

A CRIMINALIZAÇÃO AUTÔNOMA DA AUTOLAVAGEM DE CAPITAIS SOB A ÓTICA DA LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL ESTATAL

THE AUTONOMOUS CRIMINALIZATION OF SELF-LAUNDERING OF CAPITAL FROM THE PERSPECTIVE OF LEGALITY AND PROPORTIONALITY OF STATE CRIMINAL INTERVENTION

Pedro Eularino Teixeira Simão¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente Artigo aborda aspectos doutrinários e jurisprudenciais relativos à possibilidade de criminalização autônoma da autolavagem de capitais à luz dos sistemas jurídicos penais contemporâneos. Tendo como ponto de partida o debate de ideias antagônicas sobre o tema, pretende-se demonstrar a legitimidade da punição do autor do crime antecedente pela prática do delito subsequente de lavagem de capitais. Superada essa controvérsia, tenciona-se sugerir ao legislador pátrio a tipificação expressa dessa modalidade específica de crime na legislação brasileira, adotando-se como modelo a previsão legal existente no Código Penal italiano.

Palavras-chave: Autolavagem de capitais; autonomia do crime de lavagem de capitais; legalidade e proporcionalidade da intervenção penal Estatal; proposição de adoção do modelo contido no Código Penal italiano.

Abstract: This Article addresses doctrinal and jurisprudential aspects relating to the possibility of autonomous criminalization of self-laundering of money in light of contemporary criminal legal systems. Taking as a starting point the debate of antagonistic ideas on the subject, the aim is to demonstrate the legitimacy of punishing the perpetrator of the previous crime for committing the subsequent crime of money laundering. Having overcome this controversy, it is intended to suggest to the national legislator the express classification of this specific type of crime in Brazilian legislation, adopting as a model the legal provision existing in the Italian Penal Code.

Keywords: Self-laundering of money; autonomy from the crime of money laundering; legality and proportionality of State criminal intervention; proposal to adopt the model contained in the Italian Penal Code.

¹ Promotor de Justiça do MPRJ - Membro do GAECO - Mestre em Direito Penal pela Universidade de Lisboa (ULisboa) - Doutorando em Direito Penal na UERJ.

1. INTRODUÇÃO

“Lavagem de Dinheiro”, “Branqueamento de Capitais”, “*Blanqueo de Capitales*”, “*Money Laundering*”, “*Blanchiment D'argent*”, “*Geldwäsche*” e “*Riciclaggio*”. Todas essas expressões são sinônimas e utilizadas no Mundo contemporâneo para designar o mesmo problema jurídico-econômico global. Para compreendermos o fenômeno da lavagem de capitais de modo a buscar soluções efetivas para o enfrentamento dessa espécie delituosa, é imprescindível analisarmos o tema sob uma perspectiva internacional.

Para se ter ideia da importância do constante desenvolvimento de estratégias de prevenção e combate à lavagem de capitais a nível global, estima-se que o valor total de dinheiro lavado anualmente no Mundo está entre 2% e 5% do PIB mundial, ou seja, algo entre US\$ 800 (oitocentos) bilhões e US\$ 2 (dois) trilhões de dólares, de acordo com dados divulgados pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC).¹

A problemática criminal inerente aos efeitos deletérios na economia internacional decorrentes da ocultação e/ou dissimulação de bens e valores provenientes, direta ou indiretamente, da prática de infrações penais se situa primordialmente no âmbito do Direito Penal Econômico, afetando não somente os países considerados ricos, como também os pobres. Na Itália, cerca de 100 (cem) bilhões de euros são “lavados” anualmente. Em países mais pobres, exemplos expressivos que simbolizam a magnitude da utilização da lavagem de capitais pelas organizações criminosas são Moçambique e Nigéria, onde 47% e 43%, respectivamente, dos negócios lá realizados envolvem dinheiro branqueado.²

Diante desse contexto, a propagação da lavagem de capitais ao redor do Mundo é compreensível porque o dinheiro “sujo” escoar para todos os lados, tanto para consumo como para investimentos. Tal fenômeno é facilitado em virtude de dois elementos estreitamente relacionados: por um lado, a crescente globalização dos fluxos de reciclagem do dinheiro “sujo”; por outro, a persistência de fortes segmentações e heterogeneidades existentes na legislação adotada pelos mais diversos países, em que os casos extremos são representados pelos paraísos fiscais e bancários que adotam comportamentos não cooperantes, causando assim “buracos” na rede de combate ao branqueamento de capitais. Conseqüentemente, as atividades ilícitas do crime organizado se beneficiam desses dois fatores, por meio da

¹ Informações disponíveis em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2013/10/29-unodc-marca-dia-nacional-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro.html>. Acesso em 10/06/2024.

² Informações disponíveis em: <https://www.un.org>. Acesso em 12/06/2024.

movimentação financeira espúria dos expressivos valores auferidos com a prática de infrações penais.³

Não é por outro motivo que a partir do final da década de 80, foram firmadas diversas Convenções internacionais com o firme propósito de intensificação da prevenção e do combate à lavagem de capitais. Nesse sentido, destaca-se a Convenção de Viena de 1988 (Convenção da Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas), a Convenção de Palermo de 2000 (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional) e a Convenção de Mérida de 2003 (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), todas formalmente incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

Obviamente, a referida legislação internacional trouxe resultados positivos no combate ao branqueamento de capitais praticado pelas organizações criminosas, já que a observância simultânea de tais recomendações (*Soft Law*) pelos pactuantes culminou no aprimoramento legislativo, que vem se concretizando cada vez mais, através da tendência de uniformização da normatização interna de cada país celebrante, relativa ao crime de lavagem de dinheiro.⁴

Verifica-se assim, que a importância da prevenção e do combate à lavagem de dinheiro decorre da necessidade de impedir que as práticas criminosas possam comprometer a estabilidade econômico-financeira internacional, facilitando atividades perniciosas que possam degradar as estruturas do próprio Estado Democrático de Direito no âmbito interno dos países afetados pelo cometimento de delitos, prejudicando toda a sociedade. Por essa razão, é evidente a constatação de que o branqueamento de capitais “é uma das formas mais eficazes para criminosos promoverem seus interesses secretos”.⁵

É justamente nesse momento, qual seja, do uso, da destinação e da fruição dos bens e/ou valores auferidos ilicitamente pelo autor do crime antecedente, que o presente trabalho objetiva adentrar. Trata-se de verificar a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro atual com a possibilidade de punição autônoma do delito de “autolavagem” ou “autobranqueamento”.

O crime de “autolavagem” ou “autobranqueamento” nada mais é do que uma modalidade específica de lavagem de capitais, na qual o próprio autor do crime antecedente,

³ RAZZANTE, Ranieri. *Manuale della legislazione e prassi dell'antiriciclaggio*. Torino: Giappichelli, 2023, p. 15.

⁴ PITOMBO, Antônio Sergio Altieri de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 44.

⁵ MATSUDA, Rosemeire Kiyoko. *Money Laundering in Brazil and in the United States*. 2007. p. 8. Disponível em: <https://www2.gwu.edu/~ibi/minerva/Fall2007/Rosemeire.pdf>. Acesso em: 6 de junho de 2024.

age com a finalidade de ocultação e/ou dissimulação dos bens, valores e/ou direitos provenientes de infração penal.⁶

Ao longo desse artigo acadêmico será realizada uma abordagem a respeito da controvérsia doutrinária existente sobre a possibilidade de punição autônoma da autolavagem de capitais, para posteriormente mencionarmos o entendimento jurisprudencial consolidado nos tribunais superiores brasileiros.

Após a superação do debate jurídico de ideias, tenciona-se expor o tratamento conferido à autolavagem de capitais em diversos sistemas jurídicos penais contemporâneos, dentre os quais, Estados Unidos, França, Portugal, Espanha, Alemanha e Itália, para finalmente fornecer ao legislador brasileiro solução referente à normatização jurídica dessa modalidade específica de lavagem de dinheiro, sob a ótica da legalidade e da proporcionalidade da intervenção penal Estatal, por meio da tipificação legal expressa da referida infração penal, de acordo com o modelo adotado no Código Penal italiano.

2. DO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Antes de adentrarmos na divergência de ideias que designa a nomenclatura desse estudo, é imprescindível definirmos previamente o que se entende como “lavagem de capitais”, para que seja possível expor ao leitor de forma clara e compreensível o tema proposto nesse artigo, que versa sobre a possibilidade de punição autônoma da “autolavagem” perante o ordenamento jurídico brasileiro.

O termo “lavagem de dinheiro” foi idealizado no século XX, no final da década de 20, pelas autoridades norte-americanas com o intuito de definir um dos métodos utilizados pela máfia italiana para branqueamento de capitais. Um dos artifícios usados por *Alphonse Capone* - líder à época do crime organizado na cidade de Chicago - para justificar a origem dos valores ilícitos decorrentes de suas atividades delituosas era justamente a exploração de uma rede de lavanderias que formavam a empresa de fachada *Sanitary Cleaning Shops*. O referido estabelecimento comercial permitia ao grupo mafioso realizar depósitos bancários de notas de baixo valor, habituais nas vendas de lavanderia, mas que na realidade, eram decorrentes das

⁶ Segundo Mendroni, “a autolavagem ocorre quando o próprio agente, que obteve os valores/bens/direitos provenientes de infração penal, age de forma a ocultá-los e/ou dissimulá-los”. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*, 4ª edição. São Paulo: Editora Grupo GEN, 2018, p. 92.

atividades criminosas, tais como comércio clandestino de bebidas alcoólicas proibido pela Lei Seca vigente à época, exploração da prostituição, do jogo, extorsão, dentre outros delitos.⁷

Com relação ao crime de lavagem de capitais no ordenamento jurídico brasileiro, há previsão legal no artigo 1º da lei 9.613/98, que dispõe: “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”. Ressalte-se que 14 (quatorze) anos após a edição da referida lei, houve uma reforma legislativa engendrada pela lei 12.683/12, que inseriu na legislação pátria modalidades específicas de lavagem de capitais incluindo os parágrafos (§) 1º e 2º no mesmo artigo 1º da lei 9.613/98, prevendo que: “§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros; e § 2º I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei”.

