

O PROBLEMA DA AUTONOMIA NA LAVAGEM DE DINHEIRO. BREVES NOTAS SOBRE OS LIMITES MATERIAIS DO ILÍCITO-TÍPICO À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Fabio Roberto D'AVILA
Emília Merlini GIULIANI

1. Manuel da Costa Andrade, o nosso homenageado

Nem tudo é passível de registro. Há grandezas que escapam às palavras.

Poucos juristas marcaram tanto a nossa geração quanto a figura única e incomparável do nosso homenageado. Com ele, aprendemos que a verdadeira dimensão das coisas e do seu valor estão, por vezes, no lugar improvável, no lugar não buscado. Que as verdadeiras lições de direito vão muito além do direito. Que as vivências, por vezes silenciosas, para além de constitutivas, nos permitem desejar e buscar aceder a uma mesma alma, a uma mesma Escola.

Receba, estimado Professor, a nossa sincera e profunda gratidão.

2. Considerações introdutórias

Ao longo dos últimos anos, a criminalidade organizada tem despertado particular interesse por parte do direito penal. Sua usual transnacionalidade, aliada à sua capacidade de constante adaptação, bem como à apreensão gerada pela sua propagação, elevou-a a um dos principais tópicos do cenário internacional desde, pelo menos, a década de 1980. Com a constatação de que os tradicionais meios de persecução penal focados na apuração local e individualizada dos delitos não se mostravam suficientes para fazer frente a esse novo arranjo da criminalidade, a técnica investigativa conhecida como *follow the money*⁽¹⁾ encontrou amplo espaço

⁽¹⁾ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012.

de difusão. Seguir o dinheiro auferido através de atividades criminosas mostrava-se, em tese, uma tática mais promissora para desvelar as estruturas internas dessas organizações, possibilitando a identificação e consequente aplicação da lei penal aos envolvidos nas práticas delituosas.

Assim é que, ao longo das últimas três décadas, a lavagem de dinheiro⁽²⁾ foi alçada a uma posição de destaque no debate político e jurídico, tanto a nível internacional, como no contexto interno de grande parte dos países, nomeadamente como estratégia de oposição aos delitos praticados no seio de organizações criminosas, em clara e estreita ligação com a ideia corporificada na expressão *follow the money*. A crescente preocupação com a *origem* do dinheiro ou bens obtidos por meio do cometimento sistemático de crimes, bem como com o *destino* dado a esse capital ensejou, em tal período, um extenso aparelhamento conceitual, teórico e institucional.

Movidos pelo desejo de frear organizações voltadas à prática delitativa e admitindo que as privar de seus frutos e fonte de renda seria uma forma eficaz de fazê-lo – em uma lógica, aliás, que muito lembra os cercos medievais –, diversos países assumiram a tarefa não apenas de criminalizar condutas de lavagem de capitais, como de implementar medidas não penais voltadas à sua prevenção e repressão.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 22; VERHAGE, Antoinette. *The Anti Money Laundering Complex and the Compliance Industry*. New York: Routledge, 2011, p. 35-36. Importante ter em conta que a tática *follow the money* e o crime de lavagem de dinheiro não se confundem, embora seja inegável a estreita relação entre ambos. Por “*follow the money*” costuma-se entender uma estratégia direcionada à detecção e investigação de crimes através do rastreamento dos seus produtos ou financiamento, bem como à apreensão destes produtos. Os meios pelos quais se concretiza tal proposta são variados – e se reinventam a cada momento para acompanhar o desenvolvimento de novos métodos de escamoteamento dos valores envolvidos na atividade delitativa. A expressão *follow the money* ganhou notoriedade e forma pouco após o escândalo Watergate (HENNING, Peter J. The challenges of fighting money laundering. *The New York Times*, 03 de ago. 2015, Disponível em: http://www.nytimes.com/2015/08/04/business/dealbook/the-challenges-of-fighting-money-laundering.html?_r=0) e possui uma dimensão ampla, manifestando-se não somente através da repressão penal, mas também da adoção de uma série de medidas legais e administrativas que auxiliam no monitoramento da transferência de bens e valores. Pretendemos explorar um pouco mais este ponto no capítulo quatro.

⁽²⁾ Utilizaremos largamente a expressão “lavagem de dinheiro” ao longo do presente artigo, tendo em vista tratar-se de locução consagrada pela legislação brasileira. A Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98 esclarece que tal escolha se deu por duas razões: a primeira delas diz respeito à linguagem técnica já empregada internacionalmente para se referir ao conjunto de ações abarcadas por esse fenômeno (*money laundering*); a segunda estaria no fato de que “a denominação ‘*branqueamento*’, além de não estar inserida no contexto da linguagem formal ou coloquial em nosso País, sugere a inferência racista do vocábulo, motivando estéreis e inoportunas discussões” (EM/692/MJ/1996, p. 1 e 2). Assim, parece-nos adequado adotar a expressão universalmente inteligível, para evitar equívocos ou imprecisões de outra ordem, apenas eventualmente substituindo a palavra “dinheiro” por “ativos” ou “capitais” em prol da fluidez da leitura. Documento disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>. Acesso em 01.05.2015.

Instrumentos internacionais de diferentes natureza e alcance foram elaborados, organismos intergovernamentais e unidades de inteligência financeira foram criados, leis foram aprovadas e a cooperação jurídica intergovernamental foi fortalecida.

Os esforços empreendidos em diversos países e pelos respectivos órgãos internacionais no sentido de desvendar as formas de aparição da lavagem de ativos, de compreender sua fenomenologia, suas implicações e sua intrincada relação com alguns delitos transnacionais (como o terrorismo, o tráfico de drogas e armas e a corrupção) permitiu que se moldasse, na expressão de Verhage, um *Anti Money Laundering Complex*,⁽³⁾ integrado, por um lado, por normas, diretrizes, políticas e instrumentos internacionais *soft law*,⁽⁴⁾ e, por outro, por órgãos oficiais de investigação e controle e até mesmo por agentes do setor privado. Todavia, uma mesma orientação permeia praticamente todas essas medidas e o discurso que as sustenta. A tônica da abordagem parece estar, quase sempre, em uma proposição político-criminal⁽⁵⁾ de “amplo combate” à lavagem, sendo inegável o incentivo da

(3) Segundo Verhage, “[t]he input and effort that is demanded from public and private actors in the prevention and detection of money laundering is rather high. As a result of international and national initiatives that were taken in the fight against organized crime and money laundering, we are currently witnessing the development of two parallel angles around the fight against money laundering and its predicate crimes: a legislative, regulative angle, designed to prevent and detect money laundering on the one hand, and an intrinsic commercial position towards anti money laundering, stemming from a self-protecting reflex by financial institutions aspiring to protect themselves against regulatory and reputational risks. These developments will be referred to respectively as the *anti money laundering complex* and the *compliance industry*” (grifo da autora) (VERHAGE, Antoinette. *The Anti Money Laundering Complex and the Compliance Industry*. New York: Routledge, 2011, p. 2). Semelhante observação pode ser encontrada também em: ALLDRIDGE, Peter. *What went wrong with money laundering law?* London: Pallgrave Macmillan, 2016, onde o autor faz referência à criação e rápido crescimento de uma *Money Laundering Industry*.

(4) De acordo com Machado, “[a] expressão *soft law* refere-se aos instrumentos elaborados por Estados e atores não estatais, não vinculantes juridicamente, mas que influenciam a conduta dos Estados, das organizações internacionais e dos indivíduos. Desde a década de 1980, os instrumentos *soft law* proliferaram em várias áreas, assumindo as mais variadas formas, tais como declarações, códigos de conduta, resoluções e decisões de organismos internacionais, planos de ação, padrões de performance e recomendações. Podem englobar desde resoluções da Assembleia Geral da ONU, instrumentos elaborados pelo Banco Mundial ou pela OCDE, até as conclusões do encontro anual do G-7” (MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. Coleção Direito GV. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 45-46).

(5) Algo igualmente observado por Carli (CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2006. 231 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2006, p. 198).

comunidade internacional a uma cada vez maior responsabilização *penal* à prática da lavagem de dinheiro.⁽⁶⁾

Além disso, nota-se em âmbito científico uma predominância de estudos cujo enfoque sobre a lavagem de dinheiro é essencialmente *descritivo* ou *político-criminal*. Na constelação de trabalhos acadêmicos já publicados sobre a matéria, encontram-se, sem dificuldade e em abundância, artigos e livros nos quais se opta por uma estrutura quase padronizada: a enumeração, a partir de um critério cronológico, dos instrumentos internacionais relacionados ao “combate” à lavagem de capitais e da sua evolução, com demonstração do seu conteúdo visivelmente expansivo tanto em termos de intervenção penal quanto de intervenção administrativa; a reprodução do conteúdo das Recomendações do GAFI e a descrição das etapas através das quais a lavagem de dinheiro comumente se realiza. Questões elucidativas que, embora guardem sua esfera de importância – e certamente levar a efeito com rigor científico a sistematização desse universo de normas não é encargo trivial –, pouco ou nada dizem acerca do que é, *materialmente*, a lavagem de dinheiro.

