

# Lavagem de Dinheiro e Prova Indiciária no Crime Antecedente

Alex Fernandes Santiago

## 1 Introdução

Sendo o Direito Penal instrumento de controle social, natural é que volte seu olhar ao universo da lavagem de dinheiro, em especial se considerados o crescimento de uma criminalidade organizada em uma sociedade pós-industrial, as cifras bilionárias envolvidas e a gravidade dos delitos antecedentes que originam os elevados montantes. Não obstante, alguns dos questionamentos que se dirigem ao Direito Penal moderno se vivificam de forma especialmente delicada neste âmbito, como: a) sua hipertrofia, no que pertine à real necessidade de incriminação da lavagem, hipertrofia esta que alcançará seu nível mais alto na tipificação da auto-lavagem; b) sua insuficiência, quando se verifica o desenvolvimento crescente da criminalidade que se dedica aos delitos que originam os ativos bilionários a lavar, e, por fim, uma das causas para a insuficiente resposta, e, por fim, c) a dificuldade dos órgãos de investigação tradicionais no enfrentamento desta criminalidade, dificuldade que implicará significativa consequência processual, com mitigação da prova exigida, pela admissão de prova indireta ou indiciária na verificação do crime antecedente, tendência legislativa e jurisprudencial internacional que repercutiu no acórdão *Recurso Especial 1.133.944-PR*, de 27 de abril de 2010, do STJ. Tais questões são analisadas no presente artigo.

## 2 O Crime de Lavagem de Dinheiro. Noções Introdutórias

Sendo o Direito Penal instrumento de controle social, natural é que volte seu olhar ao universo da lavagem de dinheiro, em especial se considerados o crescimento de uma criminalidade organizada em uma sociedade pós-industrial, as cifras bilionárias envolvidas e a gravidade dos delitos antecedentes que originam os elevados montantes. A lavagem de dinheiro tem sua existência diretamente conectada às preocupações econômicas globais, mais que outros delitos concernentes a jurisdições nacionais, individualmente consideradas; e além de qualquer outra razão, sua potencialização coincide com a globalização. Tal prática delitativa aloca recursos por todo o mundo tendo como principal critério não os juros, mas principalmente considera evitar controles, o que acarretou a constatação da insuficiência da resposta da última *ratio regum* do Estado-Nacional tradicional, sendo imprescindível uma resposta em nível internacional, da comunidade de nações.

Obviamente não há dados precisos sobre a quantidade de dinheiro lavada no mundo, o que consubstanciaria inclusive *contraditio in terminis*. Se fora sabido qual é o montante exato de dinheiro lavado no planeta este não estaria ocultado, e nada mais restaria que o sequestro dos ativos identificados. Ainda assim, eufemisticamente, se arriscou o Fundo Monetário Internacional a dizer em 1996 que representaria entre dois e cinco por cento do produto interno bruto global, o que por seu turno corresponderia a um montante que naquele ano variou entre 590 bilhões e 1,5 trilhão de dólares.

O que sim se pode dimensionar é o *quantum* desnudado pelo sistema oficial, verdadeira ponta de um *iceberg* (ainda que tal imagem em tempos de efeito estufa

perda um pouco sua força). O FATF – *Financial Action Task Force*, em francês, GAFI – *Groupe d'Action Financière*, ou, em português, Grupo de Ação Financeira, criado a partir da Cúpula de L'Arche, em julho de 1989, como grupo intergovernamental que estabelece padrões, desenvolve e promove políticas para combater a lavagem de ativos (e, mais recentemente, o financiamento do terrorismo), expediu, no ano de 1990, o documento conhecido como 40 Recomendações, que assim exorta, na recomendação 32:

"32. Os países deveriam assegurar que as suas autoridades competentes possam avaliar a eficácia dos respectivos sistemas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, mantendo dados estatísticos completos sobre aspectos ligados à eficácia e ao bom funcionamento de tais sistemas. Essas estatísticas deveriam incidir sobre as declarações de operações suspeitas recebidas e transmitidas, sobre as investigações, as ações judiciais e as condenações ligadas ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, sobre os bens congelados, apreendidos e declarados perdidos, e sobre o auxílio judiciário mútuo ou outros pedidos internacionais de cooperação."

