

Terceira Seção

LAVAGEM DE DINHEIRO E O PROBLEMA DA PROVA DO DELITO PRÉVIO

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

Advogado. Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid.
Professor de Direito Penal na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, na Universidade Luterana
do Brasil e na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Membro da Comissão Redatora
do Código Penal Tipo Ibero-americano.

*SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Indícios do delito prévio (prova indiciária) – 3. A
prova do delito prévio na Lei de Lavagem.*

1. INTRODUÇÃO

A Lei de Lavagem de Dinheiro apresenta uma série de problemas ainda não enfrentados, principalmente, pela jurisprudência. Isso se deve ao fato de sua recente aparição (1998) e, também, da escassa doutrina que escreveu a respeito do novo texto legal. Diante destes fatos, alguns temas merecem destaque e a problemática da prova do crime antecedente ao de lavagem merece algumas reflexões.

O legislador brasileiro não exigiu a prova do delito antecedente ao de lavagem para que se possa iniciar o processo e o julgamento deste crime. Assim, bastaria a existência de indícios do crime antecedente para que o Ministério Público desse início à ação penal. Tal fato encontra respaldo no art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.613/98, que dispõe expressamente: “A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime”.

2. INDÍCIOS DO DELITO PRÉVIO (PROVA INDICIÁRIA)

É possível que na etapa de investigação de um delito seja necessária a utilização dos indícios de um crime para a realização de algumas medidas restritivas de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (inviolabilidade de domicílio, sigilo das comunicações ou bancário). De todas as formas, aqui já surge o problema da delimitação dos indícios, é dizer, o que são os indícios que justificam tais medidas. Nesta fase, caracterizada pela necessidade de investigar e esclarecer as condutas delitivas e seus possíveis participantes, os indícios equivalem, segundo a doutrina do Tribunal Constitucional Espanhol, a “suspeitas fundadas em alguma classe de dado objetivo que permita razoavelmente inferir que se cometeu ou que se cometerá um delito”. Também se utilizam na jurisprudência estrangeira, para caracterização dos indícios, as indicações, sinais, notas, dados externos que, apreciados de maneira razoável, permitem descobrir ou vislumbrar, sem a segurança da plenitude probatória, mas com firmeza que proporciona uma suspeita fundada, é dizer, lógica, conforme as regras da experiência, a suspeita existência da realidade de um fato delitivo e a possível participação no mesmo da pessoa investigada.¹

A doutrina estrangeira² menciona que no processo penal utiliza-se, ainda, a “prova de indícios”, igualmente identificada como prova indireta, circunstancial, conjectural, ou de presunções, que mediante a demonstração dos mesmos – também chamados “fatos-base” – permitem deduzir a execução do fato delitivo e/ou a participação no mesmo – o “fato conseqüência” – sempre que exista um enlace preciso e direto entre aqueles e este. Mas a devida utilização da prova indiciária está sujeita às seguintes condições: 1) os indícios devem ser plurais (excepcionalmente pode bastar um só sempre que revista uma singular potência incriminatória); 2) devem estar acreditados mediante prova direta; 3) devem estar estreitamente relacionados entre si; 4) devem ser concomitantes ou, dito de outro modo, univocamente incriminatórios; 5) entre os indícios e o fato necessitado de prova deve existir um enlace preciso e direto, conforme as regras de lógica, da experiência e do critério humano.

Montañes Pardo comenta alguns destes requisitos e mencionaremos alguns que nos servirão de base para o delito de lavagem de dinheiro. Inicialmente, refere que “os indícios devem estar plenamente acreditados” (item 2 do parágrafo anterior). Assim, é necessário que os indícios sejam fatos plenamente acreditados e não meras conjecturas ou suspeitas, pois não é possível construir certezas sobre simples probabilidades. Ademais, os indícios devem ser provados, como é óbvio, por provas lícitas e legalmente obtidas como se se tratasse de qualquer outro fato.³

Também na doutrina é encontrada referência à concorrência de uma pluralidade de indícios. A doutrina do Tribunal Supremo espanhol exige, como regra geral, a concorrência de uma pluralidade de indícios, por considerar que um fato único ou isolado de tal caráter impede fundar a convicção judicial com base na prova indiciária.⁴

(1) ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. “Análisis sustantivo del delito (II). Cuestiones de interés sobre el delito de blanqueo de bienes de origen criminal: la prueba indiciaria. La comisión culposa. Nuevas orientaciones en derecho comparado”. *Prevención y represión del blanqueo de capitales, Estudios de Derecho Judicial*, n. 28, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 292.