De modo geral, sobre a conceituação do delito de lavagem de dinheiro, a doutrina especializada pondera que o branqueamento de capitais pode ser visualizado por dois ângulos distintos que se complementam. Em sentido amplo, seria o processo de legitimação dos bens de procedência ilegal obtidos à margem do controle e fiscalização da Administração tributária. Já em sentido estrito, tal crime seria compreendido como o processo de reconversão dos bens de origem delitiva em patrimônio aparentemente lícito.⁸

Por sua vez, uma visão mais didática do referido delito aponta no sentido de que a lavagem de capitais pode ser entendida como o “processo pelo qual os bens de origem delitiva se integram no sistema econômico legal com aparência de terem sido obtidos de forma lícita”⁹, consistindo no “movimento de afastamento dos bens de seu passado sujo, que se inicia com a

⁷ CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 75.

⁸ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 249.

⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª edición. Navarra: Aranzadi, 2015, p. 107.

ocultação e termina com sua introdução no circuito comercial ou financeiro, com aspecto de legalidade”.¹⁰

Em outras palavras, a expressão “lavar dinheiro”, popularmente utilizada no linguajar cotidiano, nada mais é do que o agir de modo livre e consciente com a finalidade de escamoteamento da origem ilícita de bens, valores e/ou direitos provenientes, direta e/ou indiretamente, da prática de infração penal antecedente, de modo a conferir-lhes aparência de legalidade no âmbito da economia local, regional ou global, dificultando assim, a identificação do dinheiro “sujo” pelos Órgãos Estatais de controle e fiscalização das atividades econômicas e financeiras.

Essa “aparência de legalidade” ocorre por meio da reinserção dos valores auferidos ilicitamente na economia, de forma a mascarar a sua origem delituosa, impedindo o rastreo e consequente confisco dos bens e/ou valores pelas autoridades públicas. Diante desse panorama, revela-se óbvio que as técnicas de colocação de dinheiro “sujo” na economia (*placement*) vêm se ampliando, se aperfeiçoando e tornando-se cada vez mais complexas.

Por essa razão, para ter êxito na empreitada criminosa, os agentes se utilizam de diversas operações com o fim de ocultação e dissimulação da origem ilícita dos ativos financeiros, buscando o distanciamento progressivo do dinheiro proveniente da infração penal que o originou, culminando na reinserção do capital na economia formal.

Seguindo essa linha de raciocínio, é de suma importância para compreensão da lavagem de dinheiro mencionar os ensinamentos de Badaró e Bottini¹¹ quando explicam que o processo de branqueamento de capitais é composto, minimamente, de três fases distintas, que muito embora sejam dinâmicas e possam se sobrepor – o que torna difícil a identificação no caso concreto – caracterizam-se pela existência de ocultação, dissimulação e integração dos bens à economia.

A ocultação (*placement*) é a fase inicial da lavagem de dinheiro, podendo ser observada por meio de um movimento financeiro voltado à ocultação do valor auferido de maneira

¹⁰ Badaró e Bottini conceituam a lavagem de dinheiro como “o ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravenional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude”. trata “do movimento de afastamento dos bens de seu passado sujo, que se inicia com a ocultação simples e termina com sua introdução no circuito comercial ou financeiro, com aspecto legítimo”. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 25.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, pp. 26-27.

criminosa, distanciando-o de sua origem. Algumas das formas mais comuns de ocultação dos valores pecuniários ilícitos é o seu depósito ou transferência para contas de terceiros, vulgarmente conhecidos como “laranjas”, de maneira fragmentada em pequenas quantias, justamente para não despertar a atenção das autoridades públicas. Tal técnica de lavagem é conhecida como *smurfing* ou *structuring*.

A etapa seguinte do processo de lavagem de capitais é a dissimulação (*layering*), que ocorre através de diversas e sucessivas transações com o firme propósito de “apagar o rastro” do dinheiro sujo, contribuindo assim, para afastar, cada vez mais, os valores de sua origem ilícita. Esse mascaramento da origem dos recursos financeiros também pode decorrer de fraude por meio da utilização de contratos de prestação de serviços sem que haja efetivamente algum serviço realizado, ou até mesmo, pela elaboração de notas falsas relativas à compra de bens inexistentes.

Por fim, a fase final da lavagem de dinheiro caracteriza-se pela integração dos valores ilícitos à economia formal (*integration*), com aparência lícita. Nessa etapa, os valores já dissimulados são reciclados em simulações de negócios lícitos, tais como transações de importação/exportação simuladas, com preços excedentes ou subfaturados, compra e venda de imóveis com valores diferentes daqueles de mercado, ou em empréstimos de regresso (*loanback*).¹²

Realizada essas breves considerações a respeito da definição jurídica do crime de lavagem de dinheiro, bem como das etapas do processo de branqueamento de capitais, é relevante pontuar que apesar da lavagem de capitais ser dotada de autonomia, por outro lado, também é considerada um delito acessório, pois necessariamente sucede à prática de alguma infração penal antecedente que deu origem ao proveito econômico que será ocultado e/ou dissimulado, transformando-se em bens e/ou valores aparentemente lícitos.

Frise-se que as Convenções internacionais sobre lavagem de dinheiro, dentre as quais destacamos algumas que o Brasil é signatário, tais como, as Convenções das Nações Unidas de Viena, Palermo e Mérida - impulsionaram uma evolução legislativa quanto à noção de “infração penal antecedente”, sendo certo que ocorreram alterações na legislação brasileira desde o advento da Lei nº 9.613/1998.

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 27.

Isso porque, inicialmente, o delito de lavagem de capitais descrito no artigo 1º do referido diploma legal previa em sua redação original um rol taxativo de crimes antecedentes pelos quais poderia se originar os valores ilícitos que posteriormente seriam ocultados e/ou dissimulados no processo de branqueamento de capitais.

Ocorre que a Lei nº 12.683/2012 excluiu o mencionado rol de crimes antecedentes, passando a considerar que os bens, valores e/ou direitos auferidos ilicitamente poderiam ser provenientes, direta ou indiretamente, de qualquer infração penal, seja essa um crime ou uma contravenção penal.

Embora essa significativa alteração legislativa tenha maximizado as hipóteses de imputação penal pela prática do delito de lavagem de dinheiro, a Lei 9.613/98, ao contrário de outros sistemas jurídicos penais contemporâneos, permaneceu silente quanto à possibilidade de responsabilização criminal do autor da infração penal antecedente por esta e, ao mesmo tempo, pela prática subsequente de branqueamento de capitais, o que delimitará o cerne do problema que gira em torno da autolavagem.

3. A CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA EXISTENTE SOBRE A POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO AUTÔNOMA DA AUTOLAVAGEM DE CAPITAIS

Conforme pontuado, uma das alterações realizadas pela Lei nº 12.683/2012 foi a exclusão do rol taxativo de delitos antecedentes que estavam previstos no artigo 1º da Lei 9.613/98 e que poderiam dar causa à responsabilidade criminal pelo cometimento do crime subsequente de lavagem de capitais. Consequentemente, o branqueamento de capitais pode se caracterizar em virtude da ocultação e/ou dissimulação de bens, valores ou direitos, provenientes direta ou indiretamente, da prática de qualquer infração penal antecedente, sendo possível que esta seja um crime, ou até mesmo uma contravenção.

Tendo em vista que a referida alteração legislativa foi silente em relação à possibilidade de imputar simultaneamente a responsabilidade criminal pela infração penal antecedente e pela lavagem de dinheiro subsequente, quando o mesmo agente pratica ambos os ilícitos penais, surgiu uma intensa controvérsia doutrinária sobre o tema.

Dentre os argumentos levantados no sentido da impossibilidade de punição da autolavagem de capitais destacam-se a violação ao princípio da legalidade; a inexigibilidade de

conduta diversa, decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*; e a incidência do princípio da consunção em virtude da ocorrência de pós-fato impunível.¹³

Objetivando uma exposição mais didática voltada para uma melhor compreensão das teses supramencionadas, optamos por elencá-las separadamente para tornar mais fluida a leitura.

3.1 DA SUPOSTA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A respeito da suposta violação ao princípio da legalidade estrita que vigora no âmbito do Direito Penal, há quem sustente a incompatibilidade da criminalização da autolavagem, visto que a lei 9.613/98 foi omissa quanto a essa modalidade específica de branqueamento de capitais, na contramão de outros ordenamentos jurídicos que tipificaram expressamente em suas legislações penais a possibilidade de punição pela prática do mencionado delito, como por exemplo, Portugal, Espanha, Alemanha e Itália.

Com esse entendimento, Tavares e Martins chamam a atenção para o fato de que não se pode desprezar a vontade do legislador brasileiro, pois ao não criminalizar a autolavagem, excluiu a possibilidade de interpretação extensiva ou ampliativa da lei penal para alcançar, com a criminalização da lavagem de dinheiro, também o autor do crime antecedente, punindo-o duplamente, isto é, por ambos os crimes.¹⁴

Analisando o problema jurídico por esse ângulo, poderia se afirmar que inexistindo previsão legal expressa tipificando a autolavagem, qualquer interpretação que tenha por objetivo punir essa modalidade específica de lavagem de dinheiro configuraria analogia *in malam partem*, violando assim, o princípio da legalidade, o qual está previsto no art. 5º, inciso XXXIX da CRFB.¹⁵

Não é por outra razão que Roxin, ao discorrer sobre a taxatividade das leis penais como decorrência lógica do princípio da legalidade, alerta que uma lei indeterminada, sem clareza e sem precisão técnica, torna vulnerável o cidadão, sujeitando-o a arbitrariedades. Isso porque,

¹³ DAL SANTO, Luiz Phelipe. *A indevida criminalização da autolavagem de dinheiro*. In: Revista Jurídica Delictae, Volume 3, nº 4, Janeiro/Junho, 2018, pp. 193-253, p. 220.

