

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

PROBLEMAS PONTUAIS DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Fases ou técnicas de lavagem de dinheiro – 3. Problemas específicos da lei brasileira: 3.1 O crime antecedente na Lei de Lavagem; 3.2 O problema da prova do crime antecedente; 3.3 Indícios suficientes da existência do crime para o oferecimento da denúncia (art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.613/98); 3.4 Crimes antecedentes previstos na Lei de Lavagem e cometidos no estrangeiro – 4. Participação no delito prévio e no delito de lavagem.

Resumo: A artigo aborda questões relativas à lavagem de dinheiro, analisando as várias técnicas e métodos utilizados para este fim. Trata de problemas específicos da legislação brasileira, tais como prova do crime antecedente, os delitos que podem gerar bens aptos a serem lavados e os casos em que o sujeito participe tanto do delito como da própria lavagem de dinheiro.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro – Crime organizado – Devido processo legal.

1. Introdução

O crime organizado, mercê de suas atividades ilícitas (tráfico de drogas, contrabando de armas, extorsão, prostituição etc.), dispõe de fundos colossais, mas, inutilizáveis enquanto possam deixar pistas de sua origem. Da necessidade de ocultar e reinvestir as ingentes fortunas obtidas, ora para financiar novas atividades criminosas, ora para a aquisição de bens diversos, surge a lavagem de dinheiro com o fim último de evitar o descobrimento da cadeia criminal e a identificação de seus autores. A reciclagem do dinheiro converte-se, assim, em requisito imprescindível para sua impune introdução no circuito econômico. A partir deste momento, o poder econômico do crime organizado se converte em exponencial. O dinheiro lavado pode ser então investido sem levantar suspeitas e contribuir para que seus detentores se adornem com um verniz de responsabilidade sob a cobertura de atividades honráveis. Existe com isso o perigo de que economias inteiras caiam sob seu controle, que se distorça o sistema financeiro e que o sistema democrático, em determinados países, fique sem estabilidade.¹

(1) Felipe Renart García. "El blanqueo de capitales en el derecho suizo". *Poder Judicial* 50, 1998. p. 119-120.

Como o objeto deste trabalho não é este, apenas a título de introdução conceituaremos a lavagem de dinheiro, ou melhor, o que significa este fenômeno. A maior parte da doutrina estrangeira entende o fenômeno da lavagem de dinheiro como "o processo ou conjunto de operações mediante o qual os bens ou o dinheiro resultantes de atividades delitivas, ocultando tal procedência, se integram no sistema econômico ou financeiro".² Em sentido similar, Gomez Iniesta, assinala que por lavagem de dinheiro ou bens entende-se a operação através da qual o dinheiro de origem sempre ilícita (procedente de delitos que se revestem de especial gravidade) é investido, ocultado, substituído ou transformado e restituído aos circuitos econômico-financeiros legais, incorporando-se a qualquer tipo de negócio como se fosse obtido de forma lícita.³ Diez Ripollés, ao tratar do tema, refere-se aos procedimentos pelos quais se aspira a introduzir no tráfico econômico-financeiro legal os grandiosos benefícios obtidos a partir da realização de determinadas atividades delitivas especialmente lucrativas, possibilitando assim que se desfrute das quantias juridicamente inquestionáveis.⁴

De todas as formas, praticamente todos os autores que analisaram o fenômeno de lavagem de dinheiro acabam por defini-lo de maneira semelhante.

2. Fases ou técnicas de lavagem de dinheiro

Conceituado o fenômeno, cabe a análise de algumas fases ou técnicas de lavagem de dinheiro. A doutrina estrangeira já escreveu muito sobre os sistemas e métodos empregados para a lavagem de capitais. Como o tema tem recebido cada vez mais importância em nosso país, torna-se freqüente em todos os tipos de publicações. O problema é que o tratamento jornalístico da questão é dirigido a enfatizar os aspectos menos importantes do fenômeno – corrupção, escândalos, conivência do poder público em determinados casos – que abordar de forma rigorosa a explicação dos procedimentos de lavagem. De outro lado, os procedimentos de lavagem são relativamente complexos e utilizam os instrumentos, mecanismos e técnicas do sistema financeiro, de forma que sua explicação requer um prévio conhecimento deste sistema.

Existem vários métodos ou fases que normalmente se utilizam com a finalidade de lavar o dinheiro, porém, sucintamente, mencionaremos algumas delas.

A primeira fase consiste na *ocultação*. De acordo com a doutrina, esta é a fase em que os delinquentes procuram desembaraçar-se materialmente das im-

(2) Julio Diaz-Maroto y Villarejo. *El blanqueo de capitales en el derecho español*. Dykinson, 1999. p. 5.

(3) Diego J. Gomez Iniesta. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*. Barcelona : Cedecs, 1996. p. 21.

(4) José Luis Diez Ripollés. "El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas". *Actualidad Penal* 32, 1994. p. 609.

portantes somas em dinheiro que foram geradas pelas suas atividades ilícitas.⁵ O montante arrecadado é normalmente trasladado a uma zona ou local distinto daquele em que se arrecadou. Em continuação, coloca-se este dinheiro em estabelecimentos financeiros tradicionais ou em estabelecimentos não-tradicionais (casas de câmbio, cassinos etc.) ou, ainda, em outros tipos de negócios de condições variadas (hotéis, restaurantes, bares etc.).⁶

A característica principal desta fase é a intenção dos criminosos de desfazerem-se materialmente das somas arrecadadas em dinheiro, sem ocultar todavia a identidade dos titulares.⁷ Isso ocorre porque os criminosos têm ciência de que a acumulação de grandes somas de dinheiro pode chamar a atenção em relação a sua procedência ilícita. Esta acumulação significa também o perigo constante de furto ou roubo, o que obriga de uma forma ou outra aos criminosos a despachar fisicamente grandes somas para fora do lugar de obtenção, com destino a outro lugar onde seja mais fácil ocultar a sua origem criminosa.⁸

Existem inúmeras formas de ocultação, mas não é objeto deste trabalho a análise de cada uma delas, portanto, somente faremos menção a elas. Assim, pode-se ocultar o dinheiro obtido de forma ilícita, colocando-o através de entidades financeiras de forma fracionada; através da cumplicidade do próprio pessoal do banco; através de estabelecimentos financeiros não tradicionais; misturando-se fundos lícitos com ilícitos, através do contrabando de dinheiro (passando-o pela fronteira de outros países).⁹

A segunda fase denomina-se *mascamamento*. A função desta fase consiste em ocultar a origem dos produtos ilícitos mediante a realização de numerosas transações financeiras.¹⁰ Se os "lavadores" de capitais têm êxito na primeira fase, tratarão agora de tornar mais difícil e complicada a detecção dos bens mediante a realização de múltiplas transações que, como camadas, irão se amontoando uma depois da outra, dificultando o descobrimento da origem daqueles bens.¹¹

Portanto, nesta fase, é preciso fazer desaparecer o vínculo existente entre o criminoso e o bem procedente de sua atuação, razão pela qual é usual o

(5) Caty Vidales Rodriguez. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal*. Valencia : Tirant lo blanch, 1997. p. 72.

