



LUCAS DE MORAIS GUALTIERI

**A PROVA DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE PÚBLICO COMO
INDÍCIO SUFICIENTE DA EXISTÊNCIA DO CRIME ANTECEDENTE À
LAVAGEM DE DINHEIRO**

**BELO HORIZONTE – MG
2016**

LUCAS DE MORAIS GUALTIERI

**A PROVA DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE PÚBLICO COMO
INDÍCIO SUFICIENTE DA EXISTÊNCIA DO CRIME ANTECEDENTE À
LAVAGEM DE DINHEIRO**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras como parte das exigências do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos, para a obtenção do título de Especialista.

Prof. MSc. Mário Vinícius Spinelli
Orientador

**BELO HORIZONTE – MG
2016**

LUCAS DE MORAIS GUALTIERI

**A PROVA DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE PÚBLICO COMO
INDÍCIO SUFICIENTE DA EXISTÊNCIA DO CRIME ANTECEDENTE À
LAVAGEM DE DINHEIRO**

***THE PROOF OF ILLICIT ENRICHMENT OF THE PUBLIC AGENT AS SUFFICIENT
EVIDENCE FROM SPECIFIC UNLAWFULL ACTIVITY PROCEEDS***

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras como parte das exigências do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos, para a obtenção do título de Especialista.

APROVADA em 9 de dezembro de 2016.

MSc Mario Vinícius Spinelli, UFLA

MSc Danilo Emanuel, UFLA

Prof. MSc. Mario Vinícius Spinelli
Orientador

**BELO HORIZONTE – MG
2016**

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade analisar, sob a ótica do Direito Penal, Processual Penal e Direito Probatório, as repercussões criminais do enriquecimento ilícito do agente público, especialmente quando este estiver aliado à prática de atos de lavagem de dinheiro, com a finalidade de debater se a prova do enriquecimento ilícito é apta, por si só, a demonstrar que o patrimônio a descoberto evidenciado durante a apuração do enriquecimento ilícito constitui indícios suficientes da prática de infração penal antecedente à lavagem de dinheiro. Para tanto, além da conceituação do instituto do enriquecimento ilícito e do crime de lavagem de dinheiro, com análise das principais questões doutrinárias e legais relacionadas, são feitas reflexões sobre a moderna teoria probatória, analisando os conceitos de “*standard* probatórios” ou “modelos de constatação”, discutindo a equivalência de provas diretas e indiretas, especialmente em crimes de difícil prova, e defendendo a necessidade de cotejo da prova sob uma perspectiva persuasiva, e não meramente demonstrativa.

Palavras-chave: direito penal, direito processual penal, direito probatório, enriquecimento ilícito, lavagem de dinheiro, crime antecedente, standard probatório.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the criminal repercussions of the illicit enrichment of the public agent, especially when it is associated with the practice of money laundering acts, in order to discuss if the proof of illicit enrichment is in itself capable of demonstrating that the overdraft equity evidenced during the determination of illicit enrichment is sufficient evidence of the practice of specific unlawful activities. Therefore, in addition to the conception of the institute of illicit enrichment and money laundering crime, with an analysis of the main doctrinal and legal related issues, reflections on modern evidence theories are made, analyzing the concepts of standards of proof, discussing the equivalence of straight and circumstantial evidence, especially in crimes of difficult proof, and defending the necessity to analyses evidence from a persuasive perspective, and not merely demonstrative

Keywords: Criminal law, criminal procedural law, evidence law, illicit enrichment, money laundering, specific unlawful activities, standard of proof.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 METODOLOGIA.....	9
2 ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. CONCEITO E ELEMENTOS.....	10
3 O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO COMO RESULTADO DO ACÚMULO DE RECURSOS OBTIDOS DE FORMA CRIMINOSA.	16
4 O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.	20
5 A PROVA DO CRIME ANTECEDENTE À LAVAGEM DE DINHEIRO.....	23
6 A PROVA DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE PÚBLICO COMO INDÍCIO SUFICIENTE DA OCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE.....	29
7 CONCLUSÃO.....	34
8 REFERÊNCIAS	36

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho, propõe-se analisar se a comprovação, pelo Estado, da ocorrência de enriquecimento ilícito por parte de servidor público, por meio de regular procedimento, de natureza administrativa ou cível, constitui prova suficiente de que os bens, direitos ou valores que compõem esse patrimônio são advindos de infração penal, permitindo-se a imputação do crime de lavagem de dinheiro em caso de efetiva ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens, direitos ou valores que compõem seu patrimônio.

A importância do tema para o combate à corrupção reside no fato de que, atualmente no Brasil, o enriquecimento ilícito dos agentes públicos tem suas repercussões circunscritas às esferas administrativa (procedimento disciplinar) e cível (improbidade administrativa), sendo, no mais das vezes, desconsiderados os efeitos penais do fenômeno, notadamente em razão da ausência de tipificação do crime de enriquecimento ilícito no Brasil. Essa situação, na nossa compreensão, menospreza que o agente se enriquece ilicitamente não com outro propósito, senão de usufruir, parcial ou totalmente, dos valores que obteve de forma espúria. E para tanto, recorrentemente se vê obrigado a se valer de técnicas de lavagem desse patrimônio, para que sua utilização possa se dar de forma desassombrada, do ponto de vista da manutenção da impunidade. Logo, a construção que ora se propõe incrementaria a importância do enriquecimento ilícito enquanto instrumento de combate à corrupção.

Igualmente, referida importância não se mostra abalada pela perspectiva de aprovação, pelo Congresso Nacional, de projetos de lei que visam a tipificar o crime de enriquecimento ilícito, seja porque a lei penal criminalizadora não retroage em relação a fatos pretéritos, seja porque a discussão que ora se propõe engloba diversos aspectos relacionados à análise da prova em crimes de lavagem de dinheiro e outros crimes de difícil prova, contribuindo para a dogmática na área.

Assim, primeiramente se buscará conceituar o enriquecimento ilícito, delineando seus principais elementos e consequências.

Na sequência, será analisada a relação existente entre o enriquecimento ilícito comprovado e a ocorrência de atos de corrupção, ainda que não conhecidos pelas autoridades

competentes, de modo a se perquirir se o patrimônio injustificado do agente público pode ou não ser apontado como produto de atos que impliquem em violação de dever funcional.

No capítulo seguinte passaremos a tratar do crime de lavagem de dinheiro, conceituando-o e analisando os contornos legais da sua tipificação no Brasil. Especial enfoque será dado, no capítulo 5, para a discussão sobre qual o nível de prova exigido pela lei para a demonstração do crime antecedente à lavagem, ou seja, a infração penal de onde proveio o patrimônio que será objeto de atos de lavagem.

Por fim, o último capítulo, ponto central do trabalho, busca analisar se, diante do arcabouço legal e dogmático existente em relação ao instituto do enriquecimento ilícito e à lavagem de dinheiro, é possível se afirmar que o enriquecimento ilícito do agente público, comprovado pelo Estado, fornece, por si, indícios suficientes de que o patrimônio a descoberto advém do cometimento de crimes, especialmente contra a Administração Pública.

2 METODOLOGIA

Por meio deste trabalho buscou-se responder à seguinte pergunta (problema de pesquisa):

- A prova do enriquecimento ilícito de agentes públicos é indício suficiente para caracterizar a prática de crime antecedente à lavagem de dinheiro?

Nesse sentido, as hipóteses aqui formuladas serão as seguintes:

a) A evolução patrimonial injustificada de agente público (sem comprovação de origem lícita) induz à presunção da prática de ilicitudes para a consecução desse patrimônio, ou seja, o patrimônio a descoberto do agente público é indício da origem ilícita de seus bens;

b) Identificada e provada pelo Estado eventual incompatibilidade entre a evolução patrimonial e sua remuneração, cabe ao agente público comprovar a origem lícita de seu patrimônio;

c) A prova do enriquecimento ilícito de um agente público, por si só, fornece indícios relevantes de que este obteve vantagens indevidas em decorrência de sua condição de agente público, com claro indicativo da prática de corrupção pelo agente;

d) A ausência de tipificação do crime de enriquecimento ilícito no Brasil não implica na completa desconsideração da situação para fins penais, uma vez que com frequência o agente público cuja evolução patrimonial é injustificada utiliza-se de técnicas de lavagem de dinheiro para conferir aparência lícita a seu patrimônio.

e) Na imputação de lavagem de dinheiro não é necessário provar todos os elementos e circunstâncias do crime antecedente, mas apenas que a evolução patrimonial do agente público tem origem em prática criminosa que a antecedeu.

A metodologia utilizada nas análises deste trabalho será o exame documental da legislação e da jurisprudência, nacional e estrangeira, além do levantamento do posicionamento doutrinário sobre o tema, por meio de artigos, revistas especializadas e livros.

2 ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. CONCEITO E ELEMENTOS.

O instituto do enriquecimento ilícito é conceituado pela Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996) como “o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente” (artigo IX).

No mesmo sentido é a definição da Convenção das Nações Unidas Contra Corrupção (2007), que considera enriquecimento ilícito “o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativo aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele” (art. 20).

É essencial para a caracterização do enriquecimento ilícito, portanto, não apenas que se esteja diante da análise do patrimônio total de um servidor público, mas também que seja identificada a existência de descompasso efetivo entre esse patrimônio e as rendas lícitas (ingressos de valores) do agente.

Embora as citadas convenções internacionais tratem do enriquecimento ilícito sob a perspectiva de sua criminalização, prática que já é adotada por diversos países¹, no Brasil a legislação ainda não se aprimorou a esse ponto². Entre nós, o enriquecimento ilícito ainda é tratado apenas como ilícito civil, nos termos do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992):

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]

VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; [...].