A descrição do fenômeno compreendido como lavagem de dinheiro, não raro empregada na linguagem corrente⁽⁷⁾ e divulgada em páginas oficiais de organismos ligados ao controle da prática,⁽⁸⁾ não está sujeita às mesmas exigências destinadas à sua conformação enquanto conduta proibida em um tipo penal e, talvez por isso,

⁽⁶⁾ A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, 2000), promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 5.015/2004, menciona expressamente que o tipo penal da lavagem de capitais deveria ser redigido de modo a abranger a “mais ampla gama possível de infrações principais”. A Convenção, todavia, não chega a determinar que a criminalização ocorra de modo indiscriminado, sem levar em consideração a gravidade do delito antecedente. Pelo contrário, sugere que os países signatários adotem uma dessas duas opções ao concretizar legislativamente obrigação assumida: (i) a elaboração de um rol de delitos aptos a figurar como infração prévia, ou (ii) que se considere o critério proposto no artigo 2, b, da própria norma internacional (infração penal cuja pena máxima em abstrato seja igual ou superior a quatro anos). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm, acesso em 30.10.2015. A tendência expansiva da criminalização da lavagem também foi apontada por Caeiro (CAEIRO, Pedro. A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. (Orgs.). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. v. 3, p. 377-431, p. 383).

⁽⁷⁾ Com efeito, já em 1996, apenas quatro anos após a criminalização deste delito na Alemanha, Hund salientou que: “Zudem leidet gerade die Geldwäschediskussion darunter, daß die verbreiteten Vorstellungen über das ‘Waschen’ krimineller Profite häufig wenig konkret sind. Dies gilt insbesondere für die Medien, aber auch für die Vertreter polizeilicher Interessen, die gelegentlich dazu neigen, bei unklaren Sachverhalten mit finanziellem Hintergrund den plakativen Geldwäscheverdacht ohne tragfähige Grundlage anzunehmen“ (HUND, Horst Der Geldwäschetabestand – mißglückt oder mißverstanden? *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 29. Jahrgang, Heft 5, 1996, p. 163-166, p. 163).

⁽⁸⁾ A título exemplificativo: <<https://www.interpol.int/Crime-areas/Financial-crime/Money-laundering/>>, acesso em 23.11.2016; <<https://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/globalization>>.

não segue os mesmos parâmetros de clareza ou abstração. Entre a descrição variável e quase exemplificativa das diversas maneiras e etapas pelas quais os proventos de um delito são progressivamente afastados de sua origem espúria e reinseridos no círculo financeiro legal e a sua consolidação em um tipo penal há um longo percurso de adequação técnico-jurídica que precisa ser percorrido pelo legislador, e que não se contenta apenas com uma definição fenomenológica de contornos dúcteis.

O complexo ato de seleção das condutas proibidas sob ameaça de pena deve, invariavelmente, passar pelo rigoroso atendimento de pressupostos formais e materiais, aptos a resguardar o conteúdo de desvalor necessário ao reconhecimento e autonomia do ilícito-típico, o que nem sempre é oferecido de maneira satisfatória no emblemático caso da lavagem de ativos. Trata-se de um passo fundamental do processo legislativo que não pode ser suprimido e que, em última instância, não permite a transposição automática e acrítica de referenciais desenvolvidos em um espaço eminentemente político-criminal, não raramente informado por interesses e valores até mesmo colidentes com os pressupostos jurídico-penais de legitimidade.

E, logo aqui, começam a descortinar-se as razões pelas quais parece haver um descompasso entre o que se define usualmente como lavagem de dinheiro e o que se pune a título de lavagem de dinheiro: ao tentar traduzir esse complexo fenômeno em conduta penalmente punível a partir de estudos empíricos abrangentes e exemplos de contornos fluidos, de modo que não haja qualquer margem para a impunidade, i.e., de modo que nada fique de fora, acaba-se por criar um tipo legal *onicompreensivo*, um tipo legal que a tudo compreende, tanto o que deveria quanto o que não deveria lá estar. Custa esse que, por razões óbvias, não pode ser suportado pelo direito penal nos quadros de um Estado Democrático de Direito.

Descrever o modo como, normalmente, realiza-se a lavagem de capitais ou deslindar novos métodos de execução desse processo, pode, é bem verdade, auxiliar na compreensão abstrata do fenômeno, mas, reitera-se, deixa de fora questão de maior peso, que consiste em saber quais condutas lhe são constitutivas para fins de imputação *penal* – e, correlativamente, quais *não* estão dentro do âmbito de incidência do tipo.

Importa observar, aliás, que uma notável parte das definições de lavagem de dinheiro encontrada na doutrina⁽⁹⁾ e em instrumentos internacio-

html>, acesso em 23.11.2016; <<https://www.treasury.gov/resource-center/terrorist-illicit-finance/Pages/Money-Laundering.aspx>>, acesso em 23.11.2016.

⁽⁹⁾ A título de exemplo, podemos citar a definição de Blanco Cordero, amplamente reproduzida na literatura brasileira sobre o tema: “*proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita*” (grifo do autor). BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3ª ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p. 92. Semelhante conceito apresentam Bottini e Badaró: “Lavagem de dinheiro é o ato ou sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitativa ou contravenacional,

nais⁽¹⁰⁾ retrata condutas por vezes diversas daquela que vem hoje efetivamente descrita na legislação brasileira (Lei n.º 9.613/98), cujo teor em relação àquelas é visivelmente dilatado.⁽¹¹⁾ O que, a propósito, tampouco vem a ser exclusividade deste particular ordenamento jurídico. Uma aproximação com a literatura jurídica estrangeira, imprescindível considerando-se o nível de internacionalização do tratamento da matéria, revela que a vagueza e amplitude da descrição típica da lavagem de capitais é um traço comum em diversas legislações, muitas vezes resultado de sucessivas reformulações do delito, sempre voltadas a uma sua mais ampla incidência, conforme a sua associação a uma nova gama de crimes ou a detecção de novas formas de aparição.⁽¹²⁾ Isso evidencia, de outro lado, não ser a amplitude do tipo penal mero fruto do acaso.

com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude”. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 21. Como se nota a partir dessas duas descrições, é possível – e, diríamos, relativamente comum – que se defina a lavagem de capitais a partir de uma dessas duas perspectivas, isto é, ou (a) concentrando-se sobretudo no seu *resultado* (*integração* dos bens ilicitamente obtidos na economia formal como se lícitos fossem), ou (b) citando-se os atos que a compõem (ocultação, dissimulação, mascaramento) e ressaltando-se o objetivo que o agente pretende obter através desse processo.

⁽¹⁰⁾ Apenas ilustrativamente, pode-se citar o teor do art. 23 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada em Mérida em 2003 e internalizada no ordenamento jurídico brasileiro em 2006 por meio do Decreto nº 5.687, que bem ilustra o conceito de lavagem de dinheiro internacionalmente aceito.

⁽¹¹⁾ No Brasil, a amplitude do tipo penal da lavagem de capitais foi, desde o início, apontada por Oliveira (OLIVEIRA, William Terra de. Segunda Parte: dos crimes e das penas. *In*: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 313-340, p. 335).

⁽¹²⁾ Relativamente ao direito inglês, de acordo com Alldrige, “A very serious offence was put in place without a clearly articulated rationale. (...) Technically, in English law the crime of money laundering is doing one of a list of things in respect of ‘criminal property’. The list is written very widely. It is an offence to conceal, disguise, convert or transfer criminal property or to remove it from the jurisdiction. It is an offence to enter into or become concerned in an arrangement which, the defendant knows or suspects, facilitates (by whatever means) the acquisition, retention, use or control of criminal property by or on behalf of another person. It is an offence to acquire, use, or have possession of criminal property. It is also an offence to be complicit in any of these things (ALLDRIDGE, Peter. *What went wrong with money laundering law?* London: Pallgrave Macmillan, 2016, p. 39). Observações semelhantes podem ser encontradas relativamente à Alemanha (v. HELMERS, Gunnar. Zum Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB): Beispiel einer rechtsprinzipiell verfehlten Strafgesetzgebung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 121, Heft 3, 2009, p. 509-547.; HUND, Horst Der Geldwäschetatbestand – mißglückt oder mißverstanden? *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 29. Jahrgang, Heft 5, 1996, p. 163-166, p. 163), aos Estados Unidos (HART, Carolyn L. Money Laundering. *American Criminal Law Review*. Vol. 51, issue 4 (Fall 2014), p. 1449. Disponível em: <http://www.law.georgetown.edu/>. Acesso em:

Nessa esteira, o que se pode constatar, com relativa facilidade, é que tem havido, especialmente no espaço reservado ao direito penal econômico,⁽¹³⁾ uma inversão na ordem de abordagem dos problemas que se apresentam. As soluções têm sido pensadas quase que exclusivamente a partir de considerações político-criminais, pautadas por uma lógica de máxima eficiência, sem levar em consideração que, em um Estado Democrático de Direito, a análise da legitimidade do ilícito-típico é condição de possibilidade jurídica – e, pois, deve anteceder a interrogação política acerca de sua utilidade. Está à evidência que a regulamentação andou mais rápido que a capacidade de reflexão e o que se observa, atualmente, é, em grande medida, consequência do desprendimento da dimensão axiológica do ilícito-típico.

É, por isso, indispensável um voltar de olhos à essência da lavagem de dinheiro, i.e., ao substrato material que lhe informa e lhe concede autonomia, a partir do qual será possível determinar, com maior segurança, o legítimo horizonte de projeção do tipo penal.⁽¹⁴⁾ O presente escrito ocupa-se, pois, ainda que por linhas grossas, desse preciso problema.

Em um primeiro momento, faz-se necessário algumas considerações acerca da conformação legislativa da lavagem de dinheiro e de alguns problemas, teóricos e práticos, que gravitam em torno deste crime, para, então, avançarmos no sentido de retomar o substrato material que lhe subjaz (deve lhe subjazer), por meio da sugestão de caminhos para uma melhor delimitação do seu âmbito de incidência.