(6) Daniel Alvarez Pastor e Fernando Eguidazu Palacios. *La prevención del blanqueo de capitales*. Aranzadi, 1998. p. 35.

(7) Javier Zaragoza Aguado. "El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación". *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994. p. 134.

(8) Isidoro Blanco Cordero. *El delito de blanqueo de capitales*. Aranzadi, 1997. p. 71-72.

(9) Nesse sentido, ver Blanco Cordero, ob. cit., p. 72 et seq.; Daniel Alvarez Pastor e Fernando Eguidazu Palacios, ob. cit., p. 35 et seq.

(10) Javier Zaragoza Aguado, ob. cit., p. 135.

(11) Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 78.

recurso à superposição e combinação de complicadas operações financeiras que tratam de dificultar o seguimento do que se conhece como “pegada ou rastro do dinheiro”.¹²

Assim, o propósito perseguido nesta fase é “desligar os fundos de sua origem, gerando para isso um complexo sistema de transações financeiras destinadas a apagar as pegadas contábeis destes fundos ilícitos”. Esta forma complexa em que as transações são desenvolvidas, mescladas e superpostas tem como finalidade que se torne extremamente difícil para as autoridades detectar estes fundos.

As formas usualmente utilizadas nesta fase são a conversão do dinheiro em instrumentos financeiros; aquisição de bens materiais com dinheiro em espécie; transferência eletrônica de fundos etc.¹³

Por fim, a última fase denomina-se de *integração*. Nesta etapa, o capital ilicitamente obtido já conta com aparência de legalidade que se pretendia que tivesse. De acordo com isso, o dinheiro pode ser utilizado no sistema econômico e financeiro como se se tratasse de dinheiro lícitamente obtido.¹⁴ Consumada a etapa de mascarar, os “lavadores” necessitam proporcionar uma explicação aparentemente legítima para sua riqueza, logo, os sistemas de integração introduzem os produtos “lavados” na economia, de maneira que apareçam como investimentos normais, créditos ou investimentos de poupança.¹⁵

Assim, os procedimentos de integração situam os valores obtidos com a lavagem na economia de tal forma que, integrando-se no sistema bancário, aparecem como produto normal de uma atividade comercial. Quando se chega nesse estágio, é muito difícil a detecção da origem ilícita destes valores. A menos que se tenha seguido seu rastro através das etapas anteriores, dificilmente se distinguirá os capitais de origem ilegal dos de origem legal.¹⁶

Os métodos utilizados nesta etapa são: venda de bens imóveis; “empresas de fachada” e empréstimos simulados; cumplicidade dos banqueiros estrangeiros; faturas falsas de importação e exportação; sistemas bancários clandestinos ou irregulares; comércio cruzado; companhias de seguros; agentes da bolsa de valores etc.¹⁷

(12) Caty Vidales Rodriguez, ob. cit., p. 73.

(13) Sobre estas técnicas, ver em detalhes, Eduardo Fabian Caparros. *El delito de blanqueo de capitales*. Colex, 1998. p. 140; Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 79 et seq.; Daniel Alvarez Pastor e Fernando Eguidazu Palacios, ob. cit., p. 37.

(14) Caty Vidales Rodriguez, ob. cit., p. 73-74; Diego J. Gomez Iniesta. “Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el derecho español”. *Estudios de derecho penal económico*. Universidad de Castilla-La Mancha, 1994. p. 140; Eduardo Fabian Caparros, ob. cit., p. 149.

(15) Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 84.

(16) Nesse sentido, Daniel Alvarez Pastor e Fernando Eguidazu Palacios, ob. cit., p. 38.

(17) Sobre estas técnicas, em detalhes, Javier Zaragoza Aguado, ob. cit., p. 138 et seq.; Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 85 et seq.

3. Problemas específicos da lei brasileira

3.1 O crime antecedente na Lei de Lavagem

De acordo com a redação dada a esse dispositivo, o legislador brasileiro menciona no tipo tão-somente a palavra “crime” antecedente, o que leva a doutrina a estabelecer o que significa esse termo. O art. 2.º, § 1.º, estabelece expressamente:

“A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime”.

A primeira indagação cinge-se a buscar a interpretação que o legislador procurou dar ao termo “crime antecedente”. Um setor da doutrina menciona que o crime de lavagem é autônomo e, assim, não estaria condicionado ao processo e julgamento do crime antecedente.¹⁸ Não estamos de acordo com essa posição. É que ela pode ser verdadeira se for complementada, pois ainda que o crime de lavagem seja considerado autônomo, mister se faz alguns requisitos para a verificação da existência do “crime” antecedente que pode gerar bens aptos a serem lavados.

Outro setor da doutrina brasileira posiciona-se de forma diferente quanto à redação desse preceito, sob o fundamento de que o crime antecedente condiciona o tipo de lavagem de dinheiro previsto na lei brasileira. De acordo com isso, não seria possível a condenação do sujeito pelo crime de lavagem se não houvesse absoluta certeza da realização do tipo antecedente. Portanto, o fato antecedente deve ser ao menos típico e antijurídico para a sua caracterização como delito prévio.¹⁹

A melhor interpretação nos parece ser esta, ou seja, somente os indícios do crime antecedente não são suficientes para a condenação do sujeito pelo delito de lavagem de capitais. Como o legislador exigiu a existência suficiente de indícios do “crime” antecedente, ao menos o fato deve ser típico e antijurídico. Isso porque pode ocorrer no delito antecedente a exclusão da tipicidade (erro de tipo) ou da antijuridicidade, o que levaria à não existência do crime antecedente. Assim, se não há crime antecedente, torna-se impossível a aplicação do art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.613/98.