¹⁴ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 68.

¹⁵ No tocante à relevância jurídica desse princípio constitucional, Juarez Cirino dos Santos, aponta que a legalidade representa “o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe (...) (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas; e (d) a indeterminação dos tipos penais e das sanções penais”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte geral*. 3ª edição. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 20.

tais brechas legislativas permitem ao julgador realizar qualquer interpretação da lei, o que pode resultar na invasão da função própria do legislador de elaboração das leis.¹⁶

Porém, quando o conteúdo da lei é certo e determinado, é recomendável a utilização dos princípios de interpretação do Direito Penal, com o firme propósito de se alcançar o âmbito de proteção da norma penal almejado pelo legislador. Nesse diapasão, tendo em vista a clareza solar inerente à redação do artigo 1º da lei 9.613/98, parece-nos ser improcedente qualquer argumento que defenda a violação do princípio da legalidade, única e exclusivamente, em virtude da possibilidade de punição simultânea do autor pela prática da infração penal antecedente e pela autolavagem de capitais, até porque, o legislador não excluiu expressamente tal hipótese no dispositivo legal.¹⁷

Nesse sentido, esse detalhe importante nos leva a sustentar a inexistência de afronta à legalidade estrita que vigora no Direito Penal é que se o legislador brasileiro quisesse excluir o autor da infração penal antecedente da adequação típica referente à lavagem de capitais, teria feito expressamente nos mesmos moldes da redação do delito previsto no artigo 349 do CP, que ao tratar do crime de favorecimento real pune quem prestar a criminoso, “fora dos casos de coautoria ou de receptação”, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime.

Essa linha de pensamento é reforçada mais ainda, já que o artigo 1º da lei 9.613/98 é considerado um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, não havendo qualquer exigência expressa legal restritiva ou excludente de responsabilidade criminal dirigida ao sujeito ativo do delito. Por essa razão, a nosso ver, não há empecilho algum que impeça o concurso de crimes entre a infração penal antecedente e a autolavagem de capitais.

Além disso, razões de política criminal também ratificam a ausência de violação ao princípio da legalidade no que tange à punição da autolavagem, na medida em que não há causa justificável para favorecer o delinquente, castigando-o apenas pela prática do ilícito penal originário, uma vez que o criminoso, além de gozar das ganâncias oriundas da infração penal antecedente, beneficia-se dos frutos da lavagem de dinheiro.¹⁸

¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito*. 2ª edição. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997, p. 169.

¹⁷ O artigo 1º da Lei nº 9.613/98 estabelece de forma precisa as condutas típicas que consistem na prática do delito de lavagem de dinheiro, nos seguintes termos: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

¹⁸ CARPIO DELGADO, Juana del. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Orientador: Francisco Muñoz Conde. 1997. Tese (Doutorado em Direito) - Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997, pp. 476-477. Disponível em: <https://idus.us.es/handle/11441/97052>. Acesso em: 12/06/2024.

Entendimento em sentido diverso, no sentido da punição da autolavagem afrontar o princípio da legalidade representaria um verdadeiro retrocesso em virtude do incentivo à prática de crimes de branqueamento de capitais, na exata contramão das diretrizes estabelecidas tanto nas Convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, como também, pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI), na prevenção e combate à essa espécie de crime.

3.2 DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA, DECORRENTE DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Outro argumento utilizado pelos defensores da inaplicabilidade da autolavagem perante o ordenamento jurídico brasileiro é a inexigibilidade de conduta diversa, que estaria fundamentada no “direito” do autor do crime antecedente de realizar o autobranqueamento com esteio no princípio *nemo tenetur se detegere*.

O princípio *nemo tenetur se detegere* representa a garantia assegurada ao investigado/acusado de não produzir provas contra si mesmo, como por exemplo, o direito ao silêncio e a negativa à submissão de exames que possam produzir provas biológicas incriminatórias.

Por sua vez, a inexigibilidade de conduta diversa materializa uma excludente supralegal de culpabilidade, que isenta o agente da responsabilidade penal, quando esse, no momento da ação ou da omissão, não poderia, diante das circunstâncias fáticas, ter agido de outra forma, “porque, dentro do que nos é comumente revelado pela experiência humana, não lhe era exigível comportamento diverso”.¹⁹

Seguindo essa linha de raciocínio, surge a interpretação realizada por parte da doutrina no sentido da inevitável ausência de consequências criminais para a prática da autolavagem, em virtude da impossibilidade de se exigir do autor da infração penal antecedente que entregue ou deixe ao alcance das autoridades públicas os bens e/ou valores auferidos, direta ou indiretamente, através do cometimento do ilícito penal prévio à lavagem de capitais efetuada por ele próprio.²⁰

¹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11 -7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 328.

²⁰ Com esse entendimento, Délio Lins e Silva Junior e Marco Aurélio de Paula defendem a ideia de que “quando o autor do crime de lavagem de dinheiro for também o executor do crime antecedente, deve ser aplicada a inexigibilidade de conduta diversa para excluir sua culpabilidade com relação ao crime de lavagem de dinheiro”. SILVA JÚNIOR, Délio Lins e Silva; PAULA, Marco Aurélio Borges de. *Da inexigibilidade de conduta diversa no crime de lavagem de dinheiro praticado pelo mesmo autor do crime antecedente*. In:

Nesse sentido, sustenta-se que não se pode punir um delinquente por lavagem de dinheiro tão somente por ter praticado o delito de branqueamento para encobrir os bens e/ou valores derivados do crime antecedente, pois tal punição violaria frontalmente o direito à não autoincriminação, estando o agente acobertado pela excludente supralegal de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.²¹ Ou seja, por esse viés ideológico, a dificuldade da investigação criminal sobre o patrimônio auferido ilicitamente pelo agente seria uma “consequência natural” da prática da infração penal antecedente.²²

Dessa maneira, para os defensores desse posicionamento, a lavagem de capitais não somente viabiliza a inserção dos valores auferidos ilicitamente na economia formal, com aparência de legalidade, como também possibilita a fruição do proveito do crime pelo autor da infração penal antecedente. Por isso, a criminalização da autolavagem seria uma ofensa à inexigibilidade de conduta diversa, decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*, já que levaria à “imposição de que o agente que praticou o crime antecedente deva, necessariamente, para não responder por lavagem de dinheiro, sair gastando o proveito econômico do crime precedente de forma aberta, chamando para si a atenção dos órgãos de persecução penal”.²³

A bem da verdade, entendemos que a inexigibilidade de conduta diversa, decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*, assim como qualquer outra excludente da responsabilidade penal, deve sempre levar em consideração a imposição de limites norteados pela razoabilidade, para se evitar a distorção de direitos e garantias fundamentais, de forma a salvaguardar a prática de ilícitos penais.

Analisando a autolavagem por essa perspectiva, seria totalmente incoerente defender a inexigibilidade de conduta diversa com o propósito de blindar o autor da infração penal antecedente contra eventual punição pela prática posterior de lavagem de dinheiro. Isso porque, a ação de proteger-se do controle e fiscalização dos órgãos de persecução penal em face da legitimidade dos bens e/ou valores branqueados ultrapassaria o limite de razoabilidade permitido para interpretação da referida excludente de culpabilidade, já que o direito de não

SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira. Curitiba: Juruá, 2009. pp. 59-71, p. 62.

²¹ CORDERO BLANCO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 2015, p. 474.

²² RENART GARCÍA, Felipe. *El blanqueo de capitales en el derecho suizo*. In: Revista del Poder Judicial, Madrid, n. 50, 2º trimestre, 1998, pp. 119-165, pp. 149-150.

²³ BROETO, Filipe Maia. *Lineamentos sobre a (a) tipicidade do crime de autolavagem na ordem jurídica brasileira*. In: Revista de Direito Penal Econômico e Compliance, volume 9, ano 3, janeiro/março, pp. 117-149, 2022, pp. 139-140.

produzir provas contra si mesmo não concederia automaticamente ao agente a possibilidade de conferir aparência de legalidade aos bens e/ou valores auferidos ilicitamente através de outra conduta delituosa.

Assim, o *nemo tenetur se detegere* resguarda o indivíduo contra a obrigação de uma participação ativa na sua incriminação, sem que o direito de não se autoincriminar represente “carta branca” para a prática de ações encobridoras ou dissimuladoras de sua responsabilidade penal. Interpretação em sentido contrário nos levaria ao entendimento de que o direito do investigado/acusado à não autoincriminação lhe outorgaria a prerrogativa de fraudar, ocultar e/ou dissimular a origem criminosa dos bens ou valores oriundos da prática do ilícito penal antecedente à lavagem de capitais efetuada por ele próprio.²⁴

Justamente por esse motivo que Horta e Teixeira defendem que a inexigibilidade de conduta diversa somente resguarda o investigado/acusado contra o dever de colaboração ativa incriminatória, não abarcando ações de “autoblindagem”, sob pena de transformarmos o direito à não autoincriminação em uma “licença” deliberada para o exercício de ações de encobrimento da responsabilidade criminal do agente, constituindo-se em uma “liberdade absoluta de autosalvação”.²⁵

Corroborando o entendimento da inaplicabilidade da excludente supralegal de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa à autolavagem, Lima menciona o princípio da convivência das liberdades, para impossibilitar que qualquer das liberdades seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias, raciocínio esse que nos conduz ao posicionamento de que o direito à não autoincriminação não pode ser entendido em sentido absoluto.²⁶

Conseqüentemente, o autor da infração penal antecedente responderá pelo crime de lavagem de dinheiro, se, após o exaurimento do crime/contravenção precedente, execute novo ato independente, a fim de ocultar bens, direitos ou valores obtidos mediante o cometimento de algum ilícito penal, pois nesse caso, surge uma “nova infração penal autônoma e dissociada de

²⁴ HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. *Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil*. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, volume 18, nº 74, pp. 7-49, 2019, pp. 36-37.

