

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

Programa de Pós-Graduação em Direito

ASPECTOS DA NOVA LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS (LEI Nº 12.683)

Pablo Fabrício de Souza Pimenta

Belo Horizonte

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
Programa de Pós-Graduação em Direito

Pablo Fabrício de Souza Pimenta

ASPECTOS DA NOVA LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS (LEI Nº 12.683)

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito
Orientadora: Prof.^a Dr.^a Sheila Jorge Selim de Sales

Belo Horizonte
Faculdade de Direito da UFMG
2015

Pimenta, Pablo Fabrício de Souza

P644a Aspectos da nova lei de lavagem de capitais (lei nº12.683)
/ Pablo Fabrício de Souza Pimenta. - 2015.

Orientadora: Sheila Jorge Selim de Sales
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de
Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal - Teses 2. Lavagem de dinheiro I. Sales,
Sheila Jorge Selim de II. Título III. Universidade Federal de
Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

CDU: 343.352

Pablo Fabrício de Souza Pimenta

ASPECTOS DA NOVA LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS (LEI Nº 12.683)

Dissertação defendida junto ao Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Data: ___/___/2015.

Prof.^a Dr.^a Sheila Jorge Selim de Sales

Orientadora

Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes

Prof. Dr. Rogério Filippetto de Oliveira

Suplente: Prof. Dr. Carlos Henrique Borlido Haddad

À memória dos meus pais.

AGRADECIMENTOS

À professora Sheila, pela orientação e pelo comprometimento científico, essenciais para o desenvolvimento do trabalho. Também, pela oportunidade de realização do estágio de docência sob sua tutela.

Aos servidores da Pós, pelo auxílio e pela presteza nos trâmites burocráticos.

A Paloma, pela torcida e ajuda com a revisão de traduções.

A meus familiares, pelo incentivo.

A Estêvão e Santuzza, pela acolhida e apoio.

A Danilov, Diego “Trindade” e Santos, pelas conversas, cafés, uísques, comemorações e cornetagens futebolísticas (e pelas inúmeras caronas do Santos).

A Thiago, João, Antônio e Marcelo, os senhores do Conselho.

A Aline Pereira e Fernanda Otero, pelo apoio e pelas revisões no projeto.

A Humberto e Rosana, pelo incentivo e aprendizado.

A Estevão e Sânzio, pelo crescimento profissional e pessoal proporcionado pela experiência na advocacia.

A Joanna, minha noiva, amigo, minha companheira, minha maior incentivadora, meu porto seguro, pelas revisões e auxílio na busca do tema e do marco teórico, pelas discussões acadêmicas, enfim, por sempre me oferecer uma ajuda maior do que eu poderia esperar.

“There's no such thing as good money or bad money. There's just money”.

Charles “Lucky” Luciano

RESUMO

Com a promulgação da Lei 12.683, em 2012, o Brasil alterou substancialmente a sistemática legal antilavagem, buscando adequar-se às modernas políticas internacionais. Dentre as diversas mudanças, este trabalho analisou, precipuamente, a supressão da expressão *que sabe*, contida no art. 1º, §2º, I, da Lei 9.613/98. Tal modificação possibilitou a reabertura da discussão quanto à possibilidade de incidência no tipo penal de lavagem de dinheiro mediante dolo eventual. Na perspectiva de um direito penal que respeita as garantias constitucionais, balizado pela teoria garantista de Luigi Ferrajoli, buscou-se verificar se haveria a possibilidade de responsabilização por ato praticado com dolo eventual. Foi traçado um retrospecto histórico e delimitaram-se aspectos relativos ao bem jurídico tutelado e à limitação da norma penal por garantias penais constitucionais. Ao final, foi confirmada a hipótese da impossibilidade de utilização do dolo eventual para responsabilizar pela prática de lavagem de capitais.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Dolo eventual. Bem jurídico penal. Lei 9.613. Lei 12.683. Princípios constitucionais penais.

ABSTRACT

With the promulgation of Law 12.683 in 2012 Brazil has substantially altered their Anti Money Laundering legal system to adapt the country to modern international politics. Among the changes was analyzed, primarily, the deletion of the words "*que sabe*" (who knows), contained in art. 1, paragraph 2, I, of Law 9.613 / 98. This modification allowed the reopening of the discussions over the possibility of crime incidence with eventual intention (*dolus eventualis*). From the perspective of criminal law as regards constitutional guarantees, marked by the theory of Luigi Ferrajoli, it sought to verify the possibility of accountability for eventual intent (*dolus eventualis*). It was traced a historical retrospective and identified up aspects to the protected legal interest and limiting the criminal standard for criminal constitutional guarantees. Then the initial hypothesis was confirmed and was stated the impossibility of the eventual intention (*dolus eventualis*) to hold the money laundering practice.

Keywords: Money laundering; eventual intention (*dolus eventualis*), crimes, Law 9.613; Law 12.683; criminal constitutional principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CICAD	Comissão Interamericana Contra o Abuso de Drogas
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
EUA	Estados Unidos da América
FATF	Financial Action Task Force
FIU	Financial Intelligence Unit
G-20	Grupo formado pelos ministros de finanças e chefes dos bancos centrais das 19 maiores economias do mundo mais a União Europeia
G-7	Grupo dos sete países mais industrializados e desenvolvidos economicamente
GAFI	Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
StGB	Strafgesetzbuch
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UIF	Unidades de Inteligência Financeira

URSS

União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

USA PATRIOT Act Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate
Tools to Restrict, Intercept and Obstruct Terrorism Act

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 LAVAGEM DE DINHEIRO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS	16
2.1 Lavagem de dinheiro: noção.....	16
2.2 Lavagem de dinheiro: etapas de execução	18
2.2.1 Ocultação	18
2.2.2 Dissimulação.....	19
2.2.3 Integração	20
2.3 Aspectos históricos do crime de lavagem de dinheiro	20
2.4 As políticas criminais antilavagem	23
2.5 Reflexos emergencialistas nas políticas antilavagem	26
3 LAVAGEM DE DINHEIRO TRANSNACIONAL E SEU ELEMENTO SUBJETIVO NO DIREITO PENAL COMPARADO.....	31
3.1 Paraísos fiscais e a abordagem do crime de lavagem de dinheiro no contexto internacional	31
3.1.1 Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substâncias Psicotrópicas: Convenção de Viena.....	34
3.1.2 Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional: Convenção de Palermo.....	36
3.1.3 Convenção da Organização das Nações Unidas Contra a Corrupção: Convenção de Mérida.....	39
3.1.4 As Diretivas da União Europeia.....	42
3.2 Estados, atores não estatais e os mecanismos de soft law	45
3.2.1 As Recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI).....	45
3.2.2 O Grupo Egmont.....	50
3.2.3 A Comissão Interamericana Contra o Abuso de Drogas – CICAD.....	51
3.3 A criminalização da lavagem de dinheiro nas legislações estrangeiras	54

3.3.1 Legislação italiana: o crime de riciclaggio de denaro e os artigos 648 bis e 648 ter do Código Penal italiano	55
3.3.2 Legislação portuguesa: a incorporação do branqueamento no artigo 368-A do Código Penal português e a aceitação do critério do dolo eventual	57
3.3.3 Alemanha: a criminalização da lavagem de dinheiro nas modalidades dolosa e culposa.....	60
3.3.4 De Al Capone ao USA PATRIOT ACT: a expansão da prática e do combate à lavagem de dinheiro nos Estados Unidos da América.....	63
4 LAVAGEM DE DINHEIRO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA	69
4.1 Nota histórica.....	69
4.1.1 Lei 9.613 de 1998.....	71
4.1.2 Lei 12.683 de 2012.....	73
4.2 O bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro	74
4.2.1 O bem jurídico tutelado no crime antecedente	78
4.2.2 O bem jurídico ordem econômica.....	81
4.2.3 O bem jurídico administração da justiça	85
4.2.4 Bem jurídico de natureza pluriofensiva.....	87
4.2.5 Posicionamento	89
4.3 Sujeitos do delito.....	89
4.3.1 Sujeito ativo	89
4.3.2 Sujeito passivo	92
4.4 Condutas	93
4.5 Outros elementos objetivos do tipo.....	98
4.5.1 Outros elementos objetivos do tipo previstos no caput.....	98
4.5.2 Outros elementos objetivos do tipo previstos no §1º	100
4.5.3 Outros elementos objetivos do tipo previstos no §2º	101
4.6 Elemento subjetivo.....	102
4.6.1 Dolo.....	102

4.6.2 Elemento subjetivo especial.....	109
4.7 Consumação e tentativa.....	111
4.8 Causa especial de aumento de pena	113
4.8.1 Pratica delitativa reiterada	113
4.8.2 Pratica por intermédio de organização criminosa	116
4.9 Causa especial de diminuição de pena	120
5 A LAVAGEM DE DINHEIRO EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA PENAL.....	123
5.1 Princípio da legalidade.....	124
5.2 Princípio da culpabilidade	128
5.3 Princípio da intervenção mínima	129
6 SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CASOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO	133
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	138
8 REFERÊNCIAS.....	140

1 INTRODUÇÃO

O crime de lavagem de capitais foi introduzido no ordenamento brasileiro em 1998, com a promulgação da Lei 9.613. Com a tipificação, o legislador brasileiro assegurou o cumprimento do pactuado na *Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substâncias Psicotrópicas*, realizada em 1988.

Após várias reformas legislativas e alterações das políticas criminais locais e globais de combate à lavagem de dinheiro, foi promulgada no Brasil a Lei 12.683/2012, que alterou substancialmente a sistemática legal antilavagem, buscando adequar o País às modernas políticas internacionais.

Uma das alterações promovidas foi a supressão da expressão *que sabe*, contida no art. 1º, §2º, I, da Lei 9.613/98. Esse aspecto, em especial, foi o objeto deste trabalho.

O marco teórico utilizado na condução da pesquisa foi o sistema garantista, elaborado por Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão*. Foi utilizada, principalmente, a lição relativa à verificação da consciência e da vontade do sujeito de praticar o delito:

Não há dúvida de que a falta de rigor na caracterização jurídica e no procedimento de comprovação empírica da culpabilidade abre um amplo espaço - no processo - a valorações, impressões e opções discricionárias, e que tais espaços são tão maiores quanto mais indireta é a relação de causalidade entre ação e resultado, como acontece nos casos de concurso de agentes, cooperação e conspiração, definidos, às vezes, pela lei com fórmulas genéricas e elásticas.¹

A partir do balizamento propiciado pelo marco teórico, objetivou-se analisar a possibilidade de condenação pela prática do delito de lavagem de capitais, com respaldo no fundamento de que o agente praticou a conduta com dolo eventual. A pesquisa buscou comprovar a hipótese de que sob o marco da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, em consonância com a idéia de um Direito Penal Constitucional, não é possível condenar por dolo eventual nos tipos previstos pelo art. art. 1º, §2º, I, da Lei 12.683/2012.

Inicialmente, foi necessário delimitar a conceituação e as etapas de execução do crime de lavagem de dinheiro. Traçou-se um retrospecto histórico para delimitar os aspectos de maior relevância para a compreensão das atuais políticas antilavagem. Foram consideradas, ainda, algumas experiências de política criminal antilavagem e a adoção de

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Vários tradutores. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 461.

políticas legislativas emergencialistas, com destaque para a teoria do direito penal do inimigo. Na sequência, realizou-se um estudo legislativo, que abrangeu as medidas estabelecidas por atores internacionais não estatais e a legislação estrangeira.

O estudo dos mecanismos abordou tanto aqueles que possuem força vinculante, como convenções e tratados, quanto aqueles de ordem eminentemente política, como as recomendações emitidas por órgãos internacionais.

A análise de legislação estrangeira foi realizada no intuito de verificar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial para, assim, obter algum indicativo de qual seria a melhor solução a ser adotada no Brasil. Foram selecionados quatro países, obedecendo ao seguinte critério: a Itália, pelo pioneirismo legislativo sobre o tema e pela grande influência que a dogmática italiana exerce no Brasil; Portugal, pela a grande afinidade sociocultural com o Brasil; Alemanha, pela influência dogmática e por se tratar de reconhecido centro de referência em estudos penais; e Estados Unidos da América, pelo reconhecido esforço político e legislativo de combate à lavagem de dinheiro.

Foram analisadas as principais teorias sobre qual é o bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro. Adotada uma das correntes, analisaram-se os limites de criminalização da conduta em consonância com a teoria garantista de FERRAJOLI e os princípios constitucionais penais. Analisou-se, ainda, a possibilidade de utilização da teoria da cegueira deliberada no Brasil.

Delimitados os limites de incidência da norma que criminaliza a lavagem de dinheiro, buscou-se verificar a possibilidade de responsabilização por dolo eventual.

Ao final da pesquisa, foi confirmada a hipótese inicial pela impossibilidade de utilização do dolo eventual para comprovar a culpabilidade da conduta de lavagem de capitais, por ferir direitos e garantias fundamentais.

2 LAVAGEM DE DINHEIRO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes do desenvolvimento do estudo sobre a viabilidade e adequação legal quanto à possibilidade de condenação por lavagem de dinheiro do indivíduo que realiza o tipo mediante dolo eventual, faz-se necessário estabelecer alguns parâmetros balizadores da pesquisa. Inicialmente, é imprescindível definir o que caracteriza o crime de lavagem de dinheiro, no intuito de estabelecer o recorte do objeto da pesquisa. Em seguida, deve-se delimitar como tradicionalmente é perpetrada a conduta, para a verificação da possibilidade de incidência por dolo direto, eventual ou, até mesmo, na modalidade culposa. Estabelecidos esses pressupostos, far-se-á o retrospecto histórico e político criminal, para observar as razões que levaram à tipificação da lavagem de dinheiro e as justificativas de natureza político-criminal que sustentaram e sustentam a criminalização. Serão levantados, ainda, argumentos de base criminológica concernentes ao tema, tratando, sobretudo, da questão do emergencialismo penal como fator determinante e de grande influência para o estabelecimento de políticas antilavagem.

2.1 Lavagem de dinheiro: noção

O crime de lavagem de dinheiro pode ser definido como o processo de mascaramento no qual bens e valores de proveniência ilícita são integrados às atividades econômico-financeiras com aparência lícita. Nas palavras de BADARÓ e BOTTINI², seria o “ato ou sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação, ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva contravencional” com a finalidade específica de promover sua reinserção na economia formal com aparência de licitude. Não existem grandes divergências quanto ao significado do termo, podendo ser encontrada definição semelhante nos países europeus. Nesse sentido, destaca PRADO³ que

[...] o *Corpus Juris* – proposta de harmonização da legislação penal e processual penal da Europa – apresenta a seguinte definição de lavagem de dinheiro: “Define-se como infração penal a lavagem dos produtos ou dos ganhos provenientes das infrações penais constantes dos artigos 1

² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 23.

³ PRADO, Luís Regis. O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 926, p. 401–436, dez. 2012.

a 6. Por lavagem se entenderá: a) a conversão ou a transferência de bens procedentes de algumas das atividades contempladas no item precedente, ou a participação em uma dessas atividades, com a finalidade de dissimular ou de ocultar a sua origem ilícita ou de auxiliar qualquer pessoa implicada na citada atividade a elidir as consequências jurídicas de seus atos; b) a dissimulação ou a ocultação da natureza, origem, situação, disposição, movimento ou propriedade reais dos bens ou dos direitos a eles relativos procedentes de uma das atividades criminais contempladas no item precedente ou a participação em uma delas” (art. 7.1).

A maior divergência terminológica se dá em relação ao verbo utilizado para a representação do crime. No Brasil, optou-se por empregar a expressão *lavagem*, seguindo a linha norte-americana que adota a expressão *money laundering*, e alemã, que utiliza o termo *Geldwäsche*. Em sentido contrário, o legislador italiano emprega a expressão *riciclaggio di denaro*, que pode ser traduzida como “reciclagem de dinheiro”. A legislação portuguesa adotou o termo *branqueamento de capitais*, opção semelhante à espanhola que utiliza a expressão *blanqueo de capitales*.