Além disso, o legislador adotou para os delitos de lavagem de dinheiro 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 comissão de um delito de lavagem se o fato antecedente previsto na lei não puder ser considerado

(18) Willian Terra de Oliveira, em Raúl Cervini, Willian Terra de Oliveira e Luiz Flávio Gomes. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo : RT, 1998. p. 325 et seq.

(19) Fábio Roberto D'Avilla. “A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais”. *Boletim IBCCrim* 79, ano 7, jun., 1999. p. 4.

crime. Assim, 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 haveria a subsunção típica às figuras de lavagem que exigem a comissão daquele.²⁰

Na esfera da participação criminal, 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.²¹ 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. Portanto, é correto afirmar que a relação de dependência do delito de lavagem com relação ao delito prévio é de acessoriedade limitada.²²

Essa classe de acessoriedade é a que se pode depreender do conteúdo do art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.613/98. A razão não é porque o artigo não estabeleça expressamente que elementos têm que concorrer para determinar que o fato prévio seja um crime, senão porque menciona o que não é necessário para a sua consideração como tal: a culpabilidade (o parágrafo menciona isenção de pena).

Duas consequências podem ser extraídas da aplicação do princípio da acessoriedade limitada. A primeira delas é que quando os bens não têm sua origem em um fato típico, não poderá haver um delito de lavagem de dinheiro. O que significa que se o fato prévio que origina os bens não se encontra descrito em algum tipo no Código Penal ou numa lei especial, as condutas de lavagem que recaem sobre estes bens não podem ser típicas.²³

A segunda consequência que se depreende da aplicação do princípio da acessoriedade limitada é que quando ocorre uma causa de justificação no fato prévio que origina os bens, não poderá também haver um delito de lavagem de dinheiro. É dizer, que se as condutas que podem constituir lavagem recaem sobre bens que tem sua origem num fato típico mas que não é antijurídico, não se pode apreciar um delito de lavagem de dinheiro.²⁴

De acordo com essa posição, é irrelevante para o delito de lavagem de dinheiro o requisito da culpabilidade, pois se a conduta que constitui lavagem recai sobre bens que tiveram a sua origem num fato típico e antijurídico, ainda que o

(20) Fábio Roberto D'Avilla, ob. cit., p. 4.

(21) Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal. Parte general*. 4. ed. Comares. p. 596 et seq.; Enrique Bacigalupo. *Principios de derecho penal. Parte general*. 5. ed., Akal/Iure, 1998. p. 379; Nilo Batista. "Concurso de agentes". *Liber Juris*, 1979. p. 124 et seq.; José Henrique Pierangelli. *Escritos jurídicos penais*. São Paulo : RT, 1992. p. 62; André Luís Callegari. "Breves anotações sobre o concurso de pessoas". *RT* 761, ano 88, mar., 1999. p. 454 et seq.

(22) Nesse sentido, Juana Carpio Delgado, ob. cit., p. 128; Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 2.

(23) Nesse sentido, Juana Carpio Delgado, ob. cit., p. 129; Idem, ob. cit., p. 238.

(24) Nesse sentido, Juana Carpio Delgado, ob. cit., p. 129; Idem, ibidem, p. 238.

sujeito que interveio no delito prévio seja isento de pena, será possível a apreciação de um delito de lavagem de capitais.

3.2 O problema da prova do crime antecedente

Esclarecido o que deve se entender por crime antecedente, é dizer, que ao menos seja um fato típico e antijurídico para que possa gerar bens aptos a serem lavados, torna-se necessário verificar a problemática da prova para viabilizar a condenação pelo crime de lavagem de capitais. É que o art. 2.º, II, da Lei 9.613/98, estabelece expressamente:

“Art. 2.º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

II – Independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país.”

De acordo com o conteúdo deste artigo e seu inciso, pode haver uma sentença condenatória pelo delito de lavagem de dinheiro ainda que não se julgue o crime antecedente que deu origem aos bens que foram lavados. Porém, baseado em que prova o juiz condenaria o sujeito acusado de lavar dinheiro? A sentença condenatória fundamentada somente com indícios do crime antecedente fere o princípio da presunção de inocência, uma vez que sequer restou provado o fato anteriormente imputado ao acusado. Assim, no processo penal dominado pelo princípio da presunção da inocência, a atividade probatória deve atender à verificação dos fatos imputados²⁵ e não aos indícios destes. Traduzindo-se isto para o crime de lavagem, torna-se necessária a verificação do crime antecedente para viabilizar a sentença e não somente os indícios daquele.

Pelo princípio da presunção de inocência, requer-se a prova de que os bens supostamente lavados procedam de um delito prévio. Nesse sentido, caberiam duas possibilidades para dar crédito à comissão do delito antecedente. A primeira seria no sentido de exigir uma sentença condenatória com trânsito em julgado que reconhecesse a existência de um fato típico e antijurídico. A segunda possibilidade é a de deixar ao juiz que julga o delito de lavagem de capitais que determine se existiu previamente o delito exigido pela lei. De todas as formas, não é suficiente a prova de um delito prévio, senão que também se prove que os bens procederam do mesmo.

O problema da prova do crime prévio é simples nos casos em que uma sentença declare a existência do fato típico e antijurídico, mas torna-se problemático no caso em que ela não exista.²⁶

Um setor da doutrina estrangeira utiliza a jurisprudência da receptação para resolver o problema, afirmando que nos casos deste delito não é preciso uma sentença condenatória com relação ao delito prévio, mas exige, em todo caso, um

(25) Antonio Magalhães Gomes Filho. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 39.

