

278 BACIGALUPO, Enrique. *Estudios comparativos del derecho penal de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido*. España em la Europa Comunitaria: Balance de diez años, 1995, p. 451.

279 BADARÓ, Gustavo Henrique, *ob. cit.*, p. 85.

280 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*, p. 86.

281 BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2.ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 54.

282 PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 83.

283 SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la cri-*

3.2. Breve análise dos tipos legais descritos na Lei 9.613/1998

A Lei 9.613/1998 prevê quatro comportamentos típicos descritos no artigo 1º²⁸⁴. São eles: a) a ocultação e dissimulação (*caput*); b) o uso de meios para ocultação ou dissimulação (§1º); c) o uso de bens, direitos ou valores sujos na atividade econômica ou financeira (inciso I do §2º); e a participação em entidade dirigida à lavagem de dinheiro (inciso II do §2º).

Nos termos do artigo 2º, inciso II, da Lei 9.613/1998 o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, o que se conclui que o delito de lavagem de dinheiro é de certo modo autônomo, sendo prescindível a condenação da infração penal antecedente²⁸⁵. Ainda dispõe o artigo 2º, mais precisamente em seu §1º, que há um caráter de acessoriedade limitada ao crime de lavagem de dinheiro, ao prever a possibilidade de persecução penal, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor da infração penal anterior. Dessa forma, mesmo que o sujeito ativo do delito anterior seja inimputável, ou esteja amparado pelo instituto do erro de proibição inevitável, ou mesmo pela inexigibilidade de conduta diversa, haverá persecução criminal²⁸⁶. Assim, basta que a infração anterior seja típica e antijurídica para possibilitar a ocorrência do crime de lavagem de dinheiro. De igual forma, qualquer hipótese de excludente de punibilidade da infração anterior não impacta na existência material do crime de lavagem de dinheiro, desde que seja reconhecida seu caráter típico e antijurídico²⁸⁷.

minalidade de empresas. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, XLI. Madrid: Ministerio de Justicia, 1988, p. 529.

284 Lei 9.613/1998. “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. I – (revogado); II – (revogado); III – (revogado); IV – (revogado); V – (revogado); VI – (revogado); VII – (revogado); VIII – (revogado). Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I – os converte em ativos lícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei”.

285 CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 116.

286 PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 121.

287 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*, p. 105.

3.2.1. Ocultação e dissimulação (artigo 1º, *caput*, da Lei 9.613/1998²⁸⁸)

Com o advento da Lei 12.683/2012, qualquer infração penal (crime e contravenção penal) é capaz de gerar bens passíveis de lavagem de dinheiro. O Direito Penal brasileiro adota o sistema de bipartição, em que infração penal é gênero, que se subdivide em crime e contravenção²⁸⁹. Nos termos do art. 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei 3.914/1941), entende-se por 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”; e contravenção (Decreto-lei 3.688/1941), a “infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”. Pela nova redação delineada pela Lei 12.683/2012, ficam excluídos os ilícitos civis ou administrativos praticados para adquirir bens, desde que o ato não constitua também delito ou contravenção penal.

Antes da citada lei, havia um rol taxativo de crimes antecedentes, como o tráfico ilícito de drogas; terrorismo e seu financiamento; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante sequestro; contra a Administração Pública; contra o sistema financeiro nacional; aqueles praticados por organização criminosa; e por particular contra a administração pública estrangeira.

A crítica a que se faz dessa alteração legislativa muito abrangente é no sentido de que a infração antecedente poderá ter como preceito secundário penas inferiores ou iguais a 4 anos, o que, por si só não admitiria a prisão preventiva, nos termos do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal. Porém, se tal infração penal antecedente estiver em concurso com o crime de lavagem de dinheiro, que prevê pena de 3 a 10 anos de prisão, será cabível a prisão preventiva, pois a pena resultante da acumulação material será maior do que os 4 anos previstos no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal. De igual forma, outros instrumentos criados para abranger infrações com penas mais brandas, como a suspensão condicional do processo, previsto no artigo 89, da Lei 9.099/95, bem como a substituição pela pena restritiva de direitos, previsto no artigo 44, do Código Penal, em concurso com o crime de lavagem de dinheiro, irá obstar a incidência de qualquer desses dispositivos²⁹⁰.