A escolha brasileira foi expressa no § 13 da Exposição de Motivos 692, referente ao projeto que originou a Lei 9.613/98:

A expressão "lavagem de dinheiro" já está consagrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em consequência de seu emprego internacional (*money laundering*). Por outro lado, conforme o Ministro da Justiça teve oportunidade de sustentar em reunião com seus colegas de língua portuguesa em Maputo (Moçambique), a denominação "*branqueamento*", além de não estar inserida no contexto da linguagem formal ou coloquial em nosso País, sugere a inferência racista do vocábulo, motivando estéreis e inoportunas discussões.⁴

A crescente preocupação da comunidade internacional com o incremento das atividades criminosas organizadas passou a demandar estratégias que fossem além da prisão dos envolvidos em atividades ilícitas para desarticular as organizações. Essas políticas de combate – em momento inicial voltadas principalmente para desarticular o comércio de drogas ilícitas – voltaram seu foco para a estratégia de *follow the money*, que pode ser traduzida como “siga o dinheiro”. Com isso, foram priorizados o rastreamento e apreensão dos bens e valores originados das atividades ilícitas como estratégia de desarticulação que parte da premissa de que sem a retroalimentação financeira a estrutura criminosa ruiria.

⁴ BRASIL. Exposição de Motivos 692/MJ, de 18 de dezembro de 1996. Brasília, Ministério da Justiça, 1996.

2.2 Lavagem de dinheiro: etapas de execução

No intuito de facilitar a compreensão do modo como ocorre o crime, a doutrina sistematizou os principais procedimentos que estruturam a lavagem de dinheiro organizando-os em três etapas distintas: ocultação, dissimulação e integração. Note-se que se trata de esquematização de caráter estritamente explicativo, uma vez que nenhuma das etapas constitui fase obrigatória na prática do crime de lavagem de dinheiro. Além da ausência de alguma das etapas BADARÓ e BOTTINI⁵ destacam que é comum sua sobreposição, dificultando a delimitação entre o início e o fim de cada uma delas.

2.2.1 Ocultação

A primeira etapa da lavagem de dinheiro é a ocultação, podendo também ser nomeada como “colocação” ou *placement*. Nesse primeiro momento, as ações são voltadas para o afastamento do produto do crime antecedente de sua origem criminosa. Para tanto, os agentes se valem de atividades comerciais e das

[...] instituições financeiras, tanto bancárias, como não bancárias, para introduzir montantes em espécie, geralmente divididos em pequenas somas, no circuito financeiro legal. Na maioria das vezes, o agente criminoso movimenta o dinheiro em países com regras mais permissivas e naqueles que possuem um sistema financeiro liberal (paraísos fiscais e centros *off-shore*). A introdução de dinheiro em espécie é normalmente direcionada para a instalação de atividades comerciais que, tipicamente, também trabalham com dinheiro vivo. Assim, os recursos ilícitos se misturam aos recursos obtidos em atividades legais e são posteriormente depositados em bancos.⁶

Na etapa de ocultação são bastante comuns a movimentação e o depósito de pequenos valores – prática conhecida como *smurfing*, ou *structuring* – como forma de não chamar a atenção das autoridades. Esses valores são depositados em contas de terceiros ou de empresas fantasma e, geralmente, remetidos para o exterior, para início da etapa seguinte.

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 26.

⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 111.

2.2.2 Dissimulação

A segunda etapa do processo de lavagem de dinheiro é denominada “dissimulação” ou de “mascaramento” (*layering*). Consiste na utilização de transações comerciais e financeiras no intuito de dissociar os bens e valores oriundos da prática de crime de sua origem. “O objetivo do criminoso nesta etapa é cortar a cadeia de evidências, ante a possibilidade de eventuais investigações sobre a origem do dinheiro”.⁷ Para camuflar os bens e valores, afastando-os de sua origem ilícita, normalmente, são realizadas diversas operações, objetivando dificultar o rastreamento da proveniência dos bens, pois

[...] quanto mais operações, tanto mais difícil sua conexão com a ilegalidade e tanto mais difícil sua prova. Se por um lado a realização de diversas operações (transações financeiras, movimentações etc.) é muito mais custosa e traduz significante prejuízo decorrente de cada uma delas, é meio que se afigura mais seguro pela “distância” que o agente lavador atribui ao dinheiro, bem ou valor – produto de crime.⁸

BADARÓ e BOTTINI⁹ citam como exemplos de técnicas empregadas a utilização de operações de dólar cabo¹⁰, o envio de valores por meio de cheques de viagem ao portador e as transferências eletrônicas.

⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 111.

⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 111.

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 27.

¹⁰ “O Sistema Dólar-Cabo (Euro-Cabo) é uma expressão brasileira de um sistema antigo e mundial, alternativo e paralelo ao sistema bancário ou financeiro ‘tradicional’, de remessa de valores, através de um sistema de compensações, o qual tem por base a confiança. Podem-se citar três espécies de operações típicas complementares bastante encontradas em investigações criminais: na primeira, um cliente entrega, em espécie ou por transferência bancária, reais a um ‘doleiro’ no Brasil, o qual disponibiliza moeda estrangeira equivalente, em taxa pré-ajustada, em favor do seu cliente, no exterior, em reais ou por transferência bancária; na segunda, o cliente recebe do ‘doleiro’, no Brasil, em reais, recursos em moeda estrangeira que mantinha no exterior e que disponibilizou lá fora ao ‘doleiro’; na terceira, o ‘doleiro’ aproveita a existência simultânea de clientes nas duas posições anteriores e determina a troca de recursos entre esses clientes, no Brasil e no exterior, atuando como um ‘banco de compensações’ (clearing), isto é, movimentando recursos sem que nada passe por contas de sua titularidade. Isso se torna mais complexo quando mais de um ‘doleiro’ entram em ação emprensando entre si recursos, ou harmonizando clientes em posições opostas, numa mesma operação. Ao operar nesse sistema, é comum que o “doleiro” mantenha conta no exterior em nome de uma empresa off-shore por ele controlada. Sistemas semelhantes existem por todo o mundo, como o hawala na Índia, Paquistão e Irã, ou ainda o sistema chop, chit ou flying money, os quais, quando não são legítimos ou reconhecidos pelos países em que operados, são categorizados como underground banking. O dólar-cabo ou euro-cabo é um sistema muito procurado, no Brasil, para lavagem de ativos, uma vez que não existe um controle ou informação das Autoridades Públicas sobre as operações. A atuação de ‘doleiros’ no sistema de dólar-cabo caracteriza vários crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e pode caracterizar lavagem de dinheiro”. Definição adotada pelo Grupo de Trabalho em Lavagem de Dinheiro e Crimes Financeiros do Ministério Público Federal.

2.2.3 Integração

Esta etapa consiste na integração – também denominada *integration* ou *recycling* – dos valores de origem criminosa na economia formal. Após realizar os procedimentos necessários na etapa de dissimulação, o agente, munido de um lastro aparentemente verdadeiro para os bens e valores, os reintegra. Essa incorporação pode ocorrer por meio das mais variadas formas, como a aquisição de ativos ou investimentos em “simulações de negócios lícitos, como transações de importação/exportação com preços excedentes ou subfaturados, compra e venda de imóveis com valores diferentes daqueles de mercado, ou em empréstimos de regresso”.¹¹

A esquematização do crime de lavagem de dinheiro em etapas possui natureza explicativa, que visa facilitar a compreensão dos caminhos que os bens e valores podem percorrer até sua reinserção na economia sob aspecto aparentemente lícito.

Para melhor compreensão do atual estágio dos procedimentos antilavagem, é necessário analisar como se deu o processo de criminalização da lavagem de dinheiro. A análise histórica é necessária para verificar os motivos que levaram o crescimento do problema ao patamar global, para uma melhor compreensão das diversas políticas criminais antilavagem, além de propiciar um melhor entendimento sobre a crescente preocupação estatal com os problemas decorrentes desta prática.

2.3 Aspectos históricos do crime de lavagem de dinheiro

Apesar de ter sido criminalizada em um período histórico recente, a dissimulação e a introdução de valores provenientes de origem criminosa no mercado lícito têm origem antiga.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 27.

A doutrina não é uníssona quanto ao início da prática. De acordo com dados levantados por SANTOS¹², o fenômeno pode ter iniciado com mercadores chineses, há cerca de três mil anos, ou na Idade Média, com o mascaramento do ganho patrimonial originado da cobrança de juros, o que era condenado pela Igreja Católica. Contudo, a opção mais abalizada é a defendida por MENDRONI¹³, que aponta que a origem histórica da prática de lavagem de dinheiro remonta à época da ação de piratas no século XVII. Segundo o autor, a procedimento adotado após a realização dos saques, principalmente aos navios espanhóis que transportavam metais preciosos, consistia na receptação do produto subtraído por mercadores americanos, que forneciam moedas de menor valor de origem lícita. Devido à falta de mecanismos de controle, ao aportar na Europa com a posse de uma quantidade considerável de moedas de origem aparentemente lícita, o pirata facilmente poderia se passar por um colono que fez riqueza em alguma das colônias americanas.

Em um passado mais recente, é emblemática, além de altamente exemplificativa, a história de Alphonse Capone, mais conhecido como Al Capone. Filho de imigrantes italianos, ele se tornou notório por seu envolvimento com a comercialização de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos da América (EUA) no período da *Prohibition*.¹⁴ Chegou a comandar o crime organizado na cidade de Chicago a partir de meados da década de 1920. Foi preso em 1931 e condenado pelo cometimento de sonegação fiscal.

Apesar das divergências quanto ao início das práticas de inserção de valores provenientes de atividades ilegais na economia sob o mascaramento que aponta uma falsa licitude, certo é que sua contenção começou apenas em data recente.

Informações levantadas por CERVINI¹⁵ indicam que a legislação pioneira no combate ao crime de lavagem de dinheiro foi estabelecida pela Itália. DE CARLI¹⁶ aponta que a experiência legislativa italiana tinha por principal objetivo combater uma onda de

¹² SANTOS, Priscila Pamela dos. Apontamentos acerca da origem e Evolução Histórica, terminologia e evolução Legislativa do injusto penal da lavagem de capitais. p. 107. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo (coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá: 2012, p. 105-123.

¹³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5.

¹⁴ Entre os anos de 1920 e 1933 vigorou o regime de *Prohibition* no qual a venda, fabricação e transporte de bebidas alcoólicas para consumo foram banidas dos EUA.

¹⁵ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 186.

¹⁶ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 80.

sequestros com finalidade econômica, com especial destaque para a atuação das *Brigate Rosse*.¹⁷ As medidas legais adotadas culminaram na edição de legislação específica que previa a criminalização da “substituição de dinheiro ou de valores provenientes de roubo qualificado, extorsão qualificada ou extorsão mediante sequestro por outros valores ou dinheiro”.¹⁸

Ainda segundo a referida autora¹⁹, apesar do pioneirismo italiano, a legislação norte-americana se consolidou como a mais influente no mundo pela edição de diversas medidas, dentre elas o *Money Laundering Control Act*, que criminalizou a lavagem de dinheiro no país e influenciou a política criminal no contexto internacional.

Entre a década de 1980 e início dos anos de 2000, observa-se um progressivo aperfeiçoamento das políticas nacionais e internacionais e de mecanismos de atuação conjunta antilavagem.

Inicialmente, foi elaborada uma legislação voltada principalmente para o combate da lavagem do dinheiro proveniente do tráfico de entorpecentes, a qual foi denominada “legislação de primeira geração”.

Neste sentido se manifestou o legislador pátrio na Exposição de Motivos do projeto que originou a Lei 9.613/98:

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.²⁰

¹⁷ As *Brigate Rosse*, ou Brigadas Vermelhas eram uma organização paramilitar de vertente marxista-leninista que pregava uma revolução liderada pelo proletariado. DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 80-81.

¹⁸ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 81.

¹⁹ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 86.

²⁰ BRASIL. Exposição de Motivos 692/MJ, de 18 de dezembro de 1996, § 15. Brasília, Ministério da Justiça, 1996.

Em momento posterior, alguns países adotaram o que se denominou “legislação de segunda geração”. Ao contrário do modelo anterior, que criminalizava apenas a lavagem de valores oriundos do tráfico de drogas, esta incluiu um rol exaustivo de crimes, ampliando as hipóteses dos ilícitos antecedentes e conexos à lavagem.

Já na “legislação de terceira geração” não há rol de crimes que antecedem a lavagem de dinheiro. Os países que adotam esse modelo optaram pela criminalização da lavagem oriunda do cometimento de qualquer crime antecedente.

O Brasil adotou, inicialmente, um sistema híbrido entre a legislação de segunda geração e a legislação de terceira geração, com a edição da Lei 9.613/98.

Apesar de essa lei estipular um rol exaustivo de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro, caracterizando a adoção do modelo de segunda geração, havia uma hipótese de criminalização aberta. Essa previsão era dada pelo inciso VII do artigo 1º, que previa a possibilidade de lavagem para os valores provenientes de qualquer crime praticado por organização criminosa. Com a reforma promovida pela Lei 12.683/12, todo o rol de crimes antecedentes foi suprimido, adotando-se integralmente a legislação de terceira geração.

2.4 As políticas criminais antilavagem

As experiências legislativas internacionais foram determinantes para a alteração da política criminal antilavagem brasileira, que incorporou traços da cultura emergencialista. O recrudescimento das políticas criminais, com a adoção de critérios mais severos para punir a prática da lavagem, tornou-se a solução aclamada por uma sociedade que crê ser esta a resposta que propiciará a diminuição da criminalidade.

Por ora, é necessário destacar que uma das medidas adotadas pelos EUA, denominada *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools to Restrict, Intercept and Obstruct Terrorism Act (USA PATRIOT Act)*, culminou em profundas modificações na política global antilavagem de dinheiro.²¹ O referido ato foi editado em resposta direta

²¹ Apesar de a prática de terrorismo constar no rol de crimes antecedentes da Lei brasileira 9.613/98, as alterações mais relevantes das políticas de enfrentamento à lavagem de dinheiro são posteriores ao ato americano.

aos ataques terroristas de 11 de setembro e adicionou às políticas de enfrentamento à lavagem de dinheiro o combate do financiamento ao terrorismo.

Neste sentido aponta BONACCORSI²²:

No final do século XX e início do século XXI, o medo e a emergência foram ainda mais reforçados com a propalação do terrorismo na Europa e Estados Unidos. A construção da imagem do “terrorista islâmico” desde 11 de setembro trouxe mundialmente o conhecimento não de um criminoso, mas de um inimigo de segurança nacional.

A alteração da dinâmica do combate à lavagem de dinheiro resultou na adoção de políticas emergenciais para tratar conjuntamente da lavagem de capitais e do financiamento ao terrorismo. Sobre esse ponto, destaca SHORSCHER que, apesar de abordarem condutas conceitualmente distintas, – o tratamento conjunto da lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo –, isso é justificado pelo “fato de que em ambas as condutas há um objetivo de ocultar a relação entre a origem dos fundos e seu destino – e as transações pelas quais isto é alcançado são, fundamentalmente, idênticas”.²³

Apesar de os meios de prevenção a ambos os crimes serem os mesmos, este trabalho parte do pressuposto de que o tratamento legislativo conjunto não é o mais adequado, devido ao risco de diminuição das garantias para os acusados de praticarem o crime de lavagem de dinheiro.

É fato consolidado que grande parte dos países, principalmente os ocidentais, trava uma verdadeira guerra contra organizações terroristas. Mas este trabalho não adentrará no mérito da legitimidade dessa guerra ou da gravidade dos problemas relacionados a atos terroristas. Contudo, com a adoção de uma legislação conjunta, há equiparação entre os meios para investigar, processar e punir indivíduos acusados de práticas terroristas e indivíduos acusados de lavagem de dinheiro, crimes que possuem motivação distinta e que não tutelam os mesmos bens jurídicos. Ocorre que esse fato, diante de uma sociedade predisposta a políticas de exceção para o combate ao terrorismo, possibilitaria e

²² BONACCORSI, Daniela Villani. *A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro: análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 36.

²³ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. Orientador: Sérgio Salomão Shecaira. 2012. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.p. 40, nota explicativa 109.

justificaria o mesmo tratamento para o acusado de praticar o crime de lavagem de dinheiro.