²⁵ HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. *Contenido de injusto y punibilidad del autoblanqueo de capitales*. *InDret*: Revista para el Análisis del Derecho, DOI:10.31009/InDret.2021.i1.07, pp. 203-227, 2021, p. 209. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/uploads/2021/01/1606.pdf>. Acesso em: 10/06/2024.

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Legislação Criminal Especial Comentada*. 10ª edição. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022, p. 943.

qualquer exigência de colaboração por parte das autoridades públicas persecutórias”, afastando-se assim, a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*.²⁷

3.3 DA EVENTUAL INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO, EM VIRTUDE DO PÓS-FATO IMPUNÍVEL

Por fim, há quem entenda que a autolavagem é um mero exaurimento da infração penal antecedente, sendo inviável a punição do autor desta pela prática de lavagem de dinheiro em razão do aproveitamento do produto do delito originário, já que o branqueamento de capitais ensejaria um fato posterior impunível decorrente do princípio da consunção.²⁸

Esse posicionamento se relaciona de certa forma com o fundamento da súmula nº 17 do Superior Tribunal de Justiça que preceitua que “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido. Da mesma maneira, hipótese semelhante ocorreria no caso da receptação ao não se admitir a punição por esse delito, do autor, do coautor ou do partícipe do crime anterior, por se tratar de pós-fato impunível em virtude da incidência do princípio da consunção.”²⁹

Ressalte-se que o pós-fato impunível é designado por alguns juristas como pós-fato copenado³⁰, que diz respeito aos casos em que, embora haja pluralidade de ações e aparente pluralidade de adequação típica, deve-se reconhecer a presença de um único delito resultante da absorção do injusto do tipo penal do crime posterior ao conteúdo de injusto do tipo legal primário.³¹

Nesse contexto, de acordo com os defensores desse posicionamento, o autobranqueamento de capitais seria inaplicável ao autor da infração penal antecedente por ser um ato posterior copenado já abrangido pelo desvalor do ilícito penal precedente e, portanto,

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Legislação Criminal Especial Comentada*. 10ª edição. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022, p. 944.

²⁸ Nesse sentido, GRECO FILHO, Vicente. *Tipicidade, bem jurídico e lavagem de dinheiro*. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 147-169.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos - arts. 155 a 212*, volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2022A. p. 194.

³⁰ CRUZ, Flavio Antonio. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – UFPR, Curitiba, 2014. p. 785.

³¹ Segundo Cirino dos Santos, “o antefato e o pós-fato co-punidos estão, geralmente, em relação de consunção com o fato principal: são punidos em conjunto com o fato principal”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª edição. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2008, p. 426.

impunível.³² Sob essa perspectiva, a autolavagem seria um mero exaurimento do crime/contravenção antecedente, pois o dinheiro sujo deve necessariamente ser branqueado em algum momento da vida do criminoso para que esse possa desfrutar dos valores auferidos ilicitamente com a prática do delito originário.³³

Consequentemente, o crime de lavagem de dinheiro, quando praticado pelo próprio autor da infração penal antecedente, seria absorvido por este, em virtude da incidência do princípio da consunção, sendo certo que eventual incriminação da autolavagem de capitais consistiria em uma dupla punição pelo mesmo fato delituoso em afronta direta ao *ne bis in idem*.

Em sentido diametralmente oposto, existe entendimento doutrinário no sentido da inaplicabilidade do princípio da consunção à autolavagem de capitais. Isso porque haveria distinção entre os diversos bens jurídicos tutelados pela lavagem de capitais e aquele protegido pela norma penal referente à infração penal antecedente.

Desse modo, com base na característica da autonomia, inerente ao crime de lavagem de dinheiro, parcela da doutrina entende que o desvalor da conduta que culmina no branqueamento de capitais não está englobado pelo desvalor da conduta referente à infração penal antecedente, sendo inevitável a aplicação do concurso material de crimes (artigo 69 do CP) aos casos de autolavagem.³⁴

Concordamos com esse posicionamento no sentido de que a autolavagem não pode ser considerada um mero exaurimento do crime/contravenção antecedente, justamente por consistir em uma nova infração penal totalmente independente daquela, que objetiva resguardar uma pluriofensividade de bens jurídicos, dentre os quais, inclui-se a Administração da Justiça.³⁵

³² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 689.

³³ Nesse sentido, Bajo Fernández e Bacigalupo (2001, p. 677) sustentam que “*el dinero negro tiene necesariamente que ser blanqueado en algún momento de la vida de su titular para poder disfrutar él [...]. En dicho momento, el titular tiene dos opciones: una, confesar el origen de la riqueza y, al menos, responder por el delito fiscal o por cualquier otro delito que hubiera dado origen de la adquisición de ese dinero, o proceder a lo que denominamos “blanqueo de dinero”*”. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 677.

³⁴ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*, 2ª edição. São Paulo: Editora Grupo GEN, 2017, p. 63.

³⁵ Com esse posicionamento, Carpio Delgado, defende a ofensividade inafastável da lavagem de dinheiro, à qual, “*como delito autonomamente configurado, tiene su propio bien jurídico que se puede diferenciar perfectamente del bien jurídico protegido por el delito previo*”. CARPIO DELGADO. Juana Del. *El delito del blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Tese de Doutorado defendida na Universidad de Sevilla. Orientador: Francisco Muñoz Conde. 1997, pp. 468-469. Disponível em: <https://hdl.handle.net/11441/97052>. Acesso em: 15/06/2024.

Nessa linha de pensamento, é perfeitamente possível a punição simultânea do mesmo agente, isto é, pela prática da infração penal antecedente e pela autolavagem. Tal afirmação é respaldada pelo fato de que um dos bens jurídicos protegidos pela norma penal que tipifica o crime de lavagem de capitais (Administração da Justiça) é, em regra, diferente daquele violado pelo ilícito penal anterior, sendo certo que essa distinção autoriza a aplicação do concurso material de crimes sem que exista afronta ao *ne bis in idem*.³⁶

É nesse exato momento que, sem a intenção de esgotar o tema que será tratado no próximo capítulo, torna-se imprescindível mencionarmos que para ser possível o afastamento da incidência do princípio da consunção nas hipóteses de autobranqueamento, é necessário que a ocultação ou dissimulação de bens e/ou valores provenientes de infração penal antecedente, advenha de atos subsequentes e autônomos que demonstrem claramente a vontade livre e consciente do agente para o fim específico de reinserção do produto do crime/contravenção na economia formal.

Tendo em vista esse dolo específico inerente à configuração da autolavagem de capitais, Lima alerta que tanto a ocultação, quanto a dissimulação, “demandam a prática de um ato de mascaramento do produto direto ou indireto da infração antecedente”, de maneira que a simples utilização do proveito criminoso não configura, por si só, a “higienização de ativos”. Assim, o mero aproveitamento do produto do delito/contravenção seria irrelevante à Administração da Justiça ou à ordem socioeconômica, representando um exaurimento da infração penal antecedente, tal como o criminoso que gasta o dinheiro sujo em viagens e em restaurantes.³⁷

4. O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA A RESPEITO DA PUNIÇÃO DA AUTOLAVAGEM DE CAPITAIS

Sem sombra de dúvidas, o principal objetivo da Lei 9.613/98 foi a adequação do ordenamento jurídico brasileiro às recomendações internacionais (*Soft Law*) estipuladas desde 1988, por meio da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias

³⁶ BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 74.

³⁷ Com base nessa premissa, Lima sustenta a incompatibilidade do princípio da consunção (pós-fato impunível), em relação ao ato “genuíno” de lavar dinheiro, eis que haveria a configuração de “lesão autônoma, contra sujeito passivo distinto, através de conduta não compreendida como consequência natural e necessária” da infração penal antecedente. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Legislação Criminal Especial Comentada*. 10ª edição. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022, pp. 942-951.

Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena. No preâmbulo desta, demonstra-se a intenção, em âmbito global, de sufocar os 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.³⁸

Embora a edição da Lei nº 9.613/98 tenha sido de suma importância na observância das diretrizes internacionais supramencionadas, é fato notório que ao dispor em seu artigo 1º sobre o delito de lavagem de dinheiro, houve omissão quanto à possibilidade de punição pela autolavagem, que ocorre quando o autor da infração penal antecedente pratica atos subsequentes de ocultação e/ou dissimulação da vantagem econômica auferida ilicitamente com a finalidade de conferir-lhe aparência de legalidade.

Diante do silêncio da referida norma penal, surgiu a controvérsia se a autolavagem seria um pós-fato impunível por ser mero exaurimento da infração penal antecedente ou, se ao contrário, o autor dos injustos penais antecedente e subsequente (lavagem de dinheiro) poderia ser condenado por ambos, sem que tal condenação violasse o princípio do *ne bis in idem*.

Ao se debruçar sobre a divergência, a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros inclinou-se pela possibilidade de punição da autolavagem de forma autônoma e independente da infração penal antecedente, viabilizando assim, a incidência do concurso de crimes na referida hipótese.

Essa construção jurisprudencial começou a ser delineada no Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 92.279-1/RN, quando se firmou o entendimento de que a lavagem de dinheiro “é crime autônomo, não se constituindo em mero exaurimento do crime antecedente”, ou seja, a prática da autolavagem é punível, não havendo que se falar em afronta ao princípio *ne bis in idem*.³⁹

Corroborando esse posicionamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu no Inquérito nº 2.471/SP pela possibilidade de o autor da infração penal antecedente responder criminalmente, simultaneamente à imputação de lavagem de dinheiro. Nesse sentido, ponderou-

³⁸ Nos termos do preâmbulo da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, promulgada pelo Decreto nº 154, 26 de junho de 1991.