Seja quanto for, se pode afirmar sem medo de equívocos que a lavagem de dinheiro envolve quantias relevantes para a economia mundial, pois existe uma atividade crescente de criminalidade cada vez mais organizada, o que é reconhecido pela comunidade internacional, como frisado no documento marco no âmbito de lavagem de dinheiro, a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, de 1988, que em suas considerações assevera: *o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.*

Os países signatários da Convenção se comprometeram, conforme seu art. 3º, b), I e II a tipificar a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no art. 3º, a), ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos.

A própria Convenção, portanto, fornece um conceito de lavagem de dinheiro que hoje, não somente para o narcotráfico, conforme se verá *infra*, será tanto a procura de ocultar a origem ilícita de bens provenientes de um delito, quanto, mais além, ajudar a qualquer pessoa que participe na prática de um delito que gere bens a evitar as consequências jurídicas de suas ações. Em resumo, se busca romper o nexos (ou melhor, fazer parecer que não existe nexos) entre o delito e os bens dele resultantes: por meio da ocultação dos bens se quer tanto fazer que não seja descoberto o delito que os originou, como, mesmo que revelado o crime antecedente, não se possa estabelecer sua conexão com os bens por ele auferidos. Será o processo pelo qual alguém oculta a existência, proveniência ilegal ou ilegal investimento do produto de um crime, e, por manobras variadas, ao final faz parecer legítimo este mesmo produto.

É lugar comum na doutrina repetir a clássica divisão tripartida de etapas da lavagem de dinheiro, modelo procedente da administração aduaneira norte-

americana e admitido pelo Grupo de Ação Financeira – GAFI *placement, layering, integration/recycling*, é dizer, a introdução, inserção ou colocação dos bens no sistema financeiro, sua ocultação, e, por fim, sua integração.

Não bastasse, pelo mesmo art. 3º, b, II, da Convenção, deveriam os países signatários tipificar *a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão.*

Na Argentina este compromisso se traduziu na Lei nº 25.246, B.O. 11 de maio 2000, e no Brasil através da Lei nº 9.613 de 1988.

### 3 Os Distintos Discursos de Justificação

A conhecida hipertrofia do Direito Penal se estendeu então a novo nível: os bens produto do delito, cujo aproveitamento tradicionalmente não configurava ilícito penal, resguardadas hipóteses de favorecimento, limitando-se a reação penal a determinar sua apreensão. Já possuíam o Direito Penal e Processual Penal instrumental variado: o produto do crime pode ser sequestrado, mas tal não se viu muitas vezes. De fato, se este instrumental funcionasse adequadamente em muito se debilitaria a argumentação da necessidade de criminalizar a lavagem de dinheiro.

Os críticos da hipertrofia indagam: Se o crime antecedente já é tipificado e existem formas de confiscar seu produto, qual é a necessidade de outra sanção penal ?

Quiçá, enquanto a preocupação se dirige ao produto (o que é claro também é muito importante), o núcleo do problema – os crimes antecedentes e seu enfrentamento, a capacitação e investimentos em órgãos de investigação, as públicas pertinentes – queda olvidado, o que reforça a impressão de um Direito Penal simbólico.

Neste pormenor, já que a utilização de argumentos econômicos vem tanto ao gosto das ondas argumentativas em geral nascidas nos Estados Unidos em prol da incriminação da lavagem de dinheiro, é importante, também em raciocínio econômico, frisar que a delinquência organizada existe e sobrevive porque provê serviços a demandas, ainda que ilícitas, de grande número de pessoas, como se fosse um serviço público da ilicitude, com a provisão de artigos e serviços ilegais a incontável número de clientes-cidadãos.

E é intuitivo que esta delinquência organizada buscará lavar seu dinheiro. O dinheiro que se apresenta lícito pode ser investido em atividades ou gasto em consumo, sem o risco de despertar suspeitas ou recriminações, enquanto o dinheiro sujo somente pode ser investido em atividades de alto risco e sempre será prova do crime antecedente.