Essa equiparação é, em parte, consequência de uma demanda social por maior rigor penal decorrente do medo da possibilidade de sofrer um dano. Nesse sentido, BONNACORSI afirma que um dos elementos da sociedade moderna é o risco, “algo que não ocorre, mas que pode surgir”.²⁴ Essa impossibilidade de controle da situação provoca uma sensação de insegurança, na qual “o medo toma espaço cada vez maior e, por isso, a propaganda de legislações urgentes recebe cada vez mais apoio da sociedade, já que o risco pode se materializar”.²⁵

O sentimento geral de insegurança alimenta e justifica a criação de medidas emergenciais de combate aos riscos a que a sociedade estaria submetida. Nesse cenário, em que impera o medo, principalmente após os atentados de 11 de setembro de 2001, o foco das políticas emergencialistas voltaram-se para os atos terroristas.

Neste sentido leciona VÁSQUEZ:

El terrorismo y la criminalidade organizada, regulados con criterios preventivos, integran el grupo en expansión, donde se produce: agravación de las penas, ampliación de los medios coactivos en la instrucción, uso de testigos de la corona, arrepentidos, nuevas penas patrimoniales. Los límites normativos del Derecho penal y processal del Estado de Derecho se debilitan ante el sentimiento extendido de amenaza y la esperanza de que se puede, con ayuda del Derecho penal, afrontar eficazmente estos fenómenos.²⁶

A ilusão de que o direito penal constitui meio eficiente para regular todos os tipos de situação, aliado ao medo decorrente da sensação de insegurança, auxilia no convencimento da sociedade de que o terrorista merece um tratamento penal diferenciado.

²⁴ BONACCORSI, Daniela Villani. *A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro: análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.p. 25.

²⁵ BONACCORSI, Daniela Villani. *A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro: análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.p. 25.

²⁶ O terrorismo e a criminalidade organizada, regulados com critérios preventivos, integram o grupo em expansão, onde ocorre: aumentado das penas, ampliação dos meios coercitivos na instrução processual, uso de delatores e novas sanções patrimoniais. Os limites normativos do Direito Penal e do Direito Processual no Estado de Direito se debilitam diante de um sentimento comum de ameaça e a esperança de que pode, com a ajuda do Direito penal, enfrentar estes fenômenos de forma eficaz (tradução livre). VÁSQUEZ, Mariana Malet. Terrorismo y crimen organizadolas garantías en cuestión: la situación del agente encubierto. *Revista de derecho penal*, Montevideo, n. 19, p. 53-74, 2011.

Esse tratamento excepcional decorre de sua condição de não cidadão, mas de verdadeiro inimigo.

2.5 Reflexos emergencialistas nas políticas antilavagem

Muito embora a percepção da adoção de medidas emergencialistas na elaboração das políticas antilavagem sejam mais facilmente percebidas no fim dos anos de 1990 e início do século XXI, FERRAJOLI já vislumbrava os efeitos do intervencionismo penal extremado nos anos de 1970 e de 1980, destacando que

[...] a cultura de emergência e a prática de exceção, antes mesmo das transformações legislativas, são de fato responsáveis pela involução do nosso ordenamento punitivo que se expressa na reedição, em trajes modernizados, dos velhos esquemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna, bem como na recepção pela atividade judiciária de técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção que são típicos da atividade de polícia.²⁷

A involução mencionada pelo autor considera a alteração da fonte de legitimação do sistema penal em que há o afastamento do modelo garantista e a aproximação do modelo de exceção. Nesse sentido, destaca:

A alteração da fonte de legitimação consistiu precisamente na assunção da exceção ou da emergência (antiterrorista, antimafiosa ou anticamorra) como justificação política da ruptura ou, se preferir, da modificação das regras do jogo que no Estado de direito disciplinam a função penal. Esta concessão de emergência outra coisa não é que a ideia do primado da *razão* de Estado sobre a *razão* jurídica como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas à esta supraordenada. *Salus rei publica suprema lex*: a salvaguarda, ou apenas o bem do Estado, é a norma principal do “direito de emergência” (Grundnorm), a lei suprema que impregna todas as outras, aí compreendidos os princípios gerais, e que lhes legitima a mutação.²⁸

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. Vários tradutores. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 746.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. Vários tradutores. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 747.

O maior exemplo das recentes políticas emergencialistas de exclusão prevê a diferenciação da população em duas classes: a dos cidadãos; e a dos inimigos.

A transmutação do criminoso em inimigo é um dos elementos constitutivos da teoria do Direito Penal do Inimigo, do penalista alemão Günther Jakobs.

Essa teoria divide o direito penal em duas partes. Na primeira, tem-se o direito penal destinado ao cidadão, no qual há direitos e garantias processuais. Na segunda, o direito penal considera o autor do fato um inimigo: “seria uma medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende prevenir”.²⁹

O penalista alemão divide os comportamentos desviantes em: fatos do cidadão; e fatos do inimigo. Quando a norma descumprida se referir a um fato do cidadão, o direito penal do cidadão é aplicado com o objetivo de promover a reafirmação da norma violada. Já os fatos do inimigo são decorrentes de lesões duradouras da validade da norma, provocadas por ações violadoras de algum dos tipos selecionados.

Explica JAKOBS³⁰:

Há muitas outras regras do Direito penal que permitem apreciar que naqueles casos nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinquente como pessoa. Assim, por exemplo, o legislador (por permanecer primeiro no âmbito do Direito material) está passando a uma legislação - denominada abertamente deste modo - de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de «delitos sexuais e outras infrações penais perigosas», assim como, em geral, no que tange aos «crimes». Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo, na criminalidade organizada, inclusive já na conspiração para delinquir, § 30 StGB) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do

²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>, acesso em 23 fev. 2015.

³⁰ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 34-35.

Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa.

Observa-se que na seleção dos crimes que excluiriam a condição de cidadão, rebaixando o indivíduo à categoria de inimigo, estão incluídos tanto o terrorismo quanto a criminalidade econômica. SANTOS critica a fórmula do penalista alemão, apontando que, embora JAKOBS atribua ao legislador a escolha das práticas criminosas que indiquem quem é o inimigo, na realidade, as opções “podem corresponder as preferências pessoais de JAKOBS”.³¹ Além disso, a separação da população em cidadãos e inimigos cancelaria princípios jurídicos civilizados,

tudo conforme sentimentos idiossincráticos ou opções ideológicas deste ou daquele funcionário do Sistema de Justiça Criminal, com a consequência de reinstaurar o proscrito Direito penal do autor.³²

Agrava ainda mais a situação, reforçando a concepção de um estado de emergência penal, a atuação por muitas vezes irresponsável da mídia.

Nesse sentido, destaca BECHARA³³:

A reprodução insistente de fatos pelos meios de comunicação, seguida de seu engrandecimento, leva à distorção da própria percepção da realidade pelo grupo social. Conforme ressalta Santiago Mir Puig, a Imprensa amplia a dimensão das desgraças e da violência. Ao se informar sobre fatos negativos que se produzem em todo o mundo, faz-se com que o destinatário da notícia tenha a sensação de que esses ocorrem muito mais do que antes, quando só se conheciam aqueles decorrentes do próprio âmbito de vida pessoal, familiar ou profissional. De outro lado, adverte o referido autor que os meios de comunicação tendem a dramatizar esse tipo de notícias, de forma a aumentar a sensação de insegurança e de vulnerabilidade, traduzidas em uma maior demanda de intervenção por parte do Direito Penal.

Quando negativamente influenciada pela mídia, a população se torna mais receptiva às políticas emergenciais, por exemplo, o *USA PATRIOT Act*³⁴, editado pelos Estados Unidos, para combater, dentre outros crimes, a lavagem de dinheiro voltado ao

³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>, acesso em 23 fev. 2015.

³² SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>, acesso em 23 fev. 2015.

³³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S.l.], v. 103, p. 411-436, jan. 2008.

³⁴ O tema será mais bem trabalhado no capítulo 3.

financiamento do terrorismo. O que se vislumbra é o oportunismo legislativo de endurecer as normas penais que visam combater a lavagem de dinheiro, propiciado pelo discurso antiterror. Não se pretende defender a devassa, muitas vezes, realizada em desfavor dos acusados de cometerem crimes relacionados ao terrorismo, mas apenas destacar que práticas emergencialistas podem ser camufladas sob o manto da guerra ao terror. Valendo-se de uma opinião pública favorável, muitas vezes, devido à influência negativa exercida pela mídia, uma série de medidas extremas, mas que prometem combater o medo, são aprovadas.

No que tange ao caso brasileiro, as primeiras modificações, ocorridas em 2003, incluíram no rol dos crimes antecedentes ao crime de lavagem os valores provenientes do terrorismo e seu financiamento. Dentre as alterações promovidas em 2012, destacam-se a supressão da expressão *que sabe*, contida no art. 1º, §2º, I³⁵, e a exclusão do rol dos crimes antecedentes à lavagem. Ambas as medidas constituem reflexo de uma política emergencialista. Em parecer emitido sobre o projeto de lei que alterou a legislação sobre lavagem de dinheiro, o Instituto dos Advogados Brasileiros posicionou-se contrariamente às reformas que agravaram o tratamento legal nos seguintes termos:

No que tange a extinção do rol de crimes antecedentes, o legislador considera “*essa alteração fundamental na medida em que facilitará a caracterização do delito*” de lavagem. A justificativa do projeto se apoia no fato de que “*a redação atual favorece o engessamento do tipo penal*” o que dificulta a “*fixação de responsabilidade penal*”, entaves que “*tornam a lei menos eficaz do que poderia ser, abalando de fato a segurança jurídica*”.

A referida alteração legislativa parece-nos excessiva.

Cabe ressaltar inicialmente que a justificativa da busca do “*aprimoramento da punição*” e “*crítica ao engessamento do tipo penal*” constituem exemplos do discurso do eficientismo penal (característica de um Direito Penal de emergência), conectados a um movimento de expansão do Direito Penal, que se apresenta como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recuso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, de declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva).³⁶

³⁵ Essa modificação será abordada no capítulo 4.

³⁶ TEBET, Diogo. PLS 476/2003 (PL 6.577/2009). PLS 209/2003 (PL nº 3.443/2008). Alteração da Lei 9.613/1998 – Lei de Lavagem de Dinheiro. Reformulação do conceito de lavagem de dinheiro para facilitar o cerco aos infratores, abolindo o rol de crimes antecedentes e acrescentando lista de pessoas sujeitas às obrigações impostas pelos arts. 10 de bens. 11. Alienação antecipada de bens. Estabelecimento de fiança,

Ao abordar o fenômeno da expansão do sistema penal como fator da crise e da forma legal e judiciária do direito penal, FERRAJOLI destaca:

É, sem dúvida, própria desta extensão maciça do direito penal, sua incursão sobre a estrutura garantista da jurisdição, turvando a legitimidade, favorecendo o exercício distorcido e aumentando a diferenciação entre a normatividade dos princípios e efetividade das práticas. A ilusão panpenalística é sempre funesta ao garantismo, sendo o instrumental penal inidôneo para enfrentar todos os males sociais sem se romper ou corromper. Isto é tudo o que aconteceu na Itália, onde o estado de emergência ganhou muito espaço graças à revitalização dos delitos associativos previstos no Código Rocco e à invenção de novas técnicas inquisitórias, formas de processo e acusação de matriz policialesca e esquemas penais modelados com base em tipos de autor. Estes arquétipos substanciais surgiram novamente, sobretudo nos processos de terrorismo e contra outras formas de criminalidade organizada, encontrando a seu favor uma subcultura jurídica animada por uma conceituação de processo como uma “luta” pela *salus rei publica* e que justifica meios extraordinários; e acabaram por contagiar por completo o costume judiciário valorizando, também nos processos para delitos comuns, métodos fortes e persecutórios de justiça preventiva.³⁷

A necessidade de delimitar o alcance das medidas de política criminal, compatibilizando-a com a existência e manutenção de direitos e garantias fundamentais ao cidadão, é essencial para viabilizar um sistema penal garantista.

A seguir, analisa-se a viabilidade de criminalização da lavagem de dinheiro, respeitando as garantias essenciais, com base nos mecanismos de controle internacionais e as experiências legislativas estrangeiras.

dentre outros. Desnecessidade. Expansão do Direito Penal. Inobservância do bem jurídico tutelado pela norma. Ofensa ao princípio da Racionalidade da Lei Penal. Violação ao Princípio da Legalidade Penal. Aspectos utilitaristas. Ofensa ao Princípio da Presunção de Inocência. Parecer pela rejeição parcial dos projetos de lei. *Parecer 20/2009*, de 1º nov. 2012. INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Vários tradutores. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 448.

3 LAVAGEM DE DINHEIRO TRANSNACIONAL E SEU ELEMENTO SUBJETIVO NO DIREITO PENAL COMPARADO

O crime de lavagem de dinheiro é, essencialmente, transnacional. Apesar de ser plenamente possível o mascaramento da origem ilícita de capitais obtidos no mesmo local do cometimento do crime antecedente, a remessa de valores para países estrangeiros dificulta sua recuperação e a comprovação da prática de condutas ilícitas. Dessa forma, para se obter uma política criminal efetiva, é primordial que exista cooperação entre os Estados, o que ocorre, primordialmente, por meio de convenções e tratados. De forma paralela e complementar a essas políticas conjuntas tradicionais, atores não estatais desenvolveram instrumentos regulatórios de força normativa não vinculantes, mas que possuem força política e influenciam o direcionamento dos esforços antilavagem.

Deve-se destacar, ainda, a importância do aprimoramento dos mecanismos nacionais de investigação e prevenção a partir da análise das experiências estrangeiras. Neste trabalho, além das questões relativas aos instrumentos internacionais antilavagem, serão abordadas as legislações de quatro países: Itália, Portugal, Alemanha e Estados Unidos. A Itália, por ter sido o primeiro a legislar sobre o tema e em razão da proximidade dogmática, uma vez que boa parte da legislação penal brasileira foi inspirada no modelo italiano; Portugal, por possuir grande afinidade sociocultural com o Brasil; Alemanha, por se tratar de reconhecido centro de referência em estudos penais; e os Estados Unidos da América, devido ao reconhecido esforço político e legislativo de combate à lavagem de dinheiro, além de ser berço de teorias que, apesar de pertencerem ao contexto de *common law*, podem e são aplicadas em países que adotam sistema jurídico diverso.

3.1. Paraísos fiscais e a abordagem do crime de lavagem de dinheiro no contexto internacional

As técnicas de lavagem de dinheiro não são empregadas exclusivamente por indivíduos que praticam a comercialização de produtos e serviços ilícitos. Muitas vezes, a prática do crime de lavagem se dá por setores legais da economia que buscam obter alguma vantagem indevida, normalmente, relacionada ao não pagamento de impostos.

Nesse sentido, é valiosa a lição de MENDRONI, que traça todo um panorama do surgimento dos denominados “paraísos fiscais” na perspectiva da atuação das empresas

petrolíferas. Segundo o autor, nos anos de 1960, as referidas empresas criaram um mecanismo para pagar um baixo valor aos países extratores de crude³⁸, para burlar o pagamento de impostos e para minimizar os riscos financeiros pelo transporte do produto. A técnica, conhecida como “truque do país com bandeira de conveniência”, valia-se de empresas sediadas em *paraísos fiscais*³⁹ – no caso das petrolíferas, destacavam-se a Libéria e o Panamá – para o transporte do crude.

Segundo MENDRONI, o procedimento ocorria da seguinte maneira:

[...] uma empresa fantasma com sede nesses países fretava o petróleo e a empresa petrolífera (Standard Oil ou qualquer outra) vendia o crude à empresa de transportes. Se acontecia algum desastre, como o Exxon Baldez, os responsáveis eram as companhias fantasmas sem patrimônio e que, portanto, nada tinham a perder. Com isso as petrolíferas evitavam enormes despesas com seguros. O sistema era permitido pelas agências internacionais e pelos Estados, pois dessa forma o petróleo ficava mais barato, circunstância que interessava a todos. Entretanto, as empresas petrolíferas aproveitaram ainda de outra – grande – vantagem do sistema. Vendiam o crude a essas empresas radicadas na Libéria ou Panamá a um preço muito baixo e, por isso, a Arábia ou o Kuwait, grandes produtores, não poderiam exigir muito, dada a curta margem de lucro que registravam as empresas extratoras. Mas ocorria que a empresa de transporte naval vendia o crude muito mais caro às refinarias situadas nos países industriais e, como resultado, a Standard Oil e outras empresas petrolíferas não obtinham lucro algum no seu país de origem e portanto não pagavam impostos.⁴⁰

Em pouco tempo, as mineradoras e outras multinacionais implementaram esquemas de preços de transferência semelhantes, o que permitiu uma proliferação ainda maior dos *offshore*.

