

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

FELIPE AUGUSTO FORTE DE NEGREIROS DEODATO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

A história dos delitos e das penas no Ocidente é terrível em termos humanitários, matéria já explorada à saciedade por filósofos, cientistas políticos e juristas, fazendo que buscassem, de forma intermitente, mudanças no sistema sancionatório ocidental. Como lembra Foucault, o tramonto dei supplizi é sentido como exigência social improcrastinável a partir da segunda metade do século XVIII, em especial na França Revolucionária, quando surge a necessidade de se punir de outra maneira da tradicional da época, abolindo o confronto físico entre soberano com o condenado e dissolvendo um pouco as tensões entre o Príncipe e a cólera do povo em face de seu intermediário (o executor) e o executado.

A interrupção súbita daquela relação sanguinária de punição, até então indissolúvel em face das relações de poder que se estabeleciam e autorizavam a violência tirânica do Rei (e seu prazer de ver o povo sofrer), paradoxalmente ocorre através do mais suave dos sentimentos, a doçura, ora entendida, na reconstrução foucaultiana, como a natural necessidade de castigo sem suplício, formulada a partir da ideia de grito do coração ou da natureza indignada, pois mesmo ao pior assassino uma coisa ao menos deve ser respeitada quando é punido: a sua humanidade.

É o homem, em suma, desprovido de seu aspecto criminal, que deve ser tomado como fundamento contrário ao despotismo da sanção-suplício, símbolo material do poder monárquico.

Hoje os juristas do século XXI são chamados à reflexão sobre estes temas enquanto parábolas da humanidade, haja vista que, por um lado, alguns modelos de pena criminal podem operar com a lógica do passado (o sistema carcerário brasileiro é uma realidade viva disto); por outro, mesmo os avanços humanistas das penas e suas execuções ainda deixam a descoberto novas tipologias de condutas criminosas preocupantes, geradas por outra Sociedade, hipercomplexa em termos de relações e seus resultados (catastróficos).

Desde o final da década de 1980 alguns sociólogos e filósofos tem discutido sobre o tema das novas configurações de forças políticas e relações sociais marcadas por níveis de complexidades altamente diferidos - como é o caso de Ulrich Beck , Anthony Guiddens , Niklas Luhmann e Zygmunt Bauman , dentre outros.

Esta Sociedade se caracteriza em face de múltiplos fatores transnacionais, econômicos e culturais, com interconexões e protagonismos igualmente plurais, fazendo florescer com velocidade impar interesses e bens muito mais difusos e coletivos do que individuais, todos carentes de proteção jurídica e política.

Estes cenários, por sua vez, favorecem a aparição de novos perigos supraindividuais no cotidiano dos cidadãos. Tais perigos se diferenciam daqueles provocados pela ainda desconhecida natureza (maremotos, furacões, vulcões, terremotos, etc.); não que tenham se extinguido, por conta da inexistência de conhecimentos e informações técnicas e científicas para dar conta deles, mas provêm de tensas relações sociais e institucionais pouco controláveis por deficitários sistemas normativos de segurança (cível, administrativo e penal) existentes, provocando riscos e danos em massa, alguns inclusive comprometendo as futuras gerações (como é o caso dos danos ambientais).

Diante de tais elementos é que surge, dentre outras inquietações teóricas e práticas, o problema da imputação de responsabilidade (social, política e jurídica) pelas causas e consequências indesejadas decorrentes daquelas situações, e mesmo diante da sensação de insegurança que perpassa a cidadania quando se depara com modalidades inusitadas de ilícitos violadores de Direitos e Garantias Fundamentais – direta ou indiretamente.

Ao lado disto, encontram-se os Direitos e Garantias Fundamentais da Pessoa Humana e os paradigmas do Direito Penal Liberal, como reconhecendo a este a ultima ratio dos sistemas normativos, os princípios da legalidade estrita e taxatividade em termos de tipologias penais e sancionatórias, a subsidiariedade das ciências penais para o enfrentamento dos conflitos humanos, os déficits democráticos dos modelos inquisitórios e acusatórios do Direito Penal e Processual Penal, entre outros mais.

Todas estas questões podem ser visualizadas nos trabalhos apresentados neste GT e Revista, com alta profundidade acadêmica e reflexiva, amplamente debatidos por seus autores e interlocutores nos grupos de trabalho que ocorreram nos dias 08 e 09 de dezembro de 2016, em Curitiba, o que pretendemos agora socializar com o público leitor brasileiro e internacional.

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato - UFPB

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal - UNOESC

SOBRE A PUNIBILIDADE DA “AUTOLAVAGEM” (SELFLAUDERING): UM PROBLEMA DE CONCURSO APARENTE DE NORMAS

SOBRE LA PUNIBILIDAD DEL “AUTOLAVADO” (SELFLAUDERING): UN PROBLEMA DE CONCURSO DE LEYS PENALES

Frederico Gomes de Almeida Horta ¹

Resumo

Trata-se de investigação das condições de punibilidade por lavagem de dinheiro, do autor ou partícipe da infração penal antecedente, no direito brasileiro. Questiona a possibilidade de a chamada autolavagem (selflaundering) ser tratada como ato posterior co-apenado para o autor do delito antecedente, tal como o são a receptação e o favorecimento real, em o silêncio da lei brasileira quanto ao ponto. Traça um panorama do tema no direito comparado e critica a posição dominante na doutrina e jurisprudência nacional, à luz da doutrina do concurso aparente de normas penais, especialmente da regra da consunção, que conclui ser aplicável à matéria.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro, Autolavagem, Ato posterior co-apenado, Concurso aparente de normas

Abstract/Resumen/Résumé

Se trata de una investigación de la punibilidad por lavado de dinero, del autor o partícipe del delito anterior, según la ley brasileña. Se pregunta por la posibilidad del llamado “autolavado” (selflaundering) ser un acto posterior copenado, como es la receptación o el favorecimiento real, para el autor del delito anterior. Proporciona una visión general de la materia en el derecho comparado y critica la posición dominante en la doctrina y la jurisprudencia nacional a la luz de la doctrina del concurso de leyes penales, en especial de la regla de consunción.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Lavado de dinero, Autolavado, Acto posterior copenado, Concurso de leyes penales

¹ Doutor em Direito; Professor Adjunto de Direito e Processo Penal da UFMG

1 Introdução

O crime de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98) chama atenção entre os delitos econômicos no direito brasileiro, por sua configuração típica extraordinariamente abrangente, determinada pela multiplicidade de condutas puníveis como tal e pela amplitude dos verbos empregados para designá-las. Com efeito, são altamente imprecisos os limites entre a lavagem de dinheiro e o velho crime de favorecimento real (art. 349 do Código Penal - CP), há muito condenado ao ostracismo. E pelo menos desde uma leitura formal do tipo básico, parece ter sido incriminada como lavagem, não apenas as atividades econômicas e complexas operações financeiras promovidas para ocultar a origem e a propriedade de ativos provenientes de crime, mas até o costume vulgar de ocultar dinheiro “sujo” debaixo do colchão.