Há uma falta de razoabilidade na aplicação de uma mesma pena de lavagem de dinheiro àqueles que praticaram inicialmente uma contravenção penal de jogo de azar, por exemplo, com

288 Lei 9.613/1998. “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”

289 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral: arts. 1º a 120*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 236.

290 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*, p. 100.

àqueles que praticaram o crime de tráfico internacional de armas como delito antecedente²⁹¹. Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Heloisa Estellita, Rodrigo Sánchez Rios e Diogo Tebet²⁹².

De todo modo, o crime de lavagem de dinheiro possui natureza acessória, dependendo da conexão material da infração antecedente, independente de uma decisão judicial prévia ou de seu trânsito em julgado, conforme os aspectos processuais previstos no artigo 2º, II, da Lei de Lavagem²⁹³.

O objeto material do crime de lavagem de dinheiro são bens, direitos e valores provenientes de infração penal. Bens podem ser caracterizados como ativos de qualquer natureza, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos.²⁹⁴ Nos termos da lei de lavagem, esses bens devem ser provenientes direta ou indiretamente da infração penal. Entende-se como diretamente, os bens oriundos imediatamente do ilícito penal, enquanto que indiretamente, aqueles provenientes da transformação ou substituição dos originais. Assim, por exemplo, o dinheiro objeto de um furto, é um bem proveniente diretamente do crime, enquanto que um imóvel adquirido com o dinheiro do furto é considerado bem indiretamente proveniente do crime de furto.

Ainda importante salientar que, no caso de ocultação ou dissimulação de bens de posse ilícita, como drogas ou armas, ainda que produtos do crime, não constituem lavagem de dinheiro, sendo puníveis como delitos autônomos²⁹⁵. De outro modo, o valor recebido por alguém para cometer um crime, é considerado produto da infração, já que há uma relação de causalidade e de materialidade entre o dinheiro recebido e a consumação do crime²⁹⁶.

O artigo 1º, *caput*, da Lei 9.613/1998 prevê dois elementos objetivos do tipo penal: o ato de ocultar e de dissimular. Trata-se de crime de ação múltipla, em que não se admite concurso de crimes quando da incidência dos dois comportamentos no mesmo contexto e sobre os mesmos bens²⁹⁷.

Ocultar significa esconder, tirar de circulação, subtrair da vista²⁹⁸. Assim, o encobrimento

291 BOTTINI, Pierpaolo Cruz, *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 151-152.

292 GRANDIS, Rodrigo. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 20, n. 237, p. 9-10, 2012.

293 PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*, p. 110.

294 Convenção de Palermo, artigo 2º, *d*; Convenção de Viena, artigo 1º, *c*, e a Convenção de Mérida, artigo 2º, *d*.

295 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*, p. 111.

296 MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63.

297 Neste sentido: BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 60; MAIA, Rodolfo Tigre, *ob. cit.*, p. 65.

298 DE CARLI, Carla Veríssimo. *Dos crimes: aspectos objetivos*. In: *Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal*.

por qualquer meio, com a intenção de converter o bem adquirido de forma ilícita em ativo lícito, já consuma o crime de lavagem de dinheiro. A ocultação em muitas vezes se dá pela fragmentação do valor adquirido, incapazes de chamar a atenção de autoridades públicas, ou mesmo o depósito em conta de terceiros.

Dissimular é o ato posterior ao comportamento de ocultar. É um comportamento de distanciamento do bem adquirido ilicitamente para dificultar o rastreamento dos valores. A exemplo, há as transações entre contas correntes em nome de terceiros; a compra e venda de imóveis por valores artificiais etc²⁹⁹. Assim, a mera guarda ou movimentação física do produto do crime, ou mesmo a compra de imóveis no próprio nome do agente, sem ocultação ou dissimulação, não configura o *caput* do art. 1º, da Lei de lavagem³⁰⁰. O mero usufruir dos valores ilícitos não é típico³⁰¹.

3.2.2. Artigo 1º, §1º da Lei 9.613/1998³⁰²

O referido §1º aponta as modalidades de ocultação ou dissimulação dos bens³⁰³, com a supressão do indicativo de se se tratar de bens, direitos e valores direta ou indiretamente provenientes de infrações penais. Conclui-se pela interpretação restritiva, que o referido dispositivo se refere apenas aos bens adquiridos diretamente de infração penal.

A conversão em ativos lícitos (inciso I) ocorre quando o agente transforma os bens provenientes de infração penal em bens que integram o patrimônio do agente de forma lícita. A exemplo, há a compra de moeda estrangeira³⁰⁴.