3. O esfumaçamento do ilícito-típico de lavagem na legislação e prática penal brasileiras

O reconhecimento da lavagem de dinheiro enquanto ilícito penal é, sabidamente, bastante recente. A sua breve existência jurídica, contudo, não foi óbice para que alcançasse um nível consideravelmente alto de harmonização das legislações nacionais.⁽¹⁵⁾ No Brasil, a tipificação do crime de lavagem de capitais

09.05.2015.), à Espanha e à Itália (FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de «Blanqueamiento» de Capitais*. Introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, p. 100 e ss.).

⁽¹³⁾ Sobre a evolução histórica e fundamentos do direito penal econômico, cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*. Parte General. 3ª ed. Lima: Jurista Editores, 2014, em especial p. 161 e ss.

⁽¹⁴⁾ D'AVILA, Fábio Roberto. Funcionalismo *versus* normativismo no direito penal contemporâneo. In: D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 15-39.

⁽¹⁵⁾ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. 179 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012, p. 15; BOOTH, Robin; FARREL QC, Simon; BASTABLE, Guy; YEO, Nicholas. *Money Laundering Law and Regulation: a practical guide*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 2. Para uma explicação didática e precisa acerca dos três graus de relacionamento entre legislações internas e instrumentos internacionais (uniformização, harmonização e unificação)

ocorreu em 1998, com o fim de internalizar os compromissos internacionalmente assumidos pelo país até então – sobretudo a Convenção da Organização das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988),⁽¹⁶⁾ primeiro instrumento desta natureza a definir o comportamento como ilícito e a estabelecer a obrigação de criminalizá-lo.⁽¹⁷⁾

Dessa forma, por meio da Lei n.º 9.613, a conduta de “*ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente*” dos crimes taxativamente listados no seu art. 1º foi elevada a ilícito penal, ao lado das modalidades especiais de lavagem narradas nos seus parágrafos 1º e 2º.⁽¹⁸⁾⁻⁽¹⁹⁾ O comportamento descrito

remetemos o leitor à obra de Machado (MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. Coleção Direito GV. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 25 e ss.).

⁽¹⁶⁾ Promulgada no Brasil em 1991, através do Decreto n.º 154.

⁽¹⁷⁾ MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. Coleção Direito GV. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 132; AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 16 e ss.

⁽¹⁸⁾ Originalmente, os parágrafos 1º e 2º do art. 1º da Lei n.º 9.613 estavam assim descritos: “§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo: 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 que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo; 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”. A única alteração legislativa feita posteriormente em tais dispositivos foi a troca da expressão “crimes antecedentes” por “infração penal”. Ressalta-se que o inciso II do § 2º do art. 1º vem sendo objeto de críticas, por trazer uma expansão do conceito de participação cuja constitucionalidade é questionável. Todavia, tal ponto não será aqui discutido por desbordar em demasia os limites deste estudo.

⁽¹⁹⁾ Interessante notar que o tipo penal de lavagem de capitais português igualmente descreve as condutas típicas em agrupamentos distintos, sendo que uma questão prévia que se coloca à análise do delito está justamente em estabelecer a relação entre as disposições legais, isto é, em saber quantos tipos autônomos são identificáveis a partir da interpretação do tipo penal. Fernandes Godinho salienta que isso, em parte, se deu em virtude de ter o legislador português se guiado pela Convenção de Viena de 1988, adotando, então, uma redação que se aproxima em muito do disposto no instrumento internacional. Nos dizeres do autor, “na verdade, a lei portuguesa representa uma tradução praticamente literal do texto da Convenção, salvos alguns aditamentos (...) e a construção de um proêmio às três alíneas” (FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de «Branqueamento» de Capitais*. Introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, p. 161-163). O que não deixa de ser verdade em relação também ao Brasil, ainda que apenas em parte. Apesar de o legislador pátrio ter adotado uma descrição que respeita as peculiaridades de um estilo próprio, o nosso tipo penal não foge, no que tange à maior parte dos elementos típicos do *caput* do art. 1º

no art. 1º, porém, costuma ser apontado como o “núcleo principal” do delito em questão, expresso nas condutas de *ocultar* e *dissimular* não vinculadas a uma específica forma de agir.⁽²⁰⁾ Trata-se, pois, de uma redação típica que, no intuito de abarcar todas as variadas formas que a prática da lavagem de capitais poderia vir a assumir concretamente, resultou em uma formulação acentuadamente ampla,⁽²¹⁾ conquanto em parte contrabalaneada em razão de ter a sua incidência limitada aos proventos de um determinado número de crimes.⁽²²⁾

(ocultar, dissimular, proveniência, natureza, origem, localização, etc), à proximidade com a redação do art. 3º, alínea *b*, da convenção mencionada, o que revela nitidamente a forte influência que o direito internacional exerce sobre os ordenamentos jurídicos nacionais neste âmbito.

⁽²⁰⁾ FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 133. Digno de nota é o fato de que a identificação do tipo penal principal em uma previsão legal desta natureza pode resultar mais difícil do que à primeira vista possa parecer e não necessariamente se poderá lançar mão dos mesmos critérios para tanto em relação a ordenamentos jurídicos diferentes. A razão pela qual a doutrina brasileira parece ter optado por considerar que o art. 1º da Lei 9.613/98 representaria uma espécie de núcleo principal do delito de lavagem de dinheiro está, a nosso ver, na generalidade e, portanto, maior abrangência, da descrição típica, em contraposição aos delitos narrados nos parágrafos subsequentes, decorrendo parcialmente também de uma percepção sistemática da ordem do tipo penal – o art. 1, com efeito, encabeça o Capítulo I da Lei. Esses são, certamente, critérios bons o suficiente diante do contexto específico do ordenamento jurídico brasileiro, mas não se aplicariam, por exemplo, ao tipo penal português ou alemão, diante da enorme variação da descrição típica. No caso português, em especial, Fernandes Godinho refere que é possível identificar os diferentes tipos penais descritos na lei através da sua contraposição com as fases da lavagem de dinheiro do modelo trifásico proposto pelo GAFI (FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de «Branqueamento» de Capitais*. Introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, p. 162-163). Esse raciocínio, contudo, não poderia encontrar correspondência no tipo penal brasileiro, tendo em vista que a descrição peculiar das condutas previstas nos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei 9.613/98 não permite uma dedução direta acerca de que fase constituiriam dentro do processo de lavagem.

⁽²¹⁾ MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 162; OLIVEIRA, William Terra de. Segunda Parte: dos crimes e das penas. In: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 313-340, p. 333. Badaró e Bottini sustentam que, em verdade, a redação original do art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro adotava um critério *misto* para a determinação dos crimes antecedentes, haja vista que o seu inciso VII continha uma abertura extensiva que permitia que qualquer crime, desde que praticado por organização criminosa, constituísse antecedente da lavagem (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 81).

⁽²²⁾ Igualmente digno de nota é a *inexistência* de previsão legal autorizando a punição na forma culposa, o que, por força do art. 18, parágrafo único, do CP, restringe a sua ocorrência às hipóteses dolosas. Há inclusive quem, na doutrina nacional, sustente a sua realização por dolo exclusivamente direto (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações

No que tange, por sua vez, à sua orientação teleológica, a Exposição de Motivos é bastante esclarecedora.

Ao instruir o projeto que viria a se tornar a Lei n.º 9.613, a Exposição de Motivos colaciona elementos importantes sobre o contexto histórico e político-criminal no qual se inseria, oferece um rico panorama das intenções que a moldaram e das finalidades por ela perseguidas.⁽²³⁾ A leitura do documento evidencia que, embora o tráfico de entorpecentes fosse reconhecido, à data da elaboração do projeto de lei, como a principal fonte dos bens e valores submetidos à lavagem de capitais, não era o único delito relevante nesse âmbito. O legislador deixou claro estar ciente de que crimes que se revestem de “especial gravidade”, a exemplo do terrorismo, do contrabando e tráfico de armas, da extorsão mediante sequestro, além daqueles praticados por organizações criminosas, também faziam parte de um conjunto de infrações graves, conhecidas por gerar lucros expressivos e carentes de reciclagem, novamente alinhando-se às diretrizes internacionais quanto à matéria.

Por esta precisa razão é que o projeto reservou “o novo tipo penal a condutas relativas a bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais”, no intuito de evitar que condutas similares às descritas na Lei n.º 9.613, mas sem o mesmo desvalor de resultado, viessem a ser caracterizadas equivocadamente como lavagem de dinheiro.⁽²⁴⁾ Aliás, a Exposição de Motivos faz, inclusive, menção expressa ao crime de receptação como delito subsidiário, ao qual seriam relegadas condutas que, apesar de semelhantes à lavagem de capitais, não envolvessem bens ou dinheiro provenientes dos delitos antecedentes legalmente listados.⁽²⁵⁾

De lá para cá, todavia, muita coisa mudou.

Após a sua entrada em vigor, o conteúdo penal da Lei n.º 9.613 passou por três alterações legislativas. Duas delas foram destinadas ao alargamento do rol de crimes antecedentes, que acabou por incluir, em 2002, delitos praticados por

da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 92 e ss.). Tal conclusão, contudo, não nos parece razoável, conquanto não possamos aqui, por razões óbvias, avançar nesse sentido.

⁽²³⁾ A Exposição de Motivos n.º 962/MJ/1996 encontra-se disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>. Acesso em 01.05.2015.

⁽²⁴⁾ Exposição de Motivos n.º 962/MJ/1996, item 22.