Ainda em relação aos *offshore*, o autor destaca a importância da criação de filiais de bancos norte-americanos no exterior. O interesse dos EUA surge em decorrência de uma necessidade da Guerra Fria. Como precisava manter contas em dólares para gerir suas operações comerciais, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) injetou os valores em filiais de bancos ingleses em *offshores* criados com a finalidade exclusiva de atender a República Socialista. Em pouco tempo, os próprios bancos americanos se interessaram pela lucrativa prática e, objetivando atrair tanto o capital de origem soviética

³⁸ Petróleo em estado bruto.

³⁹ Também é comum a utilização do termo *offshore*.

⁴⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 45.

quanto aquele de origem não identificada, passaram a estabelecer filiais fora de seu território⁴¹, escapando da rigorosa regulamentação nos EUA.

Em momento posterior, o próprio Departamento do Tesouro americano, que convivia com problemas na balança comercial, passou a incentivar as autoridades bancárias norte-americanas a abrirem filiais em paraísos *offshore*. Assegurando o anonimato dos investidores, as filiais em *offshores* conseguiram atrair capital de origem suspeita proveniente de outras partes do mundo, além de reter parte do capital proveniente de atividades ilegais perpetradas nos próprios Estados Unidos.

A condescendência dos Estados em permitir a livre circulação de capital de origem ilícita propiciou o enorme crescimento de muitas atividades ligadas ao crime organizado, muitas delas relacionadas ao tráfico de drogas. A lavagem de capitais havia se tornado absolutamente necessária para a inserção dos valores de origem ilícita na economia, pois sem

[...] a capacidade de movimentar e de esconder sua enorme riqueza, o crime organizado não teria jamais se convertido na ameaça que então representava. Os cartéis de drogas teriam podido operar em níveis muito inferiores aos de então e com muito menos flexibilidade. Além disso, a confluência de riqueza ilícita, misturando-se ao fluxo de comércio legítimo, havia criado uma elite de criminosos que se pensavam intocáveis.⁴²

Ao evidenciar que a desregulamentação da circulação de capital propiciou o vertiginoso crescimento operacional das atividades criminosas, que tomaram caráter transnacional, os Estados modificaram sua postura e passaram a tratar a questão com mais rigor. Essa mudança de posicionamento pode ser verificada tanto pela maior regulamentação e fiscalização internas – tema que será abordado com o estudo tratamento dado à questão por Itália, Portugal, Alemanha e EUA – quanto pela implementação de tratados, pela adoção de recomendações de organizações e pela utilização de outros métodos de atuação de natureza não vinculante. Esse conjunto de medidas de atuação pode ser dividido em dois mecanismos de atuação: *hard law*; e *soft law*.

⁴¹ A remessa de dólares de bancos americanos teve como destino inicial países da Europa. Vem daí a origem do termo *eurodólares*, dado à prática do envio de valores por bancos americanos.

⁴² DE CARLI, Carla Veríssima. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 87.

Os mecanismos de *hard law* são efetivados por meio de tratados e convenções internacionais juridicamente vinculantes. Na perspectiva brasileira, os mais importantes mecanismos de *hard law* voltados para o combate da lavagem de dinheiro são as convenções da Organização das Nações Unidas (ONU).

Dentre as convenções da ONU destacam-se: Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, conhecida como “Convenção de Viena”; Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, assinada no ano 2000, também conhecida como “Convenção de Palermo”; e Convenção da Organização das Nações Unidas Contra a Corrupção, de 2003, denominada “Convenção de Mérida”.

3.1.1 Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substâncias Psicotrópicas: Convenção de Viena

O marco internacional das políticas de Estado objetivando combater a lavagem de dinheiro se deu com a realização da Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substâncias Psicotrópicas, ou simplesmente Convenção de Viena, realizada em 1988.

Os primeiros esforços internacionais conjuntos visavam combater a lavagem dos valores resultantes da venda de substâncias entorpecentes ilegais. A iniciativa decorreu da constatação de que o tráfico de drogas ilícitas se retroalimentava, proporcionando cada vez maiores lucros e aumento de capital. Diante da comprovação de que o acúmulo dos valores lavados possibilitava maior investimento na produção e comercialização das drogas ilegais, em patamares cada vez mais elevados, as autoridades estatais decidiram atacar o capital financiador do tráfico.⁴³

Os Estados subscritores desta convenção se comprometeram a tipificar as condutas daqueles que, dentre outras práticas⁴⁴, produzam, distribuam ou comercializem qualquer entorpecente ou substância psicotrópica. Havia, ainda, a previsão expressa de que os signatários criminalizassem as operações de lavagem de dinheiro decorrentes da

⁴³ ONU. *Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substâncias Psicotrópicas*. Preâmbulo. 20 dez. 1988. Viena, 1988.

⁴⁴ O artigo 3 da Convenção de Viena prevê a relação completa dos comportamentos que os Estados signatários se comprometeram a tipificar. No Brasil, pode ser consultado no Decreto 154/91.

organização, gestão ou financiamento do tráfico de drogas. O trecho do artigo 3 que trata especificamente da necessidade de criminalização da lavagem de capitais oriundos de atividades relacionadas ao tráfico de drogas, dispõe:

1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:

(...)

b) i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das conseqüências jurídicas de seus atos;

ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão;⁴⁵

O conceito de bens, conforme referido no artigo acima transcrito foi delimitado no artigo 1º, c, como “os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis e imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos legais que confirmam a propriedade ou outros direitos sobre os ativos em questão”. Dessa forma, o artigo 3, b, 1, recomenda a proibição da transferência de valores, imóveis e qualquer tipo de bem com valor econômico.

A respeito dessa disposição legal, é necessário salientar o comentário tecido por CALLEGARI e WEBER⁴⁶, os quais observam que da

[...] análise do texto da convenção, extrai-se a exigência da comissão por dolo direto, que requer uma conduta intencional e voluntária do agente em busca do resultado ilícito. São as expressões *com conhecimento, com o objetivo de e sabendo que* que permitem a conclusão de que este instrumento internacional não prevê a punição a título de dolo eventual ou culpa. Nessa esteira, a Sociedade de Direito Inglesa, respondendo consulta do governo inglês, concluiu em recente publicação:

“Ambas ofensas exigem conhecimento da origem criminosa da propriedade. Elas são o que se pode definir como condutas de lavagem clássicas, tipicamente realizadas por uma pessoa que talvez não tenha

⁴⁵ ONU. Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substâncias Psicotrópicas. Art. 3º. 20 dez. 1988. Viena, 1988.

⁴⁶ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53.

tido envolvimento no tráfico de drogas ou outro delito antecedente, mas que detém ciência absoluta da fonte do dinheiro ou propriedade e que auxilia diversos criminosos a ocultar ou transformar, a lavar o dinheiro ou outros bens derivados de seus crimes” (destaques no original).

A recomendação da convenção de apenas criminalizar a prática de lavagem de dinheiro cometida mediante ação praticada com dolo direto foi observada na legislação de primeira geração brasileira. Após a recepção da convenção pelo ordenamento jurídico pátrio e a posterior promulgação do Decreto 154/91 o Brasil assumiu o compromisso de criar legislação própria visando combater o tráfico ilícitos de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas e “privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade”.⁴⁷

3.1.2 Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional: Convenção de Palermo

O Brasil foi um dos signatários da Convenção de Palermo, a qual foi promulgada no dia 12 de março de 2004, por meio do Decreto 5.015/04.⁴⁸ O documento foi pactuado no ano de 2000, durante a realização da Assembleia Geral do Milênio, em Nova York, e foi denominado “Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional”, também conhecido como “Convenção de Palermo” pois havia sido elaborada na cidade italiana em 1999.

Conforme se depreende do próprio título, o objetivo da convenção “consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”.⁴⁹ Nesse intuito de atingir seus fins, prevê o combate de grupos criminosos organizados, os quais são definidos como

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a

⁴⁷ BRASIL. *Decreto 154*, de 1991. Preâmbulo. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. 26 jun. 1991.

⁴⁸ BRASIL. *Decreto 5.015*, de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. 12 mar. 2004.

⁴⁹ ONU. *Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional*. Artigo 1. 15 nov. 2000. Nova York.

intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.⁵⁰

As infrações graves apontadas na conceituação de grupo criminoso organizado foram definidas no art. 2, b, como “ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior”. Ressalte-se que, para aplicar a Convenção de Palermo a uma infração grave, é necessário que o crime possua caráter transnacional e envolva um grupo criminoso organizado.

De forma análoga às infrações graves, também é necessário observar a existência de transnacionalidade e de envolvimento de grupo criminoso organizado quando aplicada a Convenção de Palermo para prevenção, investigação, instrução e julgamento de crimes previstos nos artigos 5 (Criminalização da participação em um grupo criminoso organizado), 6 (Criminalização da lavagem do produto do crime), 8 (Criminalização da corrupção) e 23 (Criminalização da obstrução à justiça). BADARÓ e BOTTINI⁵¹ apontam que um dos avanços obtidos em relação à Convenção de Viena, que previa somente o tráfico de drogas como crime antecedente, prende-se justamente ao fato de a Convenção de Palermo indicar um rol de crimes que podem gerar bens passíveis de lavagem de dinheiro.

Esse rol é disposto no artigo 6 da Convenção de Palermo, que recomenda que se aplique à criminalização “a mais ampla gama possível de infrações principais”, considerando tanto aquelas definidas no artigo 2, b, quanto as previstas nos artigos 5 (participação em um grupo criminoso organizado), 8 (corrupção) e 23 (obstrução à justiça). Prevê, ainda, para os Estados signatários cuja legislação estabeleça um rol de crimes antecedentes a elaboração de uma lista de infrações principais específicas, na qual deve ser incluída, ao menos, uma série de delitos relacionados com grupos criminosos organizados.

O artigo 6 trata da conceituação do termo *lavagem de dinheiro*, definindo-o como

A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer

⁵⁰ ONU. *Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional*. Artigo 2, a. 15 nov. 2000. Nova York.

⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 31.

peessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos.⁵²

O *caput* do referido artigo determina que os Estados signatários, respeitando as peculiaridades próprias do direito interno, as práticas legislativas e quaisquer outras que se fizerem necessárias, caracterizem como infração penal, quando praticada intencionalmente:

A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime.⁵³

A caracterização da infração foi feita em termos similares aos que a Convenção de Viena definiu como situações em que há lavagem de dinheiro proveniente do tráfico de drogas. A grande inovação foi a considerável expansão do rol de delitos antecedentes à prática de lavagem de dinheiro. Outro ponto equivalente entre as convenções foi a opção pela criminalização das condutas cometidas *intencionalmente*, abrangendo somente a prática da modalidade dolosa⁵⁴ do delito de lavagem de dinheiro.

Merece destaque a observação de SCHORSCHER ao indicar que as Nações Unidas, a partir da Convenção de Palermo,

[...] adotaram expressamente uma tipificação de lavagem de dinheiro que se aproxima nitidamente das definições estabelecidas nos demais instrumentos internacionais formulados em outros âmbitos, posteriormente à Convenção de Viena de 1988.⁵⁵

A autora também salienta que a Convenção de Palermo determinou aos Estados a criação de mecanismos de controle – seguindo os padrões internacionais elaborados por organismos dedicados à prevenção e ao combate da lavagem de capitais – sobre atividades passíveis de serem utilizadas na lavagem de capitais.

⁵² ONU. *Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional*. Artigo 6, 1, a, i. 15 nov. 2000. Nova York.

⁵³ ONU. *Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional*. Artigo 6, 1, a, ii. 15 nov. 2000. Nova York.

⁵⁴ Contudo, é pertinente observar que o artigo 6, 2, “f” prevê que o conhecimento, a intenção ou a motivação, enquanto elementos constitutivos de uma infração enunciada no parágrafo 1 do presente Artigo, poderão inferir-se de circunstâncias fatuais objetivas.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. Orientador: Sérgio Salomão Shecaira. 2012. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 46.

Por fim, é importante mencionar outras inovações trazidas. A primeira é a possibilidade de serem considerados como crime antecedente da lavagem de dinheiros os delitos cometidos em outros países, desde que respeitado o princípio da dupla incriminação. Embora não prevista na legislação brasileira, a convenção possibilita a ressalva, quando exigido pelos princípios do ordenamento pátrio, de não aplicação das disposições no caso de ocorrência de autolavagem; ou seja, quando o indivíduo responsável pela lavagem de dinheiro também é o autor da infração antecedente.

3.1.3 Convenção da Organização das Nações Unidas Contra a Corrupção: Convenção de Mérida

No dia 31 de janeiro de 2006, por meio do Decreto 5.687/06⁵⁶, o Brasil promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ou Convenção de Mérida, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em dezembro do mesmo ano.

Os Estados signatários exteriorizaram no preâmbulo da convenção sua preocupação em relação aos graves problemas provenientes da corrupção e seu convencimento de que esta nefasta prática enfraquece as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e comprometem o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito. Diante disso, os comprometeram-se a combater os vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência – em particular, o crime organizado e a corrupção econômica –, incluindo a lavagem de dinheiro. Para tanto, firmaram o compromisso de adotar as medidas pactuadas para prevenir, detectar e dissuadir com maior eficácia as transferências internacionais de ativos adquiridos ilicitamente e a fortalecer a cooperação internacional para a recuperação destes ativos.

As questões relativas à prevenção do cometimento do crime de lavagem de dinheiro foram tratadas no artigo 14⁵⁷, o qual elenca as medidas que cada Estado parte deveria adotar

⁵⁶ BRASIL. *Decreto 5.687*, de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. 31 jan. 2006.

⁵⁷ Informações adicionais sobre prevenção e detecção de transferências de produto de delito, consultar o artigo 52. Esclarecimentos sobre os mecanismos de recuperação de bens provenientes de lavagem de dinheiro podem ser obtidas no artigo 54. Sobre o confisco e restituição de ativos lavados, provenientes de fundos públicos malversados, verificar o artigo 57, todos do Decreto 5.687/06.

para coibir a prática. A convenção determinou aos signatários que estabelecessem um amplo regimento interno para regulamentar e supervisionar bancos e instituições financeiras não bancárias. Deveriam fiscalizar, nos mesmos parâmetros, as pessoas físicas e as pessoas jurídicas prestadoras de serviços oficiais ou oficiosos de transferência de dinheiro ou valores e, quando necessário, outros órgãos dentro de sua jurisdição nos quais recaísse particular suspeita de serem utilizados para a lavagem de dinheiro.

As medidas objetivam prevenir e detectar todas as formas de lavagem de dinheiro. Para tanto, a convenção recomenda que a elaboração do regimento dê especial atenção aos requisitos relativos à identificação do cliente e, quando proceder do beneficiário final, ao estabelecimento de registros e à denúncia das transações suspeitas.

Outro ponto previsto na convenção que possui grande relevância para o combate à lavagem de capitais foi a prescrição aos Estados de considerarem o estabelecimento de um departamento de inteligência financeira que centralizasse a recompilação, análise e difusão de informações sobre possíveis atividades de lavagem de dinheiro que ocorram no país. Além disso, recomenda aos Estados realizar o monitoramento transfronteiriço de efetivo e de títulos negociáveis pertinentes, podendo, para tanto, determinar que os particulares e as entidades comerciais notifiquem sobre a realização desses tipos de transferências.

Deve-se apontar, ainda, que no artigo 14, 3, a convenção prescreve aos Estados signatários que considerem a possibilidade de aplicar medidas apropriadas e viáveis para exigir às instituições financeiras, incluídas aquelas que remetem dinheiro, que:

- a) Incluam nos formulários de transferência eletrônica de fundos e mensagens conexas informação exata e válida sobre o remetente;
- b) Mantenham essa informação durante todo o ciclo de operação; e
- c) Examinem de maneira mais minuciosa as transferências de fundos que não contenham informação completa sobre o remetente.