(26) Eduardo Fabian Caparros, ob. cit., p. 385.

fato minimamente circunstanciado.²⁷ Porém, é necessário que o juiz responsável pelo julgamento dos atos de lavagem considere provada a existência de um fato delitivo prévio, ou seja, é necessário saber com precisão qual foi o fato criminoso que originou os bens.²⁸ Nesse sentido, não se faz necessária a sentença condenatória sobre o crime antecedente, mas, ainda assim, a receptação deve estar plenamente acreditada em sua realidade e em sua natureza jurídica, sem que baste para isso uma mera denúncia ou diligências policiais, senão que, por tratar-se de um elemento constitutivo do tipo, é necessário que as provas destinadas a acreditá-la se pratiquem com as garantias constitucionais e processuais que possibilitem respeitar a presunção de inocência.²⁹ Portanto, ao menos é necessário que fique provado perante o juiz competente para julgar o crime de lavagem de capitais que os bens procedem de um delito grave.³⁰

No Brasil, a receptação recebe o mesmo tratamento, ou seja, não há necessidade da sentença penal condenatória que ateste a ocorrência do crime antecedente, mas torna-se indispensável a prova de sua ocorrência.³¹

A adoção do tratamento dispensado ao delito de receptação parece coerente, possibilitando sua utilização em relação ao preceito estabelecido no art. 2.º, II, da Lei 9.613/98. Assim, para que se viabilize uma sentença condenatória no processo e julgamento de um crime de lavagem de capitais ao menos seria necessário que houvesse uma prova convincente do delito antecedente, prova essa que pudesse ser acreditada em relação a um dos delitos previstos na lei brasileira de lavagem.

Porém, outro setor da doutrina sustenta que o delito prévio é um elemento normativo do tipo, ou seja, que a exigência do delito prévio constitui um autêntico elemento do tipo,³² ou uma elementar do tipo.³³ Esta última posição é sustentada no Brasil por Fábio D'Avilla, que assinala que a técnica legislativa adotada pelo legislador brasileiro tornou o crime antecedente elementar do tipo previsto no art. 1.º da Lei de Lavagem, condicionando-o a sua verificação plena. Para o autor, a incerteza do crime antecedente redundaria na incerteza quanto a um dos

(27) Andrés Palomo Del Arco. "Receptación y figuras afines", em "Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte especial". *Estudios de Derecho Judicial* 2, 1996. p. 380.

(28) Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 252; Caty Vidales Rodriguez, ob. cit., p. 47.

(29) Nesse sentido, *STS* 20, ene., 1999.

(30) Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 252. O legislador espanhol não estabeleceu um rol taxativo de crimes antecedentes aos de lavagem, pois considera como crime antecedente ao de lavagem todo aquele que tenha uma pena grave.

(31) *RT* 404/288, 663/293, 718/425; *RJD* 25/338.

(32) Bockelmann. "Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortag", *NJW*, p. 620 e Schmid. "Anwendungsfragen der Straftatbestände gegen die Geldwäscherei, vor allem StGB art. 350 bis", *Schweizerischer Anwaltsverband, Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht*, Zürich, 1991. p. 111, citados por Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 222 e 223.

(33) Fábio Roberto D'Avilla, ob. cit., p. 4.

elementos objetivos do tipo, impossibilitando, assim, a sua adequação legal.³⁴ Isso se deve ao fato de que o legislador, ao redigir o tipo penal de lavagem e após definir os verbos que compõem a figura típica, utilizou a palavra “crime”, ou seja, para haver lavagem de dinheiro é necessário que os bens ocultados ou dissimulados, por exemplo, provenham de um dos “crimes” definidos pelo legislador nos incisos I a VII da Lei de Lavagem.

Esta posição parece levar a um critério mais rigoroso para que se possa condenar o sujeito pelo delito de lavagem de dinheiro, já que seria necessária a constatação da existência do crime antecedente, ou seja, ao menos que este seja um fato típico e antijurídico. A razão disso é que se o crime antecedente é elementar do tipo de lavagem de dinheiro, a inexistência do crime antecedente (erro de tipo, por exemplo), impossibilita a condenação pelo delito de lavagem. O mesmo ocorreria se fosse reconhecida uma excludente da ilicitude. Portanto, reconhecida uma excludente da ilicitude ou da tipicidade, não haveria o crime antecedente e, por consequência, a absoluta impossibilidade de subsunção típica pela ausência da elementar “crime” constante no art. 1.º da Lei de Lavagem.³⁵

Mencionamos linhas acima que esta posição parecia levar a um critério mais rigoroso do que a utilização do critério da receptação para a condenação do sujeito pelo crime de lavagem de capitais, isto porque exige, como elementar do tipo, a existência do crime antecedente. Porém, como a disposição do art. 2.º, II, da Lei de Lavagem é processual, de todas as formas deverá restar provada no processo (como no critério da receptação) a existência do crime antecedente ao de lavagem.

A nosso juízo, por qualquer critério utilizado, exige-se um convencimento acurado ou, ao menos, uma prova segura do crime antecedente, que poderá ser efetivada no próprio processo de lavagem ou em outro em que se apura o crime antecedente. Se houver dúvida sobre a existência do crime antecedente,³⁶ o juiz não pode condenar o réu pelo crime de lavagem de capitais.³⁷

3.3 *Indícios suficientes da existência do crime para o oferecimento da denúncia (art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.613/98)*

O art. 2.º, parágrafo primeiro da Lei de Lavagem estabeleceu que a denúncia será instruída com indícios suficientes do crime antecedente.

⁽³⁴⁾ Fábio Roberto D’Avilla, ob. cit., p. 4.

⁽³⁵⁾ Nesse sentido, Fábio Roberto D’Avilla, ob. cit., p. 4.

⁽³⁶⁾ Ver Winfried Hassemer. “Crítica al derecho penal de hoy”, *Ad-Hoc*, p. 88.

⁽³⁷⁾ Nesse sentido, Marco Antonio Barros, ob. cit., p. 84. Ademais, assinala o autor que “a comprovação da ocorrência do crime básico configura uma questão prejudicial do próprio mérito da ação penal em que se apura o crime de lavagem. Desse modo, ao fundamentar a sentença condenatória o juiz tem o dever funcional de abordar essa questão, afirmando estar convencido da existência do crime antecedente, apontando as provas dos autos que o levam a formar essa convicção”.

No processo penal, a regra é a de que existam indícios da autoria e prova da materialidade do crime para o oferecimento da denúncia. A Lei de Lavagem inovou ao exigir somente os indícios do crime antecedente. Porém, fica a indagação se este dispositivo não fere as garantias do acusado, é dizer, da mais ampla defesa e da presunção de inocência. Isto porque de acordo com o preceito contido no dispositivo, o acusado terá que se defender de uma acusação de lavagem de capitais baseada num crime antecedente que não restou provado, ou seja, há apenas indícios suficientes deste crime.