A amplitude desse tipo de delito se acentuou com a reforma legislativa que excluiu o rol relativamente fechado dos chamados delitos antecedentes à lavagem. Agora há falar de lavagem inclusive do produto de uma mera contravenção penal, em flagrante desprestígio da proporcionalidade, e de lavagem se cogita, por exemplo, até mesmo diante do reinvestimento em atividade econômica, de valores provenientes da sonegação fiscal, o que é praticamente inerente a este delito tributário. Dessa forma, o crime da lavagem de dinheiro, inicialmente concebido como estratégia acessória para coibir o tráfico de drogas, tornou-se em poucas décadas o fundamento mais corriqueiro e praticamente omnicompreensivo, de repressão à criminalidade econômica.

Cumprir, pois à dogmática penal estabelecer os limites sistemáticos das normas penais incriminadoras da lavagem, garantindo assim as condições para a sua aplicação racional, orientada pela necessidade e suficiência para a proteção de bens jurídicos e pelos princípios da legalidade, da proibição do excesso, do *non bis in idem* e da culpabilidade, principalmente.

1.1 Contexto e apresentação do tema-problema

Uma das pautas urgentes nesse sentido parece ser o questionamento do remansoso consenso estabelecido no Brasil a respeito da punibilidade do autor do crime antecedente, também pelo crime de lavagem do produto correspondente, conduta bem designada pela expressão “autolavagem” ou “*selflaundering*”.

Ocorre que a lavagem de dinheiro guarda estreita relação com duas formas clássicas de delito; a receptação e o favorecimento real. E uma vez que os coautores ou partícipes do

crime de que resulta o produto receptado ou o proveito assegurado não são puníveis por receptação e nem tampouco pelo favorecimento, é pertinente que se indague por qual razão também não se deve excluir a punibilidade pela lavagem de dinheiro, dos coautores ou partícipes do delito de que provêm os recursos cuja origem ocultam ou dissimulam. Esse problema ainda não recebeu da doutrina e da jurisprudência nacional uma explicação e nem tampouco uma solução satisfatória.

Por ora tem bastado aos tribunais superiores, os frágeis argumentos de que a lavagem de dinheiro ofende bem jurídico distinto daquele atacado pelo delito antecedente, e que a finalidade da incriminação é impedir que se obtenha proveito decorrente de atividade criminosa, para afirmar a autonomia do delito de lavagem e sua punibilidade em concurso com o delito antecedente.¹ Não obstante, a regra da consunção, que fundamenta os chamados atos posteriores co-apenados, ou pós-fatos impuníveis, abre espaço para o concurso aparente de normas penais orientadas a proteção de diferentes bens jurídicos, aplicando-se sempre que dois diferentes tipos de injusto sejam estreitamente conectados, pela forma como as coisas geralmente acontecem.

Indaga-se, pois, se mesmo à falta de uma cláusula legal que exclua expressamente a punibilidade da autolavagem no direito brasileiro, não se encontraria na regra da consunção um limite à aplicabilidade da norma incriminadora da lavagem aos coautores ou partícipes da infração antecedente, e em quais condições isto se daria

1.2 Procedimentos metodológicos e objetivos do trabalho

Para solucionar este problema, empreende-se uma investigação jurídico-dogmática da doutrina do concurso aparente de normas penais, especialmente centrada na exposição e análise dos pressupostos da regra da consunção, tomando como importantes indicadores o processo de criminalização da lavagem de dinheiro e seu atual tratamento no direito penal comparado. Tem-se por objetivo fomentar o debate em torno da punibilidade da autolavagem,

¹ Bem representativo desta orientação, é o acórdão proferido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na ação penal n. 458/SP, em cuja ementa se lê: “Conforme a opção do legislador brasileiro, pode o autor do crime antecedente, responder por lavagem de dinheiro, dada à diversidade dos bens jurídicos atingidos e à autonomia deste delito” (BRASIL, STJ, 2009). No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da famosa ação penal 470. Também nos termos da ementa do acórdão: “A lavagem de dinheiro constitui crime autônomo em relação aos crimes antecedentes, e não mero exaurimento do crime anterior. A lei de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98), ao prever a conduta delituosa descrita no seu art. 1º, teve entre suas finalidades o objetivo de impedir que se obtivesse proveito a partir de recursos oriundos de crimes, como, no caso concreto, os crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional. Jurisprudência” (BRASIL, STF, 2012).

colocando em xeque os argumentos formalistas ou superficiais que lograram encerrá-lo ou abafá-lo prematuramente no Brasil.

2 Da criminalização da lavagem de dinheiro: panorama histórico e jurídico-comparativo

A lavagem ou “branqueamento” de dinheiro pode ser definida como um conjunto de operações comerciais ou financeiras voltadas para a dissimulação ou ocultação da origem criminosa de recursos, bens ou valores. A criminalização da lavagem de dinheiro corresponde, pois, evidentemente, a uma política de controle da criminalidade fonte dos ativos “lavados”. Decorre da conclusão, bastante razoável, de que a inibição de um crime não passa só pela cominação da pena, isto é; pela previsão de um custo para o criminoso por seu comportamento proibido, mas também pela restrição dos ganhos que desse comportamento possam advir.

Ademais, a persecução criminal à lavagem de dinheiro pretende enfraquecer as organizações criminosas, não apenas coibindo os seus lucros, mas também desmontando a sua infraestrutura, baseada muitas vezes em empresas supostamente criadas para fins lícitos, mas que servem efetivamente à congregação de seus agentes, ao acolhimento e ao reinvestimento do capital dessas organizações.

2.1 Origem da criminalização da lavagem de dinheiro nos esforços internacionais de controle do tráfico de drogas

O marco da cooperação internacional para a repressão à lavagem de dinheiro foi a Convenção celebrada na cidade de Viena, em 1988, durante a Conferência das Nações Unidas daquele ano.² Essa convenção, contudo, não teve por finalidade última o controle da lavagem de dinheiro, mas sim do tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas.