³⁹ De acordo com o Habeas Corpus nº 92.279-1/RN, que elencou a seguinte ementa: “Direito Penal. Crimes de uso de documento e de lavagem de dinheiro. Meio para a prática do crime contra o sistema financeiro nacional. Improcedência. Crimes autônomos e posteriores. Ausência de bis in idem entre os processos no Brasil e na Alemanha. Ordem denegada”. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 92.279-1/RN, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 24/06/2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/> Acesso em 13/06/2024.

se que “não sendo considerada a lavagem de capitais mero exaurimento do crime de corrupção passiva, é possível que dois dos acusados respondam por ambos os crimes, em ações penais diversas”, sendo viável, inclusive, que os indícios da prática de corrupção angariados em uma ação penal sirvam para configuração do crime de lavagem de capitais.⁴⁰

A consolidação efetiva do entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à possibilidade de punição da autolavagem se deu na Ação Penal nº 470/MG, que ficou conhecida popularmente como o caso do “Mensalão”. Isso porque a decisão do Tribunal Pleno estabeleceu a admissibilidade da criminalização autônoma e independente da lavagem de dinheiro cometida pelo mesmo autor da infração penal antecedente.

Em outras palavras, reconheceu-se que a lavagem de dinheiro constitui delito autônomo em relação aos ilícitos penais antecedentes, e não mero exaurimento do crime anterior. Contudo, para configuração da autolavagem, é imprescindível “a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado)”.⁴¹

Nesse sentido, ao se deparar com um caso concreto envolvendo simultaneamente os crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “quando a ocultação configura etapa consumativa do delito antecedente - caso da corrupção passiva recebida por pessoa interposta - de autolavagem se cogita apenas se comprovados atos

⁴⁰ Nos termos do acórdão proferido no Inquérito nº 2.471/SP pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, que consignou: “Não sendo considerada a lavagem de capitais mero exaurimento do crime de corrupção passiva, é possível que dois dos acusados respondam por ambos os crimes, inclusive em ações penais diversas, servindo, no presente caso, os indícios da corrupção advindos da AP 477 como delito antecedente da lavagem. V – O fato de um ou mais acusados estarem sendo processados por lavagem em ação penal diversa, em curso perante o Supremo Tribunal Federal, não gera *bis in idem*, em face da provável diversidade de contas correntes e das importâncias utilizadas na consumação do suposto delito”. Inquérito nº 2.471/SP. Acórdão proferido pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 29/09/2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/> Acesso em 13/06/2024.

⁴¹ Nos termos do acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de Embargos Infringentes na Ação Penal nº 470/MG que decidiu: “Lavagem de dinheiro. 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva “receber”, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvição por falta de provas 3. Perda do objeto quanto à impugnação da perda automática do mandato parlamentar, tendo em vista a renúncia do embargante. 4. Embargos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro”. (Ação Penal nº 470/MG, Relator: LUIZ FUX, Relator/Acórdão: LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014, Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 07/04/2024.

subsequentes, autônomos, tendentes a converter o produto do crime em ativos lícitos, e capazes de ligar o agente lavador à pretendida higienização do produto do crime antecedente”.⁴²

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça adota o mesmo posicionamento do Supremo Tribunal Federal no tocante à possibilidade de punição da autolavagem praticada pelo autor da infração penal antecedente, afastando a incidência do princípio da consunção, desde que os atos caracterizadores da lavagem de dinheiro sejam autônomos, diversos e subsequentes àqueles atos pertencentes ao delito originário precedente.

Com fundamento nessa linha de raciocínio, a Corte Especial do STJ já teve a oportunidade de consignar que “embora a tipificação da lavagem de capitais dependa da existência de um crime antecedente, é possível a autolavagem, isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, do delito antecedente e do crime de lavagem, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização do primeiro crime”.⁴³

Para não serem considerados pós-fato impunível, ou seja, mero exaurimento do crime/contravenção precedente, tais atos de lavagem de dinheiro devem ser necessariamente independentes e subsequentes à prática da infração penal antecedente, além de devidamente comprovados através da “efetiva prática de condutas tendentes a acobertar a origem ilícita de dinheiro, com o propósito de emprestar-lhe aparência de licitude”.⁴⁴

Assim, importante ressaltar que a mera utilização, fruição ou gozo das vantagens econômicas auferidas ilicitamente por meio do cometimento da infração penal antecedente insere-se no contexto do mero exaurimento desta, sendo considerado pós-fato impunível, incidindo nesse caso, o princípio da consunção. É a hipótese, por exemplo, da conduta de simplesmente gastar o dinheiro “sujo” em restaurantes e viagens ou, até mesmo, pagar contas diretamente usando dinheiro ilícito, sem camuflar ou dissimular a sua origem criminosa.⁴⁵

⁴² Nos moldes do acórdão proferido pela 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal nº 694/MT. 1ª Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 02/05/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 25/04/2024.

⁴³ Nos moldes do acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal nº 989/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrihgi, julgado em 16/02/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/> Acesso em: 20/06/2024.

⁴⁴ Nos exatos termos do acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal nº 989/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrihgi, julgado em 16/02/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/> Acesso em: 20/06/2024.

⁴⁵ De acordo com o acórdão proferido pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal, da 4ª Região, nos autos da ACR nº 1999.70.00.013518-3. Relator do Acórdão: Desembargador Néfi Cordeiro, julgado em 04/07/2007. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/>. Acesso em: 22/06/2024.

Verifica-se, portanto, que STF e STJ convergem em direção ao mesmo sentido, no tocante à possibilidade de punição simultânea do agente, pela prática da infração penal antecedente e pela autolavagem de capitais, sem que haja violação ao princípio *ne bis in idem*. Esse entendimento se justifica em virtude de o crime de lavagem de dinheiro ser um delito autônomo, correspondendo a uma “conduta criminosa adicional, que se caracteriza mediante nova ação dolosa, distinta daquela que é própria do exaurimento de crime do qual provém o capital sujo”.⁴⁶

Apesar da jurisprudência pátria solucionar o problema do autobranqueamento na prática jurídica, a nosso sentir, o cerne da questão repousa justamente na necessidade premente de um agir positivo do legislador brasileiro através da tipificação expressa do crime de autolavagem de capitais em nosso ordenamento jurídico, com o objetivo de adequar o entendimento consolidado dos Tribunais Superiores à legalidade estrita, que deve nortear o Direito Penal vigente em um Estado Democrático de Direito.

Para impulsionar essa proposição, nada mais razoável do que uma imersão no tema da criminalização autônoma do delito de autolavagem, sob a ótica dos sistemas jurídicos penais contemporâneos, o que será objeto do próximo capítulo.

5. A CRIMINALIZAÇÃO DO DELITO DE AUTOLAVAGEM NOS SISTEMAS JURÍDICOS PENAIS CONTEMPORÂNEOS

Antes de adentrarmos especificamente nas particularidades da criminalização autônoma da autolavagem de capitais em alguns sistemas jurídicos penais estrangeiros, revela-se de suma importância apontarmos previamente as diretrizes estabelecidas pelas Convenções internacionais e pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI), no tocante ao referido tema.

Dos tratados internacionais mais relevantes que versam sobre o branqueamento de capitais, o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena)⁴⁷, da Convenção das Nações Unidas Contra

⁴⁶ Nos moldes do acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal nº 923/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23/09/2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/> Acesso em: 20/06/2024.

⁴⁷ A Convenção de Viena foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 7.030/2009.

o Crime Organizado Transnacional (Palermo)⁴⁸ e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Mérida).⁴⁹

Tanto a Convenção de Palermo (artigo 6º, item nº 2, alínea ‘e’), quanto a Convenção de Mérida (artigo 23, item nº 2, alínea ‘e’) possuem previsão expressa semelhante dirigida aos países signatários no sentido da chamada “reserva de autolavagem”. Ambas as recomendações tratam da prerrogativa dos países que tenham aderido aos mencionados pactos internacionais de admitirem em sua legislação penal interna, de forma expressa, a não criminalização da autolavagem, quando tal punição for incompatível com os princípios fundamentais de determinado país.⁵⁰

No que tange ao autobranqueamento de capitais, diante do teor permissivo das normas internacionais pactuadas (*Soft Law*), alguns países vedaram expressamente a criminalização da autolavagem em suas legislações internas, excluindo a possibilidade de punição autônoma pela lavagem de dinheiro cometida pelo autor da infração penal antecedente. É o caso da Áustria, (Seção §165 do Código Penal Austríaco) e da Suécia (artigo 6º, §2º, do capítulo 9 do Código Penal Sueco).⁵¹

A bem da verdade, tais regramentos proibitivos da punição da autolavagem consistem em exceção à regra. Alguns países, como os Estados Unidos e a França, estão na mesma situação do Brasil, ou seja, a despeito da inexistência de previsão legal expressa em seus ordenamentos jurídicos, a missão de interpretar a extensão do significado inerente ao delito de lavagem de dinheiro incumbe à jurisprudência consolidada dos respectivos tribunais.

Por outro lado, Espanha, Portugal, Alemanha e Itália possuem disposição expressa em seus Códigos Penais no sentido da criminalização autônoma do crime de autolavagem. Para melhor organização, elencaremos a seguir, separadamente, as peculiaridades de cada sistema jurídico penal no que tange à autolavagem de capitais.

Optamos ainda, por minudenciar no próximo capítulo, a solução adotada pelo legislador italiano, para resolver o problema da necessidade de criminalização autônoma da autolavagem de capitais, sob a perspectiva da legalidade e proporcionalidade da intervenção penal estatal.

⁴⁸ A Convenção de Palermo foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 5015/2004.

⁴⁹ A Convenção de Mérida foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 5.687/2006.

⁵⁰ É importante destacar que, também no âmbito do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), a Recomendação nº 3 versa especificamente sobre a lavagem de capitais, admitindo de forma expressa a não criminalização da autolavagem, quando tal punição for incompatível com os princípios fundamentais de determinado país.

⁵¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª edição. Navarra: Arazandi, 2015, p. 462.

a) Estados Unidos

Tal como ocorre no sistema jurídico penal brasileiro, também não há previsão legal expressa e específica no ordenamento jurídico norte-americano a respeito da autolavagem. Assim, a punição pela prática do autobranqueamento é possível, mas fica a cargo da jurisprudência dos tribunais.