O inciso II prevê a prática de ação múltipla. A conduta de adquirir, receber ou receber em garantia os bens provenientes de infração penal pressupõe ser um terceiro, que não o sujeito ativo do crime antecedente³⁰⁵. Já a conduta de trocar, negociar ou dar em garantia é mais provável a identidade do agente que praticou o crime antecedente com o que pratica o crime de lavagem de

Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 194.

299 BADARÓ, Gustavo Henrique, *ob. cit.*, p. 119/120.

300 MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 40.

301 LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de. *La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales em el derecho penal español*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 87. São Paulo: Ed. RT, nov./2010, p. 69.

302 Lei 9.613/1998. “Artigo 1º, §1º, da Lei 9.613/1998. “Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I – os converte em ativos lícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros”.

303 MAIA, Rodolfo Tigre, *ob. cit.*, p. 95.

304 DE CARLI, Carla Veríssimo. *Dos crimes: aspectos objetivos*. In: *Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 200.

305 BONFIM, Edilson Mougén; BONFIM, Marcia Monassi Mougén. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 57.

dinheiro³⁰⁶. As condutas de guardar e ter em depósito são típicas de crimes permanentes, consumando-se o crime enquanto estiver nessa situação de permanência. Tal situação não admite autolavagem de dinheiro, por ser mera consequência natural da prática do crime antecedente, sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem*³⁰⁷.

Finalmente, o inciso III aponta a conduta de importar ou exportar bens com valores não correspondentes aos verdadeiros, hipótese prevista em lei em decorrência da dificuldade em apurar o real valor utilizado no comércio internacional.

3.2.3. Artigo 1º, inciso I do §2º da Lei 9.613/1998³⁰⁸

O referido artigo explicita a conduta daquele que utiliza, e não que tenha apenas a posse, de produto de origem infracional, na atividade econômica ou financeira. A intenção do legislador foi no sentido de punir a terceira etapa do crime de lavagem, com a integração na atividade econômica lícita, após a ocultação ou dissimulação dos bens. Porém, pela leitura do dispositivo em comento, não é assim que se interpreta.³⁰⁹

Ainda é importante destacar que, para a caracterização do tipo penal descrito no artigo 1º, inciso I do §2º da Lei 9.613/1998, necessariamente os bens devem ser diretamente provenientes de infração penal, sob pena de incorrer no *caput* do artigo 1º, àquele que usar em atividades econômicas ou financeiras de bens adquiridos indiretamente na prática do crime. Assim, por exemplo, aquele que pratica o crime de furto de veículo, e ao depois, vende-o e aplica o capital em compra de ações no mercado financeiro, pratica o crime do *caput* do artigo 1º, da Lei de lavagem. Por isso, não se pode concluir que tal conduta representa a terceira etapa do crime de lavagem, pois o uso dos bens a que se refere o artigo 1º, inciso I do §2º da Lei 9.613/1998, deve ser necessariamente proveniente de forma direta da infração penal³¹⁰.

No que tange ao elemento subjetivo do tipo, com a redação determinada pela Lei 12.683/2012, o legislador optou por revogar a expressão “que sabe serem provenientes” de crime, com a evidente finalidade de admitir a punição não apenas pelo dolo direto, mas também pelo dolo eventual. Assim, a mera suspeita da proveniência ilícita dos bens, e a utilização na atividade econômica ou

306 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*, p. 156.

307 BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Navarra: Arazandi, 2012, cap. V, 3.1.5.

308 Lei 9.613/1998. “Artigo 1º, § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”.

309 VILARDI, Celso Sanchez. *O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 47. p. 11. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 20.

310 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*, p. 162.

financeira, já assume o risco de praticar o crime de lavagem de dinheiro³¹¹.

Por fim, é importante destacar que, o referido artigo 1º, inciso I do §2º da Lei 9.613/1998, apesar de não fazer menção ao elemento subjetivo especial – a intenção de ocultar ou dissimular, para ao depois fazer o uso em atividade econômica ou financeira – faz-se necessária sua aplicação, sob pena de não atingir o bem jurídico administração da Justiça, tutelado nos crimes de lavagem de dinheiro. Afastar esse elemento subjetivo especial acarretará em dois problemas: primeiro que, a simples utilização de produtos de crimes já automaticamente levaria ao alcance do crime de lavagem de dinheiro; e segundo que, ao magistrado seria permitido aplicar a agravante do artigo 61, inciso II, alínea *b*, do Código Penal³¹², o que seria um *bis in idem*.