Partindo do consenso de que o tráfico de drogas cresceu extraordinariamente a partir da década de oitenta, como principal atividade de organizações criminosas internacionais, e de que para fazer frente a esse tipo de delinquência tornara-se imprescindível uma atuação coordenada dos diversos países no sentido de atacar essas organizações e subtrair os seus ganhos, os Estados que subscreveram o acordo se comprometeram, não apenas a criminalizar

² A Convenção de Viena foi ratificada pelo Brasil conforme Dec. 154, de 26 de junho de 1991. Nosso país, contudo, ainda levou um tempo considerável para cumprir os compromissos por meio dela assumidos, entre os quais o de tipificar o crime de lavagem de dinheiro. Como lembra Marco Antônio de Barros (2004, p. 87), o projeto de lei versando sobre a matéria só foi encaminhado ao Congresso cinco anos depois, vindo dar origem à Lei 9.613/98.

a gestão e o financiamento do tráfico, mas as operações de lavagem dos ativos provenientes desse delito (MENDRONI, 2006, p. 14 *et seq.*).

Mas, como bem ressalta Raúl Cervini, a expansão da criminalidade organizada internacional se manifesta de muitas outras maneiras além do tráfico de drogas, entre as quais podemos citar o mercado ilegal de armas, o tráfico de pessoas, de órgãos, a biopirataria, etc... E a maioria dessas manifestações da criminalidade organizada estão inter-relacionadas, constituindo uma “rede virtual” de apoios recíprocos, como o que se dá entre os comércios ilegais de drogas e de armas (CERVINI, 1998, p. 30).

Assim, a providência que a princípio visava reprimir especialmente a dissimulação ou ocultação da origem de ativos provenientes do tráfico ilícito de entorpecentes teve seu campo de incidência naturalmente ampliado nas legislações que a acolheram, vindo atingir também as operações de lavagem empregadas sobre ativos provenientes de outros crimes, quer para fazer frente à lesividade própria deles, quer por que fossem fontes comuns de recursos para o próprio tráfico de drogas (MENDRONI, 2006, p. 15). Alguns anos após a Convenção de Viena, em 1992, a XXII Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou o “Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e outros Delitos Graves”, elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD).

Como se vê, também no contexto geopolítico das Américas os esforços de criminalização e cooperação internacional na repressão à lavagem de dinheiro surgem como estratégia de controle do tráfico de drogas e, por extensão, também de outros “delitos graves”. A criminalização da lavagem de dinheiro teve, pois, *ab ovo*, um caráter instrumental. Não visou coibir a dissimulação da origem criminosa de capitais como algo por si só desvalioso, e sim como um meio para controlar a criminalidade da qual derivam esses capitais.

2. 2 A lavagem de dinheiro como tipo de delito e sua relação com os crimes de receptação e favorecimento real no Direito Penal Comparado

A punição autônoma de quem adquire, recebe, oculta ou mesmo vende, em benefício próprio ou alheio, coisa proveniente de crime, bem como de quem por qualquer meio auxilia a tornar seguro o proveito de um crime anterior não é uma novidade introduzida no Direito Penal pela criminalização da lavagem de dinheiro. Pois a lesividade própria dessas condutas, que se somam à do autor do crime antecedente, incentivando-o a praticá-lo e tornando mais difícil a reparação dos danos por ele causados, já ensejava resposta penal fundamentada nas

tradicionais figuras delitivas da receptação (art. 180 do CP) e do favorecimento real (art. 349 do CP).

Essas figuras, contudo, mostraram-se insuficientes para ensejar uma resposta adequada aos desafios político-criminais impostos pela lavagem de dinheiro, especialmente em vista da relevância que o tema adquiriu a partir da já referida Convenção de Viena. A receptação, especialmente, é por demais limitada ou, por que não dizer, quase imprestável, para abarcar toda sorte de complexas operações realizadas para a lavagem de ativos provenientes de crimes antecedentes. Como bem demonstra Enrique Bacigalupo (2005, p. 280 *et seq.*), a partir de um estudo comparativo desse tipo de delito no direito dos Estados membros da União Europeia, o objeto material, bem como os aspectos subjetivos do crime de receptação são muitas vezes incompatíveis com as práticas características da lavagem.

Com efeito, nos códigos francês, alemão, austríaco, espanhol, belga (BACIGALUPO, 2005, p. 280), português e, acrescentamos, no código brasileiro, o objeto material da receptação é uma “coisa”, o que torna no mínimo polêmica a possibilidade de punir a esse título a aquisição de bens incorpóreos, como as ações de uma empresa. Ademais, nos direitos alemão, austríaco (BACIGALUPO, 2005, p. 281), espanhol e português tal coisa haverá de ser proveniente especificamente de um crime contra o patrimônio. A despeito de opiniões em contrário, estenderíamos essa assertiva também ao direito brasileiro, já que é na parte referente aos crimes contra o patrimônio, e não entre aqueles cometidos contra a administração da justiça, que a receptação está inserida em nosso Código Penal. Ainda segundo Bacigalupo (2005, p. 281), é questão controversa na doutrina internacional a ocorrência de receptação quando a coisa não deriva diretamente do crime precedente. Francisco Muñoz Conde (2004, p. 543), por exemplo, comentando essa figura delitiva no Código Espanhol, é enfático ao negar cabimento à chamada “receptação substitutiva”, isto é, a receptação de bens adquiridos com o dinheiro subtraído.

Quanto aos aspectos subjetivos, vale destacar que a receptação dolosa geralmente requer o fim especial de obter proveito para si ou para terceiro por meio das condutas alternativas descritas objetivamente no tipo. É assim na lei brasileira e igualmente nas leis portuguesa, alemã, italiana e espanhola, segundo as quais não se pode tomar por receptação a mera ocultação do proveito de crime antecedente por quem não pretenda com essa conduta gerar nenhum ganho adicional.

O recebimento, transporte ou ocultação de coisa proveniente de crime por quem o faz sem intenção de locupletamento, mas para auxiliar o autor do crime antecedente a garantir o seu proveito corresponde, a princípio, ao crime de favorecimento real. Mas se a receptação é

um tipo de injusto por demais estreito, o favorecimento real, pelo contrário, é por demais genérico e, como tal, incapaz de conferir uma valoração adequada à lavagem de dinheiro, como forma específica de garantir o proveito de crimes.

Nem por isso se pode perder de vista a relação estreita entre esses tipos de delito, fundamental para uma interpretação sistemática e aplicação harmônica da norma incriminadora da lavagem de dinheiro.³ Pois se dita relação não é clara no direito brasileiro, uma vez que entre nós o crime de lavagem de dinheiro está previsto em lei especial, nos países que o previram em seus respectivos Códigos é explícita e incontornável, nuns a relação entre a lavagem de dinheiro e a receptação, noutros entre a lavagem de dinheiro e o favorecimento.

