

ISSN 2675-5920

REJURISTJ

Revista de Estudos Jurídicos
do Superior Tribunal de Justiça

Superior
Tribunal
de Justiça

REJURISTJ, BRASÍLIA, ANO. 2, N. 2, P. 1-486, DEZ. 2021.

O STANDARD PROBATÓRIO DO CRIME ANTECEDENTE NA LAVAGEM DE CAPITAIS*

THE EVIDENTIAL STANDARD OF THE ANTECEDENT CRIME IN MONEY LAUNDERING

Thiago Colnago Cabral

SUMÁRIO. 1 INTRODUÇÃO. 2 A FIGURA TÍPICA DA LAVAGEM DE CAPITAIS. 3 EPISTEMOLOGIA E STANDARD PROBATÓRIO. 4 O STANDARD PROBATÓRIO DO DELITO ANTECEDENTE NA LAVAGEM. 5 O PRODUTO ESPECÍFICO DA INFRAÇÃO ANTECEDENTE. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O exercício da jurisdição pressupõe a adoção de procedimento epistêmico de reconstrução da verdade no processo, a partir de *standard* probatório de suficiência das evidências para a validação de uma dada hipótese processual. No tocante à lavagem de dinheiro, tal procedimento precisa alcançar inclusive o reconhecimento da origem criminosa do produto lavado e, portanto, a própria existência do delito antecedente, que por sua autonomia não há necessariamente de ter sido julgado em definitivo. Imprescindível assim identificar adequadamente o nível de suficiência probatória para, em imputação de lavagem de dinheiro, concluir pela comprovação da origem ilícita de determinado patrimônio, sobretudo quando a prática do branqueamento esteja permeada pelo reconhecimento de atividade criminosa estável.

*ARTIGO RECEBIDO EM 04.10.2020 E APROVADO EM 04.10.2021.

Palavras-chave: Lavagem de capitais; crime antecedente; *standard* probatório.

ABSTRACT

The exercise of jurisdiction presupposes the adoption of an epistemic procedure for reconstructing the truth, based on a standard of sufficiency by evidences to the validation of a hypothesis. Regarding the money laundering, the epistemic procedure must also include the recognition of the criminal origin of the laundered product and, therefore, the effective existence of the previous crime, because it does not necessarily have to be judged definitively. Thus, it is essential identify the level of evidence sufficiency in money laundering by conclude about the illicit origin, especially when the practice of laundering is attributed a stable criminal activity.

Keywords: *Laundering money; Antecedent crime; Evidential standard.*

1 INTRODUÇÃO

A regulamentação da lavagem de capitais¹ pressupõe, invariavelmente, a prática de infração penal antecedente, a partir da qual o agente obtenha determinado produto, efetivo fruto da conduta típica, a ser objeto do branqueamento que é a essência do núcleo do tipo penal.

A despeito desta premissa e da inegável relação de dependência entre a infração penal antecedente e a lavagem de capitais, que estabelece

¹ Blanco Cordero faz distinção entre “blanqueo de capitales em sentido amplo, em referencia al proceso de legitimación de los bienes que podemos considerar manchados (dinero negro) debido a que en su origen es de carácter ilegal, y fundamentalmente originados fuera del control de las instituciones tributarias, y el blanqueo de capitales em sentido estricto, referido exclusivamente al proceso de reconversión de bienes de origen delictivo” (BLANCO CORDERO, 2015, p. 103). Tradução nossa: a lavagem de capitais em sentido amplo, em referência ao processo de legitimação dos bens que podemos considerar sujos (dinheiro negro) devido a sua origem de caráter ilegal e fundamentalmente originado fora do controle das instituições tributárias, e a lavagem de capitais em sentido estrito, referindo-se apenas à conversão dos bens de origem delitiva.

relação de prejudicialidade entre as infrações², é de se constatar que o reconhecimento do branqueamento não pressupõe necessariamente o prévio julgamento do delito antecedente, de modo que é possível a imputação, o processo e o julgamento da lavagem não apenas de modo autônomo, mas sem que a infração penal prévia tenha sido julgada por sentença penal condenatória, recorrível ou irrecorrível.

A referida prejudicialidade é de natureza homogênea, eis que tanto a lavagem quanto o delito antecedente são submetidos a julgamento por juízo criminal, pelo que não comporta a suspensão dos arts. 92 e 93 do CPP, até mesmo por força da regra da especialidade do art. 2º da Lei n.º 9.613, de 1998.

Neste contexto, é imprescindível que se possa identificar adequadamente qual o *standard* probatório, enquanto estipulação mínima determinante do grau de probabilidade de comprovação de uma hipótese³, referente ao delito antecedente, de modo a estabelecer tal critério fundamental ao processo e julgamento do crime de lavagem de capitais.

É exatamente este o objeto do presente estudo.

2 A FIGURA TÍPICA DA LAVAGEM DE CAPITALIS

A lavagem de dinheiro é o ato ou conjunto de atos empregados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem ilícita, enquanto

² José Carlos Barbosa Moreira sintetiza a questão da prejudicialidade nos seguintes termos: “se quisermos reduzir a matéria a um esquema simples, poderemos distinguir, *prima facie*, três posições fundamentais, facilmente caracterizáveis: (a) a controvérsia prejudicial, ao manifestar-se como tal em certo processo, já foi objeto de apreciação autônoma, principaliter, em processo anterior [...]. (b) A controvérsia surgida, em caráter prejudicial, sem anterior pronunciamento, ocasiona de maneira obrigatória ou facultativa, a suspensão do processo em que se manifesta, a fim de ser resolvida à parte, em juízo distinto: v.g. no direito brasileiro, as hipóteses previstas nos arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal. (c) A controvérsia prejudicial, ainda sem solução, é resolvida no mesmo processo em que se resolve a prejudicada” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1967, p. 62).

³ FERRER BELTRÁN, 2020, p. 778.

produto de prática delitiva antecedente, com o propósito de sua reinserção na economia regular com aparência de licitude⁴.

Assim, a definição dogmática da lavagem de capitais aqui adotada segue a posição de Blanco Cordero, indicando que “*el blanqueo de capitales es el 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*”⁵ (BLANCO CORDERO, 2015, p. 107).

O combate a tais condutas desenvolveu-se em escala global em relação diretamente proporcional ao avanço da chamada macrocriminalidade, sobretudo a partir da década de 1980, quando ilícitos de diversas naturezas,⁶ mas marcados pela transnacionalidade e por vultosos resultados financeiros, alcançam expressão em diversas partes do mundo⁷⁻⁸, exigindo o implemento de medidas de cooperação internacional para sua repressão e perseguição aos produtos dos ilícitos.

⁴ Pierpaolo Cruz Bottini explica que “o termo lavagem de dinheiro foi empregado inicialmente pelas autoridades norte-americanas para descrever um dos métodos usados pela máfia nos anos 30 do século XX para justificar a origem dos recursos ilícitos: a exploração de máquinas de lavar roupas automáticas” (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 29). Blanco Cordero apresenta detalhes do julgamento que, no *South District of Florida*, em 1982, empregou a expressão referente às práticas mafiosas, relatando haver se tratado de confisco de dinheiro, submetido a práticas de branqueamento, originado do tráfico de cocaína colombiana (BLANCO CORDERO, 2015, p. 98).

⁵ Tradução nossa: A lavagem de capitais é o processo em virtude do qual os bens de origem delitiva se integram ao sistema econômico legal com aparência de haver sido obtido de forma lícita.