¹ Argentina e Índia foram os primeiros países a criminalizar o enriquecimento ilícito, em 1964. Em 2010, mais de 40 países já o consideravam crime.

² Há em tramitação no Congresso Nacional alguns projetos de lei visando à criminalização do enriquecimento ilícito, como é o caso da proposta de alteração do Código Penal apresentada pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal (relator Senador Pedro Taques); do Projeto de Lei n. 5.586/2005, apresentado pela Controladoria-Geral da União; e do PL n. 4.850/2016, que congrega as “10 Medidas Contra a Corrupção”, elaboradas pelo Ministério Público Federal e apresentadas ao Parlamento como projeto de iniciativa popular, com quase 3 milhões de assinaturas.

Quanto aos elementos do enriquecimento ilícito, a doutrina majoritária aponta serem cinco: (i) um servidor público que (ii) durante certo período (iii) experimente significativo aumento em seus ativos (iv) de forma conhecida/intencional e (v) sem justificativa lícita.³

A definição de servidor público, para os fins da caracterização do enriquecimento ilícito é trazida pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção nos seguintes termos:

a) Por “funcionário público” se entenderá: i) toda pessoa que ocupe um cargo legislativo, executivo, administrativo ou judicial de um Estado-Parte, já designado ou empossado, permanente ou temporário, remunerado ou honorário, seja qual for o tempo dessa pessoa no cargo; ii) toda pessoa que desempenhe uma função pública, inclusive em um organismo público ou numa empresa pública, ou que preste um serviço público, segundo definido na legislação interna do Estado-Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado-Parte; iii) toda pessoa definida como “funcionário público” na legislação interna de um Estado-Parte. Não obstante, aos efeitos de algumas medidas específicas incluídas no Capítulo II da presente Convenção, poderá entender-se por “funcionário público” toda pessoa que desempenhe uma função pública ou preste um serviço público segundo definido na legislação interna do Estado-Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado-Parte.

Já no direito interno brasileiro, a Lei n. 8.429/1992 conceitua agente público da seguinte forma:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

O Código Penal, por sua vez, define o servidor público em seu art. 327, como sendo “quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. O §1º mesmo artigo traz figuras equiparadas a servidor público, para fins penais.⁴

Já o segundo elemento, denominado “período de interesse”, refere-se ao período no qual o servidor pode ser responsabilizado por apresentar enriquecimento ilícito. Comumente, os ordenamentos jurídicos ao redor do mundo apresentam três abordagens distintas: coincidente com o exercício das funções do servidor; extensivo a certo prazo após o fim do exercício das funções; ou sem período determinado. A legislação brasileira parece ter optado

³ BOLES, Jeffrey R. Criminalizing the problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations. *Legislation and Public Policy*, v. 17:835. Disponível em: <http://bit.ly/2bVtWsN>. Acesso em: 27 ago. 2016.

⁴ §1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

pelo último critério, na medida em que não existe um período de interesse claramente definido.⁵

O aumento significativo nos ativos, por sua vez, conforme a legislação brasileira, é avaliado a partir do descompasso entre o patrimônio apurado e a(s) renda(s) lícita(s) do servidor público.

A verificação da incompatibilidade do patrimônio adquirido por determinado servidor público pode se dar de diversas formas. A maneira mais comum e natural é que as evidências do enriquecimento ilícito surjam a partir da investigação de outros crimes, especialmente daqueles que gerem o ativo financeiro, como é o caso da corrupção e delitos conexos. Todavia, essa fonte de evidência é limitada, seja porque enfrenta todas as dificuldades probatórias inerentes aos crimes praticados de forma velada (que serão adiante aprofundadas), seja porque se pauta em atuação estritamente reativa. Assim, devem ser priorizados mecanismos ou procedimentos proativos de identificação do enriquecimento ilícito. Esses procedimentos devem ser levados a efeito no bojo de um “sistema de divulgação/investigação de rendas e ativos” (*income and asset disclosure system – IAD system*), o qual pode ter por finalidade evidenciar conflitos de interesses por parte de servidores públicos (*conflict of interests (COI) systems*) ou identificar enriquecimento ilícito deles (*illicit enrichment (IE) systems*), ou ainda, visar a ambas as finalidades (*dual objective systems*).⁶

Para se estruturar minimamente um sistema de investigação de rendas e ativos que vise à identificação do enriquecimento ilícito, é essencial que a legislação pátria defina a obrigação de os funcionários públicos declararem seu patrimônio⁷. A partir dessas declarações, o Estado terá condições de proceder à “investigação patrimonial” ou “análise

⁵ A advertência a ser feita é no sentido de que, caso a desproporcionalidade de patrimônio ocorra em momento posterior ao desfazimento do vínculo do servidor com a Administração, “deverão ser observados os fatores tempo e nexos causal para se apurar se a desproporcionalidade pode guardar, ainda, alguma relação com o cargo ou função pública exercidos” (*Curso de sindicância patrimonial*. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2014, p. 23).

⁶ Public Office, Private Interests: Accountability through Income and Asset Disclosure. Disponível em: <<http://bit.ly/2bsca3c>>. Acesso em 10 nov. 2016.

⁷ No Brasil, a declaração de ativos a ser formulada pelos servidores públicos está regulada na legislação infralegal, nos termos do art. 13 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992).

patrimonial”, compreendida como “o conjunto de procedimentos que tem por objetivo aferir a compatibilidade entre as receitas líquidas de um agente público e seu patrimônio privado.”⁸

Esses procedimentos são basicamente a “avaliação preliminar” e a “sindicância patrimonial”.

A primeira constitui procedimento prévio “que visa a coletar indícios ou evidências da prática de enriquecimento ilícito por agentes públicos”, podendo ser assistemática (análise pontual e reativa) ou sistemática (proativa e periódica). Segundo Spinelli, “usualmente, a avaliação preliminar é realizada por unidades com capacidade para produzir informações estratégicas ou ações de inteligência. Esses setores devem estar estruturados para realizar análises em grandes volumes de dados, cruzar informações, [...] e realizar atividades de campo, com o intuito de buscar identificar os chamados ‘sinais exteriores de riqueza’ de agentes públicos”.⁹

Por sua vez, a “sindicância patrimonial” pode ser conceituada como “procedimento investigativo, inquisitorial, de caráter não punitivo, podendo ser sigilosa quanto ao seu conteúdo, que tem a finalidade de apurar indícios de eventual enriquecimento ilícito por agente público, à vista da incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades.”

De maneira simplificada, a análise segue uma metodologia que se orienta sob uma perspectiva de fluxo de caixa, a partir do levantamento de todas as fontes de renda do agente e aplicações de recursos (inclusive a partir da declaração de imposto de renda, acessível nos termos do art. 198, §1º, CTN).¹⁰ Após, apuram-se as despesas, deduzindo-as dos rendimentos, a fim de obter a renda líquida disponível. Também o patrimônio total deve ser apurado, a fim de se permitir a comparação da variação do patrimônio no período de interesse com a renda

⁸ SPINELLI, Mário Vinicius. A análise patrimonial dos agentes públicos como ferramenta de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. 10/11 jun. 2016. Notas de aula.

⁹ SPINELLI, Mário Vinicius. A análise patrimonial dos agentes públicos como ferramenta de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. 10/11 jun. 2016. Notas de aula.

¹⁰ Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§1º. Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

líquida disponível, confronto este que permitirá concluir se o patrimônio identificado é compatível com a renda disponível do agente. A avaliação positiva indica patrimônio atrelado a rendimentos justificados; a avaliação negativa reflete em patrimônio a descoberto, e por consequência, denota a ocorrência de enriquecimento ilícito.¹¹

Já o elemento que exige que o enriquecimento ilícito ocorra de forma intencional também encontra respaldo no direito brasileiro, já que a jurisprudência pátria se consolidou no sentido de que os atos de improbidade administrativa tipificados no art. 9º da Lei n. 8.429/1992 somente podem ocorrer de forma dolosa.¹²

No que concerne à ausência de justificativa lícita, é ônus da parte autora da ação que imputa o enriquecimento ilícito, no direito brasileiro, comprovar que determinado servidor público, no período de interesse, apresentou patrimônio incompatível com suas rendas lícitas¹³. A comprovação do enriquecimento sem causa lícita induz à presunção quanto à ilicitude desse patrimônio, embora admita prova em sentido contrário. Portanto, constitui ônus da defesa demonstrar que a circunstância provada pela acusação não existe, ou seja, cabe-lhe indicar fontes lícitas para o patrimônio a descoberto identificado.¹⁴

¹¹ SPINELLI, Mário Vinícius. Op. Cit.

¹² “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10). PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA 1ª SEÇÃO. RECURSO PROVIDO.” (STJ, EREsp n. 479.812/SP, 1ª Seção, relator Ministro Teori Zavascki, *DJe* de 27/9/2010.)

¹³ Cumpre registrar que há corrente doutrinária que advogada existir inversão do ônus da prova ao se exigir que o servidor público demonstre a licitude de seu patrimônio a descoberto. Não nos parece ser esse o melhor entendimento, já que cabe à parte autora da ação de improbidade a prova do descompasso entre as rendas lícitas do servidor e o seu patrimônio efetivamente verificado. Logo, a prova da licitude do patrimônio pelo réu constitui fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor, nos termos do art. 373, CPC/2015. Nesse mesmo sentido, inclusive, é o Parecer n. 057/2006 ASJUR/CGU/PR, de 17/2/2006, da Controladoria-Geral da União.