Entretanto, enquanto o Direito Penal podia antes facilmente justificar porque se apropriava do produto do crime com seus instrumentos tradicionais, questionamentos delicados são feitos à criminalização da lavagem de dinheiro e, mais além, na discussão sobre a possibilidade de que o autor do delito prévio, antecedente ou predicado (*predicate offense*), possa ser autor ou partícipe da lavagem, que é onde mais longe pode chegar a hipertrofia do Direito Penal neste tema.

Quanto a levar tão longe a hipertrofia do Direito Penal as próprias convenções internacionais não são tão categóricas. Em geral o que fazem é deixar ao arbítrio dos Estados decidir se irão ou não também incriminar por lavagem o autor do crime antecedente. A Convenção ou Convênio de Estrasburgo, do Conselho de Europa, relativa aos produtos provenientes de um delito, de 1990, já estabelecia em seu art. 6º, § 2º, *b*, que *podrá disponerse que los delitos a que se refiere aquel apartado no sean de aplicación a las personas que cometieron el delito base*". No mesmo diapasão, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo, de 2.000, pois, como se verifica em seu art. 6º, § 2º, *e*, também deixou tal incriminação ao alvedrio dos Estados, ao dizer que "*se assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte, poderá estabelecer-se que as infrações enunciadas no § 1º do presente artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham cometido a infração principal*, opção feita pela República Argentina, expressamente no art. 278 de seu Código Penal.

Frise-se que existem, no Direito Comparado, três sistemas: a) países que expressamente preveem que o autor do delito prévio pode ser autor da lavagem de dinheiro; b) aqueles que, ao revés, expressamente excluem a quem participou do delito prévio – caso da Argentina e c) aqueles nos quais se descreve a lavagem como delito autônomo sem definir se pode ou não ser seu sujeito ativo o autor do delito prévio, o que sucede em Espanha, Alemanha e Suíça, assim como Brasil, na Lei nº 9.613 de 1998.

Quanto a esse tema especificamente, a jurisprudência brasileira aceita a auto-lavagem, como decidido na "Ação penal 458 – SP", do STJ: *Conforme a opção do legislador brasileiro, pode o autor do crime antecedente, responder por lavagem de dinheiro, dada à diversidade dos bens jurídicos atingidos e à autonomia deste delito*.

E se observa no mesmo acórdão que o faz com base na doutrina pátria, o que realça em seu voto o Ministro Gilson Dipp: *Também não prospera a assertiva de que o autor do crime antecedente não poderá responder pela lavagem de dinheiro, uma vez que não foi essa a opção do legislador brasileiro (MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Atlas, 2006, p. 32; MOUGENOT BONFIM; Márcia Monassi; MOUGENOT BONFIM, Edilson. Lavagem de Dinheiro. 2. Ed. São Paulo: 2008, p. 147; TIGRE MAIA, Rodolfo. Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 92), havendo, na hipótese, concurso de crimes, dada à diversidade dos bens jurídicos atingidos e à autonomia do crime de lavagem de dinheiro*.

Expressões que vêm do Norte ressoam pelo mundo. A singela menção de alguns lemas é suficiente para perceber como o produto do delito, que antes dos anos 1980 pouco era lembrado, passou a ocupar lugar de destaque no discurso do Direito Penal, bem como permite notar que as justificativas foram mudando: primeiro era o combate ao narcotráfico, depois o combate ao crime organizado, e, atualmente (sabe-se lá qual será o próximo inimigo?) – o combate ao terrorismo. Tudo com verdadeiras palavras de ordem: *war on drugs*, *struggle against organized crime* e *war against terrorism*. Vale a pena comentar um pouco estes lemas que sintetizam todo um pensamento de política criminal.