⁶ Habitualmente, a noção de macrocriminalidade é relacionada, dentre outros, com os delitos de tráfico de entorpecentes e de pessoas, crimes de abuso de poder econômico e contra a livre concorrência, crimes contra a Administração Pública e crimes contra o sistema financeiro.

⁷ No Direito estrangeiro, a regulação da matéria se mantém atrelada à sua denominação original, ainda que sob um pontual enfoque distinto, como ressalta Pierpaolo Cruz Bottini: *money laundering* (EUA e Inglaterra), *geldwäsche* (Alemanha), *lavado de dinero* (Argentina), *riciclaggio* (Itália), *blanqueo* (Espanha), *branqueamento* (Portugal) e *blanchiment* (França). Baseado justamente no caráter transnacional da prática, Blanco Cordero adverte: “*consideramos deseable encontrar una expresión unitária para denominar tales actuaciones*” (BLANCO CORDERO, 2015, p. 100).

⁸ A Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613, de 1998, primeira regulamentação normativa da prática no ordenamento brasileiro, afastou expressamente o emprego do vocábulo branqueamento, escolhido em Portugal e Espanha, apesar da forte vinculação linguística do Brasil com estes

Foi, a propósito, justamente a transnacionalidade que exigiu uma *“mínima harmonização das legislações nacionais, voltada à compatibilização de seus preceitos e à facilitação de comunicações, atos e diligências conjuntas”* (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 31), o que restou efetivado fundamentalmente nas Convenções de Viena (1998), Palermo (2000) e Mérida (2003).

Conformou-se, então, nítido esforço mundial de repressão ao crime de lavagem de dinheiro, sobretudo ante a percepção de que ele é instrumento à efetiva materialização dos resultados patrimoniais decorrentes de práticas delitivas de enorme repercussão global, como o tráfico de drogas e os crimes contra o sistema financeiro.

O ordenamento nacional avançou na regulamentação do tema a partir da Lei n.º 9.613, de 1998⁹, posteriormente alterada pela Lei n.º 12.683, de 2012, que, dentre outras medidas, instituiu unidade nacional de inteligência financeira, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.

No cenário da alteração normativa da Lei n.º 9.613, de 1998, implementada basicamente pela edição da Lei n.º 12.638, de 2012, a mais significativa modificação do tipo está representada, destarte, pelo abandono da fórmula da indicação literal de condutas típicas que

países, considerando que “inserida no contexto da linguagem formal ou coloquial em nosso País, sugere a inferência racista do vocábulo, motivando estereis e inoportunas discussões” (item 13 da Exposição de Motivos).

⁹ Em paralelo, Blanco Cordero delimita em 4 etapas a evolução internacional da tipificação do delito de lavagem de capitais: a primeira, ocorrida nos EUA nos anos 70 do século passado, em que se inicia uma atuação preventiva de conservação de documentos e de comunicação de operações suspeitas com base no *The Currency and Foreign Transactions Reporting Act* de 1970; a segunda, ainda na década de 1980, em que instituída a previsão do crime de lavagem de capitais nos EUA pelo *Money Laundering Control Act* de 1986; a terceira, atinente à internacionalização de previsão do crime de lavagem de capitais, a partir da prática norte-americana, com base na Convenção das Nações Unidas contra ao tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988; e a última, a partir da aprovação das 40 Recomendações do GAFI, que estabelecem um combate global à lavagem de capitais, sob um ponto de vista integral, de enfoques preventivo e repressivo (BLANCO CORDERO, 2015, pp. 114-115).

poderiam servir de infração penal antecedente à lavagem, o que denota opção legislativa de ampliar o espectro de condutas submetidas à tutela penal do branqueamento.

É de se ver, ademais, que a lavagem de capitais exige do autor um elemento subjetivo de reinserção do produto do ilícito no mercado econômico com aparência de licitude, não se satisfazendo, então, com providências de mero exaurimento do benefício material do delito antecedente, pelo que Pierpaolo Bottini adverte que “*não se trata de um simples ato de ocultação, de um mero esconder bens de origem delitativa, mas de uma atividade voltada à simulação, à confecção de uma roupagem legítima a recursos escusos*” (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 32).

Tal percepção justifica a distinção doutrinariamente feita acerca das etapas da lavagem de dinheiro¹⁰, conquanto nem sempre tais medidas sejam implementadas em unidades temporais estanques, consistentes na ocultação dos produtos auferidos com o ilícito, passando pelas operações intermediárias de dissimulação da fonte ilícita dos bens e se aperfeiçoando com medidas de reinserção do patrimônio na economia formal com aparência de licitude.

A identificação destes atos é medida salutar na distinção entre o delito de lavagem e os atos de mero exaurimento do delito antecedente.

3 EPISTEMOLOGIA E STANDARD PROBATÓRIO

A formatação de um processo democrático, em oposição a uma concepção autoritária do dito instrumento, para invocar a classificação de Ferrajoli¹¹, não se compadece apenas com a adoção de formalidades puramente exteriores ao ato de julgar e com as garantias e direitos

¹⁰ Segundo Blanco Cordero, a distinção das fases promovida pela doutrina tem premissa as 40 Recomendações do GAFI, que permite justamente a identificação das etapas de ocultação, dissimulação e reinserção. Nas doutrinas estrangeiras, a classificação é a mesma, observadas as adaptações linguísticas: *colocación, ensombrecimiento e integración* (Espanha) ou *placement, layering e integration* (Estados Unidos) (BLANCO CORDERO, 2015, pp. 73-75).

¹¹ FERRAJOLI, 2014, p. 39.

referentes à tramitação da ação penal, exigindo, em complementação, que o julgamento tenha por lastro uma reconstrução histórica válida dos fatos, em procedimento cognitivo lógico compatível com a apuração racional da verdade¹².

Destarte, a mera referência a uma garantia de livre convencimento ou *sana crítica*, na expressão de Ferrer Beltrán, não se presta à dita finalidade. É imprescindível que o exercício da jurisdição esteja lastreado em exercício epistêmico, fundado em exame cognitivo, racional, e não heurístico, das provas, viabilizando e legitimando uma atividade jurisdicional fundada na verdade, elemento imprescindível de validação do exercício da jurisdição, enquanto faceta da soberania estatal.

No pormenor, o processo se vale da epistemologia, enquanto teoria filosófica da cognição, para a reconstrução histórica e racional dos fatos relevantes a partir das hipóteses processuais¹³, o que Taruffo denomina de heterointegração da sentença¹⁴, sobretudo porque *“a decisão racionalmente orientada permite que a escolha da hipótese fática tida como verdadeira, por encontrar maior suporte nas provas dos autos, possa ser intersubjetivamente controlável”* (BADARÓ, 2019, p. 76).

São justamente tais fundamentos epistêmicos que legitimam, juntamente com os demais requisitos ao exercício válido da jurisdição, o exercício do poder estatal, na medida em que indicam as razões da escolha desta ou daquela hipótese processual pelo juiz, a par de viabilizar o controle intersubjetivo da decisão, requisito fundamental da faceta democrática de processo.

¹² O termo verdade é aqui empregado a partir dos trabalhos de Susan Haack (HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: Unesp, 2002) e de Alfred Tarski (TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**. São Paulo: Unesp, 2007).

¹³ Quanto ao tema, adverte Gustavo Badaró a prevalência do procedimento valorativo a partir de uma probabilidade indutiva ou lógica, do tipo baconinano, mas não matemático, a partir dos moldes de Cohen (BADARÓ, 2019, p. 77). No mesmo sentido, FERRER BELTRÁN, 2020, p. 782.