¹⁴ A distribuição do ônus da prova, da forma como indicada, foi definida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg no AREsp 187.235/RJ, nos seguintes termos: “ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE RENDA E PATRIMÔNIO. NÃO COMPROVAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. – Para fins de caracterização do ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, VII, da Lei 8.429/92, cabe ao autor da ação o ônus de provar a desproporcionalidade entre a evolução patrimonial e a renda auferida pelo agente no exercício de cargo público.” (STJ, Primeira Turma, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 16/10/2012). No Mandado de Segurança 18.460/DF, de 38/8/2013, a tese foi reafirmada. Do voto do Ministro Mauro Campbell Marques, extrai-se o seguinte: “6. Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. 7. No caso, restou comprovado no processo administrativo disciplinar a existência de variação patrimonial a descoberto (e desproporcional à remuneração do cargo público); e que o indiciado não demonstrou que os recursos

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves apresentam ainda um quinto elemento para a caracterização do enriquecimento ilícito, qual seja, a “relação de causalidade entre a vantagem indevida e o exercício do cargo, pois a lei não deixa margem a dúvidas ao falar em ‘vantagem patrimonial indevida *em razão* do exercício do cargo...’”.¹⁵

Atendidos esses elementos, portanto, estará configurado o enriquecimento ilícito do agente público.

Conforme o ordenamento jurídico brasileiro na atualidade, a consequência ordinária dessa constatação é a sujeição do agente que se enriqueceu ilicitamente às penas da lei de improbidade administrativa e a sanções de índole administrativa, enquanto não aprovados os já mencionados projetos de lei, que visam a criminalizar entre nós o enriquecimento ilícito.

Não obstante, embora o ato de improbidade administrativa em si não possa ser caracterizado como crime antecedente para a imputação de lavagem de dinheiro, não se pode desconsiderar que na maioria das situações os fatos ensejadores do enriquecimento ilícito comportam dupla repercussão, nas esferas cível e criminal. Assim, não raro o agente que se enriqueceu ilicitamente o fez através da prática de crimes, especialmente contra a Administração Pública, os quais lhe geraram ativos acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio.¹⁶

É sobre esse ponto que passamos a nos debruçar, para analisar quais são os contornos fáticos e jurídicos necessários a que o enriquecimento ilícito do agente, devidamente provado pelo Estado (ainda que em procedimento cível), legitime também a imputação do crime de lavagem de dinheiro.

questionados – recebidos de pessoas físicas e do exterior – advieram de aluguéis e de prestação de serviços como *ghost writer*.”

¹⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 7 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 358.

¹⁶ Segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (op. Cit., p. 370), “a sistemática atualmente adotada não permite que o ato de improbidade administrativa seja tomado como ilícito antecedente para fins de caracterização da lavagem de dinheiro. Isso, no entanto, não impede que seja delineada a prática desta última a partir de um paralelo entre os atos de improbidade e uma infração penal qualquer, em especial os crimes contra a Administração Pública (v.g.: peculato e corrupção). Nessa linha, **não será incomum que a caracterização do enriquecimento ilícito do agente público configure um ilícito penal e, em consequência, permita a configuração da lavagem de dinheiro.**” (grifo nosso)

3 O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO COMO RESULTADO DO ACÚMULO DE RECURSOS OBTIDOS DE FORMA CRIMINOSA.

Como já destacado acima, para que impute a ocorrência de enriquecimento ilícito, deve o Estado demonstrar que determinado servidor público apresentou patrimônio incompatível com suas rendas lícitas, em certo período de tempo. Em tendo êxito nesta demonstração, presume-se, de forma relativa (admitindo prova em contrário), a ilicitude do patrimônio que exceder as rendas lícitas do agente. Esta correlação resta relativamente consolidada na doutrina e jurisprudência.

Para a correta compreensão do alcance deste entendimento, entretanto, e para se analisar todas as suas repercussões, é essencial que sejam brevemente sintetizadas as duas outras correntes que se formaram acerca do tema, na doutrina e jurisprudência, durante o processo de amadurecimento do entendimento atualmente cristalizado.

Para uma primeira corrente, o enriquecimento ilícito constitui verdadeira inversão do ônus da prova, na medida em que se transferiria ao agente público a obrigação de demonstrar que seu patrimônio possui justificativa lícita.¹⁷ Como já dito, esta tese não poderia prevalecer, na medida em que o que a lei exige é que a parte autora da ação de improbidade prove o descompasso entre as rendas lícitas do servidor e o seu patrimônio efetivamente verificado, cabendo à defesa a prova da licitude do patrimônio pelo réu, enquanto fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor (art. 373, CPC/2015).

Já sobre a segunda corrente, resumem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:¹⁸

“De acordo com a segunda corrente, ao autor caberia o ônus de provar não só a desproporção entre os bens adquiridos e a renda auferida pelo agente, como também a prática de conduta ilícita no exercício da função e o nexo de causalidade existente entre esta e referida aquisição. Esse entendimento possui os seguintes alicerces: a) a Lei n. 8.429/92, diferentemente da legislação fiscal, não faz referência a sinais exteriores de riqueza; b) o caput do art. 9º dispõe que os bens devem ter sido adquiridos (em razão do exercício do cargo...”, o que é extensivo ao inciso VII, devendo o autor provar o nexo causal; c) o art. 26 do projeto que originou a Lei n. 8.429/92 previa a inversão do ônus da prova, não tendo sido aprovado, o que demonstra a vontade do legislador em sentido diverso.”

¹⁷ Nesse sentido, dentre outros: Wallace Paiva Martins Júnior (“Providências estruturais na investigação da improbidade administrativa”, RT 727/339, e *Probidade Administrativa*, p. 197); Sérgio Monteiro Medeiros (*Lei de Improbidade Administrativa*, p. 60); Luiz Fabião Guasque (“A responsabilidade da Lei de Enriquecimento Ilícito”, Revista de Direito do MPRJ, vol. I, n. 2, 1995, p. 124; Lei de Improbidade Administrativa..., p. 39, 48 e 60).

¹⁸ Op. Cit., p. 466.

Esta segunda corrente também foi rejeitada, prevalecendo a terceira tese, também sintetizada pelos já mencionados autores:¹⁹

“A terceira corrente, que entendemos mais consentânea com o espírito e a letra da lei, sustenta que: a) ao autor incumbe comprovar a desproporção entre os bens e a renda do agente, inexistindo inversão do ônus da prova; b) a Lei n. 8.429/92 refere-se à aquisição de bens de valor desproporcional à renda, o que representa efetivo sinal exterior de riqueza; c) a *mens legislatoris* não guarda sinonímia a *mens legis*, tendo relevância meramente histórica; e d) o *caput* do art. 9º contém conceito jurídico indeterminado, enquanto que os diversos incisos do referido preceptivo abrangem situações fáticas autônomas e específicas.”

Dessa forma, prevalece o entendimento de que o patrimônio a descoberto do agente público é indício da origem ilícita de seus bens, embora sujeito a prova em sentido contrário. Logo, uma vez provado o descompasso entre o patrimônio ostentado pelo servidor e suas rendas lícitas, a doutrina e jurisprudência não só presumem que tal enriquecimento possui origem ilícita, como também que é derivado do descumprimento dos deveres inerentes ao cargo exercido pelo servidor público.²⁰⁻²¹

De fato, este nos parece o melhor entendimento, na medida em que o enriquecimento ilícito nada mais é, senão a materialização concreta de atos de corrupção praticados por servidores públicos²².

¹⁹ Op. Cit., p. 466.

²⁰ Emerson Garcia e Rogério Pacheco (op. Cit., p. 467) assentam que “a evolução patrimonial dos agentes públicos, consoante o art. 13 da Lei n. 8.429/92, é objeto de rigoroso controle, o que reforça a assertiva de que rendimentos percebidos e bens adquiridos devem evolver de forma correlata, **sendo indício veemente de enriquecimento ilícito, e, ipso fato, de improbidade, a dissonância existente entre a evolução patrimonial do agente e a contraprestação que lhe fora paga pelo Poder Público pelos serviços prestados. Em casos tais, será flagrante que o ímprobo auferiu vantagens indevidas em razão da sua condição de agente público, o que, por si só, infringe a moralidade administrativa.**” (grifo nosso)

²¹ Como dito, tramitam no Congresso Nacional diversos projetos de lei visando à tipificação do crime de enriquecimento ilícito. No bojo do PL 4850/16, que traz as “10 Medidas Contra a Corrupção” propostas pelo MPF, o relator, Deputado Onyx Lorenzoni, apresentou relatório pela aprovação da tipificação do enriquecimento ilícito, tendo assentado, quanto à questão do ônus da prova: “O tipo proposto não ofende a Constituição e sua amplitude está embasada na vasta experiência brasileira das várias situações encontradas de enriquecimento ilícito. Uma observação importante é a de que o PL não propõe a inversão do ônus da prova, de modo que a acusação é que tem que provar que há incompatibilidade dos bens “com os vencimentos, haveres, recebimentos ou negociações lícitas do servidor público”. A proposta está também em consonância com os princípios da moralidade e da probidade administrativa e com a necessidade de transparência no que se refere ao trato com a coisa pública. O que ora se admite é simplesmente a verificação dos casos de servidores públicos que têm aumento de patrimônio incompatível com a sua renda declarada.” (Disponível em: <http://bit.ly/2fD1g9W>. Acesso em 11 nov. 2016.)

