



Gustavo Badaró: Proveito da infração pode ser objeto de lavagem

**Versão reduzida de artigo publicado na Revista dos Tribunais, volume 967/2016, edição Maio/2016, São Paulo, disponível na Revista dos Tribunais Online Essencial.*

O *caput* do artigo 1º da Lei 9.613/1998, com a redação dada pela Lei 12.683/2012, em sua figura básica, admite que o produto, direto ou indireto da infração penal antecedente, possa ser objeto do crime de lavagem de dinheiro.

No caso do produto, isto é, a utilidade diretamente obtida com o resultado da infração antecedente, há uma total ilicitude do bem, direito ou valor, sendo incontestável a possibilidade de lavagem de dinheiro.

Já no caso de produto indireto, a aplicação pura e simples da teoria da *conditio sine qua non* pode levar a uma ampliação exagerada das situações caracterizadoras da lavagem de dinheiro, tendo por consequência a possibilidade de se retirar da circulação econômica uma parcela significativa dos bens, produtos e valores existente na economia mundial.

Pretende-se analisar possíveis limites ao conceito de causalidade, especialmente no caso de mescla de bens lícitos e ilícitos, em que a porção contaminada seja pequena e seus reflexos na configuração da tipificação do crime de lavagem de dinheiro.

Inicialmente, é de se ter em conta a distinção entre produto e proveito, de um lado, e objeto do crime, de outro. Ou, em outras palavras, a coisa que provém diretamente do crime (*producta sceleris*) e o objeto que provém indiretamente do delito (*fructus sceleris*).

O produto direto, ou simplesmente, produto da infração, "corresponde o resultado útil imediato da operação delinquencial", como, por exemplo, o veículo furtado ou um dinheiro roubado. Já o produto indireto, também chamado de "provento da infração ou proveito do crime", "corresponde o resultado útil imediato da operação delinquencial", isto é, o benefício obtido pelo delinquente, decorrente da utilização ou transformação econômica do produto direto do crime. Continuando no exemplo anterior, seria o numerário obtido com a venda do veículo furtado, bem assim o imóvel comprado com o dinheiro roubado.

Não se pode confundir, de outro lado, o produto – direto ou indireto – do crime, com o objeto material do crime, isto é, a pessoa ou coisa sobre a qual incide o crime, como por exemplo, a coisa que se subtrai, a pessoa que é morta ou ferida.

Por fim, há que se diferenciar do produto do crime e dos instrumentos do crime. Estes são as coisas que servem ao seu cometimento, empregadas na realização da atividade punível como, por exemplo, a arma no crime de roubo ou a dinamite no crime de explosão.



Tais conceitos são perfeitamente compatíveis com o direito posto brasileiro, como deixam bem claras as alíneas *a* e *b* do inciso II do *caput* do artigo 91 do Código Penal, distinguindo conceitualmente o produto do crime (*producta sceleris*), o proveito do crime (*fructus sceleris*) e instrumento do crime (*instrumenta sceleris*).

Transportando tais conceitos para o delito de lavagem de dinheiro, na sua figura básica, da cabeça do artigo 1º, a lavagem de dinheiro consiste em ocultar ou dissimular a origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de "bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal".

O artigo 1º, *caput*, da Lei 9.613/1998, refere-se a bens "provenientes, direta ou indiretamente" da infração penal. Logo, tanto o produto quanto o proveito do crime antecedente (por exemplo: o dinheiro furtado de um banco), quanto o seu proveito (por exemplo: certa quantidade de ouro adquirida com o dinheiro furtado), podem ser branqueados.

Também tem se admitido que o "preço do crime", isto é, a recompensa ou outra vantagem que o autor de um delito recebe como retribuição econômica para cometê-lo ou mesmo pelo crime já praticado, pode ser objeto da reciclagem. Por exemplo, o preço pago ao matador, ou o valor recebido pelo funcionário público corrupto.