É certo que o processo penal é considerado geralmente um instrumento necessário de proteção dos valores recolhidos pelo Direito Penal, cuja função principal consiste em dotar o Estado de um procedimento preestabelecido para a aplicação do *ius puniendi*. A finalidade, portanto, das medidas restritivas de direitos fundamentais suscetíveis de serem adotadas no processo penal orientaria-se, assim, em princípio, a permitir aos órgãos do Estado a satisfação dos fins próprios do Direito material, dando deste modo resposta ao interesse de persecução penal que anima sua atuação neste âmbito e que se opõe ao *ius libertatis* dos cidadãos.³⁸

O questionamento que se impõe é no sentido de que até que ponto o Estado pode efetivar essas medidas de persecução penal sem ferir os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Ainda que o crime de lavagem seja um crime grave, não se pode permitir ao Estado que viabilize uma acusação contra o indivíduo baseada em “indícios suficientes” dos crimes antecedentes.

Montañez Pardo,³⁹ ao tratar da prova indiciária na Espanha, afirma que é possível a aceitação desta, mas, adverte que ela deve observar alguns requisitos e os resume desta forma: a) Os indícios devem estar plenamente seguros. Assim, não valem as meras conjecturas ou suspeitas, pois não é possível construir certezas sobre simples probabilidades; b) Concorrência de uma pluralidade de indícios. É necessário que concorram uma pluralidade de indícios, pois um fato único ou isolado impede fundamentar a convicção judicial com base na prova indiciária; c) Existência de razões dedutivas. Entre os indícios provados e os fatos que se inferem destes deve existir um enlace preciso, direto, coerente, lógico e racional segundo as regras do critério humano.

Talvez, utilizando-se este critério para a verificação dos indícios do crime antecedente, seria possível que se viabilizasse a inicial acusatória pelo crime de lavagem de dinheiro. Acreditamos que o melhor seria uma prova segura do crime antecedente, que, necessariamente não significa uma sentença condenatória, mas, que permita ao juiz a verificação dos fatos típicos e antijurídicos que geraram os bens aptos a serem lavados.

A doutrina brasileira menciona que a denúncia não precisa descrever minuciosamente o crime antecedente, pois isso deve ser feito em relação ao crime de lavagem. Mas enfatiza que cabe ao Ministério Público demonstrar ao juiz que a

(38) Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, 1990. p. 243.

(39) Miguel Angel Montañez Pardo. *La presunción de inocencia*, 1999. p. 106-109.

inicial acusatória está fundamentada em seguros indícios de que o crime de lavagem provém direta ou indiretamente da prática de um daqueles crimes antecedentes previstos na Lei 9.613/98.⁴⁰ Assim, se não houver uma base probatória mínima que demonstre a existência do crime antecedente, a denúncia deverá ser rejeitada.⁴¹

3.4 Crimes antecedentes previstos na Lei de Lavagem e cometidos no estrangeiro

Uma das características do delito de lavagem de capitais é a possibilidade de ser realizado em um país distinto daquele onde foi cometido o delito prévio que originou os bens,⁴² é dizer, é possível que o delito prévio que dá origem aos bens tenha sido cometido em um país e o delito de “lavagem” em outro diferente.⁴³

Os legisladores, preocupados com a internacionalização deste delito, atendem às recomendações internacionais em matéria de lavagem de capitais relativas aos delitos prévios cometidos no estrangeiro e introduzem nos Códigos Penais dispositivos para prevenção desta forma de delito.⁴⁴

Nossa legislação adotou esta sistemática, pois a Lei 9.613/98 trouxe previsão expressa no sentido de que o crime antecedente que gera bem idôneo para o delito de lavagem de dinheiro possa ser cometido no estrangeiro. Assim, o art. 2.º, II, da Lei 9.613/98, estabelece expressamente:

“Art. 2.º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

II – Independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país.”

Em primeiro lugar, cabe esclarecer que o legislador brasileiro adotou um critério fechado ou *numerus clausus* para descrever os crimes que podem gerar bens suscetíveis e idôneos para serem “lavados”. Assim, somente serão objeto de “lavagem” os bens que tenham sua origem ou procedam de um dos delitos previamente enumerados na Lei 9.613/98.⁴⁵

(40) Cfr. Marco Antonio Barros, ob. cit., p. 82.

(41) Luiz Flávio Gomes, em Raúl Cervini, Willian Terra de Oliveira e Luiz Flávio Gomes, ob. cit., p. 356.

(42) Gonzalo Quintero Olivares. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Aranzadi, p. 708.

(43) Nesse sentido, Juana Carpio Delgado. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Tirant lo blanch, 1997. p. 141; Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 244; Gonzalo Quintero Olivares. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Aranzadi, 1996. p. 703.

(44) Na Espanha há disposição expressa neste sentido, de acordo com o art. 301, número 4, do Código Penal. O legislador alemão também fez tal previsão no art. 261, 2, VIII, do Código Penal alemão.

(45) Nem todos os países adotam este sistema. O legislador espanhol, por exemplo, menciona que os bens suscetíveis e idôneos para constituir-se em objeto de lavagem de dinheiro são os que têm sua origem ou procedam de um delito grave. Assim, o fator decisivo é a gravidade da pena e não o delito propriamente dito.

Como nosso legislador fez esta opção, é dizer, trouxe um rol taxativo dos delitos prévios que podem gerar bens que serão objeto material do delito de “lavagem”, não importa a gravidade da pena destes delitos.

Assim, de acordo com o art. 1.º da Lei 9.613/98, os crimes antecedentes que podem gerar bens idôneos para “lavagem” são: tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante seqüestro; contra a Administração Pública; contra o sistema financeiro nacional; praticado por organização criminosa.

A nosso juízo, a redação deste preceito pode gerar problemas. Como já mencionamos, nosso legislador adotou um sistema fechado ou taxativo de crimes antecedentes que podem gerar bens aptos a serem “lavados”. De acordo com isso e com o preceito contido no art. 2.º, II, da Lei 9.613/98, os crimes praticados no estrangeiro possíveis de gerar bens para a “lavagem” serão somente os previstos na lei brasileira.