¹⁴ TARUFFO, 2002, p. 247.

Todavia, ainda assim, é imprescindível a definição de suficiência probatória de validação de dada hipótese na relação processual, de modo que permitir que, em cada relação processual, o julgador, quando do julgamento, e as partes, no exercício do controle recursal do decidido, possam identificar se o acervo foi suficiente à comprovação de dada posição processual.

Em outros termos, o viés democrático de um dado ordenamento não pode ser garantido apenas pela previsão de direitos aplicáveis à tramitação da ação penal, compondo uma noção garantista do devido processo legal, sendo imprescindível que se viabilize instrumento eficaz de controle intersubjetivo das decisões judiciais, conjugando um procedimento epistêmico e parâmetros de acreditação, de suficiência, de dada hipótese no processo.

Denominam-se *standards* probatórios estes critérios, que se revestem de deliberação política, preferencialmente fixada em lei, quanto à distribuição dos erros de julgamento e, ainda, por uma fixação gradual, sendo a admissão da peça acusatória a de menor nível de rigor, contra a sentença penal condenatória, que tem o maior nível de exigência para acreditação.

Logo, os *standards* probatórios¹⁵, enquanto níveis de acreditação exigidos para dada medida jurisdicional, são guias da valoração racional, na medida em que definem o grau de exigência probatória para a validação de dada hipótese como verdadeira, consoante define Ferrer Beltrán¹⁶:

¹⁵ A título exemplificativo, o Brasil (art. 386 – “*prova suficiente para a condenação*”), a Colômbia (art. 372 – “*más allá de duda razonable*”), o Chile (art. 340 – “*más alla de toda duda razonable*”), a Itália (art. 533 – “*l'imputato risulta colpevole*”), alguns com maior, outros com menor, suficiência isoladamente considerada, declinam o *standard* probatório máximo, correspondente à prolação de sentença penal condenatória. Também os instrumentos internacionais são do mesmo sentido, ressaltando a presunção de importância no art. 66 do Estatuto de Roma (“*toda pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal*”).

¹⁶ Ferrer Beltrán justifica que “*a determinação do nível de exigência a partir da definição do standard de prova não incide sobre a diminuição dos erros, mas, ao revés, sobre a distribuição dos riscos de erros entre as partes. Destarte, a razão principal para determinar o grau de exigência probatória onde se situará o standard tem a ver com a distribuição do risco de erro (falsas condenações e falsas absolvições) que se estima aceitável, o que supõe claramente uma decisão político-moral*” (FERRER BELTRÁN, 2020, p. 785).

considerando o raciocínio probatório em termos probabilísticos, bem como que a certeza racional sobre uma hipótese fática é inalcançável, torna-se imprescindível, então, a estipulação de regras, que são denominadas *standards* de prova, a fim de que se determine o grau de probabilidade a partir do qual se está disposto a dar por provada a hipótese (FERRER BELTRÁN, 2020, p. 778).

Não há como negar, é verdade, que o estabelecimento do *standard* probatório normalmente é implementado por expressões dotadas de certo grau de vagueza e de abstração (*v.g.* indícios suficientes), o que também exige que o procedimento epistêmico de julgamento indique o *iter* racional promovido no julgamento¹⁷.

No Brasil são habituais as referências às expressões *indícios suficientes* e *prova para além de qualquer dúvida razoável* para designar os *standards* probatórios, de modo bem assemelhado ao direito norte-americano, que se vale da noção de prova clara e convincente (*beyond any reasonable doubt*), e ao direito italiano com menções regulares à *oltre ragionevole dubbio*.

A relação entre a epistemologia judiciária e os *standards* probatórios, dirigida à reconstrução histórica dos fatos em julgamento e à definição da verdade do processo, é assim sintetizada por Gustavo Badaró:

a justificação do juízo de fato no processo penal exige que, na fundamentação da sentença, o juiz argumentando as razões de uma decisão epistemologicamente correta, com inferências lógicas que expliquem as questões de fato, de acordo com todas as provas produzidas, indicando as opções e escolhas sobre o grau de resistência da hipótese acusatória em relação às outras hipóteses diversas ou antagônicas, à luz do *standard* de prova da alta probabilidade lógica, necessário para que possa concluir como provada uma afirmação de fato,

¹⁷ Tanto assim que o art. 192 do Código de Processo Penal italiano prescreve: *Art. 192 (Valutazione della prova) - 1. Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.*

sendo, dessa forma, considerada verdadeira (BADARÓ, 2019, p. 91).

A legislação chilena, especificamente no art. 297 do Código de Processo Penal, detalha a conjugação da exigência epistêmica com o estabelecimento de *standards* probatórios, na reconstrução da verdade nas relações processuais:

Valoración de la prueba.

Artículo 297. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

*La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada un de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.*¹⁸

O detalhamento do procedimento epistêmico de apreciação e julgamento das hipóteses no processo permite identificar, dogmaticamente, dois momentos de julgamento, conquanto a distinção prática das citadas oportunidades enfrente evidentes dificuldades, sendo um contexto da valoração e um contexto da justificação.

¹⁸ Tradução livre: Valoração da prova. Artigo 297. Os tribunais apreciarão a prova com liberdade, mas não poderão contradizer os princípios da lógica, as máximas de experiência e os conhecimentos cientificamente garantidos. O tribunal deverá considerar na fundamentação toda a prova produzida, inclusive aquela que houver desconsiderado, indicando neste caso as razões que considerou para fazê-lo. A valoração da prova na sentença requer a indicação dos meios de prova mediante os quais se deram por acreditados cada um dos fatos e circunstâncias que se consideraram provadas. Esta fundamentação deverá permitir a reprodução do raciocínio utilizado para alcançar as conclusões a que se chegou na sentença.

No contexto da valoração, o julgador *“desenvolve a verificação de qual hipótese fática encontra maior suporte na prova produzida que lhe corrobora, bem como se resiste a hipóteses contrárias que tenham suporte em elementos de prova mais fracos”* (BADARÓ, 2019, p. 72).

Já o contexto da justificação pressupõe um exercício político-valorativo, de essência axiológica, que tem lastro justamente na identificação do *standard* probatório, tendo em vista que *“trata-se da atividade realizada após a valoração da prova e a tomada de decisão pelo julgador”* (BADARÓ, 2019, p. 73), retratando uma justificação da decisão já tomada.

4 O STANDARD PROBATÓRIO DO DELITO ANTECEDENTE NA LAVAGEM

Neste contexto, é fundamental identificar o *standard* probatório relativamente ao delito prévio da lavagem de capitais, tanto para fins de admissibilidade da peça acusatória, quanto em relação à prolação de sentença penal condenatória, especificamente nos casos de julgamento separado, sem prévia decisão acerca da ação penal pelo delito antecedente.

No pormenor, não custa lembrar que a falta de julgamento do delito prévio não estabelece obstáculo ao processo e julgamento do subsequente de lavagem de capitais:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. LEI Nº 7.492/86, ARTS. 4º, 16 E 22, PARÁGRAFO ÚNICO. CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO. LEI Nº 9.613/98, ART. 1º, VI E VII C/C ARTIGO 1º, § 1º, II C/C ARTIGO 1º, § 2º, II C/C ARTIGO 1º, § 4º. CONEXÃO HÁBIL A FIXAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO PREVENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA QUE PREJUDICA A ANÁLISE DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA DA INÉPCIA DA DENÚNCIA. COMPATIBILIDADE ENTRE OS CRIMES DOS ARTIGOS 4º E 16 DA LEI 7.492/86. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DE

PROVA NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS.
PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

[...]