É que entre os países europeus que inseriram em seus respectivos estatutos penais substantivos a previsão da lavagem de dinheiro, obedientes ao compromisso firmado na Convenção de Viena, a Alemanha, a Áustria, a Itália, a Espanha e a Bélgica o fizeram junto ao crime de receptação, como uma modalidade um pouco distinta daquele delito, livre das suas limitações tradicionais, enquanto a Suíça o fez entre os crimes contra a administração da justiça, junto ao delito de “favorecimento pessoal” – *Begünstigung* – (BACIGALUPO, 2005, p. 283 *et seq.*), correspondente ao nosso “favorecimento real”.

3 O problema da punibilidade do autor do delito antecedente também pela autolavagem: contexto legal e panorama doutrinário

Pois bem, a partir da proximidade lógica entre as figuras da lavagem de dinheiro, da receptação e do favorecimento real, e uma vez que não se pune pela receptação o autor do crime de que provém a coisa receptada, nem tampouco pelo favorecimento o coautor do crime cujo proveito se procura assegurar, nos interessa especialmente questionar, como já adiantado na introdução, a viabilidade de se punir pela lavagem de dinheiro o autor ou partícipe do

³ O STJ reconhece o parentesco entre os tipos de injusto de lavagem de dinheiro, de favorecimento real e de receptação, embora não extraia dessa premissa qualquer concessão à tese da autolavagem como fato posterior coapenado. Conforme se consignou no precedente citado em nota anterior: “III - Não há que se falar em pós-fato impunível, mas em condutas autônomas, caracterizadoras de lavagem de dinheiro, por ter o agente alcançado as vantagens que perseguia com o cometimento do crime. Isso porque, conforme entendimento doutrinário, a lavagem de dinheiro, assim como a receptação é, por definição um crime derivado, acessório ou parasitário, pressupõe a ocorrência de um delito anterior. IV- É próprio da lavagem de dinheiro, como também da receptação (Código Penal, art. 180) e do favorecimento real (Código Penal, art. 349), que estejam consubstanciados em atos que garantam ou levem ao proveito do resultado do crime anterior, mas recebam punição autônoma.” (BRASIL, STJ, 2009).

crime antecedente, sem que tal importe superposição de reprimendas sobre o mesmo conteúdo de injusto.

Ora, a possibilidade de se punir pela “lavagem” também o autor do crime antecedente é expressa e claramente afastada nas leis francesa, italiana e austríaca. Nesta, como nos informa Bacigalupo (2005, p. 285), a ação punível como lavagem de dinheiro, prevista no §165 do *OStGB*, logo após a receptação (§164), consiste em “ocultar” ou “dissimular” “objetos patrimoniais” provenientes de um delito cometido *por outro*. Já no Código Italiano a lavagem de dinheiro – *Reciclaggio* –, prevista no art. 648bis, assim como a receptação, prevista no artigo 648, só é punível *fuori dei casi di concorso nel reato*, isto é; quando o agente não tenha concorrido para o delito antecedente. E finalmente no Código francês, que tal qual o Suíço prevê o delito de lavagem de dinheiro como caudatário do favorecimento (MAIA, 2004, p. 91-92), aquele crime, assim como este, não é imputável ao autor do injusto antecedente, mas tão somente aos que por qualquer meio fraudulento facilitem a falsa justificação da origem ilícita dos recursos ou bens obtidos por ele (MENDRONI, 2006, p.151). Como bem lembra Pierpaolo Cruz Bottini (2013, p. 75), a Convenção de Varsóvia admite a não incidência da lavagem àqueles que praticam o crime antecedente. Mas em sentido contrário, por meio de cláusula expressa, os códigos Espanhol e Português impõem a punição da autolavagem.

No Brasil, onde a lei não faz qualquer ressalva quanto ao sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro, a doutrina dominante rejeita completamente a tese de que esta incriminação não se aplique ao autor do delito antecedente.⁴ Segundo Bottini, a exoneração do autor do delito antecedente de responder também pela receptação (art. 180 do CP) ou pelo favorecimento real (art. 349 do CP) não se aplica ao autor de autolavagem. Isto porque a receptação, diferentemente da lavagem de dinheiro, ofende o mesmo bem jurídico do delito antecedente. E a incriminação do favorecimento real, embora ofenda bem jurídico distinto do delito antecedente – a administração da justiça – não incide sobre o autor deste por duas razões, inaplicáveis à lavagem segundo Bottini: a incriminação exclusiva da conduta de terceiros, no favorecimento real, e a inexigibilidade de conduta diversa do autor do delito antecedente, de quem é razoável esperar que procure tornar seguro o proveito do crime (BOTTINI, 2013, p. 76-77). Rodolfo Tigre Maia ainda argumenta que o domínio do fato na lavagem de dinheiro geralmente é dos mesmos agentes que promoveram o delito antecedente.

⁴ Nesse sentido Pierpaolo Cruz Bottini (2013, p. 76-77), Rodolfo Tigre Maia (2004, p. 92), Marcelo Batlouni Mendroni (2006, p. 32), Marco Antônio de Barros (2004, p. 100-101) e Willian Terra de Oliveira (In: CERVINI et al., 1998, p. 324).

Assim, excluindo-se a punibilidade do autor do primeiro crime se estaria deixando de reprimir ofensa posterior diversa e, simultaneamente, fazendo da lavagem uma figura delitiva pela qual responderiam, na maioria das vezes, apenas os partícipes ou cúmplices (MAIA, 2004, p. 92).

Contra este último argumento se pode opor, primeiramente, a constatação de que, se o autor do crime pressuposto tem *geralmente* o domínio do fato na lavagem, não o tem em todas as hipóteses, e muito menos o tem com exclusividade. Depois, assim como não há qualquer impedimento dogmático à tipificação de atos naturalmente preparatórios, tornando-os puníveis independentemente de chegar a ser tentado o crime para o qual se dirigem, tão pouco é defesa a tipificação autônoma de atos de mera cumplicidade, como ocorre em relação à instigação, o induzimento ou o auxílio ao suicídio. E, finalmente, a mera exclusão da punibilidade do autor de um injusto, em razão de uma qualidade pessoal, não impede a punição dos seus cooperadores, ainda que na qualidade de partícipes, tal qual os cúmplices de quem pratica um crime patrimonial não violento contra seu exclusivo ascendente, descendente ou cônjuge (art. 181 c/c art. 30 do CP).

Já os dois primeiros argumentos, o de que a autolavagem não pode ser fato posterior co-apenado, por atingir bem jurídico diverso do crime antecedente, e o de que a lavagem extrapola as providências que se poderiam razoavelmente esperar do autor para assegurar o proveito do próprio crime, hão de ser analisados à luz da doutrina do concurso aparente de normas penais, notadamente em face da regra da consunção.