A imputação da lavagem no caso de produto direto do crime não gera maiores problemas. A grande controvérsia é quanto ao proveito ou produto indireto, isto é, os bens ou valores que provenham da infração antecedente.

O tema tem gerado grande discussão na legislação estrangeira, em especial diante de expressões como "proceed", no direito norte-americano; ou "tengan origen", do Código Penal espanhol; "provenienti da delicto" do direito italiano; ou ainda, "bienes provenientes", do direito penal argentino. A grande discussão da doutrina estrangeira, em torno do conceito de "proveniente", se repete entre nós.

Evidente que nos ordenamentos em que não explicitam se a proveniência se limita ao produto direto, ou se também abarca o indireto, a discussão é ainda mais tormentosa. Mas o fato de haver previsão expressa de possibilidade de branqueamento de bens que provenham indiretamente, ou por sub-rogação, do crime antecedente, não elimina o problema, apenas mudando sua natureza. A questão deixa de ser: É possível a lavagem do produto indireto do crime? Em seu lugar, passa-se a indagar: Em qualquer caso, uma origem ilícita contaminará, indefinidamente, todos os produtos indiretos posteriores?

Isso porque, posta a premissa da possibilidade de uma ilicitude indireta, é necessário cogitar de alguma forma de limitação desse efeito à distância. Depois de uma, duas, três, quatro sub-rogações, o bem continuará a ser ilícito? No caso de mescla, a mistura de bens ou valores ilícitos com outros lícitos gera uma contaminação destes, pela natureza espúria daqueles? Em caso positivo, em qualquer proporção?

Embora a lei brasileira se refira a "produto, direto ou indireto", tal expressão indica apenas uma relação causal, ainda que mediata. Isso não impede, contudo, que do ponto de vista jurídico, se possa estabelecer barreiras dogmáticas para impedir que tal nexos causal possa ser estendido indefinidamente.



Na Espanha, por exemplo, Cobo del Rosal e López-Gómez defendem que "com a prescrição do delito [*antecedente*] se descontaminam os bens que procedem do mesmo".^[1] Tal solução, contudo, seria de difícil aplicação no direito brasileiro, ante a regra expressa da acessoriedade limitada, que afasta a necessidade de que seja punível a infração antecedente, para a caracterização da lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998, artigo 2º, parágrafo 1º, parte final).

Outro modelo muito utilizado é o formulado por Barton,^[2] que propõe critérios para definir quando um bem procede ou não de um delito antecedente, para evitar que possa ser considerado, para sempre, como inapto para a circulação econômica e, conseqüentemente, fique excluído das transações comerciais. Barton analisa a conexão entre a ilicitude inicial do bem obtido pela infração antecedente e sua possibilidade de ser objeto de lavagem de dinheiro, à luz da relação de causalidade, seja em sua feição clássica da teoria da equivalência das condições, seja por mecanismos de imputação que limitam a causalidade, por meio da teoria da causalidade adequada ou a da imputação objetiva.

A teoria da causalidade, com base na equivalência das condições, tradicionalmente conhecida como teoria da *conditio sine qua non*, é considerada inadequada, por estender, *ad infinitum*, a contaminação originária do bem, mesmo após uma cadeia de atos de conversão, substituições ou transformações. Do ponto de vista causal, sob a ótica da "titularidade econômica" do bem, ele procederá de um fato criminoso, quando suprimindo mentalmente esse fato prévio, o bem desapareceria em sua concreta configuração ou em sua titularidade econômica, não mais constituindo uma situação patrimonial atual ou presente. Os resultados de tal teoria são claramente insatisfatórios, como se verifica do seguinte exemplo de Barton, por nós adaptado:

Um criminoso obtém a importância de R\$ 1 mil do tráfico de drogas, que é somado a outros R\$ 9 mil lícitos, que tinha em uma conta bancária. Esses R\$ 10 mil são usados para comprar um carro, no valor de R\$ 100 mil. Depois de alguns anos, o veículo é vendido por R\$ 50 mil. Tanto o veículo, quanto os R\$ 50 mil, seriam considerados bens produtos de tráfico de drogas. Depois de mais alguns anos, o segundo dono do veículo o revende para um 'ferro-velho', por R\$ 2 mil. Tanto as peças do carro, como os R\$ 2 mil também seriam considerados bens provenientes do tráfico de drogas. Também o seriam todas as transações que tenham sido realizadas com o R\$ 50 mil da venda do veículo pelo traficante.