*War on Drugs*

De repente os *experts* da política criminal notaram que o combate ao narcotráfico passava, necessariamente, por atacar o arcabouço financeiro para a prática do delito. Sucedeu que aquilo que era olvidado no começo dos anos 80 passa a posição central nos esforços contra a droga. O intenso comércio internacional de psicotrópicos gerou discursos para combater seus enormes lucros, culminando nos Estados Unidos com o *Money Laundering Control Act of 1986 –MLCA*. Tal política atinge seu máximo com a já nominada Convenção de Viena, das Nações Unidas, de 1988, que marca a tipificação da lavagem na comunidade internacional.

Lugar comum no discurso, a lavagem de dinheiro foi considerada o calcanhar de Aquiles da indústria do narcotráfico. Demos a palavra ao congressista americano George Wortley: *Money is the reason people get into the drug trade. If we take away the lure of easy money, if we increase the costs associated with making that money, we will be much closer to greatly reducing, if not totally eliminating, the drug trade. To do this we have to get at the financial backers, which means we have to stop money laundering.*

Oxalá fosse tão singela a questão. Além de não o ser, tampouco se pode afirmar que a política anti-lavagem do narcotráfico foi exitosa.

### *Struggle Against Organized Crime*

Os mais otimistas deram a mão á palmatória e reconheceram que a guerra contra o narcotráfico estava e segue longe de um fim (*Unfortunately, the war against drugs is far from over.*), e que se muito é possível desestimular, e não evitar a lavagem. Não obstante insistiram no lema; como as investigações não eram capazes de distinguir qual dinheiro vinha do narcotráfico e qual não, vamos incriminar todos os delitos econômicos: *Because 'it is now more and more difficult to differentiate between drug-related money laundering and other forms of illegal money movements such as financial crimes, securities fraud, bankruptcy fraud, and illegal telemarketing, all of which are fertile ground for money laundering' the fight against money launderers has expanded to include virtually all types of economic crimes.*

E já existiam brechas nesse sentido nos Estados Unidos. Ainda que o MLCA fosse articulado no discurso de combate ao narcotráfico, sua redação permitia a extensão a qualquer delito, pois, como assinala HECHT, *the extraordinarily broad elements of the crime of money laundering have allowed federal prosecutors to bring money laundering actions in almost every instance of economic or white collar criminal activity.*

Pelo menos se retira o véu da hipocrisia e se reconhece que o crime de lavagem de dinheiro é um delito econômico, tanto que o discurso até hoje está estabilizado neste sentido (*money laundering is bad for business, money laundering is bad for development, bad for the economy, and bad for the rule of law*). A sinceridade pode ser inclusive positiva, desde que se reconheça que a tipificação da lavagem permite o controle nacional, regional e internacional dos fluxos de dinheiro, e, *a partir de allí, elaborar programas de prevención, haciendo hincapié en el dinero pero sin olvidar sino – por el contrario – reforzando la prevención, detección y represión, cuando corresponda, de los delitos que generan esos bienes.*

Semelhante discurso tem reflexos também no ponto fulcral, que é o bem jurídico protegido. Diferença fundamental entre a concepção da lavagem na Argentina e no

Brasil, por exemplo, é que enquanto na primeira é claro a concepção do delito como uma forma especial de encobrimento, situado no capítulo respectivo de tal delito no Código Penal – arts. 278 e 279, afetando portanto a administração de justiça, no Brasil a incriminação em lei extravagante e a forte influência do conteúdo econômico implicou a aceitação pela doutrina que o bem jurídico principalmente afetado é a ordem socioeconômica, de acordo com a corrente internacional neste sentido.

Não obstante, até mesmo a admissão do argumento econômico permite críticas. Se por um turno é razoável que se incriminem os responsáveis por injeções massivas de dinheiro ilícito em uma economia, difícil é a justificação da sanção penal para qualquer conduta de utilização de pequenas quantidades de dinheiro ilegal.

### *War Against Terrorism*

Em mais uma das ironias da vida, o mesmo partido republicano que teve em seus quadros o Senador Phil Gramm, presidente da comissão bancária do Congresso norte-americano, que se enaltecia de haver impedido a aprovação da lei contra a lavagem na era Clinton, realçando que tal tema não fazia parte de sua agenda, quando eclodiu o ataque terrorista de 11 de setembro passou, por seu representante George W. Bush, então Presidente dos Estados Unidos, ao discurso de trabalho conjunto com as Nações Unidas, a União Europeia, de forma a limitar a capacidade das organizações terroristas de obter vantagens junto ao sistema financeiro internacional, bem como secar sua fonte de recursos.