4 Do concurso aparente entre as normas incriminadoras da lavagem de dinheiro e do delito antecedente: condições

O concurso aparente de normas penais pode ser definido como a subsunção de um único fato jurídico-penalmente relevante a uma pluralidade de normas penais que se sobrepõem na apreciação do seu desvalor. Nesses casos, a aplicação de uma delas excluirá a aplicação das demais, para que não pese sobre o destinatário das penas que cominam, dupla retribuição pelas mesmas ofensas.⁵ As relações entre as normas penais determinantes da

⁵ Nesse sentido a clássica lição de Adolpf Merkel, que se refere à “mera concorrência de leis”, em oposição à concorrência de delitos, como a hipóteses *en que solamente exista un delito, pero este único delito, por sus caracteres, pueda ser sometido a diferentes leyes entre las cuales exista una porfia aparente por apoderarse del hecho* (MERKEL, 2004, p. 275).

concorrência aparente entre elas, segundo a maior parte da doutrina, são as de especialidade, de subsidiariedade e de consunção.⁶

Haverá relação de especialidade entre duas normas sempre e somente quando os pressupostos de incidência de uma, a norma geral, estiverem explícita ou implicitamente entre os pressupostos de incidência da outra, a norma especial.⁷ Portanto, ocorre especialidade entre normas incriminadoras de formas privilegiadas, qualificadas ou *sui generis* de determinado delito e as que prevêem suas respectivas formas básicas, mas também entre normas que prevêem crimes complexos e as que punem autonomamente um seu elemento constitutivo, bem como entre as que prevêem crimes progressivos e as que punem autonomamente seus antecedentes necessários.

A relação de subsidiariedade envolve normas incriminadoras de estágios distintos de ofensa a um mesmo bem jurídico. Ela já se esboça abstratamente, pela disposição funcional dessas normas, pois cabe às normas subsidiárias coibir, ainda numa fase preliminar, a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma principal, antes mesmo que se concretizem os pressupostos de aplicação desta. Mas a relação de subsidiariedade só se confirma no caso concreto, quando a realização do pressuposto de uma delas, a norma principal, representar a progressão e o exaurimento de toda a ofensividade do fato punível segundo as demais, subsidiárias. Tal pode se dar entre normas que preveem a criação de um perigo e aquelas cuja incidência pressupõe um perigo ainda mais intenso ou um efetivo dano ao bem jurídico tutelado (GARCIA ALBERO, 1995, p. 343).

A relação de consunção também só pode ser concebida a partir do caso concreto, ainda que hipoteticamente considerado, pois decorre simplesmente da conexão natural entre os ilícitos puníveis segundo uma e outras das normas envolvidas. Ocorre quando a realização dos pressupostos de uma das normas incidentes, a norma consumida, possa ser tida como uma forma normal, embora não indispensável, de realizar os pressupostos da outra – a norma consuntiva –; como uma circunstância ou um desenrolar previsível desta realização, segundo

⁶ A esse rol acrescenta-se a relação de alternatividade, poucas vezes referida entre nós, mas amplamente reconhecida entre os autores de língua espanhola. Dá-se alternatividade quando duas normas penais recaem essencialmente sobre o mesmo fato, por terem pressupostos de incidência idênticos ou por guardarem entre si uma relação de especialidade recíproca, segundo a qual cada uma destaca uma peculiaridade do fato não prevista pela outra. Nesses casos, em se tratando de duas incriminações autônomas ou duas qualificadoras, prevalecerá a mais grave; mas em se tratando de dois privilégios, prevalecerá o maior (GARCIA ALBERO, 1995, p. 372 *et seq.*).

⁷ A prevalência da norma especial sobre a geral justifica-se porque entre os vários aspectos danosos que a concretização do tipo de delito geral pode eventualmente assumir, ou os distintos graus de reprovabilidade que pode ensejar, conforme variem seus elementos facultativos, um ou mais são considerados e valorados particularmente, como pressupostos de incidência da norma especial que portanto, confere a mais apropriada valoração da lesão de que o Estado se ressente na específica situação por ela prevista. (ANTOLISEI, 1955, p. 254-255.)

a forma como as coisas geralmente acontecem. Quando assim for, pode-se dizer que o desvalor da infração da norma incriminadora dos atos acessórios ou subsequentes, isto é, do preceito que esta dirige ao agente, estará totalmente abarcado pelo desvalor da infração à norma incriminadora do elemento principal do fato.

Mas se por força do *non bis in idem* reduz-se à unidade de fato a infração de várias normas coincidentes num caso concreto, quando entre elas se verificar relação de especialidade, subsidiariedade, consunção ou alternatividade, esse mesmo princípio é neutro quanto à norma aplicável, nada informando sobre qual deva prevalecer para qualificá-lo e regular-lhe as consequências. Para tanto, nos casos de especialidade, subsidiariedade e consunção, impera a máxima hermenêutica segundo a qual “uma expressão de conteúdo mais rico reproduz a vontade do ‘falante’ com preferência sobre outra de conteúdo mais pobre” (JAKOBS, 1997, p. 1050). Consequentemente, a norma especial prevalece sobre a geral. A norma principal, a que prevê a fase mais posterior e mais incisiva de ofensa a determinado bem jurídico, prevalece sobre a norma subsidiária, que incrimina a fase anterior, menos gravosa ou preparatória da ofensa a esse mesmo bem. E finalmente, a norma consuntiva, que incrimina o tipo injusto mais significativo e abrangente, prevalece sobre a norma consumida, que pune uma circunstância acessória, geralmente acompanhante desse injusto principal, segundo a forma como as coisas geralmente acontecem (HORTA, 2006, p. 177-179).

4.1 Dos atos posteriores co-apanados como hipóteses de aplicação da regra da consunção

Como já antes ressaltado, a relação de consunção terá lugar quando a realização dos pressupostos de uma norma implique, ordinariamente, a realização concomitante ou sucessiva de determinadas formas de um delito previsto por outra, de tal modo que o desvalor jurídico da conduta proibida segundo aquela – a norma consuntiva – abarque o desvalor próprio da conduta concomitante ou sucessiva proibida por esta – a norma consumida. Assim, por exemplo, a pena imposta pela norma incriminadora da injúria, quando essa conduta típica for praticada por um agente que estuprava a mesma vítima enquanto proferia os impropérios ofensivos, geralmente será absorvida pela punição de tal constrangimento sexual, segundo a regra da consunção. O mesmo se pode afirmar sobre a realização dos pressupostos do crime de dano, cujo desvalor geralmente estará consumido pela incriminação do furto, quando a coisa alheia destruída tiver sido antes subtraída pelo mesmo agente.