(2) Zaragoza Aguado, “Análisis sustantivo del delito (II) ...”, p. 293. No mesmo sentido, Miguel Angel Montañes Pardo, *La presunción de inocencia*, Madrid, Aranzadi Editorial, 1999, p. 106 et seq.

(3) Montañes Pardo, *La presunción de inocencia*, p. 107.

(4) Idem, *ibidem*, p. 107.

Ainda assim, isso não seria suficiente, pois deveriam existir as razões dedutivas dos indícios. Entre os indícios provados e os fatos que se inferem deles deve existir um enlace preciso, direto, coerente, lógico e racional, segundo as regras do critério humano. A falta de concordância ou irrazoabilidade do encaixe entre o fato-base (indício) e o fato deduzido (consequência) pode se produzir tanto pela falta de lógica ou de coerência na inferência como pelo caráter não conclusivo por excessivamente aberto, débil ou indeterminado.⁵

Por fim, ao validar a prova indiciária, o juiz deverá explicar na sentença a razão pela qual, partindo dos indícios provados, chegou à conclusão de considerar acreditada a culpabilidade do acusado. Esta exigência deriva-se do art. 93, IX, da CF, segundo o qual todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas. Somente quando se contém, na motivação da sentença, as razões dedutivas é que cabe determinar se a inferência foi a maneira patente racional, ilógica ou arbitrária.

A falta de motivação da sentença, em especial das razões dedutivas com base nos indícios provados, supõe diretamente a infração do direito à presunção de inocência. Se a falta de motivação a respeito de culpabilidade do imputado implica, com caráter geral, um vazio probatório que lesiona a essência do direito fundamental à presunção da inocência, já que a exigência das razões de imputação forma parte da garantia da presunção da inocência, o mesmo ocorre a respeito da prova indiciária, ainda mais quando se leva em conta que um dos requisitos desta prova é a existência das razões dedutivas nas quais se explicita o encaixe entre os indícios e os fatos cuja prova se deduz.⁶

De acordo com Zaragoza Aguado, a lavagem de dinheiro constitui-se num comportamento criminal de novo cunho desde a perspectiva do direito positivo vigente, mas suficientemente conhecido já no início da moderna delinquência surgida no amparo das associações criminais de corte empresarial. Isso fará que a aplicação dos tipos penal de lavagem dependa essencialmente da interpretação que os tribunais realizem a respeito de duas questões extraordinariamente relevantes para a adequada construção do tipo penal e para o eficaz desenvolvimento das tarefas de investigação deste ilícito: a determinação da origem delitiva dos bens que são objeto da infração e o conhecimento da origem dos mesmos.⁷

Portanto, a incidência destes dois problemas na aplicação judicial das normas reguladoras deste ilícito penal é óbvia. A lavagem é uma atividade criminal complexa, que se vale de um inesgotável catálogo de técnicas ou procedimentos em contínua transformação e aperfeiçoamento e no qual a vinculação com o delito prévio que lhe precede não pode sujeitar-se à estrita aplicação das regras de acessoriedade que possam condicionar sua natureza de figura autônoma. Desde o ponto de vista objetivo, a constatação desse delito é uma tarefa relativamente simples, embora a quase obrigatória utilização do sistema financeiro legal para dar a aparência de licitude aos produtos e ganhos com origem delitiva traz como consequência a constância de tais operações. De outro lado, as dificuldades probatórias aumentam na hora de determinar os aspectos concretos referidos anteriormente.⁸

Em alguns casos resulta de uma importância inquestionável a denominada prova de indícios, também chamada prova indireta, circunstancial ou de presunções, uma classe de prova especialmente idônea e útil para suprir as carências da prova direta nos processos penais relativos a estas e outras atividades delitivas enquadradas no que se conhece como

(5) Idem, *ibidem*, p. 108.