A mudança radical de posição estadunidense galvanizou a expansão das atenções do GAFI ao terrorismo (o que talvez deixou mais felizes os narcotraficantes), e impulsionou a modificação do texto das 40 Recomendações para excluir referências específicas a drogas e adicionar oito novas recomendações especiais, focadas no antiterrorismo.

O novo lema ademais aclara a Resolução 1.373 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que convoca todos os membros da comunidade de nações a prevenir o financiamento do terrorismo.

Apesar de tudo, o balanço nada animador nos Estados Unidos é que, em 20 anos de política contra a lavagem foram recuperados três bilhões de dólares, o que corresponderia a três dias de lavagem no mundo, se aceitamos as estatísticas.

Todo o expendido até agora indica que não é fácil investigar nem a lavagem nem o delito anterior que originou os bens.

### 4 A Prova do Crime Antecedente

A mudança de discurso, além de mostrar que a preocupação é sobretudo econômica, evidencia a dificuldade de investigação na lavagem de dinheiro, seja para este crime propriamente, quanto mais para o crime subjacente.

O reconhecimento vem da doutrina do país que mais esforços envida: é nos próprios Estados Unidos que se reconhece que poucos são os crimes de lavagem efetivamente processados: a primeira causa seria a complexidade das operações, e o segundo a prova e sua admissibilidade.

A prova da prévia comissão de um crime é essencial para o tipo de lavagem de dinheiro. Este delito prévio poderá limitar-se ao narcotráfico (postura da primeira geração), estender-se ao narcotráfico e outros delitos que a lei de lavagem de dinheiro expressamente identificar (posição da segunda geração) e, por fim, na concepção da terceira geração, poderá ser qualquer infração penal. Brasil adotou posição mista, entre a segunda e terceira geração, pois vincula o crime antecedente a injustos penais específicos em quase todas as referências, à exceção daqueles injustos penais prévios que sejam cometidos por organização criminosa, ocasião em que não importará sua natureza.

E como se prova o crime prévio, antecedente ou predicado (*predicate offense*)?

Discute-se em doutrina e jurisprudência a prova do crime preexistente, em posições que podem ser escalonadas em ordem de maiores para menores exigências.

Podem ser apontadas quatro correntes, quanto à prova do crime antecedente:

a) é necessária sentença transitada em julgado em processo anterior.

Semelhante posição é repudiada majoritariamente, e de fato significa fazer exigências que convenção internacional ou lei nacional nenhuma fez. Ao contrário, é rechaçada expressamente conforme art. 2º, II, da Lei nº 9.613/98 brasileira:

*"Art. 2º 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;"*

b) exige-se prova direta.

Ainda que não se demande a condenação prévia pelo crime antecedente, é mister que seja provado este de forma direta, pelo que são insuficientes os indícios.

c) basta a prova indiciária para iniciar a ação penal; entretanto, será necessária prova direta para uma sentença condenatória;

Se se estuda a *occasio legis*, isto é, as circunstâncias específicas que constituíram o impulso exterior à emanção do texto legal, as causas mediatas e imediatas, razões políticas e jurídicas, ambiente social em que nasceu a lei, enfim, o mal que se pretendeu corrigir e o modo pelo qual se quis remediar da lei de lavagem de dinheiro brasileira, se verificará que quando da discussão parlamentar restou consignado na exposição de motivos do PL nº 2.688/96, que deu origem à Lei nº 9.613/98, que se aceitariam os indícios para iniciar a ação penal, conforme texto do artigo 2º, § 1º, da Lei, entretanto, para uma condenação, seria necessária prova direta.

d) basta a prova indiciária para a condenação. É a posição do ordenamento legislativo internacional, de expressiva parte da doutrina internacional e, entre outras, da jurisprudência espanhola. A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, de 1988, em seu art. 3º, § 3º determina que *"o conhecimento, a intenção ou o propósito como elementos necessários de qualquer delito estabelecido no § 1º deste Artigo poderão ser inferidos das circunstâncias objetivas de cada caso, posición reiterada no art. 2.5 do Regulamento Modelo da CICAD (Comisión Interamericana para el Control del*

Abuso de Drogas). O Brasil ratificou a Convenção da ONU, conforme Decreto presidencial nº 154, de 26 de junho de 1991.