Assim, podemos apontar como hipóteses de convergência, ou superposição valorativa entre normas incriminadoras, exclusivamente solucionáveis segundo a regra da consunção, os chamados atos típicos acompanhantes, em relação aos delitos cuja realização

normalmente os implica, bem como os atos posteriores co-apenados, em relação aos delitos anteriores, dos quais representam mero exaurimento (CEREZO-MONTALVO, 2001, p. 415; MIR PUIG, 1995, p. 740-741).

Os atos típicos acompanhantes, também chamados “fatos típicos acompanhantes”, como a própria designação indica, realizam-se paralelamente ao tipo de delito prevalente, pela mesma conduta qualificada segundo a norma consuntiva ou, ainda, por conduta diversa daquela, mas a ela normalmente vinculada. É justamente o que ocorre quando se utiliza documento falso para a prática de estelionato, já que o mencionado crime contra a fé pública, previsto no artigo 304 do Código Penal, é uma espécie de “artifício”, utilizável para induzir ou manter alguém em erro. Nesse caso há coincidência entre um tipo legal de delito e um elemento particular, isto é, uma forma possível ou específica de um elemento constitutivo de outro, por sua vez previsto no artigo 171, *caput*, do Código Penal. Entre as condutas típicas imediatamente antecedentes e/ou simultâneas, redutíveis à unidade de fato segundo a regra da consunção, pode-se citar a violência geralmente empregada para conter a resistência da vítima de sequestro ou cárcere privado (art. 148 do CP); a participação nos lucros da prostituta (art. 230 do CP) por quem mantém casa de prostituição (art. 229 do CP); determinadas formas de desacato (art. 331 do CP) acompanhantes do crime de resistência (art. 329 do CP); e a corrupção passiva privilegiada (art. 317, § 2º, do CP) do funcionário incumbido da custódia ou guarda de preso que, cedendo a pedido ou influência de outrem, promove ou facilita a fuga de pessoa legalmente presa (art. 351, *caput*, do CP).

Já o ato posterior co-apenado (*Mitbestrafte Nachtat*) (JESCHECK-WEIGEND, 2002, p. 793-794), é a conduta que se segue à realização dos pressupostos da norma consuntiva, concretizando um tipo de delito conceitualmente heterogêneo em relação ao que prevalece, mas que ao lado da conduta subjacente a este constitui uma unidade de injusto, pois representa o normal desenvolvimento ou o exaurimento da ofensa que aquela implica, pela realização da sua utilidade ou propósito. Bem menos frequentes, são exemplos claros de atos posteriores co-apenados a utilização de documento falso (art. 304 do CP), por quem o tenha falsificado (arts. 297 a 302 do CP) (FONTECILLA RIQUELME, 1956, p. 108) e a introdução no mercado de moeda falsa (art. 289, § 1º, do CP), promovida por quem a falsificou (art. 289, *caput*, do CP) (BETTIOL, 1973, p. 609).

3.3 A lavagem de dinheiro pelo autor do crime antecedente como ato posterior co-apenado

O enfrentamento do problema inicial, relativo à aplicabilidade da norma punitiva da lavagem de dinheiro também ao autor ou partícipe do crime antecedente, revela-se agora, à luz da doutrina da concorrência aparente de normas penais, uma tarefa bem mais simples.

Uma vez que, assim como Jescheck-Weigend (2002, p. 789-790), Jakobs (1997, p. 1049) e Correia (1968, p. 163-164), rejeita-se a chamada “unidade de ação” como pressuposto do concurso aparente de normas, e já que se admite os fatos antecedentes, concomitantes e posteriores co-apenados como resultantes desse fenômeno, a absoluta diversidade de condutas típicas pelas quais se concretizam a lavagem de dinheiro e os crimes que lhe são antecedentes, bem como a total diversidade de contextos nos quais venham a ser praticados não se apresentam como impeditivos à eventual concorrência aparente entre as normas incriminadoras destes em relação as daquele.

Pois bem, como a lavagem de dinheiro pode ser considerada uma decorrência comum de crimes como o tráfico de drogas, de armas, dos crimes contra a administração pública, contra o sistema financeiro, contra a ordem tributária, bem como dos praticados por organizações criminosas, a exclusão da aplicação desse dispositivo ao autor ou partícipe do crime antecedente só pode ser cogitada como decorrência da regra da consunção, especificamente como hipótese de ato posterior co-apenado.

Contra essa possibilidade, como já adiantamos, argumenta-se que a lavagem de dinheiro, embora finalisticamente vinculada com o crime antecedente, não representaria o mero exaurimento ou a conclusão da ofensa decorrente deste, pois ao incriminar a lavagem de dinheiro o ordenamento volta sua tutela a bem jurídico diverso daqueles que são protegidos pelas incriminações das condutas antecedentes. Certamente, mesmo realizando o propósito da conduta típica anterior, a punição da conduta posterior não restará absorvida quando importar em incremento quantitativo ou qualitativo da ofensa reprimida pela norma prevalente.

Não discordamos que o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora da lavagem de dinheiro seja diverso daquele tutelado pelas normas penais incriminadoras das condutas antecedentes. Ocorre que de todas relações determinantes da concorrência aparente entre normas, a única que não importa na necessária identidade de ao menos um dos bens jurídicos ofendidos pela infração da norma prevalente e das demais, sucumbentes, é a consunção.

Com efeito, em se tratando da infração de duas normas, especial e geral, a identidade ao menos parcial dos bens jurídicos ofendidos se infere de que a infração desta é um pressuposto lógico da infração daquela. O campo de incidência da norma especial está inteiramente contido no da norma geral, com a qual, portanto, ela sempre estará em aparente concorrência. E são ao menos parcialmente idênticos os bens jurídicos ofendidos quando se

infringe uma norma primária e outra subsidiária porque esta visa reprimir uma ofensa preliminar à que enseja a incidência daquela.⁸

Mas nos casos de consunção, como a aparente concorrência das normas incidentes se justifica tão somente por uma conexão corriqueira, normal, porém não necessária entre os injustos que reprimem, ao contrário do que ocorre quando há especialidade, não se pode afirmar que as normas consumida e consuntiva coincidam quanto ao objeto de ofensa. Ora, a prática de um roubo ou de uma extorsão nem sempre importará em lesões corporais leves para a vítima, pois pode ser que o agente sequer empregue violência, mas apenas grave ameaça. Nem todo estelionato envolverá o uso de um documento falso cuja potencialidade lesiva à fé pública venha se exaurir na fraude, pois esta pode ser promovida pelo emprego do simples ardid do agente ou de qualquer outro artifício. E da mesma forma, ainda mais claramente, nem todo homicídio será praticado com emprego de arma de fogo, pondo em risco a incolumidade pública, assim como nem todo estupro importará em injúria, com ofensa ao decoro da vítima.