⁽²⁵⁾ O crime de receptação vem assim delineado no art. 180 do Código Penal: “Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte”. A pena que lhe é cominada é de reclusão, de um a quatro anos, além de multa. A Exposição de Motivos ainda ressalta, no item de n.º 24, que: “Sem esse critério de interpretação, o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação. Assim, o autor do furto de pequeno valor estaria realizando um dos tipos previstos no projeto se ocultasse o valor ou o convertesse em outro bem, como a compra de um relógio, por exemplo”.

particular contra a administração pública estrangeira, e, em 2003, o financiamento ao terrorismo, adequando-se, neste caso, à respectiva Convenção Interamericana.⁽²⁶⁾ A mudança mais recente, operada pela Lei n.º 12.683 de 2012, foi sensivelmente maior: além de extinguir sem uma fundamentação jurídica adequada o rol de crimes antecedentes, alterou a redação do *caput* do art. 1º e seus parágrafos para fazer neles constar a expressão “infração penal”, ao invés de “crime”. Com isso, para parte significativa da doutrina nacional,⁽²⁷⁾ não apenas quaisquer *crimes* que gerem ganho patrimonial tornaram-se passíveis de ser antecedentes da lavagem de capitais, mas todas as *infrações penais* passariam a sê-lo – o que incluiria contravenções penais⁽²⁸⁾ e outras infrações de menor potencial ofensivo.⁽²⁹⁾

Pois bem. Se, já na sua formulação inicial, os limites do tipo não se faziam suficientemente precisos, essa última reforma contribuiu, de forma inédita, para um ainda maior esfumaçamento do ilícito-típico. Mas não só. Associada a uma já ultrapassada compreensão estritamente formal do tipo legal de crime – lamen-

⁽²⁶⁾ Assinada em Barbados, em 2002, a Convenção Interamericana contra o Terrorismo (internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo decreto n.º 5.639/2005) previu especificamente a transformação do financiamento ao terrorismo em crime antecedente da lavagem de dinheiro. Documento disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm. Acesso em 31.10.2015.

⁽²⁷⁾ Vide, por todos, BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 80. Semelhante situação pôde ser observada na Espanha recentemente, quando uma reforma legal (*Ley Orgánica 5/2010*) modificou a redação do tipo penal de lavagem de dinheiro para fazer constar, na descrição típica, “*actividad delictiva*” ao invés de “*delitos*”. Segundo Abel Souto, a interpretação imediata (e equivocada) que se fez acerca de tal mudança teria sido de que a nova locução ensejaria “*mayor amplitud que al anterior sustantivo ‘delito’, pues parece permitir la inclusión de las faltas en los hechos previos del blanqueo, lo que supondría ‘una enorme ampliación del ámbito de este delito’*” (ABEL SOUTO, Miguel Ángel. El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social. *Revista cuatrimestral europea sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, n.º 1, 2014, p. 11-66, p. 17).

⁽²⁸⁾ O legislador brasileiro dividiu as infrações penais em crimes (ou delitos) e contravenções, assim definidas na Lei de Introdução ao Código Penal (Lei n.º 3.914/1941): “Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”. Previstas na Lei n.º 3.688/1941, as contravenções penais caracterizam-se, principalmente, por sua diminuta relevância penal em face dos crimes.

⁽²⁹⁾ Infração de menor potencial ofensivo designa uma categoria de ilícitos-típicos cuja ofensividade é reduzida e, portanto, à qual se destina um tratamento jurídico um tanto diverso daquele reservado aos crimes de maior gravidade. Uma definição do que vem a conformar essa peculiar categoria pode ser encontrada no art. 61 da Lei n.º 9.099/1995, que dispõe: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

tavelmente recorrente no cenário nacional – a nova redação típica passa a dar azo a uma abertura verdadeiramente insuportável da tipicidade, em uma expansão com ares de progressão geométrica.⁽³⁰⁾ Tudo a lembrar a conhecida “síndrome do bom aluno”. Na tentativa de cumprir fielmente as recomendações internacionais, o legislador brasileiro acabou por excedê-las no que tange à repressão penal da conduta.⁽³¹⁾ E isso tudo – como não poderia deixar de ser – com graves consequências dogmáticas.

De uma parte, a ânsia de aumentar o espectro punitivo em relação ao crime de lavagem de dinheiro, tão preconizada por alguns organismos internacionais, não apenas distanciou a nova legislação dos parâmetros que orientaram a sua formulação original, como, até mesmo, acabou por contradizer parte considerável desses mesmos parâmetros, então colacionados pela Exposição de Motivos n.º 962/MJ/1996.⁽³²⁾ De outra, a formulação típica afasta-se de tal forma de seu substrato material que a recuperação hermenêutica torna-se, a um só tempo, indispensável e extremamente exigente. Tudo parece caber no âmbito do tipo, a depender apenas dos interesses em jogo no caso concreto, em uma nefasta e inaceitável relação de submissão da exigência de legalidade a interesses de política criminal.

Na seara jurisprudencial o cenário não é mais acalentador. Ainda na vigência da antiga redação legal, o Supremo Tribunal Federal⁽³³⁾ havia estabelecido que os atos de lavagem consistentes em ocultar os bens, direitos e valores provenientes

⁽³⁰⁾ Algo também observado por Caeiro no âmbito da União Europeia: CAEIRO, Pedro. A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. (Orgs.). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. v. 3, p. 377-431, p. 383.

⁽³¹⁾ Vale salientar que nem o GAFI, nem a maior parte dos instrumentos internacionais que regulam a temática pressionam para que haja a extinção completa do rol de delitos antecedentes, senão que a sugestão caminha sempre na direção do estabelecimento de um critério que vincule a lavagem a crimes *graves* (ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. 2001. 551 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Santiago de Compostela, Espanha, 2001, p. 111). Neste ponto, interessante salientar que nem mesmo os Estados Unidos, protagonistas no combate à lavagem de dinheiro, extinguíram o rol de delitos antecedentes (HART, Carolyn L. Money Laundering. *American Criminal Law Review*. Vol. 51, issue 4 (Fall 2014), p. 1449. Disponível em: <http://www.law.georgetown.edu/>. Acesso em: 09.05.2015, s/p.).

⁽³²⁾ Vide, por exemplo, o conteúdo do item 34 da EM/962/MJ/1996.

⁽³³⁾ A decisão da 1.ª Turma do STF, proferida em 18.06.2011 no seio do RHC 80.816-6/SP, foi de relatoria do Min. Relator Sepúlveda Pertence e encontra-se disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102742>. Acesso em: 21.10.2015. Trata-se de um caso em que o acusado havia realizado diversos depósitos em conta corrente da empresa de seu cunhado de valores provenientes da prática anterior de crimes contra a Administração Pública (também protagonizados pelo réu). Com isso, os depósitos de valores ilicitamente obtidos eram mesclados com proventos lícitos da empresa, adquirindo aparência de licitude.

dos delitos listados no art. 1º da Lei n.º 9.613 não precisavam se revestir da “complexidade dos exemplos de requintada ‘engenharia financeira’ transnacional, com os quais se ocupa a literatura”. Tal posicionamento foi reafirmado pela Suprema Corte no recente julgamento da Ação Penal 470/MG,⁽³⁴⁾ juntamente com outras duas relevantes questões: a admissão da punição da assim denominada autolavagem (*selflaundering*) ainda quando haja responsabilização pelo crime antecedente⁽³⁵⁾ e a possibilidade do concurso formal entre a lavagem de dinheiro e o delito antecedente. Esta última hipótese, em especial, mostra-se profundamente nodosa. Para tanto, basta considerar que, à luz dos atuais referenciais normativos, pode ser bastante difícil precisar o momento consumativo do delito antecedente e o momento inicial da realização típica da lavagem de capitais, ao mesmo tempo em que, ironicamente, é logicamente indispensável que haja a efetiva obtenção de vantagem patrimonial para que se possa iniciar sua reciclagem. Questões que, com efeito, revelam níveis profundos de incompreensão do que seja (ou possa vir a ser) o substrato material da lavagem de dinheiro e, assim, também dos parâmetros conformadores do seu âmbito típico.

⁽³⁴⁾ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro na APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 933, P. 383-394, 2013. Conhecido popularmente como “Mensalão”, o caso, julgado originariamente pelo Supremo Tribunal Federal, trata-se de um intrincado escândalo de corrupção envolvendo o governo federal, que representou um divisor de águas na história política e jurídica do país. Neste ponto, importante salientar que o Supremo Tribunal Federal reúne funções típicas de uma Corte Constitucional, sendo responsável, por exemplo, por exercer o controle abstrato de constitucionalidade e por julgar as causas e os conflitos entre Estados e Federação. No entanto, salienta-se que sua competência extravasa aquilo que normalmente é atribuído a uma Corte Constitucional, abrangendo, dentre outras coisas, o processamento e julgamento originário, do Presidente da República, do Vice-Presidente, dos membros do Congresso Nacional, de seus próprios Ministros e do Procurador-Geral da República (art. 102, I, Constituição Federal de 1988). Para uma análise objetiva e didática de alguns aspectos relevantes da decisão no caso, v. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). *Zeitschrift für Internationales Strafrecht*, 10. Jahrgang, Ausgabe 7-8/2015, p. 386-393.