O exemplo mostra como essa interpretação excessivamente ampla do conceito de produto indireto faz com que a conexão causal subsista ilimitadamente e, em última análise, poderia levar a uma contaminação de grande parte da economia legítima.

Barton passa a analisar a solução, a partir da "teoria da adequação", com base na qual se procura distinguir entre causas e condições, com vistas a excluir da relação de causalidade as conexões causais totalmente extraordinárias e imprevisíveis, do ponto de vista do juízo normal dos homens. Assim, somente são relevantes as condições que, do ponto de vista de um observador objetivo e prudente, que se colocasse *ex ante*, no momento da ação, com todos os conhecimentos da situação que dispunha o autor da ação, somados àqueles que poderia ter tido o observador, seriam consideradas adequadas para produzir o resultado. Por outro lado, faltará relação de adequação quando o resultado, com base em um "juízo de previsibilidade objetiva" ou um "juízo de prognóstico", era totalmente improvável.

Partindo de tais premissas, Barton formula o seguinte exemplo: "Um traficante de drogas, com dinheiro



ilícito, compra um bilhete de loteria que, posteriormente, é premiado. Ele ganha R\$ 100 mil. Dificilmente se poderia dizer que o prêmio da loteria 'procede' de um delito de tráfico de drogas, pois o prêmio procederia da sorte, que é algo que não entra no juízo de probabilidade objetiva".

Por fim, Barton analisa a questão à luz da teoria da imputação objetiva, deslocando o problema da relação entre o crime antecedente e o seu produto ilícito de um plano ontológico para a esfera normativa. Assim, não basta a mera relação causal, sendo necessária para a responsabilização penal a imputação do resultado. Um resultado causado por uma ação humana somente será imputável ao seu autor quando tal ação tenha criado um perigo juridicamente reprovável que tenha se transformado em um resultado típico. Por outro lado, não será imputável o resultado ao autor da ação quando o risco juridicamente relevante não tenha se realizado em um resultado típico. Um bem não será considerado procedente de uma infração penal quando, segundo a teoria da imputação objetiva, considerações normativas permitam romper o nexo causal, por não ser a infração antecedente "juridicamente significativa" para o bem.

A definição da "significação jurídica", no caso de "mescla de bens", dependerá da correlação entre a parte limpa e a parte suja do dinheiro, denominada "nível de significância". Se a parte manchada de um bem é insignificante em relação com a parte limpa, ocorrerá o que Barton denomina "ausência de relevância ou significância jurídica", quando a parte ilícita for "uma partícula atômica" da mescla, com o que os bens mesclados não poderão ser considerados como procedentes de uma infração penal prévia.

Tal critério socioeconômico, traduzido objetivamente em expressões matemáticas, foi formulado da seguinte maneira: entre 0,1% e 5% de proveniência ilícita dos bens mesclados, o resultado não pode ser considerado de procedência ilícita; por outro lado, se tal proporção supera 5% do total, já pode ser caracterizado como um bem idôneo para a lavagem de capital.

Tal limite não é fruto de uma simples escolha aleatória ou, muito menos, uma proposta de criação doutrinária de um *bill* de indenidade. Há um sentido teleológico em tal proposta. As regras de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro têm por objetivo evitar que o delinquente possa desfrutar do lucro da atividade criminosa, inclusive "reinvestindo" parte dos seus ganhos sujos para aprimorar ou ampliar sua atividade criminosa. Mas não é, nem pode ser objetivo de tal normativa impedir a circulação de bens e valores de uma parte significativa da economia.³⁴

Evidente que isso refletirá no próprio conteúdo da imputação, quando se tratar de lavagem de bens, direitos ou valores, que tenham origem ilícita apenas de modo indireto. Não bastará narrar uma relação de causalidade remota, sendo necessário descrever também, no caso de mescla, um "nível de significância" do bem ilícito, em correlação com o bem lícito. E, mais do que isso, nos casos de "ausência de relevância ou significância jurídica" do valor sujo que se misturou a uma quantidade muitíssimo superior de valores lícitos, ter-se-á que reconhecer a atipicidade da conduta.