3.2.4. Artigo 1º, inciso II do §2º da Lei 9.613/1998³¹³

O citado artigo deve ser analisado com cautela, pois à primeira vista, qualquer pessoa que participe de uma empresa e saiba da prática do crime de lavagem de dinheiro por ela, já incorreria no crime em apreço. Assim, deve ser aplicado o referido artigo concomitante com o artigo 29, do Código Penal, que se trata do concurso de agentes, sendo responsabilizado aquele que contribuir para a prática do crime, na medida de sua culpabilidade. Não basta, assim, que o indivíduo participe da organização e tenha conhecimento de sua atividade ilícita, salvo na condição de autor ou participe de tais atividades³¹⁴.

4. Da necessidade de um tipi ilícito com substrato fático próprio frente à insuficiência do tipo legal de lavagem de dinheiro

Será analisado neste capítulo se há uma *ratio essendi* do próprio tipo penal de lavagem de dinheiro, ou se essa *ratio* está integralmente atrelada ao tipo penal antecedente, deixando de ser um tipo de ilícito, com substrato fático inerente àquela conduta, para ser um mero tipo legal sem qualquer representação de um dado da realidade.

311 BADARÓ, Gustavo Henrique, *ob. cit.*, p. 162.

312 Código Penal brasileiro: “Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência; II – ter o agente cometido o crime: (...) b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime”.

313 Lei 9.613/1998. “Artigo 1º, § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei”.

314 SANCTIS, Fausto Martin De. *Crime organizado e lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

4.1. O déficit do conceito de tipo legal do crime de lavagem de dinheiro na legislação brasileira

O crime de lavagem de dinheiro teve repercussões em toda a comunidade internacional, com recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI), que promoveu a simetria das leis e práticas antilavagem de dinheiro nos países membros, a fim de tornar-se harmônica a criminalização do delito. Além disso, com tais práticas, houve uma maior comunicação entre os diversos governos associados, trocando-se experiências sobre o tema³¹⁵. Uma das recomendações dos relatórios do GAFI/FATF, no Brasil, em 9 de julho de 2012, sancionado pela Lei 12.683/2012, oriunda do Projeto de Lei 209/2003, foi a da eliminação do rol dos delitos antecedentes ao crime de lavagem de dinheiro. Assim o fez o diploma legal brasileiro, que não se limitou apenas a eliminar o rol taxativo dos crimes antecedentes, mas também se referiu à qualquer infração penal.

Com o descrito no artigo 1º da Lei 9.613/98, é luzidia a subsunção típica dependente da existência de uma infração antecedente. Ou seja, somente haverá o crime de lavagem de dinheiro se os bens, direitos ou valores forem provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. É uma espécie de tipo penal antecedente e um tipo penal diferido³¹⁶. O artigo 2º, inciso II, da Lei de lavagem de dinheiro³¹⁷ exige meros indícios da prática da infração penal antecedente, dispensando seu processo e julgamento, para a consumação e condenação pelo crime de lavagem de dinheiro. Indícios são meras probabilidades, nunca certezas, podendo incorrer em indubitáveis enganos judiciais, erros e injustiças, o que são injustificáveis positivamente³¹⁸.

A interpretação que se faz pela análise do artigo 1º da Lei 9.613/98 é a de que a infração antecedente tornou-se elementar do tipo de lavagem de dinheiro, condicionando-o à sua verificação plena³¹⁹. Sendo assim, por ser elementar do tipo, não bastam meros indícios da prática da infração antecedente para se condenar alguém pelo crime de lavagem de dinheiro, sendo necessária sua prova cabal, sob pena de violar o princípio da legalidade.

Em um ordenamento jurídico democrático e constitucional, como o brasileiro, em que

315 CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 79.

316 D'ÁVILA, Fábio Roberto. *A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.7, n.79, p. 4-5, jun. 1999.

317 Lei 9.613/1998. “Artigo 2º – O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: II – independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento”.

318 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 210/211.