5. O processo e julgamento do crime de lavagem de dinheiro é regido pelo Princípio da Autonomia, não se exigindo, para que a denúncia que imputa ao réu o delito de lavagem de dinheiro seja considerada apta, prova concreta da ocorrência de uma das infrações penais exaustivamente previstas nos incisos I a VIII do art. 1º do referido diploma legal, bastando a existência de elementos indiciários de que o capital lavado tenha origem em algumas das condutas ali previstas.

6. A autonomia do crime de lavagem de dinheiro viabiliza inclusive a condenação, independente da existência de processo pelo crime antecedente.

7. É o que dispõe o artigo 2º, II, e § 1º, da Lei nº 9.613/98: “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; § 1º 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.”

8. A doutrina do tema assenta: “Da própria redação do dispositivo depreende-se que é suficiente a demonstração de indícios da existência do crime antecedente, sendo desnecessária a indicação da sua autoria. Portanto, a autoria ignorada ou desconhecida do crime antecedente não constitui óbice ao ajuizamento da ação pelo crime de lavagem. [...] Na verdade, a palavra ‘indício’ usada na Lei de Lavagem representa uma prova dotada de eficácia persuasiva atenuada (prova semiplena), não sendo apta, por si só, a estabelecer a verdade de um fato, ou seja, no momento do recebimento da denúncia, é necessário um início de prova que indique a probabilidade de que os bens, direitos ou valores ocultados sejam provenientes, direta ou indiretamente, de um dos crimes antecedentes.

Não é necessário descrever pormenorizadamente a conduta delituosa relativa ao crime antecedente, que pode inclusive sequer ser objeto desse processo (art. 2º, II, da Lei 9.613/98), mas se afigura indispensável ao menos a sua descrição resumida, evitando-se eventual argüição de inépcia da peça acusatória, ou até mesmo trancamento da ação penal por meio de habeas corpus. [...] De se ver que, no momento do recebimento da denúncia, a lei exige indícios suficientes, e não uma certeza absoluta quanto à existência do crime antecedente” (in Luiz Flávio Gomes - Legislação Criminal Especial, Coordenador Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, Lavagem ou Ocultação de Bens – Renato Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 588-590).

9. In casu, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça observou que a ausência de justa causa que justificaria o trancamento da ação penal seria aquela que evidenciasse clara causa extintiva de punibilidade ou fato narrado atípico, verbis: “O fato de não estar, de imediato e cabalmente comprovada a ocultação de valores, não indica a impossibilidade de manutenção da ação penal, sobretudo por estarem presentes indícios fortes da ocorrência criminosa.

(STF, HC n.º 93.368, Min. Luiz Fux, DJ 25/08/2011)

Logo, para fins de admissibilidade da denúncia por lavagem de capitais, é prescindível, logo não é exigível prova para além de qualquer dúvida razoável quanto ao delito antecedente, bastando para tanto a existência de indícios quanto à infração antecedente e à prática do branqueamento, o que faz com que parte da doutrina se refira, na espécie, a uma *dúplice* justa causa.

Relevante sublinhar entretanto que, apesar de a autonomia redundar na desnecessidade de que exista condenação prévia acerca do delito antecedente para recebimento da denúncia, a falta de ajuizamento de ação penal quanto ao delito prévio - o que indica a inexistência de indícios mínimos definidores da justa causa - sinaliza a impossibilidade de

se reconhecer como demonstrada a origem ilícita na imputação de lavagem na fase de seu julgamento¹⁹.

Destarte, a falta de ajuizamento de ação penal pelo crime antecedente inviabiliza o reconhecimento em sentença da prática de lavagem de capitais.

De outro lado, os tais indícios, especificamente quando agregados aos requisitos próprios de cada medida cautelar aplicável (*v.g. “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”* – art. 312 do CPP e *“indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”* – art. 216 do CPP), bastam à acreditação de uma hipótese processual referente às ditas cautelares, servindo destarte como *standard* probatório.

A questão que se coloca, então, tangencia ao *standard* do delito antecedente na fase de julgamento, devendo ser registrado que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no seguinte precedente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. ALEGAÇÃO DE INOCORRÊNCIA DE CONTINUIDADE DELITIVA E HABITUALIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO CRIME ANTECEDENTE. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DE MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS PELA CORTE A QUO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE COMO SE DEU A VIOLAÇÃO ALEGADA AO ART. 157 DO

¹⁹ PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DO CRIME ANTECEDENTE. ABSOLVIÇÃO. Embora o processo penal pelo delito de lavagem de dinheiro possa ser instaurado independentemente da ação penal pelo crime antecedente, o não oferecimento da denúncia pelos crimes contra a administração que teriam gerado lucro ilícito a ser ocultado/dissimulado após três anos da propositura desta ação penal demonstra que nem mesmo o órgão acusatório conseguiu reunir provas mínimas para deflagrar a persecução criminal em juízo por aqueles fatos, tornando temerária a imposição de um édito condenatório pelo crime do artigo 1º, V, da Lei 9.613/98 tão somente a partir de provas coligidas unilateralmente na fase investigatória. (TRF4, ACR 0023208-89.2009.4.04.7100, 8ª Turma, Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, D.J. 21/08/2012).

CPP (ANTIGA REDAÇÃO). SÚMULA 284/STF. DETRAÇÃO PENAL. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NE REFORMATIO IN PEJUS. REGIME PRISIONAL FECHADO.

[...]

IV - Para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, não é necessária a prova cabal do crime antecedente, mas a demonstração de “indícios suficientes da existência do crime antecedente”, conforme o teor do §1º do art. 2º da Lei 9.613/98. (Precedentes do STF e desta Corte)

[...]

Não conhecidos os recursos do MPF e de CAP.

Conhecido parcialmente e parcialmente provido o recurso de LRB.

(REsp 1133944/PR, Min. Félix Fischer, 5ª Turma, j. 27/04/2010, DJe 17/05/2010)

Não há como deixar de constatar, em uma primeira plana, o emprego da mesma expressão *indícios suficientes* em contextos distintos (recebimento da denúncia e sentença condenatória), o que retrata certa inexatidão, tendo em vista que, dado o caráter progressivo dos *standards* de prova, é evidente que o umbral exigido para a imposição da sanção penal há de ser superior àquele definido para a admissão da denúncia.

De outro lado, também não há como deixar de constatar que a posição encampada é no sentido de que, em relação à infração penal antecedente, não se exige prévia condenação criminal, que está atrelada à existência de *prova para além de qualquer dúvida razoável*, mas apenas uma demonstração suficiente, ainda que mais graduada do que aquele referente à admissão da acusação.

A conjugação de tais premissas, então, induz à percepção de que, de fato, o *standard* probatório referente ao delito antecedente, na lavagem de capitais, é superior aos *indícios suficientes* necessários ao recebimento da denúncia, mas também é inferior do que a *prova para além de qualquer*

dúvida razoável, a despeito do emprego, nas duas situações, da expressão *indícios suficientes*.

A indicação do equívoco do emprego da expressão *indícios suficientes* em relação ao *standard* de prova da fase de sentença, especificamente em razão da exigência de uma graduação mais elevada, a propósito, é aferível até mesmo da Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613, de 1998, que, em seu item 61, registra exatamente que “*a suficiência dos indícios relativos ao crime antecedente está a autorizar tão-somente a denúncia devendo ser outro o comportamento em relação a eventual juízo condenatório*”²⁰.