²² Adota-se aqui um conceito de corrupção que enquadra o fenômeno naquelas situações em que o poder de um agente público é utilizado com violação das regras que lhe são próprias, para benefício pessoal. Ver,

Há relativo consenso na doutrina especializada no sentido de que na maioria dos casos de corrupção os agentes corruptos visam à obtenção de um ganho monetário ou que possa ser economicamente apreciável. Como afirmado por IVKOVIC, “dinheiro e bens materiais parecem ser os motivos dominantes para a corrupção”.²³ Ou, segundo Deltan Martinazzo Dallagnol, em assertiva relacionada à corrupção policial, mas que possui plena aplicação nos demais casos de corrupção pública, “tradicionalmente, o ganho pessoal envolvido na corrupção [...] é definido como um ganho monetário ou que possua valor monetário, o que ocorre na maior parte dos casos e parece ser o motivo principal da corrupção”.²⁴ Não por outro motivo que o instituto do enriquecimento ilícito – seja em sua vertente criminal ou civil/administrativa – nada mais é senão instrumento de combate à corrupção previsto em diversos tratados internacionais sobre o tema²⁵.

Neste mesmo diapasão a doutrina especializada em enriquecimento ilícito o relaciona diretamente ao combate à corrupção, evidenciando que na maioria dos casos o patrimônio a descoberto do servidor público é a única evidência concreta de que o mesmo se envolveu em atos de corrupção:

“Geralmente, a única evidência tangível de que um crime ocorreu é o dinheiro que passa nas mãos do servidor corrupto e do seu comparsa no crime, de modo que o enriquecimento do servidor corrupto se torna a manifestação mais visível da corrupção.

Um crime como a corrupção, que requer a demonstração de oferta pelo corruptor ou da aceitação pelo servidor público é difícil de ser imputado nessas circunstâncias. Da mesma forma, uma vez formulada a acusação operante o tribunal, a associação dos rendimentos com a finalidade de recuperá-los exige empenho extraordinário. Esforços para combater a corrupção são desafiados pelo anonimato e fluidez com que os ativos podem ser movimentados, ocultados ou transferidos, antes que os procedimentos cabíveis possam ser adotados para apreensão, congelamento e devolução dos mesmos ao legítimo proprietário.

nesse sentido: JAIN, Arvind K. *Corruption: A review*. Journal of Economic Surveys, v. 5, n. 1. Blackwell Publishers Ltd., 2001. No mesmo diapasão é o conceito da Transparência Internacional, para quem a corrupção constitui “*the abuse of entrusted power for private gain*” (o abuso de um poder confiado para ganhos pessoais) (Transparency International: *The anti-corruption plain language guide*. Disponível em: <<http://bit.ly/1MitqRH>>. Acesso em: 08 nov. 2016). Embora o termo “corrupção” tenha “várias conotações e interpretações, variando no tempo e espaço” (ACKERMAN, 2013), para fins metodológicos deste trabalho passaremos, doravante, a nos referir a “corrupção” como figura que abarca não apenas o tipo clássico da corrupção passiva (art. 317, CP), consistente no recebimento de propina em troca de ação ou omissão (*bribery*, na nomenclatura utilizada pela Transparência Internacional na publicação citada), mas também o crime de peculato, previsto no art. 312, CP (*embezzlement*, na nomenclatura da TI).

²³ IVKOVIC, Sanja Kutnjak. *Fallen Blue Knights: Controlling Police Corruption*. Oxford University Press, 2005, cap. 2, edição Kindle, tradução nossa.

²⁴ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Corrupção Policial. In: *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 219.

²⁵ Vide capítulo 2, supra.

Em resposta, alguns Estados adotaram o crime de enriquecimento ilícito, para fortalecer sua capacidade de combater a corrupção e recuperar ativos. Com base nessa ideia de que a riqueza inexplicável de um servidor público pode, de fato, ser produto visível da corrupção, o art. 20 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (UNCAC) estabeleceu o comando não mandatário de tipificação do enriquecimento ilícito.”²⁶

Como visto, portanto, o panorama atual da doutrina e jurisprudência permite, de forma tranquila, a conclusão de que a prova do enriquecimento ilícito de um agente público, por si só, fornece indícios relevantes de que este obteve vantagens indevidas em decorrência de sua condição de agente público, com claro indicativo da prática de corrupção pelo agente.

A repercussão cível dessa conclusão é a imputação, ao agente, da prática de ato de improbidade administrativa, com supedâneo no art. 9º, caput e inciso VII, da Lei n. 8.429/92.

Quanto à repercussão penal, como já destacado, não há no Brasil a figura típica do crime de enriquecimento ilícito. Caso este crime já fosse tipificado seria possível, de *per se*, a formulação de acusação criminal em desfavor do agente em relação a quem tenha sido comprovado enriquecimento ilícito. Entendemos, entretanto, que a ausência de tipificação do crime de enriquecimento ilícito não implica na completa desconsideração da situação para fins penais.

Isso porque é impensável que o agente público que amealhe patrimônio ilicitamente a partir de violação de seus deveres de ofício, não procure, em algum momento, usufruir desse patrimônio ilícito. Para tanto, inexoravelmente, ver-se-á o agente titular do patrimônio ilícito diante da necessidade de se valer de técnicas que atribuam ares de licitude ao patrimônio, afastando-o de sua origem espúria. Referidas técnicas nada mais são que meios de se “lavar” o dinheiro ilícito, e como tal, constituem crime de lavagem de dinheiro, tipificado na Lei n. 9.613/98.

Vejamos, pois, o conceito e principais características do crime de lavagem de dinheiro, como foco no crime antecedente.

²⁶ MUZILA, Lindy; MORALES, Michelle; MATHIAS, Marianne; BERGER, Tammar. *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*. Washington, DC: World Bank, 2012. DOI: 10.1596/978-0-8213-9454-0, p. 5, tradução nossa.

4 O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.

Por “lavagem de dinheiro” deve-se entender o “processo ‘mediante o qual se pretende ocultar a origem ilícita de determinados bens, tendo em vista a sua introdução no mercado lícito’”²⁷.

Referido processo é integrado pelas etapas de colocação (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*). A colocação, primeira etapa da lavagem, caracteriza-se pela inserção do bem, dinheiro ou valor obtido ilicitamente no sistema financeiro ou comercial e tem a finalidade de separar fisicamente o bem da sua origem ilícita. Já a dissimulação ou ocultação constitui a “lavagem”, propriamente dita, sendo etapa na qual o agente visa a dificultar o rastreamento dos recursos obtidos ilicitamente, dissimulando sua procedência. Por fim, a integração é a etapa final do processo de branqueamento de capitais, pela qual o bem, dinheiro ou valor obtido ilicitamente é incorporado formalmente ao sistema econômico, para efetiva utilização.²⁸

No Brasil, a tipificação penal da lavagem de dinheiro se dá pela Lei n. 9.613/98, nos seguintes termos:

Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa

§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.

§2º. Incorre, ainda, na mesma pena quem:

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.

§3º. A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

²⁷ WELTER, Antônio Carlos. Dos Crimes: Dogmática Básica. In: Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal. Coordenador Carla Veríssimo de Carli; Andrey Borges de Mendonça... [et al.] – 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 187.

²⁸ DEBELLI, Rogéria Maria de Castro. Lavagem de Dinheiro. Belo Horizonte: Escola de Administração Fazendária (ESAF). Pós-Graduação Lato Sensu em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos. Apostila. 40 páginas.

§4º. A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

§5º. A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

A lavagem de dinheiro é classificada como crime “derivado”, “acessório” ou “parasitário”, na medida em que seu objeto material – bens, direitos ou valores – devem decorrer de uma infração penal antecedente. Não obstante isso, a própria Lei n. 9.613/98 assegura autonomia ao crime de lavagem, aduzindo que seu processo e julgamento “independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país [...]” (art. 2º, II).

Logo no início do esforço mundial no combate à lavagem de capitais, e em grande medida por influência das “40 Recomendações” do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF), vigentes na década de 90, inicialmente as legislações nacionais somente consideravam como crime antecedente de lavagem o tráfico ilícito de entorpecentes e afins. Trata-se do que a doutrina denomina de legislação “de primeira geração” sobre lavagem de capitais.

Já as intituladas leis “de segunda geração” traziam em seu bojo um rol mais ampliado de infrações penais antecedentes, mas ainda assim o fazia de modo exaustivo. O melhor exemplo é a Lei n. 9.613/98, em sua redação original.²⁹

As leis “de terceira geração”, mais modernas, caracterizam-se por não trazerem em seu bojo um rol exaustivo de crimes antecedentes, mas sim, por considerar como antecedente

²⁹ O art. 1º da citada legislação tinha a seguinte redação: “Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II - de terrorismo; III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV - de extorsão mediante seqüestro; V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI - contra o sistema financeiro nacional; VII - praticado por organização criminosa.

da lavagem de dinheiro qualquer infração grave que seja apta a gerar ativos passíveis de branqueamento.³⁰⁻³¹

O Brasil possui hoje, desde a Lei n. 12.683/2012, que alterou a Lei n. 9.613/98, uma legislação de terceira geração, considerando objeto material do crime de lavagem “bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.³²

Assim, desde a redação anterior da Lei 9.613/98, os crimes contra a Administração Pública já eram passíveis de se caracterizarem como delito antecedente para a lavagem de capitais. Além do mais, como a lei hoje não exige a verificação da subsunção do crime antecedente em um rol exaustivo de tipos penais, não há a necessidade, nesse especial, de se indicar qual seja o crime específico que gerou o ativo, sendo suficiente a indicação de que se trata de infração penal.

Para que haja tal imputação, entretanto, é preciso não apenas demonstrar e provar a prática de alguma das condutas previstas como crime pela lei de lavagem de capitais (“ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores...”), como também indicar que o patrimônio a ser “lavado” possui origem em infração penal que antecedeu a lavagem. Vejamos, portanto, no tópico seguinte, quais os contornos fáticos e jurídicos exigidos para a prova/indicação do crime antecedente.