(6) Idem, *ibidem*, p. 109.

(7) Zaragoza Aguado, "Análisis sustantivo del delito (II) ...", p. 294-295.

(8) Idem, *ibidem*, p. 295.

criminalidade organizada e evitar assim as parcelas de impunidade que se poderiam gerar em outro caso a respeito dos integrantes destas organizações.⁹

Feitas estas pequenas considerações sobre os indícios e sua valoração para a culpabilidade do sujeito que pratica uma atividade ilícita, devemos verificar a problemática específica em relação à lavagem de dinheiro.

3. A PROVA DO DELITO PRÉVIO NA LEI DE LAVAGEM

Ainda que não se tenha escrito muito a respeito do tema, um setor da doutrina não está de acordo com a redação do preceito estabelecido no art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.613/98. As razões contrárias baseiam-se no fato de que o delito antecedente condiciona o tipo da lavagem de dinheiro e, de acordo com isso, não seria possível a condenação do sujeito pelo crime de lavagem se não houvesse a certeza absoluta da realização do delito antecedente. Portanto, o fato antecedente deve ser ao menos típico e antijurídico para sua caracterização como delito prévio.¹⁰

Existem fortes argumentos para que se aceite a premissa de que os indícios do crime antecedente não são suficientes para condenação do sujeito pelo posterior delito de lavagem de capitais. Como o legislador brasileiro exigiu a existência suficiente de indícios do “crime” antecedente, ao menos o fato deve ser típico e antijurídico.¹¹ Pode ser que ocorra no delito antecedente a exclusão da tipicidade ou da antijuridicidade, não ocorrendo, assim, um crime antecedente. Portanto, se não há crime antecedente, não se pode aplicar o disposto no art. 2.º, § 1.º, da Lei de Lavagem.

Deixada de lado esta problemática, cabe afirmar que para demonstrar a relação entre um bem (capital lavado) e um delito anterior é imprescindível provar a comissão desse delito prévio. Para acreditar neste dado existem duas possibilidades: pode-se exigir uma sentença transitada em julgado em que se constate a realização do fato tipicamente antijurídico, ou deixar ao juiz que julga o delito de lavagem que determine esta matéria.¹²

Para solucionar esta polêmica, um setor da doutrina espanhola utiliza a jurisprudência da receptação, assinalando que nestes casos não é necessária uma sentença condenatória com relação ao delito prévio, mas se exige, pelo menos, um fato minimamente circunstanciado.¹³ Entretanto, é necessário que o juiz responsável pelo julgamento do fato de lavagem considere provada a existência de um fato delitivo prévio, é dizer, é necessário saber com precisão qual é o fato criminoso que originou os bens.¹⁴ Assim, não se requer uma sentença condenatória

(9) Zaragoza Aguado, “Análisis sustantivo del delito (II) ...”, p. 295.

(10) D’AVILA, Fábio. “A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 79, p. 4.

(11) Não se exige a culpabilidade nesse conceito de crime por disposição expressa na Lei de Lavagem, pois o art. 1.º, § 1.º, dispensa a culpabilidade do agente (o artigo fala em isenção de pena).

(12) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 200.

(13) Palomo Del Arco, *Receptación y figuras afines*, p. 380. Em contrário, Moreno Cánoves/Ruiz Marco, *Delitos socioeconômicos*, p. 380.

(14) Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 252; Vidales Rodríguez, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, p. 47; Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 200.

do crime antecedente, mas a receptação deve estar plenamente acreditada em sua realidade e em sua natureza jurídica, sem que baste para isso a mera constância de denúncias, ocupação de bens e outras diligências policiais ou sumárias, senão que, por se tratar de um elemento constitutivo do tipo, faz-se preciso que as provas destinadas a acreditá-lo tenham sido praticadas com as garantias constitucionais e processuais que as tornem aptas para desvirtuar a presunção da inocência.¹⁵ Portanto, ao menos, é necessário que fique provado que os bens procedam de um dos delitos previstos na Lei de lavagem.