Como se vê, não é a coincidência, mas sim a conexão de diferentes tipos de injustos, o que justifica a prevalência da norma consuntiva sobre a consumida. E sendo assim, é possível vislumbrar na norma consuntiva uma resposta penal abrangente e suficiente para o delito previsto pela norma consumida, ainda que ambas não possuam o mesmo objeto de tutela, mas desde que a ofensa decorrente da infração de uma (a norma consuntiva), geralmente importe também na ofensa decorrente da infração da outra (a norma consumida).

E se a relação de consunção não é comprometida com a identidade dos bens jurídicos tutelados pelas normas prevalente e sucumbente, quando incriminadoras de atos típicos acompanhantes, tampouco o é quando a norma sucumbente incida sobre um ato posterior, como é a lavagem de dinheiro pelo autor, coautor ou partícipe do delito antecedente. Sendo assim, a concorrência aparente entre as incriminações da lavagem e da infração antecedente dependerá de uma valoração dos atos típicos de lavagem praticados no caso concreto. Se puderem ser considerados decorrência corriqueira da infração anterior, não hão de ser puníveis ao autor desta. Mas se constituírem providências extraordinárias, cuja ofensividade extrapola o que normalmente decorre do delito antecedente, haverá concurso real de crimes e a punibilidade autônoma da lavagem se imporá também ao autor do delito antecedente, como medida necessária à completa valoração jurídico-penal do caso.

⁸ A identidade de ofensas também será ao menos parcial quando se tratar da infração de normas entre si alternativas. Afinal, a exclusão de uma pela aplicação da outra, quando aparentemente concorrentes, ou se justifica pela identidade de seus pressupostos de incidência ou, quando distintos, pela constatação de que ambos se referem a um mesmo conteúdo nuclear de injusto.

Pois bem, a avaliação da ofensividade corriqueira ou extraordinária da lavagem, e a verificação da correspondência entre este crime e o de favorecimento real, como fato posterior co-apenado ao autor da infração antecedente, depende da determinação do objeto jurídico do crime de lavagem de dinheiro. Quanto ao ponto, há viva controvérsia doutrinária. Para Bottini (2013, p. 60), Roberto Podval (1998, p. 211 *et seq*), Gunther Artz⁹ (1989, *apud* MENDRONI, 2006, p. 30), Mark Pieth¹⁰ (1992 *apud* MENDRONI, 2006, p. 30) e em parte para Maia (2004, p. 57),¹¹ a lavagem de dinheiro é um crime contra a administração da justiça, assim como o crime de favorecimento real. Esta corrente é referendada pela já mencionada origem histórica da incriminação da lavagem, que surge no Direito Comparado como estratégia de controle e repressão ao tráfico de drogas e a outras formas de delinquência. Afinal, quem atua ou coopera na dissimulação ou ocultação da origem ilícita de capitais, garante as vantagens do crime de que provêm, tornando-o mais atraente. Dificulta, assim, a persecução desses crimes e fortalece as associações voltadas para a sua prática.

Contudo, para um amplo setor da doutrina, a lavagem de dinheiro ofenderia também a ordem econômica, e a tutela deste bem jurídico justificaria igualmente ou especialmente a sua incriminação. Esta posição, defendida entre outros¹² por Mendroni (2006, p. 30-31), André Luís Callegari (2003, p. 93) e Barros (2004, p. 98-99), pressupõe uma ainda indemonstrada ofensividade da lavagem de dinheiro para a livre concorrência, o sistema financeiro ou a estabilidade monetária, por exemplo. A esta corrente se opõem as constatações de que o alto fluxo de capital volátil, que circula pelo sistema financeiro dos mais diversos países com rapidez nunca antes vista não é um fenômeno tributável exclusivamente à lavagem de dinheiro, mas, pelo contrário, é uma decorrência natural e evidente da transnacionalização do capital, um dos principais aspectos da globalização, bem como da revolução tecnológica no campo das comunicações, com destaque para a possibilidade de transmissão instantânea de dados pela rede mundial de computadores. Ademais, salvo as possíveis, mas, repita-se, não demonstradas hipóteses de concorrência desleal pela atuação econômica de agentes patrocinados por empreendimentos escusos, a inserção de ativos provenientes de crimes na economia formal lhe faz bem, aumentando o volume de riqueza circulante nos países onde são investidos.

⁹ Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. Das schweizerische Geldwäschereigebot im Lichte amerikanischer Erfahrungen. *Revue Penale*, 1989.

¹⁰ PIETH, Mark. Bekämpfung der Geldwäscherei, Modellfall Schweiz?. *Helbin und Lichtenhahn Verlag*, Stutgard, 1992.

¹¹ Para quem a administração da justiça é o objeto jurídico prevalente da “lei” que incrimina a lavagem de dinheiro, embora admita que também para a ordem econômica a mesma lei dirige sua proteção.

¹² Para um completo panorama, BOTTINI (2013, p. 55 *et. seq.*)

Quanto ao ponto concordamos com Bottini (2013, p. 61), que reconhece na administração da justiça o objeto de tutela do crime de lavagem de dinheiro, embora admita que este delito geralmente, embora não necessariamente, ofenda também a ordem econômica, segundo a forma concreta da sua prática. Faz-se jus, assim, à finalidade histórica e evidente da incriminação de lavagem, sem perder de vista que, diferentemente do tradicional crime de favorecimento real, a lavagem de dinheiro pode repercutir sobre a ordem econômica. O reconhecimento da administração de justiça como o objeto exclusivo e próprio de tutela preserva a função do bem jurídico para a dogmática da lavagem de dinheiro, permitindo-nos estabelecer uma justa analogia entre este crime e o favorecimento real. Mas isso não impede que se verifique nas operações econômicas e financeiras empreendidas com o capital sujo, para ocultar sua origem e disposição, um elemento qualificador, que justifica o tratamento mais gravoso da lavagem, por suas consequências supostamente ou potencialmente ofensivas para a ordem econômica.

Estabelecidas essas premissas, pode-se avaliar adequadamente a tese da autolavagem como fato posterior co-apanado em relação ao delito anterior. O fato de a lei brasileira não o prever expressamente, como no direito italiano, austríaco e francês, não impede reconhecê-lo, se tal decorrer de uma interpretação sistemática da lei punitiva da lavagem, orientada pelo postulado da proporcionalidade e em especial pelo princípio *non bis in idem*.