De modo semelhante ao entendimento consolidado nos tribunais superiores do Brasil, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana também exige como pressuposto da autolavagem a prova da intenção deliberada do agente de lavar dinheiro. Nesse sentido, adota-se a mesma lógica da exigência da intenção de lavar o dinheiro, por meio da prática de atos autônomos e subsequentes de ocultação ou dissimulação de bens e/ou valores provenientes da infração penal antecedente.

O referido posicionamento foi acolhido pela Suprema Corte em dois *leading cases* julgados em 2008⁵², nos quais, embora os réus tenham sido absolvidos, definiu-se que o pressuposto para configuração do crime de branqueamento de capitais é a comprovação da finalidade do agente ocultar ou disfarçar a natureza, a localização, a fonte, a propriedade ou o controle dos rendimentos do dinheiro, em violação à lei federal sobre lavagem de dinheiro.

Em um desses *leading cases*, qual seja, *Regalado Cuellar v. United States*, o agente foi preso depois de uma busca no carro que dirigia pelo Texas em direção ao México, onde foi apreendido quase US\$ 81.000 (oitenta e um mil dólares) embrulhados em sacos plásticos e cobertos com pêlos de animais em um compartimento secreto sob o piso traseiro. Diante desse contexto fático, o acusado foi condenado por tentativa de transportar fundos de um lugar nos Estados Unidos para um lugar fora dos Estados Unidos, sabendo que os valores eram produto de atividades ilegais.

Ao analisar o caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos absolveu o acusado consignando que embora a legislação norte-americana sobre lavagem de capitais não exija prova de que o réu tentou criar a aparência de riqueza legítima, a intenção de reinserção do dinheiro sujo na economia formal não pode ser satisfeita apenas pela prova de que os fundos foram escondidos durante o transporte. Assim sendo, apontou-se que o texto legal deixa claro que uma condenação exige prova de que o objetivo do transporte – e não apenas o seu efeito –

⁵² Trata-se de dois *leading cases* julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no mesmo dia e com fundamentação semelhante. *Regalado Cuellar v. United States*: nº 06-1456, julgado em 2 de junho de 2008, e *United States v. Santos*: nº 06-1005, julgado em 2 de junho de 2008. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/>. Acesso em: 10/06/2024.

era de ocultar ou disfarçar um dos atributos listados: a natureza, localização, origem, propriedade ou controle dos fundos.⁵³

Verifica-se, portanto, que apesar da omissão na legislação norte-americana sobre o tema, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos admite a punição da autolavagem, desde que seja comprovado o dolo específico do autor da infração penal antecedente para o fim de lavar dinheiro através da prática de atos de ocultação ou dissimulação da origem ilícita de bens e/ou valores pecuniários.

b) França

De acordo com o artigo 324-1 do Código Penal francês, a lavagem de capitais (*Blanchiment D'argent*) consiste no “ato de facilitar, por qualquer meio, a falsa justificação da origem dos bens ou rendimentos do autor de um crime ou contravenção, tendo-lhe proporcionado um lucro direto ou indireto”.⁵⁴

Como se pode perceber, da mesma forma que os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano, a legislação francesa não prevê, nem exclui expressamente, a possibilidade de punição do autobranqueamento, motivo pelo qual, não restou outra alternativa, senão incumbir à jurisprudência da Corte de Cassação a missão de interpretar o dispositivo legal supramencionado.

Nesse contexto, a Corte de Cassação firmou entendimento no sentido da admissibilidade de punição da autolavagem de capitais praticada pelo agente responsável pelo cometimento da infração penal originária precedente, eis que o artigo 324-1 do Código Penal francês “é aplicável ao autor de lavagem do produto de um crime que ele próprio cometeu”.⁵⁵

⁵³ Por essa razão, como as evidências sugeriam que os aspectos secretos do transporte foram empregados para facilitá-lo, mas não necessariamente que o sigilo fosse o seu propósito, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que “a disposição da lei sobre branqueamento de capitais ao abrigo da qual o petionário foi condenado exige prova de que o transporte foi “concebido, no todo ou em parte, para ocultar ou disfarçar a natureza, a localização, a origem, a propriedade ou o controle” dos fundos. §1956(a)(2)(B)(i). Embora este elemento não exija prova de que o réu tentou criar a aparência de riqueza legítima, também não pode ser satisfeito apenas pela prova de que o réu ocultou os fundos durante o seu transporte. Neste caso, a única prova apresentada para provar este elemento mostrou que o petionário realizou grandes esforços para ocultar os fundos *a caminho* do México e, portanto, a sua condenação não pode ser mantida”. De acordo com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento *Regalado Cuellar v. United States*: nº 06-1456, julgado em 2 de junho de 2008. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/553/550/>. Acesso em: 11/06/2024.

⁵⁴ O artigo 324-1 do Código Penal da França prevê o crime de lavagem de capitais nos seguintes termos: “*Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect*”. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/> Acesso em: 20/06/2024.

⁵⁵ De acordo com a Corte de Cassação da França, “*l'art. 324-1 du Code pénal est applicable à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise*”. Acórdão da Câmara Criminal da Corte de

Segundo o Tribunal Superior francês, tendo em vista que o referido dispositivo legal estabelece um crime “geral e autônomo” de branqueamento de capitais, “distinto”, nos seus elementos materiais e intencionais, do crime ou contravenção gerador de produto ilícito, pune-se a lavagem de dinheiro independentemente do seu autor, desde que seja comprovado no caso concreto a prática de “ações específicas de colocação, ocultação ou conversão” deste produto, não havendo que se falar em violação ao princípio *ne bis in idem*.⁵⁶

c) Portugal

Em Portugal, o crime de lavagem de capitais é previsto no artigo 368-A do Código Penal Português com o *nomen iuris* “branqueamento”. O dispositivo legal elenca uma série de crimes que podem ser considerados “infração penal antecedente” ao delito de lavagem de dinheiro.

O artigo 368-A já sofreu algumas alterações legislativas, sendo certo que atualmente a possibilidade de punição da autolavagem é permitida pela norma penal incriminadora, eis que o item nº 3 do dispositivo legal estabelece que “quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal, é punido com pena de prisão até 12 anos”.⁵⁷

Dessa maneira, a elementar contida no tipo penal de branqueamento “por si ou por terceiro” autoriza a imputação do crime de lavagem de dinheiro ao autor ou partícipe da infração penal antecedente, ou seja, o Código Penal de Portugal pune a autolavagem ou, nos moldes da terminologia utilizada pelo legislador português, o autobranqueamento.

Um detalhe relevante existente no Código Penal português é a previsão legal no item nº 12 do artigo 368-A sobre a imposição de um “teto máximo” de pena para o agente que praticou

Cassação da França, Recurso nº 07-82.977, julgado em 20 de fevereiro de 2008. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 21/06/2024.

⁵⁶ Segundo a Corte de Cassação da França, “*Attendu que l'article 324-1, alinéa 2, du code pénal, institue une infraction générale et autonome de blanchiment, distincte, dans ses éléments matériel et intentionnel, du crime ou du délit ayant généré un produit et réprime, quel qu'en soit leur auteur, des agissements spécifiques de placement, dissimulation ou conversion de ce produit, de sorte que cette disposition est applicable à celui qui blanchit le produit d'une infraction qu'il a commise, sans porter atteinte au principe Ne bis in idem*”. Acórdão da Câmara Criminal da Corte de Cassação da França, Recurso nº 17-80.152, julgado em 17 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 22/06/2024.

⁵⁷ De acordo com o artigo 368-A do Código Penal português. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>. Acesso em: 06/05/2024.

a lavagem de dinheiro, não podendo ser superior ao limite máximo da pena cominada à infração penal antecedente que deu origem às vantagens ilícitas branqueadas.⁵⁸

Ao que parece, diante do caráter acessório do delito de branqueamento, e tendo em vista a proporcionalidade da pena deste em relação ao crime precedente que produziu a vantagem ilícita, o legislador português entendeu ser razoável impor o referido limite máximo de pena ao agente responsável pela infração penal subsequente de lavagem de dinheiro.

d) Espanha

De forma similar ao ordenamento jurídico português, o Código Penal da Espanha preceitua em seu artigo 301, item nº 1, que “quem adquirir, possuir, utilizar, converter ou transmitir bens, sabendo que estes têm origem em atividade criminosa, cometida por si ou por terceiro, ou praticar qualquer outro ato para ocultar ou dissimular a sua origem ilícita, ou para ajudar a pessoa que participou da infração ou infrações a evitar as consequências jurídicas de seus atos, será punido com pena de prisão de seis meses a seis anos e multa de uma a três vezes o valor do imóvel”.⁵⁹

Conforme se verifica, o referido dispositivo legal trata do crime de lavagem de capitais (*blanqueo de capitales*) que pune qualquer pessoa, inclusive o autor da infração penal antecedente - através da elementar do tipo penal “por si ou por terceiro” - pela prática de ato com a finalidade de ocultação ou dissimulação da origem ilícita de bens provenientes de atividade criminosa. Desse modo, o legislador espanhol também optou pela possibilidade de punição da autolavagem, já que o próprio dispositivo legal que prevê o delito de lavagem de capitais inclui na adequação típica imediata da conduta o autor da infração penal antecedente.

e) Alemanha

Inicialmente, o sistema jurídico penal alemão vedava a punição do autor do crime antecedente pela prática do delito de branqueamento de dinheiro. No entanto, em observância às diretrizes de prevenção e combate à lavagem de capitais estabelecidas nas convenções

⁵⁸ Nos termos do artigo 368-A, item nº 12, do código Penal português, “a pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt>. Acesso em: 06/05/2024.