Por sua parte, a jurisprudência brasileira confere o mesmo tratamento à receptação, é dizer, não exige a necessidade de uma sentença penal condenatória que afirme a ocorrência do crime antecedente, mas é indispensável à prova de sua ocorrência.¹⁶ De acordo com isso, é possível a utilização dessa interpretação para os delitos de lavagem, em especial, ao preceito estabelecido no artigo segundo, inciso segundo, da Lei brasileira. Assim, para que se possa condenar o sujeito pelo delito de lavagem, ao menos, é necessário que haja uma prova convincente do delito prévio, prova esta que pode ser acreditada com relação a um dos delitos precedentes previstos na Lei de Lavagem. Somente indícios¹⁷ do crime antecedente não são suficientes para a condenação pelo delito de lavagem.

De todas as formas, o elemento subjetivo do tipo penal do delito de lavagem identifica-se pelo conhecimento da origem ilícita dos bens, pois o legislador brasileiro fez menção direta aos crimes dos quais os bens serão procedentes. Por isso, só existe o delito de lavagem se o autor dissimula a natureza, origem, localização ou disposição dos bens quando sabe que estes provêm dos crimes antecedentes previstos na lei. Como ocorre na receptação, não basta a simples suspeita, receio ou dúvida sobre sua procedência, senão que será preciso a certeza no que diz respeito à origem ilícita dos bens, até mesmo porque o delito de lavagem não possui a forma culposa.

Para Zaragoza Aguado, com mais fundamento, ao utilizar-se de um rol taxativo (delitos graves na Espanha) para referir-se aos delitos antecedentes, o nível de exigência quanto ao elemento cognoscitivo normativo não poderá superar o dado de que os bens procedam de uma atividade delitiva prévia prevista na lei sem mais precisões. Assim as coisas, a característica fundamental da lavagem de dinheiro, a efeitos de sua aplicação prática, é sua natureza autônoma e independente, sem acessoriedade a respeito do delito prévio, o que logicamente não exige a prova plena de um ilícito penal concreto e determinado dos bens e ganhos que são lavados.¹⁸ Isso vem ao encontro do que preconiza nossa lei, porém tal autonomia cai por terra na hora da aplicação prática, pois sempre será necessário que se verifique, ao menos, se os bens procedem de um dos delitos precedentes. Caso contrário, é dizer, não havendo tal verificação (autonomia plena do processo de lavagem), corre-se o risco de, ao final, condenar-se o agente pelos ganhos obtidos de forma lícita, desde que provada a obtenção dos ganhos através da comissão de outros delitos que não os previstos na lei, ou, até mesmo, desde que a origem dos bens não seja criminosa.

A determinação de procedência criminal dos bens que são objeto dos atos típicos de lavagem e que o próprio preceito penal circunscreve aos delitos taxativamente previstos (art.

(15) Nesse sentido, STS 20 de enero 1999.

(16) RT 404/288; 663/293; 718/425.

(17) Montañes Pardo, *La presunción de inocencia*, p. 106 et seq., assinala a possibilidade de aceitação da prova de indícios sob a observação de alguns requisitos, como: a) os indícios devem estar plenamente acreditados; b) concorrência de uma pluralidade de indícios; c) existência de razões dedutivas; e d) motivação da decisão.

(18) ZARAGOZA AGUADO, “Análisis sustantivo del delito (II) ...”, p. 296.
Revista dos Tribunais: RT, v. 91, n. 801, jul. 2002.