Não será fácil a tarefa de aplicar o preceito contido neste artigo, isso porque, como frisamos, o art. 2.º, II, menciona expressamente que os delitos prévios são “os crimes antecedentes referidos no artigo anterior”, ou seja, o legislador restringiu a possibilidade aos delitos previstos na lei brasileira.

De acordo com a interpretação literal da lei, existem delitos prévios previstos na Lei 9.613/98 que se forem praticados no estrangeiro não serão aptos a gerar bens objeto de lavagem de capitais no Brasil. Ao adotar um sistema taxativo, o legislador brasileiro tem que ficar adstrito aos delitos previamente previstos em nossa lei. Para exemplificar: quando o legislador menciona os crimes cometidos contra o “sistema financeiro nacional” ou contra a “Administração Pública” como crimes antecedentes ao de lavagem de dinheiro, está fazendo referência ao sistema financeiro do Brasil ou, à nossa administração pública. Assim, se um sujeito comete um crime contra o sistema financeiro da Alemanha e introduz os valores obtidos de forma ilícita no Brasil, não se pode falar em lavagem de dinheiro, isso se respeitarmos o princípio da reserva legal garantido pela Constituição Federal e pelo Código Penal.

Porém, há outros delitos que praticados no estrangeiro não podem gerar bens idôneos para serem “lavados”. A lei brasileira de lavagem de dinheiro estabelece o terrorismo como crime antecedente ao de lavagem. Neste caso, há uma particularidade. O Brasil não possui a figura típica de terrorismo.⁴⁶ Portanto, como seria possível lavar bens procedentes de um crime de terrorismo praticado no exterior se o Brasil não descreve esta modalidade de conduta? Assim, ainda que o terrorismo seja praticado no estrangeiro e os bens obtidos através deste sejam introduzidos no Brasil, não acreditamos que possam ser considerados objeto de lavagem de dinheiro.

⁽⁴⁶⁾ Marco Antonio Barros. *Lavagem de dinheiro*. Oliveira Mendes, 1998. p. 14-15, assinala que o nosso Direito não define a figura típica do terrorismo, embora a Constituição Federal e a lei que dispõe sobre os crimes hediondos façam menção ao crime de terrorismo, em nenhuma delas encontra-se a definição.

Outro crime antecedente ao de lavagem que pode trazer problemas é o praticado por uma organização criminosa. Novamente não temos uma definição precisa de organização criminosa no Brasil.⁴⁷ Logo, se o legislador brasileiro não definiu o que é uma organização criminosa, ainda que esta pratique crimes no exterior e o proveito destes seja introduzido no Brasil, não serão objeto de lavagem de capitais.

Superados estes problemas, não resta superado um outro: como se define que a conduta praticada no exterior constitui um crime? O crime deve estar tipificado em ambos países, isto é, onde o delito prévio foi cometido e onde os bens foram lavados? Basta a tipificação do delito no país onde foi cometido? Ou, ainda, basta a tipificação como crime no país onde foi introduzido para ser lavado?

Como mencionamos linhas acima, nossa legislação parece resolver o problema somente mencionando que os bens aptos a serem lavados devem proceder de um dos crimes taxativamente enumerados no art. 1.º, I a VII, da Lei 9.613/98. A doutrina também não se posicionou a respeito.

É perfeitamente possível que o fato não seja crime no país onde foi executado, mas, constitua crime segundo a legislação brasileira. Imagine-se a hipótese em que um sujeito vende drogas num país onde esteja despenalizada e legalizada tal atividade, ou quando realize um delito no exterior, também previsto na lei brasileira, mas sob o abrigo de uma causa de justificação não prevista no direito brasileiro. Se posteriormente transferem-se os bens que resultem de tal delito ao Brasil, quem os oculta ou dissimule sua natureza será responsável pelo delito de lavagem de capitais de acordo com os dispositivos da lei brasileira.⁴⁸

Com fundamento na doutrina estrangeira, não é possível esta interpretação, pois não é possível a punição dos casos em que o fato no qual têm sua origem os bens não é delito no país aonde foram realizados. Isso porque se um dos fundamentos da incriminação das condutas de lavagem é evitar o enriquecimento ilícito, enquanto estes bens procederem de fatos que no país onde foram realizados não constituem delito, não se pode afirmar que se produziu um enriquecimento ilícito. Mas, chega-se à mesma conclusão partindo-se de outra das razões da incriminação desta conduta, qual seja, a de evitar que se incorporem, no tráfico econômico, bens que não são lícitos. Assim, quando os bens não têm a origem delitativa, não necessitam ser lavados e, pela mesma razão, sua incorporação ao tráfico econômico não pode produzir nenhuma alteração no mercado.⁴⁹

Por fim, uma das finalidades da norma penal é a proteção de bens jurídicos através da incriminação de condutas que podem lesá-los. As condutas que reca-

(47) Marco Antonio Barros, ob. cit., p. 28; Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. "Apostamentos sobre o crime organizado e notas sobre a Lei n. 9.034", em *Justiça Penal, Críticas e Sugestões* 3, São Paulo : RT, 1995. p. 167 et seq.; Winfried Hassemer. "Segurança pública no estado de direito", *RBCCrim* 5, ano 2, jan.-mar., São Paulo : RT, 1994. p. 55 et seq.

(48) Cfr. Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 249.

(49) Cfr. Juana Carpio Delgado, ob. cit., p. 148.

em sobre os bens que procedem de fatos que não são constitutivos de delito no país onde foram cometidos ou segundo a lei brasileira, de nenhuma maneira podem lesionar a circulação dos bens no mercado como bem jurídico protegido por este delito.⁵⁰

Estamos de acordo com esta interpretação, ou seja, somente poderá haver o crime de lavagem de capitais se o delito previsto na lei brasileira que originou os bens aptos a serem lavados também constituir crime no estrangeiro. Assim, não basta a previsão expressa pelo legislador brasileiro dos crimes antecedentes que são aptos a gerar bens idôneos à lavagem. Torna-se necessário verificar se o fato também é previsto como crime no país de origem.