⁽³⁵⁾ Esclarece-se que, diferentemente do que ocorre em alguns países, a legislação brasileira não contém uma cláusula de reserva a impedir a punição pela lavagem do autor do crime antecedente. A interpretação jurisprudencial neste caso condiz com o entendimento, cada vez mais sólido, de que o bem jurídico tutelado, no delito de lavagem de dinheiro, seria a administração da justiça. Por tal razão, não haveria, segundo este raciocínio, óbice para o concurso material de crimes, haja vista que o delito antecedente ofenderia bem jurídico diverso do atingido pela lavagem de capitais. Uma interessante e breve explanação a este respeito pode ser encontrada em: SCHRÖDER, Christian; BERGMANN, Marcus. *Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss* (Why self-money laundering must remain exempt from punishment). Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2013, p. 22-23. De maneira crítica a tal possibilidade: BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2ª ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2001, p. 717.

Isso, por um lado. Por outro, a malograda nova legislação, ao eliminar o rol de delitos antecedentes, leva a projetar este embaçado ilícito sobre o ilícito antecedente, ensejando desacertos dogmáticos que se fazem sentir por toda parte.

Ao se partir da premissa de que já não há mais quaisquer limites (formais ou materiais) para a configuração do delito antecedente, compreendendo, assim, contravenções e infrações de menor potencial ofensivo – premissa com a qual não concordamos, sublinhe-se –, teríamos, como consequência imediata, em inúmeros casos, um *post factum punível* muitíssimo mais grave do que o delito principal que lhe dá origem, em uma manifesta subversão da ordem e do equilíbrio que devem informar o direito penal. E isso, principalmente, quando se tem em conta um *post factum* assumidamente parasitário, cujo reconhecimento pressupõe, necessariamente, por exigência típica, a existência do principal.

Ora, não é preciso grande esforço para perceber aonde leva um tal estado de coisas.

No caso brasileiro, inúmeras figuras típicas, até então praticamente abandonadas em razão da sua baixíssima significação jurídico-penal, passam a ser reintroduzidas na *praxis* não em razão de uma sua eventual ressignificação enquanto fato punível, mas única e exclusivamente enquanto elemento necessário ao reconhecimento da lavagem, em uma lógica claramente instrumental. E não só. A lavagem de dinheiro passa a conferir a esses delitos quase que um novo marco “prescricional”, na forma de um “novo marco de interesse penal”, ao permitir que o seu *post factum*, a lavagem, possa ser perseguida em até 16 anos, dada a elevada pena máxima a ela atribuída (i.e., 10 anos). Em outras palavras e sem rodeios: a lavagem de dinheiro passaria a arrastar por longuíssimos 16 anos delitos de baixíssimo relevo penal, em flagrante fraude ao instituto da prescrição, e sob a ameaça de uma pena não só manifestamente desproporcional ao ilícito de origem, mas também indiferente à variação de desvalor desse mesmo ilícito, em um processo de standardização igualmente violador das exigências mínimas de proporcionalidade. E isso na melhor das hipóteses, eis que a insuportável abertura do verbo típico “ocultar”, associada à permanência da sua realização, não raramente colocará casos de quase impossível prescrição.

Tudo em prol da irrestrita persecução de um ilícito cujos contornos são, ao menos na prática nacional, diga-se mais uma vez, ainda muito obscuros, a abrir espaços de arbitrariedade incompatíveis com o quadro valorativo e principiológico de um Estado Democrático de Direito.

4. Em busca de autonomia. Limites materiais à constituição do ilícito-típico

O delito de lavagem de dinheiro no Brasil, bem vimos, coloca dificuldades dogmáticas que julgamos ser, em grande parte, devidas à perda de correspondência com o seu substrato material. A falta de nitidez do que venha a ser, ao

fim e ao cabo, a lavagem de dinheiro e, portanto, das condutas concretas aptas a constituir o delito é disso apenas a primeira, conquanto mais saliente, evidência, cujos prejuízos se fazem sentir por todo lado: da função de dirigibilidade de comportamentos endereçada ao tipo legal à dosimetria abstrata e concreta da pena, passando, naturalmente, pela funções de garantia e de tutela de bens. Em realidade, nada parece restar incólume a este esboroar dos contornos típicos.

É verdade que tais dificuldades, em um primeiro momento, bem nos lembra Molina Fernández, lançam raízes “na própria matéria e não em uma concreta regulação positiva”.⁽³⁶⁾ Contudo, é igualmente certo que ao direito positivo compete um papel decisivo na mitigação ou, a exemplo da legislação brasileira, no agravamento dessas mesmas dificuldades.⁽³⁷⁾ De qualquer modo, em um caso ou em outro, na ausência de parâmetros positivos suficientes, resta à doutrina e à jurisprudência a irrenunciável tarefa de recondução do ilícito aos quadros legais e constitucionais de legitimidade, o que pressupõe a recuperação hermenêutica do ilícito-típico.

O enfrentamento dessa variada gama de problemas não é, e nem pode ser, evidentemente, algo simples. Mas, se bem vemos, passa por um caminho comum já anunciado, por um voltar de olhos à questão do fundamento material do crime de lavagem de dinheiro, especificamente quanto à dignidade penal das condutas que correspondem ao âmbito típico do delito de lavagem. No contexto de um Estado que se pauta pelo respeito às garantias e direitos fundamentais constitu-

⁽³⁶⁾ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la “participación” en el delito. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. P. 11-20, p. 91-123.

⁽³⁷⁾ Exemplo disso pode ser encontrado na experiência alemã em relação ao crime. Segundo Helmers, o § 261 StGB (Código Penal alemão), que prevê o delito de lavagem de dinheiro, “ist eine fehlerhafte Strafnorm”, o que se deve em grande parte precisamente à demasiada amplitude do tipo penal. Nas palavras do autor, o tipo penal de lavagem de dinheiro no ordenamento alemão é descrito de maneira tão abrangente, “dass eine allgemeingültige Kennzeichnung des Unrechts von Geldwäschehandlungen unmöglich scheint”, sendo que “schon bei der Schaffung des §261 StGB gedankliche Minimalvoraussetzungen der gesetzlichen Formulierung einer legitimen Strafnorm nicht beachtet wurde” (HELMERS, Gunnar. Zum Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB): Beispiel einer rechtsprinzipiell verfehlten Strafgesetzgebung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 121, Heft 3, 2009, p. 509-547, p. 509). Dionyssopoulou, a propósito, refere que as falhas da redação do § 261 StGB, em vigor desde 1992, não tardaram a ser notadas, e que “die geltende Regelung [wurde] heftig kritisiert” (DIONYSOPOULOU, Athanassia. *Der Tatbestand der Geldwäsche*. Frankfurt a. M.: Peter Lang, 1998, p. 159). O mesmo vem a ser sublinhado por Hund: “§ 261 StGB dürfte zu den am heftigsten kritisierten Strafvorschriften neuerer Zeit gehören. Kein anderer Straftatbestand war bereits im Gesetzgebungsverfahren so umstritten, kein anderer Tatbestand hat nach seinem Inkrafttreten so wenig Zeit und Gelegenheit zur Praxisbewährung bekommen” (HUND, Horst. Der Geldwäschetatbestand – mißglückt oder mißverstanden? *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 29. Jahrgang, Heft 5, 1996, p. 163-166, p. 163).

cionalmente assegurados, atrelar a prática de uma dada conduta a uma sanção de ordem penal traz consigo a obrigação de uma justificação qualificada, que atenda a um juízo de dignidade e necessidade do comportamento proscrito. Interrogar acerca da sua material validade torna-se, pois, nesse preciso horizonte, tarefa incontornável, tanto em termos *de lege ferenda*, como *de lege lata*.

Bem se sabe que a definição do bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro é questão controversa e não desejamos, neste curto espaço, avançar nesta discussão, sob pena de perdermos de vista o propósito da reflexão a que nos propusemos. É evidente que “a ausência de um bem jurídico claramente identificado foi permitindo a dilatação do tipo”,⁽³⁸⁾ e que tal indefinição contribuiu para que o problema da falta de clareza dos contornos do ilícito-típico da lavagem de dinheiro se agrave. Indefinição que se intensifica ainda mais dada a aparente pluriofensividade do ilícito, a alcançar, segundo alguns, mais de um bem jurídico.⁽³⁹⁾

Contudo, ainda assim, por tudo até então exposto, é preciso ter em conta que alguns parâmetros materiais podem e devem subsistir independentemente do ambicionado consenso acerca do específico objeto de tutela. Se não é possível neste instante afirmar o exato âmbito de tutela do tipo, dado o ainda elevado grau de instabilidade em torno da matéria, pode-se, ao menos, avançar elementos mínimos de consenso no que tange àquilo que, definitivamente, não está compreendido pelo âmbito do tipo, de modo a estabelecer limites materiais mínimos e garantir alguma consistência e dignidade penal ao ilícito-típico.

⁽³⁸⁾ CAEIRO, Pedro. A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. (Orgs.). *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. v. 3, p. 377-431, p. 389. Raciocínio que também se aplica a países de tradição *common law*, como é o caso da Inglaterra. Nesse sentido, Alldridge refere que a “AML law has brought a very serious criminal offence into existence without a clear idea of what was wrong with it” (ALLDRIDGE, Peter. *What went wrong with money laundering law?* London: Pallgrave Macmillan, 2016, p. 33).

⁽³⁹⁾ Apesar da ampla divergência, a razão parece estar com aqueles que sustentam a administração da justiça como bem jurídico tutelado. Em sentido semelhante: CAEIRO, Pedro. A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. (Orgs.). *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. v. 3, p. 377-431, p. 393. Para um estudo mais detido e pormenorizado sobre este ponto da matéria, *vide*, além da obra já indicada, BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3ª ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la “participación” en el delito. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. P. 11-20, p. 91-123.