Neste toar de ideais, é possível identificar então que o *standard* de prova para a prolação da sentença condenatória de lavagem de capitais, quanto ao delito antecedente, é o de uma *probabilidade elevada*, efetivamente qualificada, situada, em ordem de gradação, entre os parâmetros dos *indícios suficientes* e da *prova para além de qualquer dúvida razoável*.

Sobre o tema, Mercedes Herrera Guerrero detalha:

Según Galvez Villegas sólo se debe probar una conexión entre el lavado de activos y las actividades criminales, y será por tanto, suficiente que existan indicios razonables que vinculen los activos con la actividad criminal. Afirma, asimismo que estos indicios no necesitan ser de la misma magnitud de los que se necesitan para acreditar un delito, sin indicios de menor intensidad probatoria pero que sean idóneos para descartar la procedencia lícita de los activos materia de lavado y que vinculen los activos con las actividades criminales (GUERRERO, 2020, p. 8)²¹.

²⁰ Disponível: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf/view>. Consultado em 20 de junho de 2020.

²¹ Tradução nossa: Segundo Galvez Villegas só é possível provar a conexão entre a lavagem de capitais e as atividades criminais, e será portanto, suficiente que existam indícios razoáveis que vinculem o patrimônio com a atividade criminal. Afirma, assim mesmo que estes indícios não necessitam ser da mesma magnitude dos necessários para acreditar um delito, sim indícios de menor intensidade probatória mas que seja indôneos para descartar a procedência lítica dos ativos objeto da lavagem e que vinculem os ativos com as atividades criminais.

Destarte, à míngua de uniformidade linguística, é possível concluir que, em relação à lavagem de capitais subsequente, o *standard* probatório do delito antecedente, enquanto nível de validação da hipótese processual de sua prática e da obtenção do produto branqueado, é o de uma *probabilidade elevada*, situada em padrão superior aos *indícios suficientes* necessários ao recebimento da denúncia e à decretação de medidas cautelares, mas, de outro lado, inferior ao patamar da *prova para além de qualquer dúvida razoável*, extraído do art. 386 do CPP e amplamente aplicável no direito estrangeiro.

Imperioso, todavia, ressaltar que a dita conclusão não encontra uniformidade na doutrina, colocando-se Gustavo Badaró em expressa oposição ao sustentado:

A resposta deve ser buscada na garantia da presunção de inocência em seu aspecto de regra de julgamento para o processo penal. Em relação a todos os elementos do delito, a condenação penal exige prova plena, capaz de afastar qualquer dúvida razoável de sua existência. Em outras palavras, vigora em sua plenitude o *in dubio pro reo* [...]. Em suma, nem a Lei n.º 9.613/1998, nem a Constituição, autorizam que, no caso do crime de lavagem de dinheiro, possa ser proferida sentença condenatória apenas com base em indício suficiente da existência do crime antecedente. (BADARÓ; BOTTINI, 2016, pp. 321-323).

Os fundamentos da objeção são, inequivocamente, irrepreensíveis, entretanto, ainda assim, parece serem suficientemente atendidas suas exigências quando se constata, como feito no presente, que o *standard* probatório em relação ao delito antecedente na lavagem de capitais, para a sentença condenatória, é o de uma *probabilidade elevada*, superior portanto ao umbral do *indício suficiente*, até mesmo porque atende à exigência do *in dubio pro reo*.

5 O PRODUTO ESPECÍFICO DA INFRAÇÃO ANTECEDENTE

A identificação do *standard* probatório aplicável ao delito antecedente para fins de condenação em relação à lavagem de capitais, no sentido de que se exige verificação altamente provável da hipótese

condenatória, ainda que retratada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pela expressão *indícios suficientes*, traz ao debate um outro aspecto.

Tal aspecto se refere especificamente à situação em que, conquanto acreditada validamente, mediante *probabilidade elevada*, a hipótese da prática da infração penal antecedente, não suficientemente identificado um produto específico, certo e determinável, submetido à lavagem de capitais.

Em outros termos, o ponto é identificar se o reconhecimento de uma atividade criminosa estável e perene, própria das descrições típicas das organizações criminosas (*v.g.* art. 35 da Lei n.º 11.343, de 2006; e art. 2º da Lei n.º 12.850, de 2013), atende ao nível de acreditação da *probabilidade elevada* mesmo no caso em que não seja possível estabelecer um liame causalístico entre dado delito pontual e determinado resultado criminoso concreto.

No âmbito do direito internacional, precedente relevante foi estabelecido pela *Supreme Court of the United States*, no julgamento *US versus Efrain Santos and Benedicto Diaz*.²²

No julgamento, que tinha por objeto imputação de lavagem de proventos auferidos em razão da prática de uma espécie de loteria informal, desautorizada pelos órgãos locais de regulamentação do mercado, que, por tal motivo, acabava por configurar prática delitativa semelhante àquelas previstas no Brasil em relação à economia popular e às relações de consumo.

Na hipótese, se apreciou o *standard* probatório a partir da interpretação da expressão *proceeds*, prevista no *Money Laundering Act*, afirmando-se o seguinte:

The Convention defines the term “proceeds” to mean “any property derived from or obtained, directly or indirectly, through the commission of an offence.” The money

²² Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1005.pdf>. Acessado em 14 de junho de 2020.

laundering provision of the Convention thus covers gross receipts.

The term “proceeds” is given a similarly broad scope in the Model Money Laundering Act (Model Act). See President’s Commission on Model State Drug Laws, Economic Remedies, §C (1993). Section 5(a)(1) of the Model Act criminalizes transactions involving property that is “the proceeds of some form of unlawful activity,” and the Model Act defines “proceeds” as “property acquired or derived directly or indirectly from, produced through, realized through, or caused by an act or omission... includ[ing] any property of any kind,” (...).

Fourteen States have money laundering statutes that define the term “proceeds,” and in every one of these laws the term is defined in a way that encompasses gross receipts (...). This pattern of usage is revealing. It strongly suggests that when lawmakers, knowledgeable about the nature and problem of money laundering, use the term “proceeds” in a money laundering provision, they customarily mean for the term to reach all receipts and not just profits.²³

A partir de uma discussão acerca das noções de produto da infração e de receitas decorrentes da prática ilícita, que no caso era relativamente particular dada à natureza da infração precedente (manutenção de espécie de loteria informal), a *Supreme Court* promoveu interpretação ampla em relação ao produto do delito para fins de lavagem de capitais.

²³ Tradução nossa: A Convenção define o termo “receitas” significando “qualquer propriedade derivada ou obtida, direta ou indiretamente, através de prática de um ilícito”. A cláusula da lavagem de direito na Convenção considera portanto as receitas brutas. O termo “receitas” também tem uma previsão ampla na Legislação Modelo de Lavagem de Capitais. A Seção 5 (a) (1) da Lei Modelo criminaliza as transações envolvendo propriedade que seja “o produto de alguma forma de atividade ilegal”, e a Lei Modelo define “receita” como “propriedade adquirida ou derivada direta ou indiretamente de, produzida por meio de, realizado por meio de, ou causado por um ato ou omissão, incluindo qualquer propriedade de qualquer tipo [...]. Quatorze Estados têm estatutos de lavagem de dinheiro que definem o termo “produto”, e em cada uma dessas leis o termo é definido de uma forma que abrange as receitas brutas [...]. Esse padrão de uso é revelador. Isso sugere fortemente que quando os legisladores, conhecedores da natureza e do problema da lavagem de dinheiro, usam o termo “receita” em uma cláusula de lavagem de dinheiro, eles normalmente querem que o termo alcance todas as receitas e não apenas os lucros.