Para solucionar a questão, melhor seria que utilizássemos o princípio da dupla incriminação,⁵¹ utilizado pela doutrina estrangeira na extradição e também sustentado para os delitos de lavagem de dinheiro.⁵² Isso porque se o pressuposto essencial para que os bens constituam objeto material do delito de lavagem de capitais é que tenham sua origem num fato típico e antijurídico, o mesmo deve aplicar-se aos bens que procedam de um fato cometido totalmente no estrangeiro. Assim, os bens terão que proceder de um fato típico e antijurídico tanto no país onde foram realizados como segundo a legislação brasileira. Por isso, dupla incriminação ou princípio da identidade.

Isso não significa que deva existir uma identidade total das leis penais que incriminem o fato prévio, no sentido de que ambos tipos delitivos protejam o mesmo bem jurídico e que sua estrutura seja a mesma, senão que as normas protejam um bem jurídico semelhante e que o tipo penal sancione sua lesão como um tipo comum.

Acreditamos, assim, que é imprescindível que o fato prévio cometido no estrangeiro tenha de ser típico e antijurídico tanto na legislação do país onde foi executado como na legislação brasileira. Portanto, descabe a aplicação literal do conteúdo do art. 2.º, II, que faz referência expressa aos crimes referidos no artigo anterior (art. 1.º), ou seja, só poderão ser objeto de lavagem os bens procedentes dos crimes previstos no art. 1.º e cometidos no exterior se, no país onde forem cometidos, também forem considerados fatos típicos e antijurídicos.

4. Participação no delito prévio e no delito de lavagem

Um problema que merece atenção pela doutrina é o de solucionar os casos em que o sujeito tenha participado tanto no delito prévio como na própria lava-

(50) Cfr. Juana Carpio Delgado, ob. cit., p. 148.

(51) Sobre o princípio da dupla incriminação, vide García Arán, em Muñoz Conde e García Arán. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed., p. 171 et seq.; Santiago Mir Puig. *Derecho penal. Parte general*. 4. ed. Barcelona : PPU, 1996. p. 24; José A. Sainz Cantero. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. 3. ed. Barcelona : Bosch, 1990. p. 436; Gonzalo Rodríguez Mourullo. *Derecho penal. Parte general*. Civitas, 1978. p. 175.

(52) Juana Carpio Delgado, ob. cit., p. 149; Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 249.

gem de dinheiro. Por exemplo, o sujeito intervém no crime de tráfico de drogas e, posteriormente, oculta ou dissimula a origem dos valores obtidos na comissão daquele delito.

Nesses casos em que o sujeito intervém nos dois delitos, isto é, no delito prévio e na própria lavagem, deve-se analisar por qual crime ou crimes será responsável. A doutrina brasileira não faz um estudo detalhado da questão.

Como as condutas estabelecidas na Lei de Lavagem são similares aos crimes de receptação e favorecimento real, seria possível sustentar que o autor do crime antecedente somente responde por este, ficando impune a conduta posterior. Com relação ao crime de receptação a doutrina majoritária brasileira reconhece que o sujeito ativo da receptação pode ser qualquer pessoa, salvo o autor, co-autor ou partícipe do delito antecedente. Ainda que execute o crime antecedente, não poderá ser autor da receptação.⁵³

Essa fundamentação se deve à adoção do princípio da consunção em que a consumação se amplia para abarcar também, através de critérios valorativos, uma pluralidade de fatos e ocorre nos casos de ações anteriores ou posteriores que a lei concebe, implícita ou explicitamente, como necessárias, ou aquilo que dentro de uma figura típica constitui o que normalmente ocorre. Assim, os fatos posteriores que significam um aproveitamento e por isso ocorrem regularmente depois do fato anterior, são por este consumidos.⁵⁴ Por exemplo, no caso do furto, aquele que participa da conduta de subtração e depois compra a parte do outro, não responde por receptação.

De acordo com o sustentado para a receptação, o sujeito que participasse do delito prévio descrito na Lei de Lavagem não poderia ser autor deste delito, pois sua conduta ficaria consumida pelo delito anterior.

Não é possível a aplicação do princípio da consunção ao delito de lavagem, porque para que ocorra um fato posterior impune é necessário que o fato posterior praticado pelo sujeito não lese um bem distinto ao vulnerado pelo delito anterior, isto é, a conduta do sujeito ativo deve lesionar um mesmo bem jurídico. Assim, os tipos penais prévios previstos na Lei de Lavagem de capitais teriam que já incluir o desvalor da própria lavagem. Mas, isso não ocorre, pois não há identidade de bem jurídico protegido entre os delitos prévios e o posterior delito de lavagem, uma vez que o delito de lavagem é uma figura autônoma que tem seu próprio bem jurídico, o que permite diferenciar com exatidão este delito com relação aos delitos prévios. Deste modo, a conduta de lavagem de capitais do sujeito que também tenha participado do delito prévio lesiona um novo bem jurídico, permitindo a

(53) Damásio de Jesus. *Direito penal. Parte especial*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. v. 2, p. 426; Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de direito penal. Parte especial*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1986. v. 2, p. 323; Heleno Fragoso. *Lições de direito penal. Parte especial*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988. v. 1, p. 551.

(54) Heleno Fragoso. *Lições de direito penal. A nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986. p. 377; Luiz Regis Prado. *Curso de direito penal brasileiro. Parte geral*. 2. ed. São Paulo : RT, 2000. p. 134-135.

apreciação de uma nova infração, independente da que se realizou previamente. Portanto, pode-se concluir que não tem aplicação o princípio da consunção nos casos em que o sujeito ativo do delito de lavagem também tenha participado no delito prévio, porque não se cumpre a exigência de que os delitos anteriores já abarquem o desvalor da conduta posterior⁵⁵ ou que o autor não lesione nenhum bem jurídico novo, é dizer, que o bem jurídico lesionado pelo fato prévio e posterior coincidam.⁵⁶

A outra possibilidade é considerar as condutas posteriores à lavagem de dinheiro como favorecimento real (art. 349, CP). Isso porque a hipótese de favorecimento real diz respeito, justamente, às pessoas que não tenham participado do delito prévio, ou seja, o auxílio deve ser prestado depois da prática do delito. O sujeito do crime previsto no art. 348, CP, não pode ter participado do crime anterior, pois é impune a ação de "autofavorecer-se".⁵⁷ De acordo com isso, se o sujeito atua no delito prévio, por exemplo, tráfico de drogas e depois ajuda de qualquer forma a ocultar os bens provenientes daquele delito, não pode ser condenado pela ocultação, pois seria autor do delito prévio.⁵⁸ Uma primeira análise do tipo penal do crime de lavagem de dinheiro permitiria esta interpretação, pois o art. 1.º, da Lei 9.613/98, menciona os termos "ocultar ou dissimular". Logo, aquele que trafica drogas e depois oculta o proveito obtido, em tese, estaria cometendo o delito de favorecimento real previsto no art. 349 do CP e, assim, ficaria impune por esta ocultação e não responderia pelo delito de lavagem que tem tipificação similar.