³⁰ Trata-se de tendência proposta pelo próprio GAFI, na versão de 2012 de suas 40 Recomendações, onde assenta que “os países deveriam criminalizar a lavagem de dinheiro com base na Convenção de Viena e na Convenção de Palermo. Os países deveriam aplicar o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, de maneira a incluir a maior quantidade possível de crimes antecedentes”.

³¹ A Exposição de Motivos da Lei n.9.613/98 sintetiza muito bem a evolução das diversas gerações de leis sobre lavagem: “A outra - mas não a última - opção diz respeito à amplitude da tutela penal para abarcar como crimes antecedentes não somente aqueles ligados ao narcotráfico, dos quais a lavagem de dinheiro constitui um dos vasos comunicantes.

15. As primeiras legislações a esse respeito, elaboradas na esteira da Convenção de Viena, circunscreviam o ilícito penal da "lavagem de dinheiro" a bens, direitos e valores à conexão com o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins. Gravitavam, assim, na órbita da "receptação" as condutas relativas a bens, direitos e valores originários de todos os demais ilícitos que não foram as espécies típicas ligadas ao narcotráfico. Essa orientação era compreensível, visto que os traficantes eram os navegadores pioneiros nessas marés da delinquência transnacional e os frutos de suas conquistas não poderiam ser considerados como objeto da receptação convencional.

16. Adveio, então, uma legislação de segunda geração para ampliar as hipóteses dos ilícitos antecedentes e conexos, de que são exemplos as vigentes na Alemanha, na Espanha e em Portugal.

17. Outros sistemas, como o a Bélgica, França, Itália, México, Suíça e Estados Unidos da América do Norte, optaram por conectar a "lavagem de dinheiro" a todo e qualquer ilícito precedente. A doutrina internacional considera a legislação desses países como de terceira geração.”

³² Nota-se que o conceito de “infração penal” é até mesmo mais amplo que o de “crime”, propriamente, já que infração penal é gênero que abarca as espécies “crime” e “contravenção penal”.

5 A PROVA DO CRIME ANTECEDENTE À LAVAGEM DE DINHEIRO.

Como visto, portanto, sendo a lavagem de dinheiro um crime derivado, que pressupõe um delito antecedente para gerar os ativos que serão objeto da lavagem, é essencial se perquirir qual o nível de prova exigido em relação ao crime antecedente, para que se legitime a instauração de ação penal por lavagem de capitais.

Nesse aspecto, o §1º do art. 2º da Lei n. 9.613/98 prevê expressamente que “a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.”³³

Cuidamos nesse tópico, portanto, de delimitar o exato alcance da expressão “indícios suficientes”, trazida pelo dispositivo citado. E ao fazê-lo, recorreremos à Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/98, que justifica a redação do art. 2º, §1º da seguinte forma:

“59. Fiel aos princípios processuais garantidos pela Constituição e a legislação ordinária, o projeto não poderia induzir a situações que implicassem a absoluta autonomia entre o crime básico e a lavagem ou ocultação de seu produto.

60. Trata-se de uma relação de causa e efeito que deve ser equacionada por meio de fórmula processual que, viabilizando a eficácia da incriminação do ilícito posterior, **exija razoável base de materialidade do ilícito anterior**. Segue-se daí a necessidade de a denúncia pelo delito de ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores ser instruída com "indícios suficientes da existência do crime antecedente" (§1º do art. 2º). Tais indícios podem restringir-se à materialidade de qualquer dos fatos puníveis referidos pelo caput do art. 1º, sem a necessidade de se apontar, mesmo que indiciariamente, a autoria. Tal ressalva se torna óbvia diante dos progressos técnicos e humanos da criminalidade violenta ou astuciosa, máxime quanto à atomização da autoria em face da descentralização das condutas executivas.”

Da análise do trecho acima resta claro que a denúncia por crime de lavagem de dinheiro deve se limitar à materialidade do crime antecedente, não necessitando avançar sobre sua autoria. Mas o recurso a termos genéricos (“razoável base”) ainda deixa boa margem de dúvidas sobre o grau de prova da materialidade exigido. E ainda assim, a lei regula apenas o oferecimento da denúncia, nada dizendo sobre o nível de prova necessário à condenação, o que permite que se indague, também, se os “indícios suficientes” do crime antecedente devem ser robustecidos ao longo da instrução no processo de lavagem.

³³ Essa exigência é reiterada pela jurisprudência pátria, que se contenta com indícios da ocorrência do crime antecedente. Ver, por todos, no STF, o HC 95.958-4/SP (rel. Min. Joaquim Barbosa, 09.12.08) e no STJ o RHC 14.575/MS (rel. Min. Paulo Medina, 06.12.04).

Dois contextos distintos se colocam e devem ser analisados separadamente.

O primeiro deriva da observação de que está sendo discutido neste trabalho o nível de carga probatória exigido quanto ao crime antecedente da lavagem de dinheiro, e não em relação ao crime de lavagem propriamente dito. Afinal:

“Não tendo o processo por crime de lavagem como objeto o crime antecedente [...] certamente, faz-se necessário provar que o objeto da lavagem é produto ou proveito de crime antecedente, o que exige produção probatória convincente em relação ao crime antecedente, mas não ao ponto de transformá-lo no objeto do processo por crime de lavagem, com toda a carga probatória decorrente”.

Assim, entendemos que a exigência probatória em relação ao crime antecedente, para a acusação, não deve se tornar mais rígida ao longo da ação penal que impute a prática de lavagem de capitais, já que o mesmo não é objeto deste processo. Por óbvio, é permitido à defesa avançar sobre a prova do crime antecedente, para demonstrar, por exemplo, que os ativos possuem origem lícita. Mas isso não implica em majoração do ônus da acusação em relação à prova do crime antecedente.

Já o segundo contexto sobre o qual devemos debruçar é derivado do alerta feito por Sérgio Fernando Moro, ao tratar do citado art. 2º, §1º da Lei n. 9.613/98, no sentido de que “o termo ‘indícios’ foi empregado no referido dispositivo legal não no sentido técnico, ou seja, como equivalente a prova indireta (art. 239, CPP), mas sim no sentido de uma carga probatória que não precisa ser categórica ou plena [...]”³⁴. Logo, é óbvio que a prova do crime antecedente deve ser menos rigorosa que a do crime de lavagem, propriamente, tanto no momento da denúncia, quanto para a condenação.

A definição do nível de carga probatória exigido para se atingir o patamar indicado pela lei como “indícios suficientes”, nos remete à breve digressão sobre os *standards* de prova (*standards of proof*) ou “modelos de constatação”, entendidos como o grau de convencimento que deve nortear a apreciação da prova pelo juiz, tema que vem sendo quase que ignorado pela doutrina pátria.³⁵ Os *standards* de prova são conceituados da seguinte forma:

³⁴ MORO, Sérgio Fernando. Autonomia do Crime de Lavagem e Prova Indiciária. Disponível em: <http://bit.ly/1Kcurwi>. Acesso em 09 nov. 2016.

³⁵ A crítica é feita por Gustavo Badaró, para quem “o tema dos *standards* probatórios ou “modelos de constatação” tem sido praticamente ignorado pela doutrina processual penal brasileira, que muitas vezes se limita a apreciar a questão sob o enfoque do *in dubio pro reo*, mas não dos diversos graus que se pode exigir do julgador para que considere um fato “provado” ou mesmo para que se tenha como satisfeito um

“Basicamente, a ideia de 'standard de prova' se preocupa com a questão do grau ou nível com que os fatos em questão ou fatos relevantes devem ser provados ou demonstrados como existentes, conforme o caso. Refere-se ao 'grau de probabilidade com que fatos devem ser provados como verdadeiros'.³⁶

Ou seja, por “*standard de prova*” deve-se entender o grau de convencimento e a correlata exigência de fundamentação imposta ao juiz para acolher ou rejeitar um conjunto de provas ou evidências como supedâneo para determinada decisão, cível ou criminal, sempre tendo em mente que o magistrado, para a correta valoração da prova, deve transitar em uma escala que começa em meras conjecturas e termina na certeza absoluta, sendo a primeira insuficiente até mesmo para se iniciar uma investigação, e a última inalcançável³⁷.

O direito comparado, notadamente nos países da *common law*, trabalha com diversos *standards* de prova³⁸. Nos Estados Unidos e Inglaterra, em casos criminais, o *standard* exigido para a condenação é o denominado *proof beyhond a reasonable doubt* ou “prova além de uma dúvida razoável”. Esse *standard* decorre da constatação de que a certeza é impossível, e de que, caso exigida certeza, os jurados absolveriam mesmo aqueles réus em relação aos quais há abundante prova. A Suprema Corte americana traçou alguns parâmetros para a dúvida razoável, como sendo menos do que uma dúvida substancial ou grave

requisito legal de mera probabilidade e não de “certeza”. (BADARÓ, Gustavo. Prisão em flagrante delito e liberdade provisória no Código de Processo Penal: origens, mudanças e futuro de um complicado relacionamento. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (org.). Setenta Anos do Código de Processo Penal Brasileiro: Balanços e Perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 171-198. Disponível em: <http://bit.ly/2fZP4CZ>. Acesso em 09 nov. 2016.

³⁶ WODAGE, Worku Yaze. *Burdens of proof, Presumption and Standards of Proof in Criminal Cases*. Disponível em <http://bit.ly/2fDTDPa>. Acesso em 09 nov. 2016.