Ora, a coincidência de valorações que sobre o fato lançam a norma incriminadora do crime originário e a que determine a punição das providências posteriores tendentes a garantir-lhe o proveito é tão evidente que em nosso Código Penal, a exemplo de outras legislações, a descrição típica do favorecimento real expressamente exclui do conjunto dos seus possíveis sujeitos ativos o co-autor ou participe do delito antecedente. Ademais, ninguém nunca pôs em cheque o entendimento generalizado segundo o qual, embora a tipo penal não o diga expressamente, o crime de receptação não é imputável ao autor, co-autor ou partícipe do injusto do qual provenha a coisa receptada. Essa superposição de valorações, que desautoriza a dupla punição do autor de um determinado crime, também por receptação ou por autofavorecimento, é a mesma que fundamenta a impunidade da lavagem de dinheiro ao autor do crime pressuposto, expressamente consignada nas legislações austríaca, francesa e italiana.

Mas se essas citadas ordens jurídicas estrangeiras fecharam questão sobre a matéria, resolvendo todo caso de autolavagem em favor da exclusiva punição do delito antecedente, a abertura da lei penal brasileira permite solucioná-los segundo a regra da consunção, cuja aplicação não se pode afirmar em abstrato, mas sempre segundo uma valoração das circunstâncias do caso concreto. Então, se a norma incriminadora do injusto principal

prevalece sobre a que pune os injustos acompanhantes, desde que pelas suas características concretas, estes se possam considerar corriqueiros e esperados desdobramentos daquele, afirma-se que a norma incriminadora do delito antecedente prevalecerá sobre a incriminação da lavagem de dinheiro, sempre que os atos típicos deste crime não extrapolem as formas mais comuns e elementares de ocultação ou dissimulação da origem, disposição ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal anterior, sem concreta potencialidade lesiva para a ordem econômica.

Equivale a dizer que se o agente simplesmente deposita dinheiro proveniente de crime que praticou, em conta bancária de terceiro, ou o emprega na aquisição de um bem também em nome de outrem, para ocultar-lhe a propriedade e dissimular-lhe a origem criminosa, não há de ser punido também pela lavagem de dinheiro. Pois esses atos não passam de providencias vulgares para tornar seguro o proveito do próprio crime. Não têm repercussões minimamente relevantes para o sistema financeiro ou para o mercado de bens e serviços, e por isso em nada se distinguem, quanto ao seu desvalor jurídico, da mera ocultação de um carro furtado na garagem do vizinho.

Em casos assim se pode considerar que o conteúdo de injusto e a pena cominada para o crime antecedente já compreendem e correspondem ao desvalor e à reprovabilidade dos atos destinados a dissimular ou tornar seguro o proveito do delito. O fundamento da inexigibilidade de conduta diversa, invocado por Bottini para justificar a impunidade do autofavorecimento, aplica-se também às simulações financeiras ou comerciais simples como as citadas, típicas de autolavagem.

Por outro lado, se para lavar o produto do próprio crime o agente se empenha, por exemplo, em operações financeiras, investimentos ou atividades comerciais de relevante repercussão econômica, deve incorrer também nas penas próprias da lavagem. Pois desse modo sua conduta terá extrapolado a esperada ocultação do próprio crime e adquirido contornos extraordinários, autonomamente valorados por sua potencial ofensividade à ordem econômica.

5 Conclusões

1 A incriminação da lavagem de dinheiro tutela a administração da justiça, em que pese este crime ser potencialmente ofensivo também à ordem econômica, conforme as circunstâncias de sua concreta realização.

2 A não punibilidade da autolavagem, expressamente consignada no direito francês, italiano e austríaco, é possível no direito brasileiro segundo a regra da consunção, fundada no postulado da proporcionalidade e especificamente no princípio *non bis in idem*.

3 A autolavagem será ato posterior co-apanado, segundo a regra da consunção, sempre que os atos típicos desse crime não extrapolem as formas mais comuns e elementares de ocultação ou dissimulação da origem, disposição ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de uma infração penal, sem ostentar concreta potencialidade lesiva para a ordem econômica

Referências

ANTOLISEI, Francesco. Sul concorso apparente di norme. In: _____. *Scritti di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 245-261.

BACIGALUPO, Enrique. Estudio comparativo del Derecho penal de los Estados miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido. In: _____. (dir.). *Derecho penal económico*. Reimpresión. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 2 ed. São Paulo: RT, 2013.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale: parte generale*. 8. ed. riveduta e aggiornata. Padova: Cedam/Dott, 1973.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro, aspectos penais. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 2 ed. São Paulo: RT, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Ação Penal n 458 São Paulo. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Rel. p/ o acórdão: Ministro Gilson Dipp. Acórdão de 16 set. 2009. Publicado no DJe de 18 dez 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 06 set 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação penal 470 Minas Gerais. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Acórdão de 17 dez 2012. Publicado no DJe n. 074 de 22 abr 2013. Disponível em :<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 06 set 2016.

CALDERÓN CERESO, A.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. actualizada a marzo de 2001. Barcelona: Bosch, [s.d.]. t. 1.

CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Unidade e pluralidade de infracções: a teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra: Atlântida, 1945.

ESPAÑA. Código penal – Ley orgánica n. 10, de 23 de noviembre de 1995. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

FONTECILLA RIQUELME, Rafael. *Concursos de delinquentes, de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos*. [S.l.]:Editorial Jurídica de Chile, 1956.

GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do concurso aparente de normas penais. Dissertação (Mestrado em Ciências Penais) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

ITALIA. *Codice Penale*. R.D. n 1398,19 ottobre 1930. Napoli: Esselibri S.p.A, 2005.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. Título original: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. edición, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. renovada y ampliada. Granada: Comares, 2002. Título original: *Lehrbuch des Strafrechts: All. Teil*. 5 vollständig Neubearb. u. erw. Aufl. Berlin: Dunker u. Humblot, 1996.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: Lavagem de ativos provenientes de crime*. Anotações às disposições criminais da Lei n.º 9.613/95. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

MERKEL, Adolf. *Derecho penal: parte general*. Traducción del alemán por Pedro Dorado Montero. Buenos Aires: IB de F, 2004.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Barcelona: PPU, 1995.

MUÑOS CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte especial*. 15 ed revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PODVAL, Roberto. *O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, a.6, n.24, p. 211, outubro-dezembro. 1998.

PORTUGAL. Decreto-Lei n. 48, de 1995. Código penal. Disponível em: <www.gia.net/legislacao.net/codigos/codigo_penal>. Acesso em: 5 jan. 2006