1.º, I a VII, da Lei 9.613/98) não requererá outras exigências que a presença antecedente de uma atividade delitiva prévia descrita na lei, que permita, em atenção às circunstâncias do caso concreto, a exclusão de outras possíveis origens sem que seja necessária a demonstração plena de um ato delitivo específico nem dos concretos partícipes no mesmo.¹⁹

De todas as formas, como elementos indiciários de interesse, será necessário valorar para demonstrar o conhecimento da origem ilícita, entre muitos outros, dados tais como a utilização de identidades supostas, a existência de relações comerciais que justifiquem os movimentos de dinheiro, a utilização de testas-de-ferro sem disponibilidade econômica real sobre os bens, a vinculação com sociedades fictícias carentes de atividade econômica, mais especificamente se estão radicadas em países conceituados como paraísos fiscais, a realização de alterações documentais, o fracionamento de ingressos e depósitos para dissimular sua quantia, a disposição de elevadas quantidades de dinheiro em espécie sem origem conhecida, a simulação de negócios ou operações comerciais que não respondem à realidade, a percepção de elevadas comissões pelos intermediários e, finalmente, quaisquer outras circunstâncias concorrentes na execução de tais atos que sejam suscetíveis de serem qualificadas como irregulares ou atípicos desde uma perspectiva financeira e mercantil e que não venham senão a indicar, no fundo, a clara intenção ou vontade de ocultar ou encobrir os bens e produtos do delito.²⁰

Portanto, qualquer critério utilizado para a verificação do delito prévio deve levar em conta, em primeiro lugar, a existência do delito antecedente (fato típico e antijurídico) e, posteriormente, se o sujeito conhecia a procedência dos bens (delitos taxativamente previstos na Lei de Lavagem). De acordo com isso nem sempre o critério da receptação solucionará o problema, pois, nos casos em que uma sentença posterior negue a comissão do delito prévio, é dizer, se fica provado que os bens não são provenientes de um dos delitos antecedentes previstos na Lei de Lavagem, não haveria a comissão do delito em comento. Mas, ainda assim, um setor da doutrina brasileira sustenta a autonomia do processo do delito de lavagem.²¹ Para maior segurança, seria melhor uma sentença transitado em julgado do delito prévio, reconhecendo a comissão do delito antecedente que pode originar os bens aptos a serem lavados, pois pode ocorrer o caso em que o sujeito resta condenado pela comissão do delito de lavagem com base na prova indiciária, mas no processo do delito prévio resta absolvido, por exemplo, pelo erro de tipo. Porém, pode-se ir mais longe, como na hipótese de o sujeito que tem que se sujeitar à prisão pela condenação do delito de lavagem e, finalmente, ser absolvido pelo delito antecedente que, supostamente, gerou os bens aptos a serem lavados.

De todas as formas, ainda que se utilize qualquer dos critérios mencionados para dar crédito ao delito antecedente, exige-se um convencimento cuidadoso pelo julgador ou, ao menos, uma prova segura do crime antecedente, que poderá ser efetivada no próprio processo de lavagem ou em outro em que se apure o crime antecedente. Se houver dúvida sobre a existência do crime antecedente, o juiz não pode condenar o réu pelo delito de lavagem de dinheiro.²² Nesse sentido, um setor da doutrina menciona que a comprovação da ocorrência

(19) Idem, *Ibidem*, p. 296-297.

(20) Idem, *Ibidem*, p. 296-297.

(21) Gomes, *Lei de lavagem de capitais*, p. 36, refere que para a existência do processo do crime da lavagem não importa se o delito prévio está ou não *sub judice*, se foi ou não julgado.

(22) CALLEGARI, André Luís. “La ley brasileña de blanqueo de dinero. Aspectos controvertidos”. *Derecho penal iberoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001. p. 495.

do crime básico configura uma questão prejudicial do próprio mérito da ação penal em que se apura a prática do crime de lavagem. Portanto, quando fundamenta a sentença condenatória, o juiz tem o dever funcional de abordar essa questão, afirmando estar convencido da existência do crime antecedente e também apontar as provas produzidas que o levaram a formar essa convicção,²³ respeitando, assim, o dispositivo inserto na Constituição Federal que determina a fundamentação das decisões judiciais.

⁽²³⁾ BARROS, Marco Antônio. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 84. Revista dos Tribunais: RT, v. 91, n. 801, jul. 2002.