Da dita exegese é possível identificar, sem grande dificuldade, uma percepção de que, para identificação da *probabilidade elevada* referente ao produto ilícito da infração antecedente, a Corte concluiu pela desnecessidade de estabelecer um liame específico entre cada operação e um determinado resultado financeiro.

Conquanto tal questão não tenha sido objeto de questionamento direto das partes, pelo que debatida apenas sob aspecto secundário, é perceptível que a *Supreme Court* se vale de uma noção de atividade criminosa – devidamente validada no enfoque de uma *probabilidade elevada* – para, a partir de então, reconhecer a prática de lavagem de capitais, especificamente com lastro na percepção de um descompasso patrimonial dos envolvidos.

Pois bem.

A questão que se coloca, destarte, é identificar a extensão da aplicabilidade do dito posicionamento, reconhecendo o atendimento ao nível de acreditação da *probabilidade elevada* para a lavagem de capitais nas situações em que, configurada uma atividade criminosa, não se possa definir uma relação direta entre certo delito e um respectivo produto.

Quanto a um primeiro enfoque do tema, não há como deixar de ver que, seja pelos instrumentos convencionais cogentes, seja pela influência das prescrições de *soft law*, as prescrições típicas acerca da lavagem de capitais se apresentam estruturalmente muito semelhantes nos mais variados países.

Ainda neste pormenor, a propósito, é de se constatar uma gradativa ampliação mundial do tratamento da lavagem de capitais, com o nítido propósito de endurecimento das legislações nacionais, consoante se identifica, por exemplo, da Diretiva 2018-1673, da União Europeia, aprovada pelo Parlamento Europeu em 23 de outubro de 2018, com exigibilidade para os Estados Membros a partir de dezembro de 2022, cujo considerando n.º 12 prescreve o seguinte²⁴:

(12) Com vista a que as medidas de direito penal sejam eficazes no combate ao branqueamento de

²⁴ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1673&from=pt>. Consultada em 14 de maio de 2020.

capitais, deverá ser possível haver uma condenação sem que seja necessário determinar com precisão qual a atividade criminosa que gerou os bens, ou que haja uma condenação anterior ou simultânea por essa atividade criminosa, tendo simultaneamente em conta todas as circunstâncias e elementos de prova pertinentes.

A própria legislação brasileira, ainda que sem relação direta com a dita Diretiva, vem retratando há algum tempo a ampliação do tratamento punitivo quanto à lavagem de capitais, consoante se infere, por exemplo, da alteração do art. 91 do Código Penal, primeiro pela Lei n.º 12.964, de 2012, e depois pela Lei n.º 13.964, de 2019.

Pela modificação legislativa promovida pela Lei n.º 12.964, de 2012, a noção de produto do crime vinculada a proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (art. 91, II, alínea *b*, do CP), que originalmente haveria de ser objeto de perdimento, teve seu regime jurídico substancialmente alterado, na hipótese de não localização do produto ou sua identificação no exterior, de modo a viabilizar a imposição de perdimento de bens ou valores equivalentes ao produto do crime (art. 91, §1º, do CP), em uma típica sub-rogação.

Não bastasse isto, a Lei n.º 13.964, de 2019, passou a emprestar o mesmo tratamento jurídico, impondo o perdimento como se produto de crime fosse, à diferença entre o valor do patrimônio do agente e aquele compatível com os seus rendimentos lícitos do agente, nos casos de condenações por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão (art. 91-A do CP).

A percepção, destarte, é de existência de uma modificação do regime legal, de maneira a ampliar a medida de perdimento patrimonial na hipótese de condenação criminal transitada em julgado, a todo patrimônio destituído de comprovado lastro lícito, no denominado confisco alargado, em uma quase presunção de sua origem delitiva.

É possível, destarte, identificar uma extensão mundial de medidas típicas de confisco, em uma modalidade alargada, retratando a ampliação de uma política internacional de combate ao produto patrimonial de uma atividade ilícita, mesmo que não se possa estabelecer objetivamente uma relação direta entre o dito patrimônio e uma prática ilícita específica (*v.g.*

aquisição de determinado veículo com a receita auferida a partir da venda de certa carga de entorpecentes).

O ponto, então, é inferir se o dito cenário mundial, de substantivas e representativas alterações referentes ao tratamento jurídico do produto das infrações delitivas, é capaz de modificar as conclusões encampadas em relação ao *standard* de provas do delito antecedente na lavagem de capitais.

A matéria recoloca a questão do *standard* de provas na lavagem de capitais, tendo em vista que, nesta leitura, não apenas se revelaria acreditada com base em uma *probabilidade elevada*, referida pelo Superior Tribunal de Justiça como *indícios suficientes*, mas também quando a dita probabilidade não seja suficiente para estabelecer uma relação direta entre um delito específico e o produto lavado.

Sobre o tema, Mercedes Guerrero posiciona-se:

En la doctrina nacional se ha discutido también acerca de si es necesario probar la vinculación del delito fuente con todas sus circunstancias de espacio y tiempo; o si por el contrario, sería suficiente probar la vinculación de los activos con una actividad delictiva en general, no circunstanciada.

Esta no parece ser una cuestión sustantiva si no procesal, en la medida que se refiere al derecho de defensa, concretamente al principio de imputación necesaria que hace posible que un sujeto investigado por lavado de activos pueda plantear una defensa adecuada a partir de una tesis fiscal concreta. Sin una hipótesis clara acerca de un delito concreto, el respecto a la vigencia de los principios procesales antes mencionados devendría en ilusorio. El Decreto Legislativo 1106 que regula el delito de lavado de activos en nuestro país, si bien tiene una clara finalidad represiva, debe ser interpretado teniendo en cuenta garantías penales y procesales mínimas, una de ellas, de gran relevancia en todo proceso penal en un Estado de Derecho, es precisamente el principio de imputación necesaria (GUERRERO, 2020, p. 6).²⁵

²⁵ Tradução nossa: A doutrina nacional também discutiu se é necessário provar a ligação do crime fonte com todas as suas circunstâncias de espaço e tempo; ou se, ao contrário, bastasse comprovar a vinculação do patrimônio à atividade criminosa em geral, não circunstancial.

Essa questão não parece substantiva, senão processual, na medida em que se refere ao direito de

Apreciando diretamente a questão, a *Corte Suprema de Justicia del Perú* vem sublinhando a necessidade – para fins de atingimento do *standard* probatório para a condenação em relação ao delito de lavagem de capitais – de identificação de uma operação concreta, específica, de aquisição de dado patrimônio de modo ilícito, o qual, por sua vez, é posteriormente submetido a procedimento de branqueamento, como se pode identificar no julgamento do recurso n.º 3036-2016²⁶.

O Tribunal Supremo da Espanha, todavia, já se manifestou especificamente sobre o tema em sentido diametralmente oposto, por exemplo na Resolução n.º 331/2017, que tem por objeto a lavagem de capitais decorrente do tráfico de entorpecentes²⁷.

O julgamento registra que um dos réus da imputação da lavagem fora condenado pela introdução de quase 3 toneladas de cocaína na Europa, pela Praia de Arnela de Lourido, em Muxia, na região de Corunha, na Espanha.

A prática de tráfico em comento, que fora objeto de flagrante em 2009, foi identificada em procedimento investigativo mais amplo, que tinha por objeto o envolvimento do agente com o tráfico de drogas desde o ano de 2007.