³⁷ “[...] Contemporaneamente, com as teorias do discurso para se chegar à verdade, e pelo apelo à intersubjetividade como chave para que se atinja o convencimento e o consenso, não só o papel do juiz se alterou, como também a concepção das funções da atividade probatória. Chegou-se à generalizada aceitação de que a verdade absoluta (“material”, “real”) é algo que talvez seja intangível pela compreensão humana, e a “verdade processual” é aquela que deve ser obtida pelo foco na argumentação, na persuasão, nas inúmeras interações que o contraditório, compreendido como direito de influir eficazmente no resultado final do processo, permite aos litigantes. Passamos, portanto, da lógica das verdades para a lógica da argumentação e das probabilidades”. (CABRAL, Antônio do Passo. Questões processuais no julgamento do Mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública. In Revista dos Tribunais RT 933, julho de 2013 – Caderno Especial: APn 470/MG – “Mensalão”).

³⁸ Fala-se, por exemplo, nos Estados Unidos e Inglaterra, em escala crescente quanto ao nível de prova, em *reasonable suspicion* ou “suspeita razoável”; *probable cause* ou “justa causa”; *preponderance of the evidence* ou “preponderância da evidência”; *clear and convincing evidence* ou “evidência clara e convincente e *proof beyond a reasonable doubt*, ou “prova para além de uma dúvida razoável”. Diversos standards utilizados em vários países são descritos por BALTAZAR no artigo Standards probatórios no processo penal (BALTAZAR JR., José Paulo. Revista AJUFERGS, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185. Por limitações de escopo deste trabalho não iremos analisar detidamente cada um dos standards mencionados, mas apenas aqueles que tenham pertinência direta com o tema em discussão.

incerteza (*Cage v. Louisiana*, 1990), mas mais que uma mera dúvida possível (*Sandoval v. California*, 1994).

Já em casos cíveis, o direito da *common law* adota *standard* pouco mais flexível, identificado como *preponderance of evidence* (preponderância da evidência), o qual permite que se condene o réu contra quem a culpa seja mais provável do que não (*more likely than not*). “Matematicamente, ele pode ser quantificado como 50 por cento mais um” de probabilidade de culpa.³⁹ A adoção de padrão de convencimento menos rígido no processo civil, especialmente de índole patrimonial, decorre da compreensão de que “as consequências de decisões em processos cíveis são menos graves” que as criminais, notadamente por não envolverem restrição à liberdade.⁴⁰

Além disso, em julgamentos cíveis de caráter excepcional, “quando direitos imperativos da pessoa precisam ser considerados”, o critério utilizado é o da *clear and convincing evidence* (evidência clara e convincente). Trata-se de *standard* intermediário, situado entre os dois acima citados, que se traduz na fórmula *much more likely than not* (muito mais provável que não).⁴¹

Tendo estes três *standards* como pano de fundo, cabe observar que no direito romano-germânico, e como tal, no Brasil, as formulações - tanto legais quanto doutrinárias - de *standards* de prova (ou modelos de constatação) ainda são insuficientemente desenvolvidas.

Não obstante, traçando um paralelo com os critérios acima referidos, é perfeitamente possível assentar que no Brasil o modelo de constatação da “prova além da dúvida razoável” também é utilizado como parâmetro em condenações criminais.⁴²

³⁹ WILKINSON, Stephen. *Standards of Proof in International Humanitarian and Human Rights Fact-Finding and Inquiry Missions*. Disponível em <http://bit.ly/2g0NEYK>. Acesso em 10 nov. 2016.

⁴⁰ WILKINSON, Op. Cit.

⁴¹ CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. *A Comparative View of Standards of Proof*. Disponível em <http://bit.ly/2fFnU00>. Acesso em 10 nov. 2016.

⁴² Nesse sentido: “[...] Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. **Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado.** Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes . [...]. (STF - HC: 88875/AM, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 07/12/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: 09.03.2012)”

Por sua vez, em ações civis por ato de improbidade administrativa é inequívoco que a natureza das sanções cominadas pela Lei n. 8.429/92 indica a necessidade de adoção de um critério um pouco mais rigoroso que aquele ordinariamente aplicado às ações cíveis de cunho patrimonial (*preponderance of evidence*). É que embora não se esteja em jogo a liberdade do réu, a exigir o nível máximo de prova possível, podem lhe ser impostas sanções deveras graves, como a perda do cargo ou função pública e a suspensão dos direitos políticos, o que atrai para a ação de improbidade um *plus* em relação às demais ações cíveis⁴³. Logo, o *standard* adequado a ser exigido para a condenação em ações de improbidade administrativa seria o *clear and convincing evidence*, o qual, como dito, é menos rígido que a “prova para além de qualquer dúvida razoável”, porém mais rigoroso que a “preponderância da evidência”.⁴⁴

Analisando as lições doutrinárias sobre o nível de prova exigido quanto ao crime antecedente na denúncia por lavagem de dinheiro, por sua vez, observa-se uma coincidência com o *standard* das ações de improbidade acima citado. Isso porque, doutrinariamente se tem entendido que o modelo de constatação da “evidência clara e convincente” é o que melhor reflete a dicção legal do art. 2º, §1º da Lei 9.613/98, quando exige “indícios suficientes” do crime antecedente.

Nesse sentido, aduz José Paulo Baltazar Jr. que “a redação do §1º deixa aberta a questão sobre a exigência de prova plena para a sentença, pois apenas regula o oferecimento da denúncia. Os tribunais federais norte-americanos não exigem prova além de dúvida razoável, mas apenas prova clara e convincente”.⁴⁵

No mesmo sentido é a lição de Sérgio Moro, para quem:

⁴³ Não por outro motivo a doutrina especializada é assente em afastar, por exemplo, os efeitos da revelia quando o réu da ação de improbidade administrativa, embora citado, deixa de contestar a ação. É que “a matéria versada na ação de improbidade (seu conteúdo) não pode ser disposta pelas partes, não sendo possível admitir-se, dada a dispersão da pretensão veiculada (ofensa difusa) e a própria gravidade das sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, representativa de restrições capitais ao *status dignitatis* e *civitatis*, a incidência da regra contida no art. 319 do CPC.” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. Cit., p. 973.)

⁴⁴ Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, que “a prova do móvel do agente pode se tornar impossível se se impuser que o dolo seja demonstrado de forma inafastável, extreme de dúvidas. Pelas limitações de tempo e de procedimento mesmo, inerentes ao Direito Processual, não é factível exigir do Ministério Público e da Magistratura uma demonstração cabal, definitiva, mais-que-contundente de dolo, por que isto seria impor ao Processo Civil algo que ele não pode alcançar: a verdade real. (STJ - REsp: 1245765 MG 2011/0040108-7, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 28/06/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/08/2011)

⁴⁵ BALTAZAR JR., Crimes Federais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 836.

“Portanto, para o recebimento da denúncia, basta “prova indiciária”, ou seja, ainda não categórica, do crime antecedente e, a bem da verdade, do próprio crime de lavagem, como é a regra geral para recebimento da denúncia em qualquer processo criminal. **Já para a condenação, será necessária prova categórica do crime de lavagem, o que inclui prova convincente de que o objeto desse delito é produto de crime antecedente. Tal prova categórica pode, porém, ser constituída apenas de prova indireta.**”⁴⁶

Assim, conclui o autor, “não é necessário provar todos os elementos e circunstâncias do crime antecedente no processo por crime de lavagem, mas apenas que o objeto deste tem origem em crime antecedente”.

Pelo que exposto, a imputação de lavagem de dinheiro pressupõe que se demonstre, de modo muito mais provável que não (*much more likely than not*), que o objeto material dos tipos da Lei 9.613/98 – bens, direitos ou valores – foram obtidos a partir de infrações penais.

Resta perquirir se a prova do enriquecimento ilícito, de *per se*, é suficiente para atender ao referido *standard* de prova, tema do qual nos ocuparemos no item seguinte.

⁴⁶ MORO, Op. Cit.

6 A PROVA DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE PÚBLICO COMO INDÍCIO SUFICIENTE DA OCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE.

Como demonstrado, invariavelmente a prova do crime antecedente à lavagem de dinheiro se dá por meio não de provas diretas, mas por meio de indícios (provas indiretas), na exata dicção do art. 239, CPP, segundo o qual “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

É que tanto os crimes de lavagem de dinheiro quanto os próprios atos de corrupção que geram ativos passíveis de dissimulação, diferentemente dos “crimes comuns” (homicídio, roubo etc.), são praticados mediante condutas veladas, com dificuldade probatória indiscutivelmente superior à dos crimes praticados de forma ostensiva. As práticas corruptivas e a conseqüente lavagem do produto do crime ocorrem, invariavelmente, em contextos velados, fora da visão de terceiros. Ademais, como a relação entre corrupto e corruptor é promíscua, ambos se preocupam em esconder o ilícito, sob pena de serem perdidos os ganhos recíprocos com ele auferidos. A dificuldade cognitiva e probatória dos atos de corrupção é ainda mais acentuada nos casos em que praticados no âmbito de estruturas organizadas de poder, notadamente o poder estatal. Tais estruturas, mediante modos de agir complexos e sofisticados, funcionam como anteparo ao conhecimento dos atos criminosos, dando-lhes aparência de legalidade e, por conseguinte, prejudicando a investigação.