⁵⁹ De acordo com o artigo 301, item nº 1 do Código Penal espanhol: “*El que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes*”. Disponível em: <https://www.boe.es/>. Acesso em: 2 de junho de 2024.

internacionais, a Alemanha aperfeiçoou a sua legislação penal inserindo no Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*) a possibilidade de punição da autolavagem.

Nesse sentido, ao dispor sobre o delito de lavagem de capitais (*Geldwäsche*) na seção §261 do StGB, o legislador alemão determinou expressamente em seu item n° 7 que o autor da infração penal antecedente poderá ser punido pela prática do crime de branqueamento de dinheiro, isto é, autolavagem, desde que haja a reinserção na economia dos bens e/ou valores, de forma a ocultar a sua origem ilícita.⁶⁰

Diante disso, pode-se afirmar que o critério adotado pelo legislador alemão para possibilitar a punição pelo cometimento do crime de autolavagem se compatibiliza com o posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros no sentido de viabilizar a punição do autobranqueamento, desde que comprovada a prática de atos de ocultação e/ou dissimulação autônomos e subsequentes à prática da infração penal antecedente com o fim de mascaramento da origem ilícita dos bens e/ou valores provenientes de atividade criminosa.

6. A LEGALIDADE E A PROPORCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL ESTATAL COMO SOLUÇÃO DO PROBLEMA DA CRIMINALIZAÇÃO DA AUTOLAVAGEM DE CAPITAIS NA ITÁLIA

Deixamos por último a análise do sistema jurídico penal italiano, não somente por conta do detalhamento específico a respeito da criminalização autônoma do delito de autolavagem (*autoriciclaggio*), como também, em razão de ser em nosso entendimento, a solução adotada mais adequada sobre o tema do autobranqueamento de capitais, sob à ótica da legalidade e da proporcionalidade da intervenção penal Estatal.

Nos últimos anos ocorreram alterações significativas na legislação italiana relativa à prevenção e combate à lavagem de dinheiro. Na realidade, após intensa divergência doutrinária e jurisprudencial, o legislador italiano se convenceu da necessidade de introduzir o crime autônomo de autobranqueamento no sistema jurídico italiano. A introdução do novo delito atendeu às diretrizes estabelecidas tanto nas Convenções internacionais, quanto nas recomendações expedidas pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI).

⁶⁰ Nos moldes da seção 261 (§261), item n° 7 do Código Penal da Alemanha (StGB), que dispõe sobre o crime de lavagem de capitais (*Geldwäsche*), “*Wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist, wird nach den Absätzen 1 bis 6 nur dann bestraft, wenn er den Gegenstand in den Verkehr bringt und dabei dessen rechtswidrige Herkunft verschleiert*”. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. Acesso em: 24/06/2024.

O GAFI é o único Órgão que se ocupa, de forma exclusiva e especializada, do desenvolvimento de uma estratégia de combate ao branqueamento de capitais a nível internacional. É um Órgão intergovernamental criado em 1989 que tem por finalidade a promoção de estratégias de combate ao branqueamento de capitais proveniente de origem ilícita e ao financiamento do terrorismo.

A ação desse organismo internacional é realizada por meio de “recomendações”⁶¹ que definem as medidas que os países devem adotar para combater eficazmente a lavagem de capitais e o financiamento ao terrorismo. Inclusive, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e o Conselho de Segurança da ONU já reconheceram oficialmente tais recomendações como padrões internacionais a serem seguidos.

Nesse sentido, cerca de 150 países em todo o Mundo, inclusive a Itália, se comprometeram a respeitar e observar as recomendações do GAFI, que apesar de não serem vinculativas do ponto de vista jurídico (*Soft Law*), acabaram por se estabelecer como uma espécie de *standard* internacional no âmbito da lavagem de capitais.

Em busca desse propósito, qual seja, o de aumentar a eficácia da prevenção e repressão ao crime organizado e, conseqüentemente, do branqueamento de capitais proveniente de suas atividades ilícitas, o legislador italiano, visando adequar o seu sistema jurídico penal às diretrizes estabelecidas pelo GAFI, alterou o Código Penal da Itália⁶², inserindo o artigo 648-ter.1, parágrafo 1º, que normatizou expressamente a modalidade específica de lavagem de capitais conhecida como “autolavagem” ou “autobranqueamento”⁶³, que pune com prisão de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa de 5.000 (cinco mil) a 25.000 (vinte e cinco mil) euros, “quem, tendo cometido ou contribuído para a prática de um crime, empregar, substituir, transferir, em atividades econômicas, financeiras, empresariais ou especulativas, o dinheiro, bens ou outros benefícios decorrentes da prática deste crime, de modo a dificultar concretamente a identificação da sua origem criminosa”.⁶⁴

⁶¹ Tais recomendações podem ser consultadas no site <https://www.fatf-gafi.org>.

⁶² Nos termos das alterações do Código Penal italiano que foram realizadas pela Lei nº 186, de 15 de dezembro de 2014 e Decreto Legislativo nº 195, de 8 de novembro de 2021.

⁶³ Para fins de esclarecimento prático sobre a configuração do crime de autolavagem, menciona-se o acórdão da Segunda Seção Criminal do Tribunal de Cassação da Itália, de 13 de julho de 2022, que declarou que a conduta do autor do crime presumido de fraude, que utiliza os valores que lhe são creditados pela vítima, transferindo-os online para uma conta registrada em nome do autor do crime antecedente, com o objetivo de troca dos valores auferidos ilicitamente em bitcoins, constitui crime de autolavagem nos termos do artigo 648-ter do Código Penal italiano.

⁶⁴ Segundo o artigo 648-ter.1, parágrafo 1º, do Código Penal italiano, “*Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere*

Portanto, o legislador italiano, com a introdução do referido artigo 648-ter.1, parágrafo 1º no Código Penal, tipificou expressamente uma nova modalidade de crime de lavagem de dinheiro, qual seja, a autolavagem (*autoriciclaggio*), de forma autônoma aos demais casos de branqueamento e utilização de capitais ilícitos previstos nos artigos 648-bis e 648-ter do Código Penal, relativas às condutas praticadas por sujeitos que não cometeram, nem contribuíram para a prática do crime antecedente, sendo estes últimos punidos com maior severidade, ou seja, 4 (quatro) a 12 (doze) anos de prisão e multa que varia entre 5.000 (cinco mil) a 25.000 (vinte e cinco mil) euros.⁶⁵

Dessa maneira, enquanto a modalidade comum do crime de lavagem de capitais é punida com pena de prisão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos e multa entre 5.000 (cinco mil) e 25.000 (vinte e cinco mil) euros, o autobranqueamento (*autoriciclaggio*) é sancionado com penas menos severas, a depender da gravidade do crime antecedente.

Essa “gravidade” do crime é mensurada de acordo com a quantidade de pena em abstrato cominada para o delito antecedente. Assim, se o crime antecedente for punido com pena cominada máxima de prisão inferior a cinco anos, a pena por autobranqueamento é reduzida para 2 (dois) a 8 (oito) anos de prisão, juntamente com a multa, que passa a ser de 2.500 (dois mil e quinhentos) a 12.500 (doze mil e quinhentos) euros.⁶⁶

Já o artigo 648-ter.1, parágrafo 2º, do Código Penal italiano prevê modalidade privilegiada do crime de autolavagem dispondo que a pena é de prisão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de 2.500 (dois mil e quinhentos) a 12.500 (doze mil e quinhentos) euros, quando

un delitto impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa". Disponível em:

<https://www.gazzettaufficiale.it>. Acesso em 1º de junho de 2024.

⁶⁵ A modalidade comum do crime de lavagem de capitais, que é o ilícito penal de branqueamento praticado por pessoas que não cometeram e nem contribuíram para o cometimento do delito antecedente, encontra-se prevista no artigo 648-bis do Código Penal italiano da seguinte forma: “*Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da 5.000 a euro 25.000*”. Disponível em:

<https://www.gazzettaufficiale.it>. Acesso em 1º de junho de 2024.

⁶⁶ De acordo com o artigo 648-ter 1, parágrafo 2º do Código Penal italiano, “*La pena è della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi*”. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it>. Acesso em 1º de junho de 2024.

o fato criminoso envolver dinheiro ou coisas resultantes de infração penal punida com pena de prisão máxima de 1 (um) ano ou mínima de 6 (seis) meses.⁶⁷

Há ainda, no artigo 648-ter, parágrafo 3º, do Código Penal italiano previsão legal de causa de diminuição de pena do crime de autobranqueamento quando o fato delituoso envolver dinheiro, bens ou outros benefícios que provierem de crime antecedente cuja pena de prisão seja inferior a cinco anos, no máximo.⁶⁸

Constata-se de forma clara e cristalina, que a lógica relativa à diferenciação no regime sancionatório da autolavagem no sistema jurídico italiano encontra a sua razão de ser na circunstância de a pena por autobranqueamento ser cumulativa com a prevista para o crime antecedente ou, em outras palavras, em virtude da incidência do concurso material de crimes, com o inevitável afastamento do princípio da consunção.

Justamente por essa razão, que a redação dos artigos 648-bis (lavagem de capitais) e 648-ter.1 (autolavagem) do Código Penal italiano estipulam penas diversas, de modo a prestigiar a legalidade e, ao mesmo tempo, a proporcionalidade do grau de intervenção penal Estatal, em virtude da existência de um liame tênue entre a prática do crime antecedente e a lavagem de capitais, quando o autor de ambos os delitos é o mesmo agente.

A nosso sentir, a escolha do legislador italiano no tocante à distinção das penas relativas à lavagem e utilização de capitais ilícitos (artigos 648-bis e 648-ter) e a autolavagem (artigo 648-ter.1) foi extremamente louvável, uma vez que a pena prevista para o crime principal precedente já possui em si mesma uma carga de punição pelo cometimento do delito subsequente de branqueamento, que em alguns casos, como por exemplo de “mero uso ou gozo pessoal” da vantagem ilícita, pode ser englobada pelo princípio da consunção por ser considerado um mero exaurimento do crime antecedente (pós-fato impunível).