É difícil provar? Não se preocupe. O Direito Penal tem a solução: aceita-se a prova indiciária, em demonstração inequívoca da adaptação do Direito Penal aos tempos modernos, e, infelizmente, de uma afrouxamento de seu nível de exigências.

Aí está o busílis. Prova cabal, direta, ou efetividade da persecução penal?

Tristes tempos modernos. Há que se reconhecer que os métodos tradicionais de investigação e o Direito Penal clássico não oferecem respostas adequadas à criminalidade organizada, a um crime de lavagem de dinheiro que deita cada vez mais suas raízes em jurisdições internacionais. Sem embargo, a aceitação da prova indiciária demonstra que algo se perdeu no caminho.

Tal situação será melhor analisada mediante o exame do acórdão *REsp133.944-PR*, de 27 de abril de 2010, do STJ, que aceitou expressamente a prova indireta ou indiciária.

## 5 Análise do Acórdão

No julgado em comento se identificou que a organização criminosa Cartel de Juarez, dedicada ao narcotráfico internacional e chefiada por Amado Carrillo Fuentes, tinha Lucio Rueda Bustos como encarregado de promover a lavagem dos ativos obtidos durante a década de 90, mexicano que falsificou sua identificação para Ernesto Plascencia San Vicente e ocultou no Brasil, durante os anos de 2000 a 2006, dezoito milhões de reais em patrimônio declarado, assim como foram encontrados outros três milhões de reais depositados em contas bancárias. As duas quantias, somadas, correspondem, em números de hoje, a aproximadamente 12 milhões de dólares.

Um dos argumentos da esposa de Lucio Rueda Bustos, que também foi condenada por lavagem, era de que seu consorte foi absolvido do narcotráfico nos Estados Unidos, assim como as provas apresentadas não eram suficientes para um decreto condenatório.

O STJ esclareceu, inicialmente, que para a lavagem de dinheiro não é imperiosa a condenação pelo crime antecedente, o que já foi assinalado *supra*, pela dicção do art. 2º, II, da Lei nº 9.613/98. De fato, a lei brasileira afasta claramente a corrente antes aludida de que é necessária condenação trãnsita em julgado para o crime antecedente.

Em seguida passa o acórdão a examinar o art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.613/98:

"Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: (...)

§ 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."

Entendeu o STJ que a compreensão desse artigo deve abarcar não somente o início da ação penal, senão também o momento da sentença, pelo que são suficientes os



indícios, a prova indireta, para demonstrar o crime antecedente e permitir a condenação por lavagem.

Na análise da prova, a Corte *a quo* reconheceu que Lucio Rueda Bustos foi absolvido por um Tribunal norte-americano, mas que este não foi um fato isolado em sua vida, existindo outras provas da existência do crime antecedente, em especial testemunhas, conforme dicção do relator, ministro Felix Fischer:... *Verifícase que o e. Tribunal a quo indica a existência de outras provas que atestariam o envolvimento de LRB com o tráfico internacional de drogas praticado pelo Cartel de Juarez, como bem ressaltado pela d. Subprocuradoria-Geral da República: 'Dentre essas provas, o acórdão mencionou os testemunhos de Renata Bodziak (fls. 1743), ex-mulher do líder Amado Carrillo Fuentes, e da médium Sueli Rocio Novakoski (fls. 1749), e da testemunha Marisol (fls. 1752), que demonstraram o vínculo de LRB com o Cartel de Juarez. Fez também referência o acórdão ao testemunho de Alejandro Bernal Madrigal, preso por tráfico nos Estados Unidos que "revela, abertamente, os bastidores da organização criminosa (...), bem como dá detalhes minuciosos sobre as ações delitivas cometidas por LRB, exímio responsável pela infra-estrutura aeroportuária do grupo especializado em comercializar substâncias entorpecentes através de aeronaves de grande porte" (fls. 1753)'. (Fls. 2236/2237). Portanto, há que se constatar que no v. acórdão atacado há indicação de vários depoimentos no sentido de que de fato o recorrente LRB integra o Cartel de Juarez, sendo que esta organização criminosa se dedicava intensamente à prática de tráfico internacional de drogas. Os bens imóveis 'lavados' pelos recorrentes LRB e CAP seriam produto destes crimes praticados pelo Cartel de Juarez.*