O artigo 23, que trata da qualificação do delito de lavagem de dinheiro, recomenda que cada Estado, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna e as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias, qualifique como delito, quando cometido intencionalmente:

a) i) A conversão ou a transferência de bens, sabendo-se que esses bens são produtos de delito, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens e ajudar a qualquer pessoa envolvida na prática do delito com o objetivo de afastar as conseqüências jurídicas de seus atos;

ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, situação, disposição, movimentação ou da propriedade de bens o do legítimo direito a estes, sabendo-se que tais bens são produtos de delito;

b) Com sujeição aos conceitos básicos de seu ordenamento jurídico: i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo-se, no momento de sua recepção, de que se tratam de produto de delito;

ii) A participação na prática de quaisquer dos delitos qualificados de acordo com o presente Artigo, assim como a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los e a ajuda, incitação, facilitação e o assessoramento com vistas à sua prática.⁵⁸

Ao final, reitera pontos já consolidados pela Convenção de Palermo, como sua aplicação “à gama mais ampla possível de delitos determinantes”⁵⁹, integrantes de um rol que deveria abarcar, no mínimo, os crimes definidos na própria convenção. Além disso, repete a Convenção de Palermo ao recomendar que os Estados analisem a possibilidade de adotar medidas para incluir como crimes antecedentes da lavagem de dinheiros os delitos cometidos em outros países, desde que respeitado o princípio da dupla incriminação⁶⁰ e, por fim, que considerem a possibilidade de ressalva, quando exigido pelos princípios do ordenamento pátrio, de não aplicação das disposições no caso de ocorrência de autolavagem⁶¹ (exceção não prevista na legislação brasileira).

Repetindo as orientações das Convenções de Viena e Palermo, a Convenção de Mérida recomenda a criminalização quando as condutas criminosas forem praticadas “intencionalmente”.⁶²

⁵⁸ BRASIL. *Decreto 5.687*, de 2006. Artigo 23, 1. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. 31 jan. 2006.

⁵⁹ BRASIL. *Decreto 5.687*, de 2006. Artigo 23, 2, a. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. 31 jan. 2006.

⁶⁰ Previsão que o fato também deve ser considerado ilícito penal no país de origem.

⁶¹ Procedimento no qual o autor do crime antecedente também é responsável pela lavagem desses bens ou valores.

⁶² Ver artigos 15-24 do Decreto 5.687/06.

3.1.4 As Diretivas da União Europeia

Ao realizar o estudo dos mecanismos de combate à lavagem de dinheiro, além da legislação interna de cada Estado, deve-se considerar o contexto no qual aquele país está inserido e as especificidades concernentes aos instrumentos internacionais que influenciam sua legislação. Embora o Brasil não esteja inserido no contexto da União Europeia, devido ao intrincado conjunto de disposições que regem o sistema de cooperação internacional sobre lavagem de dinheiro, o País sofre influência direta e indireta de medidas de caráter interno ao bloco. Por esse motivo, é necessário destacar a política das diretivas editadas no bloco europeu.

No contexto comunitário da União Europeia, existem estruturas de combate à lavagem de capitais exclusivas. Muito embora não sejam adotadas pelo Brasil, constituem relevante instrumentos para, dentre outros, Itália, Portugal e Alemanha. Um dos principais mecanismos utilizados são as diretivas elaboradas pelo Conselho das Comunidades Europeias e pelo Parlamento Europeu. As diretivas destinadas ao combate da lavagem de dinheiro consistem um compromisso conjunto entre os Estados membros de criar uma legislação minimamente uniforme, visando à proteção do sistema financeiro contra a criminalidade organizada. Essas diretivas transpuseram para o Direito europeu as 40 Recomendações do GAFI. Contudo, diferentemente destas, que são facultativas, as diretivas europeias são vinculantes de adoção obrigatória.

A Diretiva 91/308/CE⁶³, a primeira a ser editada, definiu que os Estados membros deveriam utilizar um conceito padrão para o crime de lavagem de dinheiro. Essa uniformização legislativa visava impedir a adoção de conceitos distintos pelos Estados, o que seria prejudicial ao mercado comum.⁶⁴

Merece destaque o fato de que já nesta Diretiva é disposto que devem ser tidos como crimes antecedentes à lavagem de dinheiro os delitos mencionados na Convenção de Viena de 1988 e quaisquer outros que os Estados-membros indicassem como tais. Para além da definição típica do delito, esta Diretiva preocupou-se ainda em estabelecer um sistema de controles das operações financeiras que apresentavam maior risco de serem utilizadas para lavagem de dinheiro à época, abrangendo

⁶³ CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Directiva 91/308/CEE*, de 1991. Luxemburgo, 10 jun. 1991: Jornal Oficial n. L 166 de 28/06/1991. Relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais.

⁶⁴ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. Orientador: Sérgio Salomão Shecaira. 2012. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 48.

e vinculando instituições financeiras e de crédito bem como empresas seguradoras. Previram-se diversas obrigações de identificação de clientes e de informações de operações suspeitas, bem como outras formas de cooperação entre tais instituições e as autoridades competentes para a sua fiscalização e a persecução criminal. Além disso, a Primeira Diretiva facultava aos Estados-membros a imposição de obrigações de controle dessa natureza para outras atividades que pudessem ser utilizadas na lavagem de dinheiro.⁶⁵

A primeira diretiva foi complementada pela Diretiva 2001/97/CE⁶⁶ (segunda diretiva), que a alterou, promovendo a expansão do rol de crimes antecedentes, incluindo, dentre outros, os de corrupção, os de fraudes e os praticados por organizações criminosas. Contudo, a alteração mais significativa introduzida pela segunda diretiva foi o estabelecimento da obrigação para pessoas naturais⁶⁷ ou jurídicas implementarem práticas de identificação e verificação das transações de clientes, emitindo relatório à autoridade competente sempre que vislumbrada alguma prática suspeita.⁶⁸

A terceira diretiva – Diretiva 2005/60/CE⁶⁹ – entrou em vigor em dezembro de 2005. Além de dispor sobre os meios de conter a utilização do sistema financeiro para a lavagem de capitais, instituiu medidas para o combate ao financiamento do terrorismo. A necessidade de uma nova diretiva surgiu da atualização das “40 Recomendações” do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI) ocorrida no ano de 2003. A Terceira Diretiva incorporou todas as Recomendações do GAFI e revogou as diretivas anteriores. O novo texto ampliou o rol de crimes antecedentes com a inclusão das condutas relacionadas ao terrorismo, determinou a criação de Unidades de Inteligência Financeira (UIFs) e detalhou como seriam os procedimentos de identificação e comunicação de atividades suspeitas às autoridades competentes. Acerca da prática de lavagem de capitais e do financiamento ao terrorismo, a terceira diretiva definiu para os Estados, no artigo 1, parágrafo 2:

⁶⁵ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. Orientador: Sérgio Salomão Shecaira. 2012. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 49.

⁶⁶ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/97/CE*, de 2001. Bruxelas, 04 dez. 2001: Jornal Oficial das Comunidades Europeias - L 344/ 76, de 28/12/2001. Altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais.

⁶⁷ O rol incluía, dentre outros, consultores tributários, auditores, notários e outros profissionais do direito.

⁶⁸ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/97/CE*, de 2001. Artigo 2.º A. Bruxelas, 04 dez. 2001: Jornal Oficial das Comunidades Europeias - L 344/ 76, de 28/12/2001.

⁶⁹ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2005/60/CE*, de 2005. Estrasburgo, 26 out. 2005: Jornal Oficial das Comunidades Europeias - L 309/15, de 25/11/2005. Relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.

Para os efeitos da presente directiva, entende-se por branqueamento de capitais os comportamentos a seguir descritos, quando adoptados intencionalmente:

- a) A conversão ou transferência de bens, com conhecimento de que esses bens provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza, com o fim de encobrir ou dissimular a sua origem ilícita ou de auxiliar quaisquer pessoas implicadas nessa actividade a furtarem-se às consequências jurídicas dos seus actos;
- b) A dissimulação ou encobrimento da verdadeira natureza, origem, localização, utilização, circulação ou propriedade de determinados bens ou de direitos relativos a esses bens, com conhecimento de que tais bens provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza;
- c) A aquisição, detenção ou utilização de bens, com conhecimento, aquando da sua recepção, de que provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza;
- d) A participação num dos actos referidos nas alíneas anteriores, a associação para praticar o referido acto, as tentativas de o perpetrar, o facto de ajudar, incitar ou aconselhar alguém a praticá-lo ou o facto de facilitar a sua execução.

Como se observa, a orientação do legislador europeu foi pela adoção do critério do dolo direto para a configuração do crime de lavagem de dinheiro. É necessário destacar que a previsão do artigo 1, parágrafo 5 de que “o conhecimento, a intenção ou a motivação, que devem ser um elemento das actividades referidas nos n^{os} 2 e 4, podem ser inferidos a partir de circunstâncias factuais objectivas”⁷⁰ não se confunde com uma possível adoção do critério do dolo eventual. Ao indicar aos Estados a adoção de medidas que possibilitem inferir o conhecimento, a intenção ou a motivação da prática de algum dos tipos previstos nos artigos 2 e 4, o legislador se refere à possibilidade de inferir o dolo direto, senão as disposições “intencionalmente”, “com conhecimento” etc. encontradas nos artigos 2 e 4 seriam inócuas. Por fim, cabe destacar que a terceira diretiva estabelece o patamar mínimo para a incriminação, não havendo qualquer impedimento para a adoção de critérios mais rígidos que os encontrados neste documento.

⁷⁰ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2005/60/CE*, de 2005. art. 1^o, §5^o. Estrasburgo, 26 out. 2005: Jornal Oficial das Comunidades Europeias L 309/15, de 25/11/2005. Relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.

3.2 Estados, atores não estatais e os mecanismos de *soft law*

A operacionalização de meios de combate à lavagem de dinheiro não se encerra com os mecanismos de *hard law*. Complementarmente, são utilizados mecanismos de ordem eminentemente política que engendram uma complexa rede, denominada *soft law*, que envolve Estados e organizações internacionais.

Segundo MACHADO, a

[...] expressão “*soft law*” refere-se aos instrumentos elaborados por Estados e atores não estatais, não vinculantes juridicamente, mas que influenciam a conduta dos Estados, das organizações internacionais e dos indivíduos.⁷¹

Os principais meios de aplicação de técnicas de *soft law*, quanto aos aspectos relacionados à lavagem de dinheiro no contexto brasileiro, são as Recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI) e as proporcionadas pelo Grupo Egmont e pela Comissão Interamericana Contra o Abuso de Drogas (CICAD).

3.2.1 As Recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI)

No encontro anual do grupo que reúne os sete países mais industrializados e desenvolvidos economicamente (G-7)⁷² realizado em 1989 na cidade de Paris, foi criado o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI), ou *Financial Action Task Force* (FATF). O grupo, criado no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), é uma organização intergovernamental focada no desenvolvimento e na promoção de políticas públicas, nos âmbitos nacional e internacional, para combater a lavagem de dinheiro. Em 2001, em decorrência dos ataques terroristas ocorridos em Nova York, o combate ao financiamento do terrorismo foi adicionado aos objetivos do grupo. Acerca dessa inclusão, observa SCHORSCHER que o tratamento conjunto de condutas conceitualmente distintas – lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo – é

⁷¹ MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: ed. 34, 2004. p. 45.

⁷² À época, o grupo das sete maiores potências industrializadas era composto por Alemanha, Canadá, EUA, França, Itália, Japão e Reino Unido.

justificado pelo fato de ambas se valerem de transações para alcançar o objetivo de “ocultar a relação entre a origem dos fundos utilizados e o seu destino”.⁷³

No ano seguinte à sua criação, o GAFI publicou um documento contendo quarenta recomendações para o estabelecimento de políticas antilavagem. Essas recomendações constituem padrões internacionais, ou *standards*, que fornecem uma série de diretrizes, cabendo aos Estados, de acordo com suas características próprias, direcionar a implementação das políticas nacionais de enfrentamento à lavagem de capitais. Cabe destacar que, devido à dinamicidade das práticas criminosas, o GAFI, no intuito de se adequar às novas técnicas de lavagem de dinheiro utilizadas, revisa periodicamente suas recomendações.

A primeira das revisões ocorreu em 1996. Segundo MENDRONI essas modificações foram direcionadas a:

- estender também às empresas não financeiras, passíveis de serem utilizadas para lavagem de dinheiro, a aplicação de medidas até então limitadas ao setor financeiro;
- obrigar a comunicação de operações suspeitas e a declaração da origem dos recursos;
- promover um controle maior das casas de câmbio, tendo em vista ter sido registrado um aumento de operações de lavagem por meio desses estabelecimentos; e
- fiscalizar os movimentos fronteiriços de ativos.⁷⁴

No ano de 2001, em decorrência dos atentados ao *World Trade Center*, o GAFI expandiu sua atuação para abarcar também o combate ao financiamento dos atos e organizações terroristas. Publicou mais oito recomendações específicas sobre o tema. Em 2004, foi publicada uma recomendação adicional sobre o combate ao terrorismo, resultando nas “40+9” recomendações do GAFI.

A última revisão promovida pelo GAFI ocorreu em 2012. Tendo em vista a similaridade entre as 40 Recomendações sobre lavagem de dinheiro e as 9 “Recomendações Especiais”

⁷³ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. Orientador: Sérgio Salomão Shecaira. 2012. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 40.

⁷⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 52.

sobre o financiamento ao terrorismo, foi promovida a unificação delas em um texto único, que retomou a ideia inicial de 40 Recomendações.

Não há recomendação que trate especificamente da questão da criminalização por dolo direto ou eventual. Contudo, uma vez que o primeiro parágrafo da nota interpretativa para a Recomendação nº 3⁷⁵ sugere a criminalização da lavagem de dinheiro com base na Convenção de Viena e na Convenção de Palermo, e que ambas as Convenções recomendam a utilização do dolo direto, pode-se concluir que esse também é o posicionamento do GAFI.⁷⁶

A mesma conclusão se obtém da leitura da nota interpretativa para a Recomendação nº 3, §7. “a”, que sugere aos países assegurar-se de que a intenção e o conhecimento necessários para provar o crime de lavagem de dinheiro possam ser inferidos por circunstâncias factuais objetivas. Se, de um lado, a caracterização de circunstâncias factuais objetivas possibilita a presunção de intenção e conhecimento do agente que produz o resultado, de outro, não há qualquer menção à adoção de critérios de responsabilização presumida por dolo eventual. O dolo eventual é caracterizado pela ação do agente que, sem a intenção de produzir determinado resultado, age assumindo o risco de produzi-lo. Uma vez que a recomendação sugere que se possa inferir intenção e conhecimento, exclui-se a possibilidade de aplicação da recomendação às ações praticadas pelo agente com dolo eventual pelo simples fato de que nessa modalidade o agente não deseja produzir o resultado típico.

É importante salientar que as recomendações do GAFI não são destinadas exclusivamente a seus membros, mas sim a todos os Estados e territórios. Como se trata de combate a delitos essencialmente transnacionais, o grupo definiu que a melhor estratégia de atuação para combatê-los seria por meio da atuação preventiva e repressiva em escala global, envolvendo, portanto, todos os Estados e territórios.

Dentre os Estados membros do GAFI são utilizados dois métodos de avaliação da efetividade das políticas de combate à lavagem de dinheiro. De acordo com DE CARLI,

⁷⁵ FATF-GAFI. *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação*: as recomendações do GAFI. fev. 2012. Nota interpretativa para a Recomendação nº 3, §1º.

⁷⁶ A opção pela comprovação do dolo direto também pode ser observada na nota interpretativa para a Recomendação nº 5, §10, que aborda a questão do terrorismo. O texto prevê que para a contribuição ser considerada criminosa “tal contribuição deverá ser intencional e deverá” atender certos requisitos.

o primeiro, de caráter anual, envolve a resolução de questionário próprio, que é analisado pelo GAFI para avaliar a situação do Estado membro. O segundo é efetivado pelo sistema de *peer review*, ou exame pelos pares. Consiste na realização de uma avaliação pelo GAFI, com o envio para o país avaliado de uma equipe de especialistas na área legal e financeira.⁷⁷

Mesmo os países não participantes do grupo buscam adotar políticas contemplativas das 40 Recomendações editadas pelo GAFI. Apesar de o grupo não possuir qualquer meio coercitivo para que os Estados e territórios não participantes efetivassem as medidas antilavagem, entre 2000 e 2006 o GAFI publicou anualmente a lista de países e territórios não cooperantes (*Non-cooperative Countries and Territories*), a qual objetivava alertar os demais países quanto ao risco de manter relações comerciais e transações financeiras e de diminuir os riscos de utilização do sistema financeiro para a lavagem de dinheiro. DE CARLI observa que a justificativa à época apresentada pelo GAFI para a divulgação da lista era que todos os países e territórios, independentemente de serem membros do grupo, fazem parte do sistema financeiro global. Dessa forma, aqueles que não cooperassem com a luta antilavagem prejudicariam os demais, empenhados em combater a lavagem de dinheiro. A eficácia da implementação das medidas antilavagem era obtida, principalmente, pela possibilidade de aplicação da Recomendação 19⁷⁸ aos não cooperantes por todos os Estados, territórios e instituições financeiras que adotassem as recomendações do GAFI. Com a adesão dos países e territórios, a lista teve fim em 2006.