A exigência de um substrato fático autônomo em relação ao delito antecedente é, disso, exemplo bastante. Conquanto possa haver dúvidas sobre o que exatamente deve ser esse substrato, pode-se, desde já, afirmar que ele não deve se sobrepor ao substrato fático do delito antecedente. Deve ser possível divisar, com segurança bastante, os limites que separam o delito antecedente, de um lado, e a lavagem de capitais, de outro, isto é, o ponto no qual a lavagem de dinheiro se desprende do fragmento de realidade constitutivo do delito antecedente e passa a conformar um novo atuar penalmente relevante e reprovável. Isso significa que a prática da lavagem de dinheiro enquanto delito tem de constituir um comportamento próprio, dotado de autônomo desvalor, ainda que erigido a partir dos proventos de um ilícito-típico anterior.⁽⁴⁰⁾

Explica-se.

A criminalização da conduta de lavagem de dinheiro, dizíamos antes, surgiu em um contexto no qual se afirmava, internacionalmente, a necessidade de apreender e confiscar bens adquiridos por meio de certas práticas criminosas. Dentre as justificativas mais elementares da criminalização da lavagem de dinheiro, com efeito, encontra-se a ideia-embrião de que o “crime não deve compensar”.⁽⁴¹⁾ A esta noção, somou-se a percepção de que seguir a trilha dos bens e valores criminosamente auferidos oferecia uma via operacional para a investigação e persecução dos delitos antecedentes, bem como contribuía para a administração da justiça no caso concreto.

Na época, diante do fortalecimento da criminalidade organizada – sobretudo associada ao tráfico de entorpecentes –, disseminou-se a estratégia que posteriormente ficou conhecida como *follow the money*.⁽⁴²⁾ Tal orientação, observa Verhage, esteve claramente presente na legislação americana que criminalizou a lavagem

⁽⁴⁰⁾ Vale lembrar, neste ponto, que a relação da lavagem de dinheiro com o delito antecedente constitui uma relação de *acessoriedade limitada*, ou seja, para que se prove a existência do elemento típico “proveniente de infração penal” no exame de tipicidade da lavagem de capitais não se exige a comprovação de que o delito antecedente seja culpável e punível, mas somente que estejam presentes de modo inequívoco provas quanto à sua tipicidade e ilicitude (FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de «Branqueamento» de Capitais*. Introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, p. 166 e ss).

⁽⁴¹⁾ Tradução livre de: „Eine Straftat soll sich nicht lohnen“ (SCHRÖDER, Christian; BERGMANN, Marcus. *Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss* (Why self-money laundering must remain exempt from punishment). Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2013, p. 25-26). Frase encontrada também em: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3ª ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p. 47.

⁽⁴²⁾ SAFIRE, William. Follow the proffering duck. *The New York Times*, 03 de ago. 1997, disponível em: <http://www.nytimes.com/1997/08/03/magazine/follow-the-proffering-duck.html>. Nesse sentido, Blanco Cordero afirma com veemência que: “La filosofía que se ha adoptado en la lucha contra el blanqueo de capitales se basa en la idea expresada en inglés como ‘*follow the money*’, que consiste en seguir el dinero de origen delictivo, y proceder a su decomiso, evitando así que el delito sea una actividad lucrativa. Se persigue disuadir a los delincuentes de cometer delitos que

de dinheiro no país – a *Money Laundering Control Act* de 1986 (EUA),⁽⁴³⁾ uma das primeiras no mundo a impor sanção penal à conduta.⁽⁴⁴⁾ Segundo a autora, as duas ideias que compõem a lógica *follow the money* foram mescladas na lei: a noção, quase profana, de que o crime não deveria compensar e a apreensão e o confisco de bens de origem delitiva como meio eficaz de atingir o criminoso e dissuadi-lo do cometimento de delitos. A ideologia representada por esta expressão logo espalhou-se e permeou uma série de medidas adotadas no mundo desde então com o claro objetivo de fazer frente à criminalidade organizada, aos poucos não mais identificada somente com o tráfico ilícito de drogas.⁽⁴⁵⁾

A lavagem de dinheiro é, pois, fruto desse preciso encontro, do encontro entre o ideário *follow the money* e a pretensão de “combate” à criminalidade organizada,⁽⁴⁶⁾ o que acaba por prendê-la, por diversos ângulos e de forma irremediável, ao ilícito penal antecedente.

Isso não significa, em contrapartida, que o delito de lavagem de capitais não possa aspirar a condição de ilícito autônomo, ainda que relacional e, por isso,

generan grandes beneficios económicos” (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3ª ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p. 46-47).

⁽⁴³⁾ O que se depreende da leitura do seguinte trecho do texto apresentado em 1984 pela (US) Presidential Commission on Organized Crime, que influenciou sobremaneira a lei que pouco depois viria a ser aprovada no país: “If Money laundering is the keystone of organized crime, these recommendations can provide the financial community and law enforcement authorities with the tools needed to dislodge that keystone, and thereby to cause irreparable damage to the operations of organized crime” (ALLDRIDGE, Peter. *What went wrong with money laundering law?* London: Pallgrave Macmillan, 2016, p. 9).

⁽⁴⁴⁾ MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. Coleção Direito GV. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 132-134.

⁽⁴⁵⁾ CAEIRO, Pedro. A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. (Orgs.). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. v. 3, p. 377-431, p. 378.

⁽⁴⁶⁾ Segundo Dionyssopoulou, a lavagem de dinheiro, à época de sua introdução no Código Penal alemão, era vista como “Tribfeder der organisierten Kriminalität”, o que resta evidente quando leva-se em consideração que a tipificação ocorreu em 1992 justamente através da “Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität” – a OrgKG. Nos dizeres da autora, „Der deutsche Gesetzgeber hat sich entschlossen, einen die Geldwäsche sanktionierenden Tatbestand zu schaffen. Seiner Konzipierung nach besteht der Kriminalisierungsgrund der Geldwäsche in ihrer Bedeutung für das Weiterfunktionieren der organisierten Kriminalität. Ein Einordnung des neuen Tatbestands im OrgKG hat seine symbolische Dimension betont. Es stellt sich aber die Frage, ob das Phänomen der Geldwäsche nur mit der o.K. zusammenhängt und ob die Einordnung des § 261 StGB im OrgKG eine Rolle bei seiner Auslegung spielen soll“ (DIONYSOPOULOU, Athanassia. *Der Tatbestand der Geldwäsche*. Frankfurt a. M.: Peter Lang, 1998, p. 159 e 168-169). Nesse mesmo sentido, FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de «Branqueamento» de Capitais*. Introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, p. 31 e ss.

de certo modo, precário, parasitário. Muito pelo contrário. Temos convicção de que a sua legitimidade jurídico-penal passa necessariamente pelo êxito de uma tal pretensão, ou seja, pela afirmação e consolidação de uma indispensável autonomia axiológica e teleológica. Autonomia que se constrói – *rectius*, deve se construir – na forma de um *ilícito-típico autônomo*, a demandar um *substrato fático autônomo* e, com ele, um *autônomo desvalor*. Logo, uma autonomia que se faz possível e indispensável mesmo diante do caráter assumidamente parasitário do ilícito de lavagem.

Ainda que se tenha em conta a sua origem no ideário *follow the money*, a lavagem não pode ser pensada enquanto *simples instrumento no recrudescimento da repressão e prevenção do crime antecedente*, porquanto, por essa via, não lhe é possível constituir um ilícito penal autônomo, mas apenas e exclusivamente expressões majoradas de um mesmo delito. A consequência imediata de um tal proceder seria, aliás, evidente: uma hipótese exuberante de violação da legalidade por dupla punição de um mesmo crime.

Esta autonomia axiológica e teleológica surge, pois, como a fronteira que marca o espaço a partir do qual é possível visualizar os contornos de um delito inteiramente novo, algo que a despeito – ou talvez até mesmo em razão da – conexão com outra infração penal, só é capaz de manifestar-se na área que se situa para além dos domínios sobre os quais se projeta o delito anterior. Para que a punição da lavagem de dinheiro se firme como legítima é necessário, em primeiro lugar, que se reconheça esta independência material como algo que lhe é constitutivo e que, ao lhe constituir, revela, simultaneamente, os limites do ilícito-típico e do espaço de possibilidade do processo de recuperação hermenêutico-aplicativa. E, se isso é assim, já é possível divisar duas inevitáveis conclusões.

Primeiro: a continuidade de um determinado estado de coisas não é lavar. Importa reconhecer, no que tange, especificamente, ao *substrato fático*, que não é possível admitir qualquer tipo de “compartilhamento” entre o conteúdo material do delito antecedente e o seu respectivo substrato fático e aquele que vem a fundamentar o delito de lavagem de capitais. Em outras palavras, não pode haver *sobreposição* entre o substrato fático do delito antecedente e aquele que constituirá o delito de lavagem enquanto *post factum* punível. Razão pela qual não se faz possível falar em lavagem de dinheiro diante da simples manutenção do estado de coisas estabelecido pelo crime antecedente. O que, por sua vez, coloca alguns cuidados, principalmente, com o verbo *ocultar*.

Diferentemente de uma não rara interpretação no cenário nacional, o simples *nada fazer* após a consumação do delito antecedente não pode ver-se compreendido pelo verbo ocultar. Não haveria aqui senão a simples continuidade de um estado de coisas constitutivo do delito antecedente, o que, por sua vez, vem corroborado pela inexistência, em um Estado de Direito, de um dever de revelar, de um dever de dar a conhecer o fato ilícito praticado. Daí a necessidade de *ações*

positivas visando à reintrodução no mercado dos frutos do crime como se lícitos fossem, de ações que traduzam mais do que o mero possuir, guardar ou usufruir das vantagens patrimoniais auferidas através da prática delitativa anterior, ainda que, por razões óbvias, evite-se ostentar sua origem delitativa.