A ementa é incisiva: *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 nº 9.613/98. (Precedentes do STF e desta Corte)"*

### 5.1 Crítica

A conclusão do STJ é correta se contrastada com o Direito pátrio, mas não pelo fundamento que apontou.

Isto porque da interpretação isolada do artigo 2º, § 1º da Lei nº 9.613/98 não se conclui que são suficientes indícios para demonstrar o crime antecedente na lavagem. Ao revés. O artigo somente estabelece que para o início da persecução penal, para a propositura da ação (*denúncia*) será aceita a prova indireta (§ 1º *A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei*). Se interpretado tal artigo *a contrario sensu* – apesar dos riscos que isto comumente significa – se terá que, uma vez definido que para iniciar a ação penal são aceitos somente indícios, por conseguinte na sentença, onde nada foi dito, será exigível prova direta, em especial se considerado que o Direito Penal deve ser visto como o *conjunto de limites constitucionales y derivados del sistema internacional de protección de los derechos humanos que son organizados y desarrollados sistemáticamente en todas sus consecuencias como obstáculos para la aplicación de una pena en forma legítima*.

Esta, inclusive, foi a intenção original do legislador brasileiro, como destacado *supra*, na exposição de motivos do PL nº 2.688/96, que deu origem à Lei nº 9.613/98

*(Observe-se, no entanto, 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.),* anteriormente transcrita quando da menção da corrente c).

Não por outra razão diz Pitombo que a única coisa que faz a lei é postergar a questão da carga da prova para outro momento, da primeira para a segunda etapa da persecução penal, no modelo brasileiro.

E mais. Outro equívoco se pode registrar na fundamentação. Os supostos precedentes do STF mencionados no acórdão *sub examen* que dariam respaldo à decisão do STJ analisavam o momento processual de oferecimento da ação penal, não o momento da sentença. No *HC nº 94.958/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 05/02/09*, se limitou a Suprema Corte brasileira a dizer que a ação penal pode ser proposta pelo MP sem que seja necessária prova direta, bastando indícios. Nada mais. O mesmo se deu nos *HC nº 10.3097/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, DJU de 24/11/08* e *65041/CE, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Galotti, DJ 01.10.07*, apontados como *obiter dicta* na decisão estudada.

Sem embargo, esta seria a consequência de uma interpretação literal do dispositivo, e não a interpretação sistêmica que se espera de um ordenamento jurídico.

De acordo com o já assinalado *supra*, o Brasil ratificou pelo Decreto presidencial nº 154 de 26 de junho de 1991 a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, de 1988. E esta, em seu art. 3º, § 3º determina que *o conhecimento, a intenção ou o propósito como elementos necessários de qualquer delito estabelecido no § 1º deste Artigo poderão ser inferidos das circunstâncias objetivas de cada caso.*

Poder-se-ia argumentar que a Convenção é anterior (1991 x 1998) à Lei de Lavagem de Dinheiro, e que como possuem a mesma categoria hierárquica no Direito interno, prevalece a norma posterior, que restringiu a aceitação da prova indiciária.