Um setor da doutrina espanhola defende esta posição aplicando o privilégio do "autoencubrimiento" previsto no art. 451 do Código Penal espanhol⁵⁹ ao tipo de lavagem de dinheiro. Os argumentos utilizados para quem defende esta postura são no sentido de que ainda que o artigo referente à lavagem de capitais mantenha silêncio a respeito do tema e constitua uma tipificação autônoma de um delito de "encubrimiento", é possível afirmar que o critério em que se apoia a impunidade do delito posterior cometido pelos responsáveis do fato prévio quando pretendam elidir a ação da justiça é o privilégio do "autoencubrimiento" e o

(55) Heleno Fragoso, ob. cit., p. 376.

(56) Juana Carpio Delgado, ob. cit., p. 236.

(57) Heleno Fragoso. *Lições de direito penal. Parte especial*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986. v. II, p. 531; Celso Delmanto. *Código Penal comentado*. 3. ed. Renovar, 1991. p. 537; Rui Stoco, em Alberto Silva Franco e Rui Stoco. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo : RT, 1997. v. 1, t. II, p. 3.875.

(58) Magalhães Noronha. *Direito penal*. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 1995. vol. 4, p. 390.

(59) O art. 451 do Código Penal espanhol estabelece: "Será castigado com a pena de prisão de seis meses a três anos o sujeito que, com o conhecimento da comissão de um delito e sem intervir no mesmo como autor ou cúmplice, intervém posteriormente a sua execução, de algum dos modos seguintes: 1.º) Auxiliando aos autores ou cúmplices para que se beneficiem do proveito, produto ou preço do delito, sem ânimo de lucro próprio. 2.º) Ocultando, alterando ou inutilizando o corpo, os efeitos ou os instrumentos de um delito, para impedir seu descobrimento".

fundamento de tal fato reside no princípio da não exigibilidade de outra conduta distinta da realizada.⁽⁶⁰⁾

O argumento da inexigibilidade de outra conduta reside no fundamento de que não se pode exigir de uma pessoa que delinqüiu que se entregue à polícia ou à justiça. O sujeito, ante a possibilidade de evitar os efeitos prejudiciais que podem derivar-se da ação policial ou judicial, encobre seu delito mediante a ocultação dos bens que dele obteve. Assim, não se pode exigir uma conduta distinta de quem cometeu um delito e pretende sua ocultação mediante o encobrimento dos bens que daí derivaram, uma vez que se encontra numa situação em que resulta compreensível a atuação desta maneira. Do contrário, se estaria exigindo uma declaração contra si mesmo e não se pode exigir do criminoso que se descubra, isto é, não se pode castigar um criminoso porque encobriu os bens derivados do delito que cometeu, pois isto equivaleria a exigir-lhe uma declaração contra si mesmo.⁽⁶¹⁾

Não concordamos com esta posição. O bem jurídico tutelado no delito previsto no art. 349, CP, é a Administração da Justiça, pois o auxílio tem o sentido de assegurar o proveito do crime, dificultando ou impedindo a ação da justiça⁽⁶²⁾ e a doutrina brasileira que se manifestou a respeito do delito de lavagem de dinheiro assinala que o bem jurídico protegido é o sistema econômico e financeiro do país.⁽⁶³⁾ Assim, quando o sujeito do delito prévio realiza condutas que constituam um novo delito autônomo tipificado numa lei especial para castigar precisamente condutas dirigidas a evitar o descobrimento por parte das autoridades do delito prévio cometido, não tem aplicação o “autofavorecimento” previsto no art. 349 do Código Penal brasileiro.

As modalidades de lavagem de dinheiro previstas na Lei 9.613/98 não tipificam condutas de favorecimento, ainda que possam parecer similares. É que a comissão de condutas típicas de lavagem não supõe o ataque ao bem jurídico Administração da Justiça, senão à circulação ou tráfico de bens no mercado econômico e financeiro do país, o que significa que as condutas de lavagem possuem uma tipificação autônoma.

A nosso juízo, a solução para os casos em que o sujeito participa do delito prévio e também do delito de lavagem de dinheiro é a aplicação do concurso de delitos, ou seja, deve-se aplicar a regra do concurso material de delitos prevista no art. 69 do Código Penal brasileiro.

A intenção do legislador, sem dúvida, foi boa. Aliás, todos os países vêm adotando leis que visam combater a lavagem de capitais. O problema, como sempre, é a pressa do legislador em editar leis que, após sua promulgação, dificilmente serão aplicadas. A solução passa para as mãos do Poder Judiciário, que, ao enfrentar a péssima técnica legislativa, acaba não dando efetividade à lei, vale

(60) Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 479 et seq.

(61) Com mais detalhes, Isidoro Blanco Cordero, ob. cit., p. 471 et seq.

(62) Heleno Fragoso, ob. cit., p. 534.

(63) Marco Antonio Barros, ob. cit., p. 5.

dizer, não consegue aplicá-la. A lei acaba misturando disposições penais e processuais, alterando regras já existentes, esquecendo garantias, tudo objetivando sua aplicação, mas, na realidade, provoca o contrário, sua falta de aplicação pela péssima redação.

Hassemer já assinalava que o Direito Penal material e o Direito Processual Penal estão unidos funcionalmente. Um direito penal autenticamente respeitoso com os princípios jurídicos só é possível se também o Direito Penal material for autenticamente respeitoso. A criminalização em grande escala no Direito Penal também deve conduzir a um direito processual regulado para esta grande escala. “Atuar com justiça” não é, por conseguinte, um problema do Direito Processual Penal, senão também do Direito Penal material.⁶⁴

(64) Winfried Hassemer. “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, fasc. II, p. 246.