Segundo: a realização parcial de atos no sentido de lavar não é o mesmo que lavar. Partindo da necessidade de autonomia material, a pressupor um substrato fático próprio, apto a expressar um preciso e autônomo conteúdo de desvalor, torna inadmissível considerar as diferentes etapas do processo de lavagem como se fossem um delito autônomo *consumado* e, como tal, merecedor da mesma medida de punição. Ora, a realização parcial de atos no sentido de lavar dinheiro, não é o mesmo que lavar e não pode deter o mesmo desvalor. A equiparação da “parte” com o “todo” implica não só problemas de proporcionalidade, mas também a negação de institutos fundamentais como a tentativa e a desistência voluntária – os quais, no direito brasileiro, são projeções do princípio da legalidade –, em franca violação do “tipo de garantia” e da própria ideia de direito penal do fato.⁽⁴⁷⁾

Isso por um lado. Por outro, é preciso saber se há, e em que medida, algum papel a ser exercido pelo delito antecedente no processo de recuperação hermenêutica do conteúdo material do ilícito-típico de lavagem. Questão que, ao nosso sentir, deve ser respondida positivamente.

Como vimos, a lavagem de dinheiro é, por princípio, um ilícito relacional, cuja existência passa, necessariamente, pelo reconhecimento de uma ilicitude penal prévia, e, por isso, nessa precisa medida, um ilícito parasitário, um *post factum* parasitário. No caso da legislação brasileira, esta profunda imbricação entre lavagem e crime antecedente mostra-se na forma de uma elementar normativa, por meio da qual o ilícito antecedente (*rectius*, “infração penal” antecedente, como prefere a legislação brasileira) se faz presente na descrição típica da lavagem e passa a habitar o conteúdo material do ilícito-típico. Daí que, embora se possa (e deva) falar em autonomia, tanto em termos fáticos, quanto axiológicos, não se pode negar que ilícito-típico da lavagem irá buscar no crime antecedente parte do desvalor necessário à sua constituição enquanto *post factum* punível.

Nesse preciso horizonte de coisas, torna-se claro que a legitimidade penal da lavagem de capitais passa, igualmente, pelo resguardo de uma necessária proporcionalidade em relação ao ilícito antecedente. Não se pode admitir, sob pena de lédima subversão dogmática e principiológica, que o delito de lavagem passe

⁽⁴⁷⁾ Segundo Roxin, “Neben der systematischen steht die kriminalpolitische Deutung des Tatbestandes, die in seiner durch Art. 103 II GG geforderten ‚Garantiefunktion‘ liegt. Nur ein Strafrecht, in dem das verbotene Verhalten durch Tatbestände exakt beschrieben wird, wird dem Grundsatz ‚nullum crimen sine lege‘ in vollem Maße gerecht“ (ROXIN, Claus. Strafrecht: Allgemeiner Teil I. 4. Auflage. München: CH Beck, 2006, p. 280 e ss.). V., ainda, sobre este ponto, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*: Parte Geral. Tomo I. São Paulo: Coimbra e RT, 2007, p. 265e ss.

a assumir, artificialmente, o papel de protagonista nesta relação, mostrando-se mais relevante que próprio o crime que lhe deu origem. Problema que se coloca, fundamentalmente, nos casos em que, a exemplo da legislação brasileira, optou-se pela eliminação do rol de delitos antecedentes. Tudo a indicar a necessidade da adoção de uma espécie de “trava” material de recuperação hermenêutica no que tange aos delitos antecedentes, de modo a evitar o sem número de problemas decorrentes da ausência de um catálogo prévio. Trava essa que, ao nosso sentir, pode ser estabelecida, *v. g.*, a partir do apenamento do delito antecedente, aqui entendido como índice de desvalor mínimo. A lavagem de dinheiro seria possível apenas para aqueles delitos cujo conteúdo material do ilícito apresentasse correspondência material com o desvalor do ilícito-típico de lavagem, aqui simplificado, por exigência prática, em uma necessária correspondência de penas.

Este critério retoma, em parte, a sugestão, já presente na Convenção de Palermo (2006), de que os Estados-parte vinculem a criminalização da lavagem de dinheiro ou a um rol de delitos antecedentes, ou aos proventos de infração penal cuja pena máxima em abstrato seja igual ou superior a quatro anos.⁽⁴⁸⁾ O que aqui propomos, todavia, leva em consideração que a pena do delito de lavagem de ativos é, atualmente, bastante superior a esse patamar, de modo que se faz necessário ajustar o parâmetro a fim de recuperar a coerência interna do ordenamento jurídico-penal brasileiro. O delito de lavagem de dinheiro restaria, assim, vinculado aos proventos de delito cuja pena em abstrato reflita, comparativamente, o mesmo nível de desvalor.

E esses são apenas alguns aspectos de um amplo conjunto de dificuldades que coloca, e tem continuamente incrementado, a equivocada opção legislativa brasileira. Em realidade, somos da opinião de que a própria forma como o tipo da lavagem foi introduzido no Brasil enfrenta, já na sua primeira formulação, em razão, principalmente, da excessiva amplitude dos verbos “ocultar” e “dissimular”, sérios problemas de legalidade certa,⁽⁴⁹⁾ a exigir um rigoroso, senão demasiadamente

⁽⁴⁸⁾ V. nota de rodapé n.º 9.

⁽⁴⁹⁾ O princípio da legalidade, postulado fundamental do Estado de Direito, possui sabidamente quatro ramificações essenciais (*Auswirkungen*), que podem ser sinteticamente condensadas no brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta, praevia et certa*. Trata-se da proibição de analogia (*das Analogieverbot*), do princípio da reserva legal (*das Verbot strafbegründenden und schärfenden Gewohnheitsrechts*), da proibição de retroatividade (*das Rückwirkungsverbot*) e da proibição de leis penais e penas indeterminadas (*das Verbot unbestimmter Strafgesetze und Strafe*). Enquanto as duas primeiras voltam-se sobretudo ao juiz, estas duas últimas estão dirigidas ao legislador, enquanto características imprescindíveis que devem revestir um tipo penal. Foi justamente esta noção básica e fundamental de que não há crime sem lei (“Kein Verbrechen ohne Gesetz”) que inspirou Franz v. Liszt a declarar o código penal como a “*Magna Charta* do criminoso”. Segundo Roxin, “Das sol heißen: So wie einst die britische ‚Magna Charta Libertatum‘ (1215) den Einzelnen vor willkürlichen Eingriffen der Staatsgewalt schütze, sichert das Strafgesetzbuch den Bürger (den redlichen wie den unredlichen) vor jeder Bestrafung für ein Verhalten, das nicht vor

rigoroso, trabalho de hermenêutica, que, de qualquer modo, será sempre insuficiente quando cotejado a partir de parâmetros, ainda que mínimos, de segurança.

Não há novidade alguma em se afirmar que, por uma inafastável exigência de clareza decorrente do próprio princípio da legalidade, deve a lei penal ser capaz de transmitir de maneira suficientemente inequívoca o conteúdo daquilo que se proíbe, atendendo-se a um nível constitucionalmente satisfatório de certeza,⁽⁵⁰⁾ e a partir de uma sua leitura não isolada dentro do ordenamento jurídico – isto é, levando-se em consideração a existência de outros delitos semelhantes e a possível sobreposição de tipos penais que poderia vir a derivar de uma má descrição do tipo penal. No caso específico, a escolha dos verbos nucleares, associada à ausência de elaboração do que pode vir a integrá-los na prática, faz com que sequer seja possível à prática penal ter claro os aspectos distintivos entre lavagem de capitais e o tradicional crime de receptação, a denotar uma abertura típica verdadeiramente insuportável tanto sob a perspectiva do ilícito-típico, quanto da sua correspondente e indispensável culpabilidade (*Schuldprinzip*). Constatação essa, aliás, que acaba por ser reforçada pelo ilustrativo e, por vezes, desolador conjunto de precedentes dos nossos tribunais.⁽⁵¹⁾

Tudo a justificar, pois, o caminho que ora buscamos sinalizar.

der Tat eindeutig für strafbar erklärt worden ist. Dass auf diese Weise gelegentlich ein besonders raffiniertes, sozialschädliches und deshalb strafwürdiges Tun straflos bleibt, ist der (nicht zu hohe) Preis, den der Gesetzgeber für Willkürfreiheit und Rechtssicherheit (d.h. die Berechenbarkeit des Einsatzes staatlicher Strafgewalt) zahlen muss“ (ROXIN, Claus. Strafrecht: Allgemeiner Teil I. 4. Auflage. München: CH Beck, 2006, p. 140 e ss. Grifo do autor). Esta *Eindeutigkeit*, isto é, esta clareza mostra-se, pois, indispensável para a legitimidade de uma criminalização e impõe-se a toda e qualquer descrição típica.