Em outras palavras, apesar de a investigação haver identificado uma atividade criminosa organizada e estável, dedicada ao tráfico de

defesa, especificamente ao princípio da imputação necessária que permite a um sujeito investigado por lavagem de dinheiro apresentar defesa adequada com base em tese tributária. concreto. Sem uma hipótese clara sobre um crime específico, o respeito pela validade dos princípios processuais acima mencionados tornar-se-ia ilusório. O Decreto Legislativo 1106 que regulamenta o crime de lavagem de dinheiro em nosso país, embora tenha uma finalidade clara e repressiva, deve ser interpretado levando-se em consideração as garantias penais e processuais mínimas, uma delas, de grande relevância em todos os processos penais de um Estado do Direito, é justamente o princípio da imputação necessária.

²⁶ Disponível: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/332f9600429a550e92fbfec86e9ce4f5/RN+3036-2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=332f9600429a550e92fbfec86e9ce4f5>. Consultado em 24 de maio de 2020.

²⁷ Disponível: <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/41ae329bb5b28a56/20170601>. Consultado em 18 de abril de 2020.

drogas desde 2007, só foi reconhecida uma operação concreta de alienação de entorpecentes, ocorrida em 2009, em relação à qual o envolvido foi processado e condenado.

Em seguida, especificamente em relação à lavagem de capitais, o julgado identificou que, entre 2004 e 2011 e, portanto, antes mesmo do fato objeto da específica condenação anterior por tráfico, os réus da imputação de lavagem, sendo um deles justamente o réu condenado pelo tráfico, haviam adquirido imóveis, empresas, veículos e embarcação ao custo aproximado de € 225 mil.

O julgamento registrou, ademais, que os rendimentos lícitos comprovados dos envolvidos em todo o período não superavam € 11 mil, o que sinaliza um descompasso patrimonial não justificado, agravado pela constatação de que os agentes empregaram interposta pessoa para compor a formação societária de empresa sediada no Uruguai²⁸.

A Corte promoveu extenso e cuidadoso encontro de contas relativamente aos acusados, listando as despesas comprovadamente havidas pelos envolvidos na aquisição de patrimônio, confrontando-a com a absoluta falta de demonstração de suas receitas.

Na espécie, o debate é travado sob o enfoque da presunção de inocência, na medida em que a defesa sustenta inexistirem provas suficientes para a condenação dos envolvidos pela prática da lavagem de capitais, ou seja, não haver sido alcançado o *standard* probatório referente ao delito antecedente.

Da fundamentação do julgado, consta o seguinte:

La doctrina de esta Sala viene estableciendo que para la condena por un delito de “blanqueo” de capitales de procedencia ilegal – partiendo de la premisa de que no es precisa la condena previa del delito base del que proviene el capital objeto de blanqueo – la prueba indiciaria aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de

²⁸ A referência ao patrimônio lícito do envolvido remete, não há como deixar de constatar, à questão da mescla de capitais, que inequivocamente influi na demonstração da prática da lavagem de capitais mas, noutro plano, a falta de capital de origem válida, incide como elemento importante na formação de inferência probatória quanto à lavagem de capitais.

las ocasiones, único posible para tener por acreditada su comisión (SSTS de 4 de julio de 2006 y de 1 de febrero de 2007), designándose como indicios más habituales en esta clase de infracciones los que se exponen a continuación (SSTS 801/2010, de 23-9 ; 345/2014, de 24-4 ; 220/2015, de 9-4 ; y 247/2015, de 28-4 , entre otras):

- a) La importancia de la cantidad del dinero blanqueado.*
- b) La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas.*
- c) Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto.*
- d) La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico.*
- e) La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones.*
- f) La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales.*
- g) La existencia de sociedades “pantalla” o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas.*

Estas pautas genéricas relativas a la verificación indiciaria del sustrato fáctico del tipo penal de blanqueo de capitales se suele complementar, cuando se trata de bienes procedentes de un delito de tráfico de drogas, con los datos indiciarios que vinculan al acusado con el tráfico de sustancias estupefacientes; la cuantía de las sumas de dinero y bienes emergidos sin la existencia de aparentes ingresos lícitos que justifiquen el afloramiento de un importante acervo patrimonial; y también la utilización como testaferros de personas con las que se tiene una especial vinculación y confianza personal, especialmente cuando se trata de sujetos integrantes del ámbito familiar.²⁹

²⁹ Tradução nossa: A doutrina desta Câmara vem estabelecendo que para a condenação do crime de “lavagem” de capital de origem ilegal - com base na premissa de que não é necessária a condenação prévia do crime básico de que provém o capital objeto de lavagem - a prova A investigação aparece como o mais adequado e, na maioria dos casos, o único meio possível para que sua

A dita conclusão foi ratificada pelo Tribunal Supremo da Espanha, ainda, nos seguintes precedentes: Resolução n.º 238/2016³⁰ e Resolução n.º 677/2019³¹.

comissão seja credenciada (SSTS de 4 de julho de 2006 e 1 de fevereiro de 2007), sendo designada como as indicações mais comuns nesta classe das infrações que estão expostas abaixo (SSTS 801/2010, de 23-9; 345/2014, de 24-4; 220/2015, de 9-4; e 247/2015, de 28-4, entre outros): a) A importância da quantidade de dinheiro lavado. b) A ligação dos autores com atividades ilegais ou grupos ou pessoas a eles relacionadas. c) O aumento atípico ou desproporcional do patrimônio do sujeito. d) A natureza e características das operações económicas realizadas, por exemplo, com a utilização de numerário abundante. e) A ausência de justificação legal dos rendimentos que possibilite a realização dessas operações. f) A fragilidade das explicações sobre a origem jurídica desses capitais. g) A existência de empresas “fictícias” ou redes financeiras que não dependem de atividades económicas credíveis e legais. Estas orientações genéricas relativas à verificação circunstancial da base factual do tipo criminoso de lavagem de dinheiro costumam ser complementadas, quando se trata de bens oriundos de um delito de tráfico de drogas, com os dados circunstanciais que vinculam o acusado ao tráfico de entorpecentes; o montante das somas de dinheiro e bens emergiu sem a existência de aparentes rendimentos legais que justifiquem o surgimento de um importante patrimônio patrimonial; e também a utilização como vanguarda de pessoas com quem existe um vínculo especial e uma confiança pessoal, principalmente quando se trata de assuntos pertencentes ao meio familiar.

³⁰ Disponível <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/f7bad1a8a9b73728/20160418>. Consultado em 2 de junho de 2020.

³¹ O julgado concluiu: “*Y debe recordarse asimismo que según reiterada y constante doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria - SSTC números 174/85 y 175/85 de 17 de diciembre, así como las de fecha 1 y 21 de diciembre de 1988-, siempre que existan indicios plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios y se haya explicitado el juicio de inferencia, de un modo razonable - SSTS de 22 de noviembre de 1990, 21 de mayo de 1992, 18 de junio de 1993, 5 de marzo de 1998 y 26 de octubre de 1999-, entre otras*”. Tradução nossa: E deve-se lembrar também que segundo a reiterada e constante doutrina jurisprudencial tanto do Tribunal Constitucional quanto do Supremo Tribunal Federal, o direito à presunção de inocência não impede que a condenação judicial em processo penal seja constituída com base em provas circunstanciais - SSTC números 174/85 e 175/85 de 17 de dezembro, bem como os de 1º e 21 de dezembro de 1988-, desde que existam indicações plenamente credenciadas, relacionadas entre si e não distorcidas por outras evidências ou contra-indicações e as julgamentos de inferência, de forma razoável - SSTS de 22 de novembro de 1990, 21 de maio de 1992, 18 de junho de 1993, 5 de março de 1998 e 26 de outubro de 1999-, entre outros. Disponível <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/2a8cd97dc38f1acf/20200205>. Consultado em 3 de junho de 2020.