Desde 2010, a pedido do Grupo formado pelos ministros de finanças e chefes dos bancos centrais das 19 maiores economias do mundo mais a União Europeia (G-20), o GAFI voltou a divulgar a lista dos países que oferecem risco ao sistema financeiro internacional. Isso porque logo após a crise financeira mundial de 2008 o GAFI enviou um relatório ao

⁷⁷ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 161.

⁷⁸ “19. As instituições financeiras deveriam estar obrigadas a aplicar medidas reforçadas de devida diligência acerca do cliente para relações de negócios e transações com pessoas físicas e jurídicas e instituições financeiras de países onde as Recomendações GAFI assim o exigirem. O tipo de medida reforçada de devida diligência aplicada deverá ser efetivo e proporcional aos riscos.

Os países deveriam estar aptos a aplicar contramedidas adequadas quando solicitados pelo GAFI. Os países deveriam estar aptos a aplicar contramedidas independentemente de qualquer solicitação do GAFI a esse respeito. Tais contramedidas deveriam ser efetivas e proporcionais aos riscos”. (FATF-GAFI. *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAFI*. fev. 2012).

G-20 alertando sobre a falta de transparência de alguns setores da economia. Segundo DE CARLI

O que o GAFI verificou foi que uma das causas da crise financeira teria sido a falta de transparência de alguns setores da economia dos países, ou seja, se as recomendações estivessem sendo bem atendidas, o problema teria sido percebido muito antes de alcançar proporções catastróficas. Assim, o G-20 solicitou ao GAFI seu auxílio para identificar e deter os processos que trazem riscos ao sistema financeiro internacional, reforçando o trabalho de monitoramento do cumprimento das recomendações que dizem respeito, em especial, à fiscalização da clientela das instituições financeiras (*customer due diligence*) e à verificação dos reais beneficiários das operações financeiras.⁷⁹

Desde então, para assegurar a continuidade das políticas de proteção ao sistema financeiro internacional da lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo e para incentivar uma maior conformidade com suas normas, “o GAFI identifica as jurisdições que possuem deficiências estratégicas e busca trabalhar com as mesmas, visando solucionar essas deficiências que representam riscos para o sistema financeiro internacional”.⁸⁰

Muito embora não exista previsão – nem possibilidade – de sanção para a não implementação das recomendações do GAFI, a maioria dos países opta por adaptar suas legislações e implantá-las. Isso decorre da necessidade de manutenção das relações comerciais e de realização de transações financeiras, que seriam inviabilizadas no caso de não cooperação. Acerca disso, salienta NASSER:

Os mercados financeiros dos países do GAFI (sobretudo os países centrais, membros do G7 e da OCDE) são indispensáveis e incontornáveis no processo de globalização financeira. Os demais Estados, se quiserem participar desse processo, precisam ter acesso a esses mercados. Ora, os países do GAFI, que não podem legislar sobre as atividades financeiras no interior dos outros Estados e não podem forçar estes últimos a participarem de tratados internacionais na matéria (ao menos em princípio), podem, no entanto, decidir como serão tratadas no seu mercado as operações de países que não cooperam (e seus bancos), dificultando-as, e premiando as que cooperam.⁸¹

⁷⁹ DE CARLI, Carla Veríssima. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 163.

⁸⁰ “O GAFI identifica as jurisdições que possuem deficiências estratégicas e busca trabalhar com elas, visando solucionar essas deficiências que representam riscos para o sistema financeiro internacional”. (Tradução livre. FATF-GAFI. *High-risk and non-cooperative jurisdictions*: FATF public statement Paris, 24 out. 2014.

⁸¹ NASSER, Salem Hitmak. *Fontes e Normas do Direito Internacional: um estudo sobre a Soft Law*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 131.

Devido a sua grande influência, percebe-se que o GAFI é um valioso instrumento de *soft law*, mas não o único. As políticas internacionais de combate à lavagem de dinheiro se valem de diversos mecanismos para estreitar as políticas em busca de maior efetividade. Nesse sentido, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) contribuiu para promover o aperfeiçoamento das políticas brasileiras ao integrar o Grupo de Egmont, do qual se trata a seguir.

3.2.2 O Grupo Egmont

O Grupo Egmont foi criado em Bruxelas, Bélgica, em 1995 pelo grupo de Unidades de Inteligência Financeira (UIFs), ou *Financial Intelligence Units* (FIUs), com o objetivo de manter reuniões periódicas para promover o desenvolvimento da rede internacional de combate à lavagem de dinheiro e, posteriormente, enfrentar o financiamento ao terrorismo.

As UIFs são as agências nacionais responsáveis por combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo. Para o adequado cumprimento de seus objetivos, são especializadas no recebimento, análise e encaminhamento às autoridades competentes de informações financeiras referentes a recursos supostamente oriundos de crime e/ou potencialmente financiadores de atividades terroristas. No Brasil, as funções próprias das Unidades de Inteligência Financeira são atribuídas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), criado pela Lei 9.613/98, no âmbito do Ministério da Fazenda, “com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades”.⁸² O COAF foi admitido no Grupo de Egmont em 1999, na VII Reunião Plenária do Grupo, realizada na Bratislava.

O Grupo de Egmont proporciona o intercâmbio de informações entre as UIFs de todo o mundo, possibilitando o aperfeiçoamento dos meios de cooperação e aprimoramento dos mecanismos de luta contra a lavagem de capitais e o financiamento do terrorismo. Atualmente, conta 139 membros⁸³, número que pode aumentar consideravelmente devido

⁸² BRASIL. *Lei 9.613*, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. art. 14.

⁸³ Segundo levantamento oficial do Grupo realizado no ano de 2013.

à estreita ligação entre o Grupo de Egmont e o GAFI. Ocorre que muitas das agências de inteligência foram criadas em atendimento à Recomendação 29 do GAFI, que determina aos países o estabelecimento de UIFs para recebimento e análise de: “(a) comunicações de operações suspeitas; e (b) outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise”.⁸⁴ A leitura da Nota Interpretativa nº13 sobre a Recomendação 29 do GAFI evidencia a necessidade de inscrição das UIFs no Grupo de Egmont, para facilitar a troca de experiências sobre lavagem de dinheiro:

13. Os países deveriam se assegurar de que a UIF se refira à Declaração de Propósitos do Grupo Egmont e seus Princípios de Troca de Informações entre Unidades de Inteligência Financeira para casos de Lavagem de Dinheiro e Financiamento do Terrorismo (estes documentos estabelecem importantes orientações a respeito do papel e das funções das UIFs, e dos mecanismos de troca de informações entre as UIFs). A UIF deverá se inscrever como membro do Grupo Egmont.⁸⁵

Como se pode observar, o sistema de *soft law* é composto por uma intrincada rede de agentes, alguns com escala global, como o GAFI e o Grupo Egmont e outros em escala regional, mas nem por isso menos relevantes. Aborda-se na sequência uma dessas agências de abrangência regional, vinculada à Organização dos Estados Americanos, da qual o Brasil é membro desde 1948.

3.2.3 A Comissão Interamericana Contra o Abuso de Drogas

A Comissão Interamericana Contra o Abuso de Drogas (CICAD), foi criada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) tem por finalidade estabelecer uma estratégia continental conjunta de combate ao narcotráfico. Para alcançar seus objetivos, cumpre-lhe “definir uma pauta de alcance hemisférico que possibilite a implementação de planos e programas capazes de fortalecer os esforços no combate às práticas criminosas ligadas ao tráfico de drogas, entre as quais, a lavagem de dinheiro”.⁸⁶

⁸⁴ FATF-GAFI. *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação*: as recomendações do GAFI. fev. 2012. Recomendação nº 29.

⁸⁵ FATF-GAFI. *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação*: as recomendações do GAFI. fev. 2012. Nota interpretativa n. 13, para a Recomendação nº 29.

⁸⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 50.

No início da década de 1990 a OEA encomendou ao CICAD a elaboração de um regulamento modelo para prevenir as atividades de lavagem de dinheiro. Em 1992, durante a sua XXII Assembleia Anual, a OEA aprovou o “Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e outros Delitos Graves”. Trata-se de documento de caráter não vinculante que possui como principais objetivos harmonizar as legislações dos 35 países membros da Comissão e criar órgãos centrais de inteligência por intermédio deles. Desde sua aprovação, o Regulamento Modelo sofreu diversas alterações, visando acompanhar as modificações legislativas em matéria internacional e adequar às políticas de enfrentamento ao tráfico de drogas e da lavagem de dinheiro.

Acerca do tema, destaca CAPARRÓS:

Siguiendo la línea iniciada desde comienzos de la década de los noventa en el plano internacional, los cambios introducidos en el *Reglamento Modelo* por la comisión de expertos se inspiraron sobre la idea de que era necesario romper la dependencia de la lucha contra el blanqueo de capitales del delito de tráfico de drogas. Aún manteniéndose la iniciativa dentro del ámbito competencias de la CICAD –reservado en principio a los asuntos referentes al consumo y tráfico de drogas, que no constituyen más que uno de los âmbitos fenomenológicos que preceden a la legitimación de bienes–, se quiso dotar al lavado de sustantividad propia, concediéndole relevancia en tanto los bienes procedieran de “actividades delictivas graves”, esto es (*ex art.1*), aquellos actos criminales “determinados por la legislación de cada Estado incluyendo el tráfico ilícito; acciones relacionadas con el terrorismo y la financiación del terrorismo, actos terroristas y organizaciones terroristas; tráfico ilícito de armas; desvío de sustancias químicas; tráfico ilícito de humanos y tráfico de órganos humanos; prostitución; secuestro; extorsión, corrupción y fraude”.⁸⁷

Sobre as alterações implementadas, SHORSCHER destaca que o *Reglamento Modelo* era inicialmente próximo do disposto na Convenção de Viena e após as modificações

⁸⁷ Seguindo a linha iniciada no princípio dos anos de 1990 no plano internacional, as mudanças introduzidas no Regulamento Modelo pela comissão de peritos foram inspiradas na ideia de que era necessário quebrar a dependência entre o combate ao crime de lavagem de dinheiro e tráfico de drogas. Ainda que mantendo a iniciativa no âmbito das competências do CICAD –reservado, em princípio, a questões relacionadas com o uso e tráfico de drogas, que constituem apenas um dos campos fenomenológicas que antecedem a legitimidade do bem –, objetivou-se dar autonomia ao crime de lavagem, dando relevância a todos os bens procedentes de ‘crime grave’, isto é (ex art. 1.º), aqueles esses atos criminosos ‘determinados pela legislação de cada Estado incluindo o tráfico ilícito; ações relacionadas com o terrorismo e ao financiamento do terrorismo, atos terroristas e organizações terroristas; do tráfico de armas; desvio de produtos químicos; tráfico de pessoas e órgãos humanos; prostituição; sequestro; extorsão, corrupção e fraude’. (tradução livre). BLANCO CORDERO, Isidoro; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.; AGUADO, Javier Alberto Zaragoza. *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*. Washington: Fundación imprenta de la cultura, 2006. 631 p.. p. 28.

tornou-se semelhante aos instrumentos internacionais implementados depois da aprovação do texto inicial elaborado pelo CICAD. Destaca, ainda, que, muito embora se tenha mantido o estabelecimento de um rol de crimes antecedentes, não acompanhando as leis antilavagem de dinheiro de terceira geração, o Regulamento Modelo se afastou da Convenção das Nações Unidas ao ampliar o elemento subjetivo do tipo da lavagem de dinheiro, “que passou a abranger também o dolo eventual (artigo 2º, §§1º, 2º e 3º), a modalidade culposa do delito (artigo 2º, §§ 5º e 8º) e a ausência da exigência da finalidade específica da ocultação prevista na Convenção de Viena de 1988”.⁸⁸

A redação do artigo 2º, §§1º, 2º e 3º, prevê a responsabilização criminal de ações nas quais o autor saiba, deveria saber ou é intencionalmente ignorante quanto à ilicitude.

Em nota, o texto da Comissão destaca:

The words “should have known” are interpreted in these model regulations as a requirement to establish a standard of negligence. In some Member States, this may fall below minimum standards required by fundamental legal principles. It is understood that Member States which implement this requirement will do so in a manner that is consistent with their respective legal systems.⁸⁹

Muito embora o artigo 2º evidencie a possibilidade de incriminação por dolo eventual ao incluir as situações nas quais o autor “deveria saber” que se trata de fato ilícito, a nota explicativa ao artigo relativiza sua aplicação. Ao expor que a aplicação da medida deve ocorrer de forma consistente com o sistema jurídico, fica evidente a intenção da nota explicativa de que o artigo 2º deve ser interpretado de forma harmônica com o ordenamento jurídico do respectivo país, os instrumentos de *hard law* incorporados e os demais mecanismos de *soft law* que influenciam sua política criminal.

Todas as convenções analisadas (Viena, Palermo e Mérida) indicam o critério do dolo direto como diretriz para incriminação em caso do cometimento de lavagem de dinheiro. Esse também é o posicionamento do GAFI. O Grupo Egmont não fornece qualquer

⁸⁸ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. Orientador: Sérgio Salomão Shecaira. 2012. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 43.

⁸⁹ A expressão “deveria saber” é interpretada neste Regulamento Modelo como um requisito para estabelecer um padrão de negligência. Em alguns Estados Membros, este requisito pode ficar abaixo dos padrões mínimos exigidos por princípios jurídicos fundamentais. Fica entendido que os Estados Membros que apliquem esta exigência o façam de uma maneira que seja consistente seus respectivos sistemas jurídicos (tradução livre). CICAD. *Model regulations concerning laundering offenses connected to illicit drug trafficking and other serious offenses*. Washington. Dec. 2005.

diretriz nesse sentido e o contraponto se dá justamente com o posicionamento do CICAD. Muito embora os referidos mecanismos de *hard* e *soft law* não proibam a adoção do critério do dolo eventual, o simples fato de sugerirem a criminalização das condutas cometidas com dolo direto fornece elemento para esta interpretação.

Por fim, não se pode desconsiderar o fato de a nota interpretativa ao artigo 2 possibilitar a interpretação que acolhe o critério do dolo eventual desde que os Estados Membros que apliquem esta exigência o façam de uma maneira que seja consistente com os respectivos sistemas jurídicos. Tal fato corrobora com os motivos já elencados que justificam a análise de legislações estrangeiras, possibilitando melhor compreensão e busca de alternativas já estabelecidas para assegurar uma interpretação legal harmônica com os princípios constitucionais.

O estudo das legislações estrangeiras será o objeto do próximo tópico.

3.3 A criminalização da lavagem de dinheiro nas legislações estrangeiras

No atual estágio de globalização, faz-se imprescindível o estudo legislativo comparado, tanto para a análise das experiências estrangeiras quanto para possibilitar aos Estados a adoção de políticas conjuntas.

Nesse sentido leciona OVIDIO:

O amadurecimento científico registrado no século em curso coloca o Direito Comparado como um valioso instrumento para se obter um melhor entendimento no plano das relações internacionais. Através da análise e comparação de ordenamentos jurídicos distintos, será possível não só encontrar os seus pontos comuns e evidenciar as suas particularidades como, também, captar as características básicas dos diversos países, o espírito do seu povo, as suas instituições, o seu projeto histórico, etc. [...].⁹⁰

A grande mobilidade e facilidade de transporte de bens e valores além das fronteiras nacionais exige especial atenção às experiências legislativas de outras nações quando o tema é lavagem de dinheiro. É ponto crucial que deve o Estado adotar um plano de ação

⁹⁰ OVIDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 79, p. 161-180, jan. 1984.

para lutar contra a delinquência organizada, para se obter uma resposta eficaz com a tipificação das condutas lesivas.