319 JACOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 189.

obrigatoriamente se considera um ordenamento jurídico essencialmente complexo, deve-se condicionar às normas substanciais já positivadas e exclusivamente formais, isentando-se de todo moralismo ou naturalismo na concepção de crime³²⁰. E a concepção formal de crime no ordenamento jurídico pátrio é formada apenas pelos elementos tipicidade e antijuridicidade, sendo a culpabilidade pressuposto de pena³²¹. Em resumo, o comportamento típico é aquele em que se adequa ao descrito na lei penal, composto por dolo ou culpa, como elementos subjetivos do tipo; o comportamento antijurídico é aquele contrário à lei, caracterizado pela ausência de causas de justificação. E a culpabilidade é o grau de reprovação que a sociedade exerce sobre determinada conduta³²².

Dessa forma, ao prever como elementar do tipo penal de lavagem de dinheiro, meros indícios da prática de uma infração penal antecedente, abrangendo o conceito formal de crime, certamente tais indícios não seriam capazes de detectar quando ocorresse alguma causa de justificação, ou erro de tipo invencível, ou ausência de tipo subjetivo, dentre outras excludentes de crime. Não se tem dúvidas de que, uma vez excluído por qualquer forma a infração penal antecedente, acarretará na atipicidade do crime de lavagem de dinheiro³²³. Assim, ou se considera a infração antecedente como elementar objetiva do crime de lavagem mediante critérios de certeza, ou deverá ser considerado o delito além da lei, em sua identidade ontológica de *malum in se*³²⁴.

Conclui-se que, com a técnica legislativa brasileira de vincular o crime de lavagem de dinheiro com a infração antecedente, não se sabe ao certo quando termina o delito antecedente, e onde começa o posterior. A simples verificação do elemento objetivo “ocultar” do tipo penal de lavagem de dinheiro, é por si só complexo e de difícil interpretação, pois “tudo” pode ser ocultar, por ser uma ação permanente enquanto a coisa estiver ocultada³²⁵. Cria-se uma sensação de eternidade do crime de lavagem de dinheiro, que não prescreverá enquanto não for encontrada a infração antecedente oculta, em evidente déficit no conceito de tipo penal.

Por fim, uma vez constatado que o crime posterior é continuação ou mesmo integrante da infração antecedente, a doutrina brasileira prevê a aplicação do princípio da consunção, que ocorre quando, por relação de instrumentalidade direta, a prática de um crime é meio necessário ou normal de execução de outro crime;³²⁶ ou quando, por contingência, um deles está compreendi-

320 FERRAJOLI, Luigi, *ob. cit.*, p. 353/381.

321 DOTTI, Rene Ariel. *Curso de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 338.

322 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*, p. 102.

323 D'ÁVILA, Fábio Roberto. *A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.7, n.79, p. 4-5, jun. 1999.

324 FERRAJOLI, Luigi, *ob. cit.*, p. 376.

325 MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 84.

326 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. Parte geral*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 376.

do como fase de preparação ou de execução do outro³²⁷. Os casos de consunção têm aparência de concurso de crimes, pois as condutas estão previstas em tipos penais distintos, mas que guardam uma relação entre si. A consequência é a impunidade do fato posterior, já que o resultado eventual já está abarcado pelo desvalor da conduta de outro tipo legal³²⁸. Assim, se o ato de “ocultação” ou “dissimulação” já tiver sido abrangido na descrição típica da infração penal antecedente, haverá consunção, como no caso de corrupção passiva, “solicitar ou receber, direta ou indiretamente, vantagem indevida em razão de função pública” (artigo 317, do Código Penal), ou outros contra a ordem tributária, como “suprimir ou reduzir tributo pela omissão de informações ou pela prestação de informações falsas às autoridades fazendárias” (artigo 1º, I, da Lei 8.137/1990), dentre outros.

Neste caso, uma suposta condenação pelo crime posterior, afrontaria a vedação do *bis in idem*, por se punir pelo mesmo fato, duas ou mais vezes. Tal entendimento foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal 470, no voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Como afirmei, o elemento do tipo “ocultar” não é exclusivo do tipo de lavagem de dinheiro. Ao contrário, consta di tipo penal caracterizador da corrupção passiva, que pune a solicitação ou o recebimento indireto da vantagem. Segundo consignei, à guisa de premissa do meu voto, admito a coexistência da prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro por um mesmo agente, mas desde que se comprove a realização de atos distintos para cada crime, de maneira a evitar-se uma dupla punição advinda de um único fato criminoso, em razão do princípio do *ne bis in idem* (fls. 3739 do acórdão da Apn 470).