Logo, se é extremamente importante a repressão aos crimes contra a Administração Pública e a correlata lavagem do produto desse crime, e, simultaneamente, se constituem crimes de difícil prova, a solução mais razoável é reconhecer a dificuldade probatória e, tendo ela como pano de fundo, medir adequadamente o ônus da acusação. Premissa que caminha nesse sentido é o reconhecimento da equivalência entre prova indiciária e prova direta, a indicar que ambas possuem mesmo peso e valor. Afinal, como defende Deltan Dallagnol⁴⁷:

“[...] Extrai-se que, se existir diferença entre prova direta e indireta, ela não é, como vários autores modernos observaram corretamente, ontológica ou mesmo lógica. Eventual diferença é circunstancial, não essencial. Ambas são “carimbos” colocados sobre fatos (proposições) que têm uma função demonstrativa em relação a outros fatos (proposições). Os tipos de inferências que ligam provas e fatos são sempre os mesmos, quer na prova

⁴⁷ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 209.

direta quer na indireta: dedução, indução, analogia e inferência para melhor explicação. A força da prova depende da força do argumento e é sempre e apenas determinável em concreto [...].”

Além disso, e neste mesmo desiderato, ganha relevância a adoção de uma visão contemporânea da teoria probatória, que passa a encarar a prova não apenas sob uma visão demonstrativa, de reconstrução absoluta dos fatos, mas sob um viés persuasivo. Tradicionalmente a prova foi encarada sob um viés demonstrativo: cabia às partes buscar a verdade real, calcada em certeza absoluta de que se estaria reconstruindo os fatos no processo, tal qual ocorreram, de fato, no mundo da vida. Todavia, este objetivo se frustrou com a realização de que a certeza da verdade real era algo intangível. Com o advento da psicanálise e das modernas teorias da linguagem, verifica-se o abandono deste modelo. A prova passa a ter por finalidade não a busca da verdade utópica; passa a objetivar trazer aos autos, a partir da atividade das partes em processo dialético, elementos suficientes para formar o convencimento do juiz, que o motivará a partir destes (sistema do livre convencimento motivado). Condição essencial para isso é aceitar que a verdade, de indiscutível, passou a se calcar em juízos de probabilidades, de modo que a prova que deve ser buscada não é a “real”, mas a mais provável, forjada a partir da dialeticidade (debate x aceitação).

Dentre os diversos métodos que permitem às partes, a partir das provas produzidas, convencerem o juiz quanto à ocorrência de fatos, modernamente tem se destacado a teoria da “inferência para melhor explicação” (IME), pela qual a hipótese que deve ser adotada como verdadeira é aquela que melhor explica as evidências produzidas nos autos. Sobre o tema, são claras as lições de Gilbert H. Harman⁴⁸, mentor da teoria, para quem:

“A ‘inferência para melhor explicação corresponde aproximadamente ao que outros denominam ‘abdução’, ‘o método das hipóteses’, ‘inferência hipotética’, ‘método da eliminação’, ‘indução da eliminação’ e ‘inferência teórica’.

Eu prefiro minha própria terminologia porque acredito que ela evita a maioria das sugestões enganosas de terminologias alternativas. [...] De modo geral, há uma série de hipóteses que explicam uma determinada evidência. Em geral, haverá várias hipóteses que podem explicar a evidência, mas uma delas deve ser capaz de rejeitar todas essas hipóteses alternativas. Assim, infere-se da premissa de que uma dada hipótese proporcionaria uma “melhor” explicação para a evidência do que faria com qualquer outra hipótese, a conclusão é de que esta hipótese deve ser dada como verdadeira.” (tradução livre)

⁴⁸ HARMAN, Gilbert H. *The inference to the Best Explanation*. The Philosophical Review, vol. 74, n. 1 (Jan., 1965), p. 88-95. Disponível em <http://bit.ly/2bxH4Vt>. Acesso em 10 nov. 2016.

Em outras palavras, de acordo com essa teoria, será considerada verdadeira a hipótese (de acusação ou defesa) que seja mais bem explicada por uma evidência ou pelo conjunto de evidências constante dos autos. A título exemplificativo, é até possível, em tese, outra explicação para a existência de pegadas na areia. Mas a melhor explicação é, sem dúvidas, aquela segundo a qual alguém passou caminhando por ali.

Transpondo-se esse arcabouço dogmático para a discussão travada neste trabalho, parece não haver dúvidas de que uma vez provado o enriquecimento ilícito do agente público, tem-se a prova/evidência de um fato concreto: aquele servidor amealhou patrimônio (bens, direitos ou valores) que não pode ser explicado a partir das suas rendas lícitas. A melhor explicação para esta evidência, na ausência de justificativa lícita para as divergências entre o patrimônio do servidor e suas rendas conhecidas, será a de que “o ímprobo auferiu vantagens indevidas em razão da sua condição de agente público”.⁴⁹

No âmbito punitivo cível, tal prova será mais que suficiente para condenar por ato de improbidade administrativa o servidor que se enriqueceu ilicitamente, com supedâneo no art. 9º, VII da Lei n. 8.429/92, uma vez que a prova do enriquecimento ilícito atende ao modelo de constatação típico das ações de improbidade administrativa, qual seja, o *clear and convincing evidence*. De fato, é muito mais provável (*much more likely than not*) que aquele patrimônio a descoberto advinha da prática de crimes funcionais, do que seja explicado por outra hipótese plausível, sobretudo porque acaso esta existisse, teria sido apresentada pelo servidor durante o procedimento de apuração do seu enriquecimento ilícito.

E se a prova do enriquecimento ilícito atende ao *standard* de prova das ações de improbidade administrativa (*clear and convincing evidence*), também atende ao nível de prova exigido para a demonstração do crime antecedente de lavagem de dinheiro, já que, como visto no item anterior, a previsão do art. 2º, §1º da Lei 9.613/98, que exige “indícios suficientes” daquele, é coincidente com *standard* das ações da Lei n. 8.429/92.

Logo, caso este servidor público, visando a dissimular origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade deste patrimônio, valha-se de técnicas de lavagem de dinheiro, surgirá para o Estado-acusação a pretensão de lhe imputar a prática do crime previsto no art. 1º da Lei n. 9.613/98. E ao fazê-lo, entendemos suficiente que o Ministério Público, relativamente ao crime antecedente, indique o descompasso entre as rendas lícitas do

⁴⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. Cit., p. 467.

agente e seu patrimônio, e a ausência de explicações, por parte do servidor, que justifiquem a diferença.

Esta solução, inclusive, vem sendo aceita de forma reiterada pela jurisprudência estrangeira. A publicação *Federal Money Laundering Cases: Cases interpreting the Federal Money Laundering Statutes*, editada pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos⁵⁰, faz referência a diversos *cases* julgados por tribunais americanos, nos quais a falta de renda lícita por parte de acusados de crimes de lavagem de dinheiro foi considerada prova circunstancial suficiente do crime antecedente. Em vários precedentes essa circunstância, por si só, foi suficiente para a prova do crime antecedente, e em alguns outros à ausência de renda lícita foi aliada a circunstância pessoal de o acusado possuir vínculo com atividade potencialmente originadora de divisas ilícitas.

Em *United States v. Monaco*, 194 F.3d 381 (2d Cir. 1999) se entendeu que a circunstância de o acusado ostentar padrão de vida muito superior ao suportado por suas rendas legítimas é de grande valor probatório, capaz de estabelecer que se trata de recursos advindos do tráfico de drogas. Por sua vez, em *United States v. Meshack*, 225 F.3d 556, 571 n.12 (5th Cir. 2000) se firmou o entendimento de que a falta de renda legítima de um traficante, aliada à compra de um caminhão com dinheiro em espécie acondicionado em uma bolsa, era suficiente para provar que o dinheiro era advindo da venda de drogas. No *case United States v. Heater*, 63 F.3d 311, 318-19 (4th Cir. 1995) foi decidido que quando o acusado possui renda lícita limitada, o uso de grande quantidade de dinheiro em espécie para comprar bens de consumo e o uso de nome de terceiros em transações evidencia, de modo circunstancial, tratar-se de renda advinda do tráfico. Por fim, em *United States v. Abbell*, 271 F.3d 1286 (11th Cir. 2001) foi estabelecido que a falta de renda legítima é um indicativo de que o dinheiro objeto de lavagem é fruto de *specific unlawful activity*, o termo norte americano utilizado para designar o crime antecedente.

Logo, a jurisprudência norte americana não exige a indicação exauriente do crime antecedente, com todas as suas circunstâncias, contentando-se com a prova circunstancial/indireta da ausência de ingressos ilícitos que justifiquem os ativos objeto de

⁵⁰ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Criminal Division. Asset Forfeiture and Money Laundering Section. *Federal Money Laundering Cases: Cases interpreting the Federal Money Laundering Statutes* (18 U.S.C. §§ 1956, 1957, and 1960 and Related Forfeiture Provisions (18 U.S.C. §§ 981 and 982)). janeiro, 2004, p. 31-32. Disponível em: <http://bit.ly/2fFwUG2>. Acesso em 10 nov. 2016.

lavagem e, em alguns casos, do exercício de atividade potencialmente originadora de recursos ilícitos.

Também no Brasil, a situação não é diferente. Segundo Baltazar⁵¹, “podem ser considerados como indícios, para efeito o oferecimento de denúncia” por lavagem de dinheiro:

- “a) A existência de expressivo patrimônio, aliada à falta de declaração de rendimentos e comprovado envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes (STF, AI 499937-AgRg/PR, Jobim, 2ª T. u., 4.5.04);
- b) O acentuado descompasso entre os rendimentos declarados pelo acusado e sua movimentação financeira (TRF3, HC 2004.03.00.071859-5/MS, Ramza Tartuce, 5ª T., 14.2.05.”