Contudo, as políticas isoladas já demonstraram ser insuficientes para esse fim. Diante da necessidade cada vez maior de promover a integração das políticas nacionais de combate à lavagem de dinheiro, a comunidade europeia adotou medidas exclusivas para o âmbito europeu. Por esse motivo, além do estudo da legislação de cada um dos países escolhidos, serão analisadas as diretivas europeias, devido ao caráter vinculante e a sua grande relevância no contexto europeu.

3.3.1 Legislação italiana: o crime de *riciclaggio de denaro* e os artigos 648 bis e 648 ter do Código Penal italiano

A Itália foi o primeiro país a criar leis para combater a lavagem de dinheiro. A preocupação do legislador italiano surgiu em decorrência de uma série de sequestros com finalidades econômicas. A questão tomou repercussão internacional com o sequestro e morte de Aldo Moro, político cinco vezes *premier* italiano, em ataque perpetrado pelo grupo *Brigate Rosse*.⁹¹ A frequência com que ações similares ocorriam, também contribuiu para a aprovação no Código Penal Italiano do art. 648 *bis*⁹², que previa a criminalização da substituição de dinheiro ou valores oriundos de roubo qualificado, extorsão qualificada ou extorsão mediante sequestro por dinheiro ou valores.

Em momento posterior, em decorrência da reforma legislativa oriunda da legislação antimáfia promovida em abril de 1990⁹³, o artigo 648 *bis* teve sua redação alterada, passando a incluir o crime de tráfico de drogas no rol dos antecedentes. A maior reprovação ao tráfico e sua inclusão no rol é são consequências diretas da assinatura pela Itália da Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, ratificada em novembro de 1990.⁹⁴

⁹¹ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 81.

⁹² ITÁLIA. *Decreto Lei n. 59*, de 1978. Norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati. Roma, 21 mar. 1978.

⁹³ ITÁLIA. *Decreto Lei n. 55*, de 1990. Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale. Roma, 19 mar. 1990.

⁹⁴ ITÁLIA. *Lei 328*, de 1990 Ratifica ed esecuzione della convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, con annesso, atto finale e relative raccomandazioni, fatta a Vienna il 20 dicembre 1988. Roma, 5 nov. 1990.

Outra novidade foi a inclusão do artigo 648 *ter*⁹⁵, sobre a criminalização do emprego de dinheiro, bens ou outras utilidades provenientes de algum dos crimes do rol do artigo 648 *bis* na atividade econômica ou financeira⁹⁶.

A Lei n. 328, de 1993, ensejou a atual redação do artigo 648 *bis*, que excluiu o rol dos crimes antecedentes e criminalizado o ato do indivíduo que “substituir ou transferir dinheiro, bens ou quaisquer utilidades econômicas oriundas de delitos não culposos ou que com eles execute outras operações, de modo a obstaculizar a identificação de sua origem criminosa”.⁹⁷

A última reforma legislativa, que ocorreu em dezembro de 2014, promoveu a inclusão do artigo 648 *ter* 1, sobre a criminalização da autolavagem, modalidade até então não criminalizada pelo legislador italiano. A nova disposição legal prevê pena de prisão e multa para aquele que

[...] depois de ter cometido ou participado do cometimento de um crime não culposos, emprega, substitui ou transfere para a atividade econômica, financeira, comercial ou especulativa, dinheiro, bens ou outros benefícios provenientes da comissão deste crime, para dificultar a identificação da sua origem criminosa.⁹⁸

Em relação ao elemento subjetivo, a doutrina italiana converge para a admissão do dolo eventual como critério para a caracterização do crime de *riciclaggio*. Em decisão proferida em 2014 a *Corte suprema di Cassazione* decidiu:

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, la motivazione dei giudici del merito rende pienamente ragione delle conclusioni raggiunte in punto di dolo. I giudici hanno osservato che date le modalità dell'azione, l'importo elevato della somma ed i rapporti di pregressa conoscenza fra il Matarrese ed il Rosselli, il prevenuto non poteva ignorare che i fondi provenivano dalle società facenti capo al Rosselli.

Anche le dichiarazioni rese in sede di interrogatorio, ex art. 294 cod. proc. pen. - come ha osservato la Corte - confermano confermano che Matarrese era a conoscenza della provenienza dei fondi dalle società del Rosselli, in quanto costui ha dichiarato «che la somma confluita

⁹⁵ Após a inclusão do artigo 648 *ter*, ele só sofreu uma alteração, no intuito de atualizar os valores da multa.

⁹⁶ Para uma análise mais aprofundada, recomenda-se a leitura de: ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto Penale*. 15. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2008. p. 461-469.

⁹⁷ ITÁLIA. Lei 328, de 1993 Ratifica ed esecuzione della convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, fatta a Strasburgo l'8 novembre 1990. Roma, 09 ago. 1993. Artigo 648 *bis*. Documento original em italiano. (Tradução livre).

⁹⁸ ITÁLIA. Lei 328, de 1993 Ratifica ed esecuzione della convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, fatta a Strasburgo l'8 novembre 1990. Roma, 09 ago. 1993. Artigo 648 *ter* 1. Documento original em italiano (tradução livre).

nella Leomat era un "prestito" che avrebbe in parte restituito versando il denaro in restituição alle società facenti capo al Rosselli».

Quel che è certo è que il Matarrese ha recebido, com mais transferimentos, dal Rosselli la soma de €3.600.000,00 senza que vi sia documentação de alcun título jurídico que justifichi sotto il profilo legale questo ingente passaggio de denaro.

Non v'è dubbio que si tratta de comportamenti sintomáticos della consapevolezza in testa all'agente della provenienza illecita del denaro e del consequente dolo generico de transformação della cosa per impedirne l'identificação (cfr Cass. Sez. 2, Sentenza n. 50950 del 13/11/2013 Ud. (dep. 17/12/2013) Rv. 257982).

Del resto, secondo i mais recentes arresti de questa Corte nel delitto de riciclaggio, come nel delitto de ricettazione, l'elemento soggettivo può essere integrato anche dal dolo eventuale quando l'agente si rappresenta la concreta possibilidade, accettandone il rischio, della provenienza delittuosa del denaro recebido ed investito (Cass.Sez. 2, Sentenza n. 8330 del 26/11/2013 Ud. (dep. 21/02/2014) Rv. 259010). (Penale Sent. Sez. 2 Num. 43881 Anno 2014 Presidente: ESPOSITO ANTONIO Relatore: GALLO DOMENICO Data Udiencia: 09/10/2014).⁹⁹

3.3.2 Legislação portuguesa: a incorporação do branqueamento no artigo 368-A do Código Penal português e a aceitação do critério do dolo eventual

O marco do combate ao *branqueamento de capitais* em Portugal se deu com a promulgação do Decreto-Lei 15/93, também conhecido como *Lei de Drogas*. O referido documento legal foi providenciado para incorporar ao ordenamento às disposições estipuladas na Convenção de Viena, dispondo somente sobre a criminalização do tráfico de substâncias entorpecentes como crime antecedente ao branqueamento. A primeira

⁹⁹ No que diz respeito ao elemento subjetivo, a motivação dos juizes quanto o mérito torna completamente certa as conclusões da questão do dolo. O juízo observou que, dado o modo de ação e o grande montante de valores e os relatos de relação prévia entre Matarrese e Rosselli, o preconceituoso não podia ignorar que os fundos vieram de empresas pertencentes ao Rosselli. Mesmo as declarações feitas durante o interrogatório, ex art. 294 cod. proc. crim. – como foi observado pelo Tribunal de Justiça – confirmam que Matarrese estava ciente da fonte de recursos da empresa [Leomat] no negócio, como ele disse, "que a soma incorporada a empresa [Leomat] era um "empréstimo", que em parte devolveu o dinheiro desviado restituição às empresas pertencentes ao Rosselli". O que é certo é que o Matarrese recebeu de Rosselli, por meio de diversas transferências, a soma de €3.600.000,00 sem qualquer documentação de algum título legal que justificasse, dentro de um perfil lícito, esse enorme deslocamento de dinheiro. Não há dúvidas de que se trata de comportamento sintomático de consciência, em que o agente principal da origem ilícita do dinheiro e do consequente dolo genérico de transformar a coisa para impedir a sua identificação (ver Cass. Sez. 2, Acórdão n. 50950 de 257 2013/11/13 Ud. (dep. 17/12/2013) Rv. 982). Além disso, de acordo com as mais recentes prisões de este Tribunal no crime de branqueamento de capitais, como no delito de receptação, o elemento subjetivo pode também ser integrados pelo dolo eventual quando o agente representa uma possibilidade concreta, aceitando o risco da origem criminosa dinheiro recebido e investido (259 Cass.Sez. 2, acórdão n. 8330 de 2013/11/26 Ud. (dep. 2014/02/21) Rv. 010) (tradução livre). ITÁLIA. Corte suprema di Cassazione. Penale Sent. Sez 2. Num. 43.881/2014. Relator: Gallo Domenico. Data de Julgamento: 09/10/2014.

alteração ocorreu com a publicação do Decreto-Lei 313/93, que incorporou ao ordenamento português a Diretiva 91/308/CE.¹⁰⁰

Com a publicação do Decreto-Lei 325/95, Portugal expandiu o rol de crimes antecedentes, passando a punir a lavagem de valores oriundos dos crimes de “terrorismo, tráfico de armas, extorsão de fundos, rapto, lenocínio, corrupção e das demais infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94”.¹⁰¹ Com a posterior Lei 65/98 foram acrescidos a esse rol os crimes de lenocínio, tráfico de menores e tráfico de pessoas.

A primeira grande reforma foi promovida no ano de 2002, com o advento da Lei 10/2002, que alterou a sistemática portuguesa que criminalizava o delito de “branqueamento” pelo cometimento das condutas definidas em rol taxativo. A nova redação criminalizava a conduta do sujeito que,

[...] sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, de crimes de terrorismo, tráfico de armas, tráfico de produtos nucleares, extorsão de fundos, rapto, lenocínio, tráfico de pessoas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, pornografia envolvendo menores, tráfico de espécies protegidas, corrupção e demais infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei 36/94, de 29 de Setembro, fraude fiscal, e demais crimes punidos por lei com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 5 anos.¹⁰²

Com a modificação, o legislador português passou a adotar um critério misto, prevendo tanto condutas predefinidas no rol legal quanto outras condutas não previstas, desde que o crime antecedente estipulasse pena de prisão com limite máximo superior a cinco anos.

A segunda grande reformulação se deu com a Lei 11/2004, promulgada para estabelecer um novo regime preventivo e repressivo de combate à lavagem de dinheiro, com a incorporação da Diretiva 2001/97/CE. A segunda diretiva, além de alterar a Diretiva 91/308/CE, revogou diversos decretos e incorporou o crime de “branqueamento” de capitais ao Código Penal português¹⁰³, com a expansão do rol de crimes antecedentes e a

¹⁰⁰ Conforme já apontado, a Primeira Diretiva, assim como as demais, é instrumento de *hard law* e possui natureza vinculante aos membros do Conselho da Comunidade Europeia.

¹⁰¹ PORTUGAL. *Decreto-Lei 325/95*, art. 2. Diário da Republica - 1.ª serie a, nº [278], de 02.12.1995, pág. 7510.

¹⁰² PORTUGAL. *Lei 10/2002*, art. 2º. Diário da Republica - 1.ª serie A, nº 35, de 11 fev. 2002, p. 1078. Aperfeiçoa as disposições legais destinadas a prevenir e punir o branqueamento de capitais provenientes de actividades criminosas e quinta alteração ao Decreto-Lei 325/95, de 2 de dezembro, alterado pela Lei 65/98, de 2 de setembro, pelo Decreto-Lei 275-A/2000, de 9 de novembro, pela Lei 104/2001, de 25 de agosto, e pelo Decreto-Lei 323/2001, de 17 de dezembro.

¹⁰³ O crime de “branqueamento” de capitais foi incorporado no artigo 368-A do Código Penal português.

alteração dos critérios de responsabilização para os crimes fora do rol legal. Destaca SATULA que a opção do legislador português foi de apontar a administração da justiça como bem jurídico protegido. Segundo o autor, o crime foi inserido no Capítulo III do Código Penal português, que trata “Dos crimes contra a realização da Justiça”. Além disso, a Exposição de Motivos da Lei 11/2004¹⁰⁴ indicou a escolha.¹⁰⁵

A última modificação se deu em 2008, com a incorporação da Diretiva 2005/60/CE, promovida pela promulgação da Lei 25/2008. A Diretiva revogou a Lei 11/2004 e reformulou as medidas de combate à lavagem das vantagens de proveniência ilícita e do financiamento do terrorismo.

Retomando a análise das modificações trazidas pela Lei 11/2004, é imprescindível destacar que, ao formular a nova redação, o legislador português suprimiu a expressão “quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de participação”, o que caracteriza situação idêntica à brasileira.

Na redação da lei portuguesa que continha a expressão “sabendo”, o entendimento majoritário da doutrina apontava a necessidade de verificar-se a prática de ação com dolo direto para a configuração da infração. Àquela época já era possível identificar posicionamento contrário, favorável à adoção do critério do dolo eventual como suficiente para a caracterização da infração.

Neste sentido se manifestou CAEIRO:

Posto entre parênteses o problema da grande dificuldade de prova do dolo específico, parece-nos clara a conveniência político-criminal de incriminar a conduta do agente que, admitindo seriamente a possibilidade de as vantagens provirem dos ilícitos-típicos descritos, as converte ou transfere com o fim de ocultar ou dissimular essa eventual

¹⁰⁴ “Introduz-se o tipo de branqueamento no Capítulo III do Código Penal. A inserção sistemática escolhida fica a dever-se ao facto de o branqueamento ser, em primeira linha, um crime contra a administração da justiça, na medida em que a actividade do branqueador dificulta a actuação da investigação criminal relativamente ao facto ilícito subjacente”. Contudo, deve-se ressaltar que a Exposição de Motivos destaca que a criminalização da conduta protege outros bens jurídicos: “É, portanto, fundamental a punição do branqueamento, visando-se a protecção da administração da justiça, bem como a tutela de interesses económicos e financeiros e a segurança geral da comunidade. PORTUGAL. *Proposta de lei n.º 73/IX*, de 27 de maio de 2003. Lisboa, Assembleia da República. Estabelece o regime de prevenção e repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita.

¹⁰⁵ SATULA, Benja. Branqueamento de capitais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010. p.79.

origem ilícita, ou efectivamente oculta ou dissimula essa eventual origem.¹⁰⁶

Após a reforma legislativa e a supressão da expressão citada, passou-se à discussão dos limites da criminalização e da possibilidade de responsabilização penal por dolo eventual, sendo esse o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência portuguesa.¹⁰⁷

3.3.3 Alemanha: a criminalização da lavagem de dinheiro nas modalidades dolosa e culposa

Encerrando a análise no contexto europeu, destaca-se a situação da Alemanha, que criou legislação própria para o combate ao tráfico de drogas e a outras formas de criminalidade organizada em 1992. A lavagem de dinheiro foi incluída no Strafgesetzbuch (StGB) – Código Penal alemão, §261 e já possui, segundo BANDEIRA¹⁰⁸,

[...] uma posterior redação àquela que foi anteriormente assinalada e que lhe foi outorgada pela 34. StrÄandG, de 22 de agosto de 2002. O legislador germânico incrimina no § 261º StGB o branqueamento de vantagens com origem na totalidade dos *Verbrechen*¹⁰⁹ e uns tantos *Vergehen* que, por seu lado, assinala devidamente. Aí, no StGB teutónico, onde está enquadrado o crime de “branqueamento”, se fala em “favorecimento e receção” e/ou “promoção e recebimento”, i.e., *Begünstigung und Hehlerei*.

¹⁰⁶ CAEIRO, António Pedro N. A decisão-quadro do conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. p. 437. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo (coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá editora, 2012. p. 395-450.

¹⁰⁷ Nesse sentido destaca-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: “A exigência do conhecimento por parte do agente da proveniência criminosa dos bens ou produtos sobre os quais, ou em relação aos quais actua, deve ser entendida como abrangendo o dolo típico em todas as suas formas, incluído o dolo eventual. (Assim, Jorge Duarte, Luís Silva Pereira, Vitalino Canas, Victor Sá Pereira e Alexandre Lafayette, Miguez Garcia e Castela Rio. Contra, Faria Costa, Jorge Godinho)”. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 14/07.0TRLSB.S1. Relator: Raul Borges. Acórdão de 11 jun. 2014.