Contudo, pensamos ser o modelo italiano a ideia mais razoável para solucionar a celeuma jurídica sobre a possibilidade de punição da autolavagem, até porque, por conta da reconhecida autonomia inerente ao crime de lavagem de dinheiro, torna-se imprescindível punir

⁶⁷ Nos moldes do artigo 648-ter 1, parágrafo 3º, do Código Penal italiano, “*La pena è della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi*”. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it>. Acesso em 1º de junho de 2024.

⁶⁸ Nos moldes do artigo 648-ter 1, parágrafo 3º, do Código Penal italiano, “*La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni*”. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it>. Acesso em 1º de junho de 2024.

o agente que praticou o delito antecedente, por este, e também pela prática subsequente de atos de branqueamento de capitais.

Por fim, não se pode deixar de mencionar dispositivo legal relativo à adequação típica da conduta do agente ao tipo penal de autolavagem, que está positivada no artigo 648-ter.1, parágrafo 5º do Código Penal italiano, e exclui a configuração do delito de autobranqueamento para condutas cujo dinheiro, bens ou outros benefícios ilícitos se destinem ao “mero uso ou gozo pessoal”.⁶⁹

Com isso, seria respeitado o princípio *ne bis in idem*, em virtude do qual ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo crime, sendo certo que nessa hipótese, o “mero uso ou gozo pessoal” das vantagens auferidas ilicitamente seria considerado mero exaurimento do crime antecedente, constituindo-se em uma continuação natural deste e, conseqüentemente, trata-se de pós-fato impunível.

No entanto, cabe ressaltar que parcela da doutrina italiana critica o teor do referido dispositivo legal, eis que o comportamento de fruição ou utilização do produto do crime antecedente pode se constituir não somente na verdadeira essência da reciclagem de capitais, como também, pode se enquadrar na atividade de substituição ou transferência a que o legislador italiano se refere. Destarte, de acordo com essa perspectiva, o risco é o de se ter adotado no Código Penal italiano uma previsão legal expressa sobre um tema de difícil interpretação para os operadores do Direito, principalmente para os magistrados que julgarão o autolavador.⁷⁰

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após transcorrerem *en passant* por variados sistemas jurídicos penais da atualidade, restou comprovado de forma clara e cristalina que a tendência contemporânea global tem se inclinado no sentido da possibilidade de punição da autolavagem como um delito autônomo em

⁶⁹ Nos termos do artigo 648-ter.1, parágrafo 5º, do Código Penal italiano, “*Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale*”. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it>. Acesso em 1º de junho de 2024.

⁷⁰ Segundo Razzante, as fronteiras interpretativas entre os conceitos de «mero uso» ou «gozo pessoal» não punível - e «uso em atividades econômicas e especulativas» - punível - são opacas. Na verdade, mesmo que o autor de um crime antecedente decida, por exemplo, utilizar o produto para a compra de bens imóveis, talvez registrando-os em nome de terceiros, seria difícil excluir *tout court* o potencial de branqueamento. RAZZANTE, Ranieri. *Manuale de legislazione e prassi dell'antiriciclaggio*. Torino: Giappichelli, 2023, p. 14.

relação à infração penal antecedente, quando ambas as normas incriminadoras são violadas pelo mesmo agente.

Como ressaltado ao longo do presente estudo, o Brasil ratificou 3 (três) Convenções internacionais (Viena, Palermo e Mérida), que têm por finalidade a prevenção e o combate à lavagem de capitais oriunda da ocultação e/ou dissimulação da origem ilícita do produto auferido com a prática de atividades criminosas.

Nesse contexto, pontuamos que as diretrizes estabelecidas nos mencionados Pactos internacionais, além das recomendações expedidas pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI) permitem a punição da autolavagem, salvo se o país signatário adotar exceção expressa em seu ordenamento jurídico doméstico, o que até a presente data não aconteceu na legislação brasileira.

Conseqüentemente, diante da omissão da Lei 9.613/98, conclui-se intuitivamente que a autolavagem é punível por ser um crime autônomo, isto é, totalmente independente da infração penal originária precedente. Apesar do silêncio do legislador pátrio, os Tribunais Superiores chancelam a possibilidade de ocorrência de concurso de crimes entre a infração penal antecedente e o delito de lavagem de capitais, não havendo que se falar em afronta ao princípio *ne bis in idem*.

Registramos, contudo, que o princípio da legalidade vigora no Brasil desde a Constituição do Império em 1824⁷¹, sendo certo que a sua incidência adquire maior proeminência ainda, quando o tema é afeto ao ramo jurídico do Direito Penal. Nesse caso, pensamos ser recomendável que os posicionamentos consolidados pela jurisprudência pátria, no que tange a possibilidade de punição da autolavagem de capitais, sejam observados pelo legislador brasileiro, por meio da criminalização autônoma do delito de autolavagem, como uma modalidade específica do tipo penal de lavagem de dinheiro, previsto no artigo 1º da lei 9.613/98.

A partir da análise até aqui realizada, no tocante aos sistemas jurídicos penais contemporâneos, constatou-se que países como Portugal, Espanha, Alemanha e Itália vêm prestigiando o princípio da legalidade ao ressaltar expressamente em suas respectivas legislações internas a possibilidade de punição da autolavagem, seja por intermédio da inserção

⁷¹ Nos moldes do artigo 179, inciso I, da Constituição do Império (1824), que ao dispor sobre as garantias asseguradas aos cidadãos brasileiros, preceituava que “*Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei*”. Redação original do dispositivo constitucional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 03/06/2024.

da elementar “por si ou por terceiro” no próprio tipo penal de lavagem de dinheiro, seja pela criação legislativa de uma nova modalidade de branqueamento de capitais, que é a autolavagem, a exemplo do crime de *autoriciclaggio*, previsto no artigo 648-ter.1 do Código Penal italiano.

Seguindo essa linha de raciocínio, sugere-se a adoção do modelo italiano pelo legislador pátrio. A necessidade e conveniência da implementação concreta da tipificação expressa do delito de autolavagem na lei 9.613/98 origina-se na observância irrestrita dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, não apenas sob o viés do princípio da legalidade, como também quanto à proporcionalidade dos limites da intervenção penal Estatal.

Quando falamos em proporcionalidade dos limites da intervenção penal Estatal, temos o objetivo de louvar a iniciativa italiana, pois ao criminalizar de maneira autônoma o delito de *autoriciclaggio*, tendo em vista o intenso embate jurídico que girava em torno da possibilidade de punição do autobranqueamento de capitais, foi a nosso ver, extremamente sensato, ao diferenciar as penas mínimas e máximas cominadas para lavagem de dinheiro e autolavagem, normatizando especificamente a nova modalidade de crime, inclusive, com hipóteses já acolhidas pela jurisprudência consolidada sobre o tema.

Enfim, em pleno século XXI, quando na Era da Tecnologia, os integrantes das organizações criminosas podem realizar operações financeiras de expressivas quantias auferidas ilicitamente com “somente um clique”, fica aqui a contribuição para o aperfeiçoamento constante e progressivo da legislação brasileira relativa à lavagem de capitais, nos moldes dos sistemas jurídicos penais de países mais avançados do que o Brasil, notadamente no que diz respeito à temática da criminalização autônoma da autolavagem.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; **BOTTINI**, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; **BACIGALUPO**, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos - arts. 155 a 212*, volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2022A.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª edición. Navarra: Aranzadi, 2015.

BROETO, Filipe Maia. *Lineamentos sobre a (a) tipicidade do crime de autolavagem na ordem jurídica brasileira*. In: Revista de Direito Penal Econômico e Compliance, volume 9, ano 3, janeiro/março, pp. 117-149, 2022.

CALLEGARI, André Luís; **WEBER**, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*, 2ª edição. São Paulo: Editora Grupo GEN, 2017.

CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CARPIO DELGADO, Juana del. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Orientador: Francisco Muñoz Conde. 1997. Tese (Doutorado em Direito) - Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997, pp. 476-477. Disponível em: <https://idus.us.es/handle/11441/97052>.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª edição. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2008.

CRUZ, Flavio Antonio. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – UFPR, Curitiba, 2014.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. *A indevida criminalização da autolavagem de dinheiro*. In: Revista Jurídica Delictae, Volume 3, nº 4, Janeiro/Junho, 2018, pp. 193-253.

GRECO FILHO, Vicente. *Tipicidade, bem jurídico e lavagem de dinheiro*. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 147-169.

HORTA, Frederico; **TEIXEIRA**, Adriano. *Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil*. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, volume 18, nº 74, pp. 7-49, 2019.

HORTA, Frederico; **TEIXEIRA**, Adriano. *Contenido de injusto y punibilidad del autoblanqueo de capitales*. In *Dret: Revista para el Análisis del Derecho*, DOI:10.31009/InDret.2021.i1.07, 2021, pp. 203-227. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/uploads/2021/01/1606.pdf> .

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Legislação Criminal Especial Comentada*. 10ª edição. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MATSUDA, Rosemeire Kiyoko. *Money Laundering in Brazil and in the United States*. 2007. p. 8. Disponível em: <<https://www2.gwu.edu/~ibi/minerva/Fall2007/Rosemeire.pdf>>.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*, 4ª edição. São Paulo: Editora Grupo GEN, 2018.

PITOMBO, Antônio Sergio Altieri de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAZZANTE, Ranieri. *Manuale della legislazione e prassi dell'antiriciclaggio*. Torino: Giappichelli, 2023.

RENART GARCÍA, Felipe. *El blanqueo de capitales en el derecho suizo*. In: Revista del Poder Judicial, Madrid, n. 50, 2º trimestre, 1998, pp. 119-165.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I. 2ª edição. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte geral*. 3ª edição. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e Silva; **PAULA**, Marco Aurélio Borges de. *Da inexigibilidade de conduta diversa no crime de lavagem de dinheiro praticado pelo mesmo autor do crime antecedente*. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. pp. 59-71.

TAVARES, Juarez; **MARTINS**, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.