Na denominada “Operação Lava Jato”⁵², outrossim, já foram proferidas sentenças que reconheceram a desnecessidade de que o Ministério Público, ao imputar o crime de lavagem de dinheiro, demonstre de forma exaustiva a ocorrência de crime antecedente, bastando apontar que os valores envolvidos nas condutas de ocultação e dissimulação têm origem e natureza criminosa, inclusive a partir de prova indireta. Ver, nesse sentido, a decisão proferida nos autos 5007326-98.2015.4.01.7000/PR, que condenou o ex-Diretor da Petrobrás, Nestor Cerveró, pela prática do crime do art. 1º, caput, inciso V, da Lei n. 9.613/98).⁵³

O que se vê, portanto, é que uma vez provado o enriquecimento ilícito do agente público, por meio da comprovação de patrimônio a descoberto sem lastro em rendas lícitas do mesmo, e tendo em conta que servidores públicos possuem vínculo com atividade que potencialmente pode lhes gerar recursos escusos oriundos da prática de crimes contra a Administração Pública, há “indícios suficientes” da prática de infração penal antecedente à lavagem de dinheiro.

⁵¹ Op. Cit., p. 837.

⁵² “A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia.

No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras. Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa.” (Fonte: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em 15 nov. 2016.)

⁵³ Disponível em: <http://bit.ly/1FhCD7c>. Acesso em 15 nov. 2016.

7 CONCLUSÃO

No presente trabalho, portanto, analisamos o conceito de enriquecimento ilícito e seus elementos, bem como demonstramos quais as repercussões da demonstração, pelo Estado, de que determinado servidor público angariou patrimônio incompatível com seus rendimentos lícitos, evidenciando o aspecto civil, que permite a imputação da prática de atos de improbidade administrativa, e o aspecto penal, ainda não presente no Brasil, referente à tipificação, por si só, do enriquecimento ilícito.

Foi demonstrado, ainda, que segundo a literatura especializada, invariavelmente o enriquecimento ilícito de agentes públicos se consubstancia em evidência material da prática de atos de corrupção, já que o patrimônio descoberto, no mais das vezes, é a única prova tangível da corrupção praticada. Além disso, foi pontuada a tendência natural, pelas próprias circunstâncias da vida cotidiana, de o agente público que se enriquece ilicitamente se valer de atos que impliquem em lavagem de dinheiro, com a finalidade de dar ares de legalidade ao dinheiro obtido a partir do cometimento de crimes, e dessa forma poder usufruir do mesmo. Dessa forma, debruçamo-nos sobre o conceito e principais características do crime de lavagem de dinheiro, destacando seu caráter de crime derivado, que exige a ocorrência de infração penal antecedente.

Na sequência investigamos o exato alcance da dicção constante do art. 2º §1º da Lei n. 9.613/98, que exige que se demonstre, no processo por crime de lavagem de dinheiro, a ocorrência da infração penal antecedente, a partir de “indícios suficientes”. Ao fazê-lo, traçamos breve digressão sobre os *standards* de prova (*standards of proof*) ou “modelos de constatação”, entendidos como o grau de convencimento que deve nortear a apreciação da prova pelo juiz. Foram apresentados os três principais *standards* adotados em países da *common law*, para processos criminais, cíveis de caráter patrimonial e cíveis sancionadores, traçando-se um paralelo com a aplicação destes em nosso ordenamento jurídico. O resultado desse esforço foi a indicação de que o modelo de constatação da “evidência clara e convincente” é o que melhor reflete a dicção legal do art. 2º, §1º da Lei 9.613/98, quando exige “indícios suficientes” do crime antecedente, com destaque para a circunstância de que este *standard* também tem sido reconhecido como adequado para a condenação em ações de improbidade administrativa.

Por fim, a partir de uma moderna perspectiva de análise da prova, que atribui forças persuasivas idênticas à prova direta e à prova indiciária, e que encara a prova não sob um viés estritamente demonstrativo, mas que lhe assegura caráter persuasivo, advogamos o entendimento de que a prova de enriquecimento ilícito do agente público é suficiente, por si, para oferecer prova clara e convincente de que o patrimônio a descoberto é fruto de crime(s) contra a Administração Pública praticado(s) pelo servidor, já que se mostra muito mais provável (*much more likely than not*, a fórmula do *standard clear and convincing evidence*) que aquele patrimônio a descoberto advenha da prática de crimes funcionais, do que seja explicado por outra hipótese plausível. Trata-se, pois, da melhor explicação para a evidência apresentada (o enriquecimento em si), e como tal, idônea a demonstrar que os bens, direitos ou valores que porventura venham a ser objeto de atos de lavagem de dinheiro são provenientes de infração penal, a atender ao disposto na Lei n. 9.613/98.

Essa conclusão foi corroborada por diversas decisões de tribunais norte americanos sobre lavagem de dinheiro, que, para a condenação em processos de lavagem de dinheiro, dispensaram a indicação exauriente do crime antecedente, com todas as suas circunstâncias, contentando-se com a prova circunstancial da ausência de ingressos ilícitos que justifiquem os ativos objeto de lavagem aliada, em alguns casos, com o exercício, pelo acusado, de atividade potencialmente originadora de recursos ilícitos. Também no plano interno se apresentou decisões nesse mesmo sentido, referenciadas por doutrina especializada.

Logo, parece não haver dúvidas de que, partindo de uma análise da prova sob a perspectiva das modernas teorias argumentativas, e tendo em conta o arcabouço normativo e dogmático delineado hoje no Brasil, é perfeitamente possível a condenação por lavagem de dinheiro de determinado servidor contra quem seja comprovado enriquecimento ilícito – ainda que em procedimento cível/administrativo -, e que, comprovadamente, além de qualquer dúvida razoável, venha a se valer de técnicas de ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens, direitos ou valores que compõem esse patrimônio a descoberto.

8 REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Susan Rose; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government: Causes, consequences, and Reform*. 2. ed. Cambridge University Press, 2016.

BADARÓ, Gustavo. Prisão em flagrante delito e liberdade provisória no Código de Processo Penal: origens, mudanças e futuro de um complicado relacionamento. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (org.). *Setenta Anos do Código de Processo Penal Brasileiro: Balanços e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 171-198. Disponível em: <http://bit.ly/2fZP4CZ>. Acesso em 09 nov. 2016.

BALTAZAR JR., Crimes Federais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

_____. Revista AJUFERGS, Porto Alegre, n. 4.

BOLES, Jeffrey R. Criminalizing the problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations. *Legislation and Public Policy*, v. 17:835. Disponível em: <http://bit.ly/2bVtWsN>. Acesso em: 27 ago. 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. Questões processuais no julgamento do Mensalão: valoração da prova indiciária e preclusão para o juiz de matérias de ordem pública. In *Revista dos Tribunais RT 933*, julho de 2013 – Caderno Especial: APn 470/MG – “Mensalão”.)

CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. A Comparative View of Standards os Proof. Disponível em <http://bit.ly/2fFnU00>. Acesso em 10 nov. 2016.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 209.

_____. *Corrupção Policial*. In: *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Salvador: JusPodivm, 2013.

DEBELLI, Rogéria Maria de Castro. Lavagem de Dinheiro. Belo Horizonte: Escola de Administração Fazendária (ESAF). Pós-Graduação Lato Sensu em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos. Apostila. 40 páginas.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 7 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

GUASQUE, Luiz Fabião. “A responsabilidade da Lei de Enriquecimento Ilícito”, Revista de Direito do MPRJ, vol. I, n. 2, 1995.

HARMAN, Gilbert H. *The inference to the Best Explanation*. The Philosophical Review, vol. 74, n. 1 (Jan., 1965), p. 88-95. Disponível em <http://bit.ly/2bxH4Vt>. Acesso em 10 nov. 2016.

IVKOVIC, Sanja Kutnjak. *Fallen Blue Knights: Controlling Police Corruption*. Oxford University Press, 2005, cap. 2, edição Kindle.

JAIN, Arvind K. Corruption: A review. Journal of Economic Surveys, v. 5, n. 1. Blackwell Publishers Ltd., 2001.

MORO, Sérgio Fernando. Autonomia do Crime de Lavagem e Prova Indiciária. Disponível em: <http://bit.ly/1Kcurwi>. Acesso em 09 nov. 2016.

MUZILA, Lindy; MORALES, Michelle; MATHIAS, Marianne; BERGER, Tammar. *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*. Washington, DC: World Bank, 2012. DOI: 10.1596/978-0-8213-9454-0.

Public Office, Private Interests: Accountability through Income and Asset Disclosure. Disponível em: <http://bit.ly/2bsca3c>. Acesso em 10 nov. 2016.

SPINELLI, Mário Vinicius. A análise patrimonial dos agentes públicos como ferramenta de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. 10/11 jun. 2016. Notas de aula.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Criminal Division. Asset Forfeiture and Money Laundering Section. Federal Money Laundering Cases: Cases interpreting the Federal Money

Laundering Statutes (18 U.S.C. §§ 1956, 1957, and 1960 and Related Forfeiture Provisions (18 U.S.C. §§ 981 and 982). janeiro, 2004, p. 31-32. Disponível em: <http://bit.ly/2fFwUG2>. Acesso em 10 nov. 2016.

WELTER, Antônio Carlos. Dos Crimes: Dogmática Básica. In: Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal. Coordenador Carla Veríssimo de Carli; Andrey Borges de Mendonça... [et al.] – 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

WILKINSON, Stephen. *Standards of Proof in International Humanitarian and Human Rights Fact-Finding and Inquiry Missions*. Disponível em <http://bit.ly/2g0NEYK> . Acesso em 10 nov. 2016.

WODAGE, Worku Yaze. *Burdens of proof, Presumption and Standards of Proof in Criminal Cases*. Disponível em <http://bit.ly/2fDTDPa>. Acesso em 09 nov. 2016.