4.2. A necessidade do ilícito típico para resgatar a *ratio essendi* do crime de lavagem de dinheiro

A *ratio essendi* do tipo penal de lavagem de dinheiro é a conversão de valores de um estado a outro, que se dá em várias etapas. Esse fenômeno complexo, constituído pelas fases de ocultação dos valores auferidos; dissimulação da origem dos bens; e reinserção do capital na economia formal, pode não estar inserido no tipo legal. O tipo de ilícito exprime um sentido de ilicitude, individualizando uma espécie de delito, e tornando conhecido ao destinatário da lei, a espécie de comportamento proibido pelo ordenamento. Caberia à tipicidade apenas a mostraçã, concretização ou individualização de um sentido de ilicitude em um determinado delito³²⁹.

327 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*, p. 124.

328 ZAFFARONNI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 738.

329 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra Editora,

Reconhecendo que o tipo é de ilícito, cada tipo deve corresponder a um substrato fático, ou seja, a um dado da realidade. Não pode o sujeito que pratica uma infração antecedente, ao mesmo tempo “lavar” o fruto deste delito antecedente. A este fato já existe um juízo de valor, e por isso, já é típico. Apenas quando se termina este fato antecedente, poder-se-á reconhecer o crime de lavagem de dinheiro. Não se pode de um mesmo tipo penal, multiplicar inúmeras ações que se desencadeiam em outros múltiplos tipos penais. Por exemplo, se um particular oferece, de forma oculta, uma vantagem indevida a um funcionário público, de *per si* já incorre no crime de corrupção ativa. Não se pode falar no crime de lavagem de dinheiro apenas pelo fato do agente ter praticado o crime de forma oculta, pois tal *modus operandi* já é da natureza do crime de corrupção. O pagamento da vantagem indevida ao funcionário público é mero exaurimento do crime, incidindo na dosimetria da pena pelo magistrado. Apenas poder-se-ia falar em lavagem de dinheiro, quando a vantagem indevida se inserir no patrimônio do funcionário público, que poderá ocultá-lo.

O elemento objetivo “ocultar”, deve ter por finalidade “lavar”, ou seja, o escopo de introduzir a vantagem ilícita no mercado, de forma lícita. A realização do tipo irá acompanhar a *ratio* da norma. Mas, uma vez que a descrição do tipo seja muito aberta, mais difícil sua interpretação, e o resultado pode ocorrer fora do âmbito do tipo.

A conclusão a que se chega é a de que o desvalor do resultado começa a perder espaço para o desvalor da ação. A distinção entre desvalor de ação e de resultado, relevante em sede de ilícito típico, advém da doutrina finalista de Welzel. Por desvalor da ação entende-se o conjunto de elementos subjetivos que conformam o tipo de ilícito e o tipo de culpa, com a finalidade delituosa. Por desvalor de resultado entende-se a criação de um estado juridicamente desaprovado, ou seja, o conjunto de elementos objetivos do tipo de ilícito que perfazem a figura do delito³³⁰.

Assim, o desvalor da ação de “ocultar” no crime de lavagem de dinheiro, deve ser analisado com a finalidade de introduzir no mercado a vantagem proveniente de uma infração penal antecedente, resgatando, assim, seu substrato fático.

5. Considerações finais

Em um sistema complexo como o é o do Direito Penal econômico ou secundário, comparado com o Direito Penal clássico, é comum, após a criação do tipo, não se perceber a *ratio* que lhe deu origem. Porém, este tipo é sempre expressão dessa *ratio*, e por isso, o tipo é sempre tipo de ilícito. É insuficiente a categoria de tipo legal para expressar a *ratio* de um crime, e para fins de

2012, p. 285.

330 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, 2012, p. 285/286.

subsunção, necessariamente, deve se falar em tipo de ilícito. Essa categoria de tipo de ilícito é que vai resgatar essa *ratio*, ou essa valoração que move o tipo penal.