Também nas Cortes Estaduais dos Estados Unidos da América têm vigido tal posicionamento quanto ao *standard* probatório no crime antecedente da lavagem de capitais, colhendo-se, dentre outros, os seguintes *cases* *US v. Douglas Jackson (7th Circuit, de Illinois)*³² e *US v. Shafer (8th Circuit, de Arkansas)*³³.

Há, como se vê, uma divergência expressiva entre a posição dos julgados espanhóis e norte-americanos aqui citados e a sustentação doutrinária de Mercedes Guerrero.

A jurisprudência indicada, a propósito, é acompanhada por Blanco Cordero:

La determinación de la procedencia criminal de los bienes no precisa de otras exigencias que la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, no siendo necesario, por tanto, ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de los bienes ni de los concretos partícipes en el mismo (BLANCO CORDERO, 2015, p. 429).³⁴

Não é demasiado reafirmar que, apesar da relevante divergência, não existem distinções tão representativas nos ordenamentos jurídicos nacionais que possam, por si só, fundamentar conclusões tão díspares acerca de aspecto tão relevante da imputação de branqueamento.

Ao que tudo indica, uma manifestação sobre o tema pressupõe relembrar o objeto da tutela penal na lavagem de capitais, o qual, a par de divergências, é majoritariamente atrelado ao resguardo da administração

³² Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca7/15-3693/15-3693-2019-07-30.html>. Consultado em 13 de maio de 2020.

³³ Disponível em <https://www.courtlistener.com/opinion/149294/united-states-v-shafer/>. Consultado em 6 de junho de 2020.

³⁴ Tradução nossa: A determinação da origem criminosa dos bens não exige outros requisitos que não a presença antecedente de atividade criminosa de forma genérica, o que permite, nas circunstâncias do caso concreto, a exclusão de outras origens possíveis, não sendo necessária, portanto, nem a demonstração completa de um ato criminoso específico que gere o patrimônio ou dos participantes específicos nele.

da Justiça, na medida em que estabelece definição típica com o escopo de impor sanção penal a agente que emprega expedientes tendentes à reinserção no mercado, com aparência de licitude, de bens e valores produtos de crime.

Estabelecida a referida premissa, é importante rememorar que, a despeito do aspecto semântico da expressão *produto* – atrelada às noções de resultado, proveito ou lucro –, as legislações de um modo geral, dentre elas a nacional, até mesmo por influência de medidas de *soft law* de repressão à lavagem de capitais, vêm, gradativamente, ampliando os bens sujeitos ao regime jurídico do produto de crime.

Com efeito, é evidente a adoção de conjunto de medidas, em diversos ordenamentos, para ampliar a incidência do regime jurídico do produto do delito não apenas a seus frutos efetivos, dele diretamente decorrentes, de forma a alcançar também parcelas patrimoniais não relacionadas imediatamente com o delito, mediante sub-rogação ou por falta de indicação de lastro lícito de sua obtenção.

Não há como deixar de perceber, então, uma redefinição político-valorativa da noção de produto de crime, retratada nas alterações legislativas promulgadas nos vários Estados nacionais e ainda em instrumentos internacionais, que acaba influenciando no *standard* probatório da infração antecedente na lavagem de capitais.

Sob este enfoque, destarte, o *standard* de provas em relação à infração penal antecedente é o da *probabilidade elevada*, superior portanto aos *indícios suficientes* inerentes ao recebimento da denúncia, mas inferior ao *para além de qualquer dúvida razoável* próprio das sentenças condenatórias, incidindo não apenas em relação ao ilícito propriamente dito, mas também quanto ao estabelecimento de uma relação entre a conduta típica e o resultado auferido.

Em outros termos, a validação processual da hipótese condenatória, para fins de lavagem de capitais, não depende da demonstração de uma relação direta e imediata entre determinada

conduta criminosa específica e um dado resultado concreto, satisfazendo-se quando identificada, dentre as hipóteses submetidas a julgamento, uma *probabilidade elevada* de sua ocorrência, por exemplo, em situações em que não identificado lastro lícito de constituição patrimonial.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo tem por objeto central a definição do *standard* de provas aplicável ao delito antecedente na lavagem de capitais, tendo se desenvolvido a partir de uma abordagem ampla acerca da descrição típica do branqueamento, inclusive sob enfoque de seus aspectos internacionais, assim como do processo epistêmico de reconstrução da verdade quanto às hipóteses processuais.

Neste contexto, foi identificado o papel do *standard* probatório, enquanto critério de acreditação das hipóteses processuais, na formação de um viés democrático do processo, viabilizando um controle intersubjetivo da decisão.

Também foi viável situar o papel das regulações internacionais, inclusive de *soft law*, na definição do objeto da tutela penal em relação aos delitos de lavagem de capitais.

Estes elementos viabilizaram concluir que o *standard* de provas em relação ao delito antecedente na lavagem de capitais, para fins de admissibilidade da peça acusatória, corresponde a *indícios suficientes*, ao passo que, para julgamento de mérito, corresponde à *probabilidade elevada*, vale dizer, índice superior aos *indícios suficientes*, mas inferior ao parâmetro do *para além de qualquer dúvida razoável*, referindo-se não apenas à acreditação da hipótese condenatória quanto ao próprio delito em si, mas também no tocante a uma relação entre a conduta típica e o resultado auferido, independentemente da demonstração de uma relação direta e imediata entre uma conduta específica e um dado resultado concreto.

Tal assertiva decorre da percepção de que a noção de produto do ilícito vem sofrendo gradual alteração, de modo a alcançar parcelas patrimoniais que não guardam relação de imediação direta com o ilícito.

REFERÊNCIAS

ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, n. XXXVII, 2º Semestre de 2011, p. 483-511.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *A inferência probatória e a justificação do juízo de fato no processo penal*. In: MALAN, Diogo et al (org.). **Processo Penal Humanista: estudos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 71-102.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê “prova penal”: fundamentos epistemológicos e jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./abr., 2018, p. 43-80.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: Aspectos penais e processuais penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 4.ed., Pamplona-Navarra: Aranzadi, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea*. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: Juspodvm, 2020, p. 776-808.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen (eds.). **Del Derecho al razonamiento probatorio**. Madrid: Marcial Pons, 2020.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, vl. 28, 2005, p. 127-139.

HERRERA GUERRERO, Mercedes. El delito de lavado de activos y la prueba de la procedencia delictiva de los bienes. **Revista Ita Ius Esto**. Universidad de Piura. Disponível em: <http://www.itauiusesto.com/el-delito-de-lavado-de-activos-y-laprueba-de-la-procedencia-delictiva-de-los-bienes/>. Acesso em 27/05/2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Do processo e julgamento dos crimes de lavagem de capitais*. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). **Lavagem de dinheiro – prevenção e controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 583-644.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz na construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

UBERTIS, Giulio. **Elementos de epistemología del proceso judicial**. Milão: Trotta, 2017.

Thiago Colnago Cabral

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo - USP

Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo - USP

Juiz de Direito da 3ª Vara de Tóxicos, Organizações Criminosas e Lavagem de Capitais de Belo Horizonte/MG