A análise dos efeitos da "mescla" de dinheiro limpo com dinheiro sujo, também repercutirá no plano das consequências sancionadoras, quanto ao efeito civil da condenação, consistente na perda do dinheiro ou valor que é produto do crime antecedente ou o próprio objeto da lavagem. Havendo a mistura de valores lícitos com ilícitos, o "confisco" deve ser proporcional, atingindo somente o equivalente ao valor que era produto ou proveito de infração penal, preservando-se a propriedade das somas originariamente lícitas. Do contrário, como adverte Blanco Cordero, "*el ingreso de una sola peseta en la cuenta bancaria contagiaría a la totalidad del dinero ingresado, por lo que una sola unidad podría contaminar millones*".³⁷



Essa foi a solução normativa adotada pela Convenção de Viena Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 20 de dezembro de 1998, no artigo 5.6.b.

Em suma, no caso de produto indireto da infração antecedente, a *relação de causalidade* entre o produto ilícito apto a ser lavado e sua origem infracional é condição necessária, mas não suficiente para a incidência do artigo 1º da Lei 9.613/1998. Também é preciso estabelecer limites normativos para a imputação da proveniência ilícita aos bens, para temperar uma excessiva e ilimitada relação de causalidade, no plano ôntico. Especialmente nos casos de *mescla* é importante averiguar aspectos econômicos a justificar tal limitação, considerando como critério limitador a quantidade de capital *sujo* que compõe o conjunto, e a partir dessa constatação excluir a natureza ilícita do todo, por sua ausência de relevância ou significância jurídica, ou considerar o produto final como contaminado em seu todo, se houver um nível de significância elevado da contaminação.

É possível, portanto, extrair as seguintes conclusões diante do tipo do artigo 1º, *caput*, da Lei 9.613/1998:

- (1) Poderá ser objeto da lavagem de dinheiro tanto o produto direto da infração, quanto o seu proveito ou produto indireto; também poderá sê-lo o preço do crime.
- (2) Quanto ao produto indireto, a previsão de um nexo causal indireto permite que sejam considerados como ilícitos os proveitos da infração antecedente e suas sucessivas sub-rogações, sendo apto a configurar objeto material do crime de lavagem de dinheiro.
- (3) É necessário, em relação ao produto indireto, que se estabeleçam limites dogmáticos para evitar que esse vício de origem permaneça indefinidamente sobre os bens e contamine os que dele decorrem, implicando a retirada da circulação econômica de um significativo conjunto de bens, direitos e valores.
- (4) Havendo *mescla* de bens, nos casos de "ausência de relevância ou significância jurídica" do fato prévio, do ponto de vista da correlação entre a parte manchada e a parte não manchada do bem, os bens mesclados não poderão ser considerados como procedentes de uma infração penal prévia.

[1] Manuel Cobo del Rosal e Carlos Zabal López-Gómez, *Blanqueo de capitales*. Madrid: CESEJ, 2005, p. 109.

[2] Barton, Stephan. "Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann ruht ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichnet Straftaten her?", In *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 4, 1993, p. 159 e ss., consultada em Isidoro Blanco Cordero, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 287 e ss.

**Versão reduzida de artigo publicado na Revista dos Tribunais, volume 967/2016, edição Maio/2016, São Paulo, disponível na Revista dos Tribunais Online Essencial.*

**Texto alterado às 16h04 desta terça-feira (18/10/2016) para correção.*

Meta Fields