Assim, o tipo legal de crime, com previsão no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 1º, do Código Penal e artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, definido como um conjunto de elementos referidos pela lei para o cumprimento do conteúdo essencial do princípio do *nullum crimen, nulla pœna sine lege*³³¹, é insuficiente para a aplicação do crime da Lei 9.613/1998. Isso se justifica pelo fato do tipo legal de lavagem de dinheiro prever condutas muito abertas, como as ações de “ocultar” e “dissimular”, vinculadas à uma infração penal antecedente, em que não se sabe ao certo, quando se trata de mera continuidade do delito anterior, ou quando se trata de um novo comportamento, com um novo bem jurídico lesionado. O próprio Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em casos de abrangência dos elementos do tipo legal de lavagem de dinheiro na infração antecedente, aplicando-se o princípio da consunção, sob pena de ofender o princípio do *ne bis in idem*, conforme se viu na Ação Penal n. 470, do STF.

Dessa forma, se o tipo é de ilícito, que busca um dado de realidade que pretende ser proibido, cada tipo deve corresponder a um substrato fático. Não é apenas o princípio do *ne bis in idem* que norteia essa conclusão, mas o óbvio de que cada tipo expressa um dado de realidade. Para evitar uma má aplicação do crime de lavagem de dinheiro deve ser observado o substrato fático de cada comportamento, por meio de um tipo de ilícito, em que se expressa um desvalor capaz de resgatar a *ratio essendi* de cada tipo penal. Deve-se ter em mente, que cada crime corresponde a um substrato fático, isto é, a um dado da realidade, com autonomia capaz de definir a inserção daquela conduta no ordenamento jurídico.

Não podemos voltar à época em que se preponderava o desvalor da ação, em que o crime se misturava com o pecado e a maldade de uma pessoa. Toda construção do direito penal moderno foi no sentido de definir o crime a partir do desvalor do resultado, conforme define Cesare Beccaria em 1764, nos “Dos Delitos e Das Penas”, em que a verdadeira medida do crime não é a vontade do criminoso, mas sim o dano causado à nação³³².

Referências bibliográficas

BACIGALUPO, Enrique. **Estudios comparativos del derecho penal de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido.** España em la Europa Comunitaria: Balance de diez años, 1995;

331 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, 2012, p. 284.

332 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 40.

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012;**
- BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas.** 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007;
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Trad. José Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;
- BELING, Ernst von. **Esquema do direito penal: a doutrina do delito-tipo –** Campinas, SP: Servanda Editora, 2010;
- BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales.** 3. ed. Navarra: Arazandi, 2012, cap. V, 3.1.5;
- BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. **Lavagem de dinheiro.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008;
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012;
- CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro.** 2.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017;
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais. **Boletim IBCCRIM.** São Paulo, v.7, n.79, p. 4-5, jun. 1999;
- DE CARLI, Carla Veríssimo. Dos crimes: aspectos objetivos. In: **Lavagem de dinheiro.** Prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011;
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal.** Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime, Coimbra Editora, 2012;
- DOTTI, Rene Ariel. **Curso de direito penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005;
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. **Teoría del Garantismo Penal,** 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 1997;
- FISCHER, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911, p. 138;
- HEGLER, Die Merkmale des Verbrechts, ZStW 36 (1915) p. 27; MEZGER, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924);
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal.** Parte geral. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense;
- FRANK, Reinhard. **Über den Aufbau des Schuldbegriffs,** 1907;
- GRANDIS, Rodrigo. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, ano 20, n. 237, p. 9-10, 2012.
- JACOBS, Günther. **Derecho Penal,** Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997;
- LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de. La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales em el derecho penal español. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Vol. 87. São Paulo: Ed. RT, nov./2010;

- LISZT, Franz von. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, Berlin, J. Guttentag, 1881;
- MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007;
- MEZGER, **Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik**, Duncker & Humblot; Auflage: 3, 1950;
- MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2008;
- PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Ed. RT, 2003;
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral: arts. 1º a 120**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;
- ROXIN, Claus. **Derecho penal**, Parte General. 2. ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2006. T. I;
- _____. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002;
- _____. **Strafrecht**, 1997, §7, III, 14-5, München, C.H.BECK;
- SANCTIS, Fausto Martin De. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2009;
- _____. **Lavagem de dinheiro por meio de obras de arte: uma perspectiva judicial criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015;
- SANTOS, Juarez Cirino dos, **Direito Penal: parte geral** – 8. Ed. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018;
- SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidade de empresas. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, XLI. Madrid: Ministerio de Justicia, 1988;
- SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes; tradução Clécio Lemos**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015;
- VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 47. p. 11. São Paulo: Ed. RT, 2004;
- ZAFFARONNI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.