Contudo, não pode ser esse o raciocínio. Se utilizado somente o critério temporal, não se pode olvidar que o Brasil, por seu Decreto presidencial nº 5.015, de 12 de março de 2004, também promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, de 2000, e esta, em seu art. 6º uma vez mais determinou a criminalização da lavagem do produto do crime, e no § 2º, f) do artigo em comento, reiterou a fórmula que consagra a prova indireta para o crime antecedente: *O conhecimento, a intenção ou a motivação, enquanto elementos constitutivos de uma infração enunciada no § 1º do presente Artigo, poderão inferir-se de circunstâncias fatuais objetivas"* assim como antes admitira a mesma fórmula (admissão da prova indiciária) para a criminalização da participação em um grupo criminoso organizado no seu art. 5º, § 2º.

Por conseguinte, o art. 2º, § 1º da Lei nº 9.613/98 deve ser lido em conjunto com as duas convenções firmadas pelo Brasil diante da Comunidade de Nações, e estas consagram a admissão da prova indireta. Nem sequer se pode dizer que existe antinomia entre a norma da Lei nº 9.613/98 e as Convenções. Elas se complementam. A regra do art. 2º, § 1º da Lei nº 9.613/98 aclara quanto ao início da

ação penal. As regras das convenções dão um passo além: também para o decreto condenatório admitem como suficiente a prova indiciária.

É a própria Convenção das Nações Unidas o fundamento legislativo de que se valerá a jurisprudência espanhola para admitir a prova indiciária, na dicção do seu renomado penalista Enrique Bacigalupo Zapater: *...desde la perspectiva probatoria, que en realidad es la más relevante y dificultosa en este tipo delictivo, la prueba directa prácticamente será de imposible existencia dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de 'lavado' del dinero procedente de aquélla, por lo que la prueba indirecta será la más usual, y al respecto no estará de más recordar que ya el art. 3 apartado 3º de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de Diciembre de 1988 -BOE de 10 de Noviembre de 1990 – previene de la legalidad de la prueba indiciaria para obtener el juicio de certeza sobre el conocimiento, intención o finalidad requeridos como elemento de los delitos que se describen en el párrafo primero de dicho artículo entre los que está el de blanqueo de dinero, art. 3, apartado primero epígrafe b).*

O que tampouco é grande inovação, motivo de espécie ou para que se pasmem alguns. Na tradição jurídica brasileira já se verifica de longa data a admissão da prova indiciária no crime antecedente, como por exemplo, quanto aos argumentos relativos ao crime de receptação.

O texto da decisão espanhola revela o real motivo, tantas vezes debatido neste artigo, para a aceitação da prova indiciária: a dificuldade de prova do crime antecedente.

Assim sendo, pela iterativa jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol quanto ao crime antecedente à lavagem de dinheiro: a) se admite a prova indiciária, b) esta não significa menoscabo ao direito à presunção de inocência; c) os indícios devem estar plenamente provados; d) eles devem permitir, pela análise crítica do julgador, deduzir os fatos constitutivos do crime ou a participação do acusado no mesmo, e) a prova indiciária deve ser aceita sem desconfiança nem complexos, quando é a única prova disponível, o que costuma ocorrer em crimes de lavagem de dinheiro.

É verdade que a jurisprudência espanhola exige rigor<sup>52</sup> quanto à prova indiciária, que deve ser confirmada judicialmente, como assim o faz a doutrina, ao propor regras para sua aceitação; contudo, será sempre prova indireta.

## 6 Conclusão

As sucessivas ondas justificativas – guerra contra as drogas, contra o crime organizado, contra o terrorismo – no discurso internacional relativo à lavagem de dinheiro realçam o conteúdo econômico desse delito. Por seu turno, a dificuldade dos órgãos de investigação tradicionais no enfrentamento de semelhante criminalidade implica significativa consequência processual, que é o afrouxamento da prova exigida, pela admissão da prova indireta ou indiciária na verificação do crime antecedente, tendência legislativa e jurisprudencial internacional que repercutiu no acórdão "*Recurso Especial 1.133.944-PR*", de 27 de abril de 2010, do Superior Tribunal de Justiça, entendimento admissível em interpretação sistêmica dos arts. 2º, § 1º da Lei nº 9.613/98, art. 6º, § 2º, da Convenção das Nações Unidas

**contra o Crime Organizado Transnacional e art. 3º, § 3º, da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas.**