⁽⁵⁰⁾ Nesse sentido, “Eine Strafvorschrift, die etwa lauten würde: ‚Wer in unerträglicher Weise gegen das allgemeine Wohl verstößt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft‘, würde zahlreiche Paragraphen des StGB überflüssig machen. Sie wäre aber nichtig, weil sie nicht erkennen lässt, wie das strafbare Verhalten beschaffen sein muss. Die Strafbarkeit wäre nicht vor der Tat ‚gesetzlich **bestimmt**‘ (...) (ROXIN, Claus. Strafrecht: Allgemeiner Teil I. 4. Auflage. München: CH Beck, 2006, p. 140 e ss. Grifo do autor). Ademais, salienta Gropp que o nível desta exigência não pode depender da gravidade do delito: „Die *verfassungsgerichtliche Rechtsprechung* geht dahin, dass die gesetzliche Formulierung umso bestimmter sein müsse, je schwerwiegender die angedrohten Rechtsfolgen sind. Im Bereich der Bußgeldvorschriften mag dies angehen. Hinsichtlich der Formulierung von Strafvorschriften können vom Bestimmtheitserfordernis jedoch keine Abstriche gemacht werden, weil auch im Bereich weniger schwerwiegender Rechtsfolgen der Spielraum der garantierten Handlungsfreiheit infolge der Gefahr einer Stigmatisierung als Straftäter ohne triftigen Grund eingeschränkt würde“ (GROPP, Walter. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. 4. Auflage. Heidelberg: Springer, 2015, p. 111).

⁽⁵¹⁾ *Vide supra*.

5. Palavras finais

Desse modo, a despeito de sua ligação inicial com a lógica corporificada pelo ideário *follow the money*, temos que não é admissível conceber a lavagem de dinheiro apenas enquanto um mero *recurso a serviço do recrudescimento da repressão e prevenção do crime antecedente*, na medida em que, por esse caminho, não lhe é possível constituir um ilícito penal verdadeiramente autônomo, senão que somente dimensões majoradas de um mesmo crime.

A sua pretendida legitimidade, bem vimos, passa necessariamente pela afirmação e consolidação de uma indispensável autonomia axiológica e teleológica. Autonomia que se ergue – *rectius*, que deve se erguer – nos moldes de um *ilícito-típico autônomo*, a exigir um *substrato fático autônomo* e, correlativamente, um *autônomo desvalor*. Logo, uma autonomia que se faz possível e indispensável mesmo diante do caráter assumidamente parasitário do ilícito de lavagem. Premissa essa que nos leva a interrogar acerca do conteúdo material do ilícito e, por essa via, a acreditar na impossibilidade da sua constituição pela simples continuidade de um estado de coisas, na necessidade de distinguir a “parte” do “todo” (i.e., atos voltados à lavagem da lavagem em si), e na imprescindibilidade de proporcionalidade entre a lavagem e o ilícito penal que lhe antecede e, assim, lhe confere existência.

Proposições que conformam um mero esboço de possíveis percursos para o enfrentamento da excessiva amplitude do tipo legal de lavagem de dinheiro, a carecer de posteriores aprofundamentos. Mas que, ao fim e ao cabo, se encontram e se afirmam na convicção profunda quanto ao esgotamento explicativo da categoria de tipo legal de crime na posição de referencial suficiente para o juízo de subsunção típica, a demandar, em seu lugar, a categoria de ilícito-típico, com sua inerente carga material. É esse, ao nosso sentir, o inapelável caminho para a recuperação de níveis mínimos de racionalidade no âmbito de regulação da lavagem de dinheiro.

Resumo: O presente artigo busca dar seguimento ao estudo dos limites materiais do delito de lavagem de dinheiro, já objeto de anteriores reflexões.⁽⁵²⁾ O problema central que se coloca diz respeito à necessária delimitação do âmbito típico do crime em análise. A fim de abordar a questão, apresenta-se, de modo sucinto, o estado atual do tratamento jurídico-penal da lavagem de dinheiro no Brasil, bem como alguns problemas fundamentais que circundam o delito. A partir da constatação de um progressivo e prejudicial desprendimento do crime de lavagem de dinheiro em relação à realidade

⁽⁵²⁾ Um primeiro ensaio de nossa autoria acerca deste tema pode ser encontrado em: D’AVILA, Fabio Roberto; GIULIANI, Emília Merlini. Novos e velhos problemas da lavagem de dinheiro. BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (Orgs.). *Perspectivas das Ciências Criminais: Coletânea em Homenagem aos 55 anos de Atuação Profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, v. 1, p. 756-776.

desvaliosa que lhe funda, propõe-se um voltar de olhos à essência da lavagem de dinheiro, ao substrato fático que lhe informa e a partir do qual é possível determinar o horizonte legítimo de projeção do tipo penal. Assim, em um primeiro momento, algumas considerações são tecidas acerca da conformação legislativa da lavagem de dinheiro e de alguns problemas, teóricos e práticos, que orbitam em torno deste delito; em seguida, o artigo avança no sentido de retomar o substrato material que lhe é subjacente, esboçando possíveis caminhos para o enfrentamento da excessiva amplitude do tipo legal de lavagem de dinheiro através de uma melhor delimitação do seu âmbito de incidência.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Substrato fático. Âmbito típico. Autonomia.

Abstract: This paper seeks to delve deeper into the research on the material limits of the crime of money laundering, already the subject of previous scientific consideration. Its central problem has to do with the delimitation of reach in the legal range of the crime in question. In order to make this questioning, we succinctly present the current state of the treatment of money laundering in Brazilian criminal law, as well as some fundamental issues that surround the crime. From the realization that we currently experience a progressive detachment of the crime of money laundering from the deleterious reality that bases it, we propose an examination of the essence of money laundering, of the material foundations that inform it and from which it is possible to determine the legitimate projection horizon of the crime. Thus, at first we make some considerations about the legislative conformity of money laundering and of some problems, both theoretical and factual, that orbit this crime; then, the article progresses towards once again finding its underlying material foundations, sketching possible ways to fight the excessive broadness of the crime of money laundering through a better delimitation of its incidence range.

Keywords: Money laundering. Material substrate. Range of legal description. Autonomy.

Referências

- ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. 2001. 551 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Santiago de Compostela, Espanha, 2001.
- _____. El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social. *Revista cuatrimestral europea sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, n.º 1, 2014, p. 11-66.
- ALLDRIDGE, Peter. *What went wrong with money laundering law?* London: Pallgrave Macmillan, 2016.
- _____. The Moral Limits of the Crime of Money Laundering. *Buffalo Criminal Law Review*, University of California Press, Vol. 5, No. 1, p. 279-319, Apr., 2001.
- AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2ª ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2001.
- BAJO, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. P. 11-20.
- BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3ª ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012.
- BOOTH, Robin; FARREL QC, Simon; BASTABLE, Guy; YEO, Nicholas. *Money Laundering Law and Regulation: a practical guide*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro na APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 933, P. 383-394, 2013.
- CAEIRO, Pedro. A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. (Orgs.). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. v. 3, p. 377-431.
- CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2006. 231 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2006.
- CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- COSTA ANDRADE, Manuel. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, 2º, p. 173-208, abr.-jun. 1992.
- D’AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo *versus* normativismo no direito penal contemporâneo. In: _____. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 15-39.
- D’AVILA, Fabio Roberto; GIULIANI, Emília Merlini. Novos e velhos problemas da lavagem de dinheiro. In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (Orgs.). *Perspectivas das Ciências Criminais: Coletânea em Homenagem aos 55 anos de Atuação Profissional do Prof. Dr. René Ariel Dotti*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, v. 1, p. 756-776.
- DIONYSOPOULOU, Athanassia. *Der Tatbestand der Geldwäsche*. Frankfurt a. M.: Peter Lang, 1998.
- DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 4, fasc. 2, abr.-jun 1994, p. 151-198.
- FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2010.
- FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de «Branqueamento» de Capitais*. Introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: Coimbra e RT, 2007.
- FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico*. Parte General. 3ª ed. Lima: Jurista Editores, 2014.
- GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). *Zeitschrift für Internationales Strafrecht*, 10. Jahrgang, Ausgabe 7-8/2015, p. 386 – 393.
- GROPP, Walter. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4. Auflage. Heidelberg: Springer, 2015.
- HART, Carolyn L. Money Laundering. *American Criminal Law Review*. Vol. 51, issue 4 (Fall 2014), p. 1449. Disponível em: <http://www.law.georgetown.edu/>. Acesso em: 09.05.2015.
- HARTMANN, Moritz. *Internationale Finanzströme und Geldwäsche: Eine spiegelbildliche Phänomenologie sicherheitsarchitektonischer Legislation*. Disponível em: http://www.m-und-k.nomos.de/fileadmin/kj/doc/Aufsatz_07_01_w.pdf. Acesso em: 20.04.2015.
- HELMERS, Gunnar. Zum Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB): Beispiel einer rechtsprinzipiell verfehlten Strafgesetzgebung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 121, Heft 3, 2009, p. 509-547.
- HENNING, Peter J. The challenges of fighting money laundering. *The New York Times*, 03 de ago. 2015, disponível em: http://www.nytimes.com/2015/08/04/business/dealbook/the-challenges-of-fighting-money-laundering.html?_r=0.
- HUND, Horst. Der Geldwäschetatbestand – mißglückt oder mißverstanden? *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 29. Jahrgang, Heft 5, 1996, p. 163-166.
- MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do Direito Penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. Coleção Direito GV. São Paulo: Editora 34, 2004.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la “participación” en el delito. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. P. 11-20, p. 91-123.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil I*. 4. Auflage. München: CH Beck, 2006.
- SAFIRE, William. Follow the proffering duck. *The New York Times*, 03 de ago. 1997, disponível em: <http://www.nytimes.com/1997/08/03/magazine/follow-the-proffering-duck.html>.
- SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. 179 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.
- SCHRÖDER, Christian; BERGMANN, Marcus. *Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss* (Why self-money laundering must remain exempt from punishment). Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2013.
- VERHAGE, Antoinette. *The Anti Money Laundering Complex and the Compliance Industry*. New York: Routledge, 2011.