¹⁰⁸ BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo. O crime de “branqueamento” e a criminalidade organizada no ordenamento jurídico português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões. p. 566-567. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo (coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá editora, 2012. p. 555-668.

¹⁰⁹ Verbrechen, i.e., crime é um facto (antijurídico) punido, no contexto do Ordenamento Jurídico alemão, com prisão de um ano ou superior. Vollendetes Verbrechen, i.e., o “crime consumado”. Vergenhen, por outro lado, i.e., delito é um facto (antijurídico) punido, no contexto do Ordenamento Jurídico alemão, com uma pena de prisão de duração mínima inferior a um ano. Basta confrontarmos o § 12 StGB. (nota no original).

O tipo penal de lavagem de dinheiro introduzido no ordenamento alemão incorporou as diretrizes internacionais assinadas pelo país. A criminalização recaiu sobre extenso rol antecedente, visando, precipuamente, combater a criminalidade organizada e proteger o sistema econômico contra a introdução de bens provenientes de fontes ilícitas.

O legislador alemão optou por criminalizar a prática do crime de lavagem de dinheiro nas modalidades dolosa e culposa, esta última para os casos em que exista imprudência por parte do agente que praticou a ação. BOTKE¹¹⁰ leciona que nos termos do Código Penal alemão o fato não é punível nos casos em que um terceiro obtém o bem anteriormente sem ter cometido um delito. Para a caracterização de lavagem de dinheiro e a ocultação de bens, é necessário verificar o dolo do agente. Contudo, em certas circunstâncias previstas no §261, 5º, do Código Penal alemão, é suficiente a prática de ato intencional pela ignorância negligente grave de que o bem deriva de um crime de referência qualificada cometido por um terceiro.

A respeito do desconhecimento negligente, parte da doutrina tem se posicionado da seguinte maneira:

Así, respecto a la regulación alemana -[sección] 261. V, que centra la prohibición en el desconocimiento negligente del origen de los bienes- se ha enfatizado que esta modalidad es desaconsejable tanto si se concibe a este injusto desde un punto de vista patrimonial como si se parte de que es una punición autónoma de actos post-ejecutivos.

En el primero de los supuestos, se tiene que el castigo de los actos culposos contra los delitos patrimoniales y socioeconómicos podría interferir en el tráfico económico, que por lo demás, en un sistema de libre circulación de capitales, es un valor digno de atención; desde allí se percibe que esta tipificación no debería tener cabida.

En el segundo, es decir, cuando este delito se asume como una clase de "(...) participación autónoma en determinados hechos dolosos (facilitando su agotamiento o su futura perpetración), la punición de formas comisivas imprudentes (aunque se trate de imprudencia grave) necesita un detenido y nada fácil fundamento. Incluso en caso de restringirse a los supuestos de desconocimiento de la procedencia de los bienes sería necesario fundamentar de dónde deriva la obligación de conocer".¹¹¹

¹¹⁰ BOTKE, Wilfried. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. *Revista Penal*, v. 2, n. 2. jul. 1998. p.1-15.

¹¹¹ Assim, no que diz respeito à regulamentação alemã – [seção] 261 V –, que trata da proibição do desconhecimento negligente da origem das mercadorias, tem sido enfatizado que esta modalidade é desaconselhada tanto nos casos em que o crime é concebido do ponto de vista patrimonial quanto nos casos em que é parte de uma punição autônoma a atos pós-executivos. Na primeira hipótese, a punição para atos

Na legislação espanhola, que é bastante similar à alemã, criou-se um embate doutrinário acerca da validade da adoção da linha legislativa que pune o desconhecimento negligente. Um dos argumentos levantados aponta que a tipificação preencheria a lacuna de punibilidade proveniente da incapacidade de provar a existência de erros vencíveis sobre o conhecimento da origem dos bens.¹¹²

Nesse sentido, destaca BLANCO CORDERO:

Una de las críticas más fuertes que se realiza al tipo imprudente en Alemania se centra en su consideración como norma dirigida a facilitar la prueba del blanqueo. La intención del legislador alemán, expresamente manifestada, se dirige en este sentido. En la actualidad existe una gran discusión en el ámbito de la doctrina penal respecto a la función de facilitar los problemas de prueba atribuida a algunos tipos penales. Mediante el derecho penal material se pretenden salvar las dificultades que plantea la prueba de algunos delitos. Por eso, se alega que la sanción por el blanqueo imprudente es una mera sanción por la sospecha, que es de aplicación cuando no se puede probar el dolo del inculpado, aunque cabe suponer su existencia. El blanqueo imprudente actuaría entonces, como un tipo de recogida (Auffangtatbestand).¹¹³

culposos contra os crimes patrimoniais e socioeconômicas poderia interferir no comércio. E, além disso, em um sistema de livre circulação de capitais, é um valor digno de atenção. Daí se percebe que esta definição não deveria ter lugar. No segundo, ou seja, quando o crime é tido como uma espécie de "[...] participação autônoma em determinadas condutas dolosas (facilitando o seu esgotamento ou sua futura comissão), a punição da modalidade comissiva imprudente (embora no caso de imprudência grave) requer uma detida e complexa fundamentação. Mesmo se limitado a casos de desconhecimento da origem das mercadorias seria necessário para comprovar onde vem a obrigação de saber" (tradução livre). ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. La internacionalización del derecho penal como contexto de la política criminal del 'lavado de activos'. *Estudios de Derecho* (2009): Disponível em: <<http://go.galegroup.com.ez27.periodicos.capes.gov.br/ps/i.do?id=GALE%7CA216182766&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=0e560654a455843f65b055c87bbb46d1>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

¹¹² ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. La internacionalización del derecho penal como contexto de la política criminal del 'lavado de activos'. *Estudios de Derecho* (2009): Disponível em: <<http://go.galegroup.com.ez27.periodicos.capes.gov.br/ps/i.do?id=GALE%7CA216182766&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=0e560654a455843f65b055c87bbb46d1>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

¹¹³ Uma das críticas mais fortes feitas ao tipo imprudente na Alemanha concentra-se em sua aplicação como uma norma destinada a facilitar a prova de branqueamento. A intenção do legislador alemão, expressamente manifestada, foi nesse sentido. Atualmente, não há uma grande discussão no âmbito da doutrina penal a respeito da função de facilitar os problemas de prova atribuídos a alguns tipos penais. Usando o Direito Penal, pretende-se ultrapassar as dificuldades colocadas para a produção de provas em alguns delitos. Por isso, alega-se que a sanção para a lavagem de dinheiro imprudente é uma mera sanção pela suspeita, aplicada quando não se pode provar a intenção do acusado, mas somente presumir a existência de dolo. A lavagem de dinheiro imprudente seria, dessa forma, um tipo de coleta [de prova] (Auffangtatbestand) (tradução livre). BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. (Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales). Granada: editorial Comares, 1999. p. 191.

Acerca desse fundamento, alguns doutrinadores têm defendido que a adoção de tais medidas constituiria um “utilitarismo contrario a las garantías propias de un Estado democrático de Derecho”¹¹⁴, pois

[...] un precepto como el 301.3 [do código Penal espanhol] no tiende tanto a reprimir al que opera con unos bienes cuyo origen criminal no conoció, debiendo haberlo hecho, como a garantizar el castigo del sospechoso frente al que las autoridades policiales y judiciales se ven incapaces de demostrar la preexistencia en su mente de ese conocimiento.¹¹⁵

Por fim, a última das teses sobre a punição do desconhecimento negligente indica que se adotada seria possível criminalizar ações praticadas por profissionais que possuem o dever especial de informar, discutir e comunicar, em atendimento a regimento administrativo que trata dessa imposição. Sobre essa situação, são tecidos os mesmos questionamentos acerca da legalidade da regra imposta ao profissional.¹¹⁶

3.3.4 De Al Capone ao *USA PATRIOT ACT*: a expansão da prática e do combate à lavagem de dinheiro nos Estados Unidos da América

As modernas práticas da criminalidade organizada envolvem métodos de mascaramento de valores provenientes de atividades ilícitas que têm sua origem relacionada àquelas desenvolvidas na década de 1920.¹¹⁷ A paradigmática história de Al Capone, que por anos chefiou a organização criminoso responsável pelo fornecimento de bebidas alcoólicas da cidade de Chicago, não foi um caso isolado. Durante toda a década de 1920 diversas organizações criminosas surgiram nos Estados Unidos, principalmente para a

¹¹⁴ “[...] utilitarismo contrário às garantias próprias de um Estado democrático de direito” (tradução livre). FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998, p. 417.

¹¹⁵ “um preceito como 301.3 [do código Penal espanhol] não tende tanto a reprimir quem opera com alguns bens cuja origem criminal não conhecia, mas sim a assegurar a punição do suspeito que as autoridades policiais e judiciais foram incapazes de comprovar a pré-existência desse conhecimento em sua mente”. (Tradução livre). FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998, p. 417.

¹¹⁶ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. La internacionalización del derecho penal como contexto de la política criminal del 'lavado de activos'. *Estudios de Derecho* (2009): Disponível em: <<http://go.galegroup.com.ez27.periodicos.capes.gov.br/ps/i.do?id=GALE%7CA216182766&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=0e560654a455843f65b055c87bbb46d1>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

¹¹⁷ Conforme já mencionado, durante a década de 1920 foi proibida a comercialização de bebidas alcoólicas nos EUA. Durante o período, foram desenvolvidos vários mecanismos de lavagem e integração à economia dos valores obtidos com seu comércio ilegal.

comercialização de álcool. Contudo, já no início da década seguinte essas organizações tiveram de se readequar ao mercado.

O primeiro fator que exigiu uma readequação das organizações criminosas foi o fim da *Prohibition*.¹¹⁸ A legalização do comércio de bebidas alcoólicas provocou a queda vertiginosa do preço da mercadoria, anteriormente inflacionado pela pequena oferta acrescida da grande demanda. Conforme leciona DE CARLI, a busca por novos mercados levou as organizações a explorar jogos de azar. Indica a autora que a atividade foi escolhida porque possibilitava a obtenção de grande quantidade de dinheiro em espécie em um curto intervalo de tempo. Ainda de acordo com a autora, “as casas de jogo, localizadas normalmente longe dos grandes centros, tinham suas atividades facilitadas em razão do serviço de *wire transfers*¹¹⁹, existente em todo o país. Outro filão que passou a ser explorado foi o tráfico de substâncias entorpecentes”.¹²⁰

O segundo motivo que exigiu a adaptação das organizações está relacionado à prisão de Al Capone. A condenação do chefe da organização criminosa de Chicago alertou os demais criminosos quanto à necessidade de lavar os valores originados de suas atividades ilícitas para sua posterior reintrodução no mercado, com aparência lícita. BONACCORSI¹²¹ sustenta que o termo *lavagem de dinheiro* teria surgido neste período, em decorrência da utilização de lavanderias de roupas e lavagens de lava a jatos para camuflar a origem dos valores obtidos pela prática de atividades criminosas.

Em pouco tempo, as organizações criminosas perceberam que iriam necessitar de métodos mais sofisticados que a utilização de lavanderias para introduzir na economia a grande quantidade de dinheiro proveniente de suas atividades. Nesse cenário, destacou-se Meyer Lansky¹²², principal responsável pelo aperfeiçoamento dos mecanismos e

¹¹⁸ Entre os anos de 1920 e 1933 vigorou o regime de *Prohibition* no qual a venda, fabricação e transporte de bebidas alcoólicas para consumo foram banidas dos EUA.

¹¹⁹ Transferências eletrônicas de dinheiro [nota no original].

¹²⁰ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 84.

¹²¹ BONACCORSI, Daniela Villani. *A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro: análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2013. p. 101.

¹²² Segundo Maia, “Maier Suchowljansky (1902-1983), considerado o grande financista da Cosa Nostra, era inicialmente o braço direito de Lucky Luciano. Criminoso atuante desde a década de 20, apenas na década de 70 foi algumas vezes processado, por evasão fiscal, sem que fosse condenado por qualquer crime. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p. 29.

técnicas de lavagem de dinheiro. Ele, em associação a à Salvatore Lucky Luciano empreendeu um sofisticado mecanismo de remessa de valores para *offshore banks*.¹²³

A utilização do método envolvendo a abertura de contas bancárias em *offshore banks* deu origem à técnica do *loan-back*¹²⁴, que consistia, em um primeiro estágio, na

[...] movimentação dos fundos para fora dos Estados Unidos. Mesmo que os serviços de transporte de dinheiro em espécie fossem os favoritos (*courier cash*), o dinheiro também poderia ser enviado na forma de *traveler's checks*, *cashier's checks* (pagáveis ao portador), títulos de propriedade nominada e títulos ao portador ou passagens aéreas em branco. Assim que chegavam ao exterior, os fundos eram depositados em contas bancárias secretas. A instituição preferida de Lansky era o *Exchange and Investment Bank* em Genebra.¹²⁵

Após o envio dos valores para o exterior e o seu respectivo depósito em uma conta secreta, o ciclo de lavagem se encerrava com o empréstimo dos valores depositados para o próprio titular da conta mantida no exterior. Como se tratava de uma conta secreta, não era possível identificar o credor. Dessa forma, o dinheiro voltava licitamente ao país de origem.

Quando verificaram a grande expansão da remessa de capitais para serem lavados no exterior, os Estados Unidos editaram uma série de medidas para combater a lavagem de dinheiro.¹²⁶ Uma das medidas de maior repercussão se deu com a edição do *Bank Secrecy Act*, de 1970. O ato previa a obrigatoriedade do registro diário dos depósitos e transações bancárias com valor superior a dez mil dólares americanos, o que iria possibilitar o rastreamento¹²⁷ das grandes quantias depositadas.¹²⁸

¹²³ Banco ou filial bancária localizada em país estrangeiro. Para a efetivação das práticas criminosas, tradicionalmente são utilizados bancos situados em países que as taxas não são elevadas e o sigilo é extremamente rigoroso.

¹²⁴ A expressão pode ser traduzida como “empréstimo de volta” ou “empréstimo frio”.

¹²⁵ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 85.

¹²⁶ É importante ressaltar que, além do mencionado procedimento denominado *loan-back*, existem diversos outros mecanismos utilizados para a lavagem de capitais, as quais, por não constituírem o objeto central deste trabalho, serão abordadas pontualmente, somente para esclarecer ou exemplificar aspectos específicos. Para maior aprofundamento em relação às principais modalidades, recomenda-se a leitura da obra *Crime de lavagem de dinheiro*, de autoria de Marcelo Batlouni Mendroni, (São Paulo: Atlas, 2013. p. 115-160), na qual o autor trata das 24 (vinte e quatro) técnicas que julga serem as principais formas de lavagem de dinheiro.

¹²⁷ Rastro do papel ou *paper trail*.

¹²⁸ Na prática, a medida não obteve grande êxito, uma vez que os agentes que lavavam dinheiro passaram a fazer depósitos em valores inferiores ao estipulado pela lei, não havendo, portanto, a necessidade de registro. Nesse sentido, aponta DE CARLI (*Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 86, em nota explicativa) que “desde a edição desse

Com o decorrer do tempo, os procedimentos adotados foram aperfeiçoados. Em 1986, o Congresso dos Estados Unidos aprovou o *Money Laundering Control Act*, que dispunha sobre a prevenção e repressão ao crime de lavagem de dinheiro e instituiu os principais instrumentos legais de combate e de repressão à lavagem de dinheiro. Em 1988, foi aprovado o *Anti-Drug Abuse Act*, que propiciava maior controle sobre as transações econômicas, com a ampliação do conceito de instituição financeira e a consequente obrigatoriedade de informar sobre as transações de altos valores, estendida a outros setores da economia¹²⁹.

Em 2001, foi editado o *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools to Restrict, Intercept and Obstruct Terrorism Act*, também conhecido como *USA Patriot Act*, medida adotada após o ataque às torres gêmeas do *World Trade Center*, que visava combater e punir, dentre outros, a lavagem de dinheiro voltada para financiar atividades terroristas. Após os referidos ataques, o governo norte-americano passou a se preocupar com a utilização do dinheiro lavado no sistema financeiro como fonte de financiamento de grupos terroristas.

BONNACORSI aponta que

[...] dentre as medidas, a referida lei passou a exigir que as instituições financeiras dos Estados Unidos tomassem medidas especiais, como terminar uma relação bancária quando houver suspeita de lavagem de dinheiro. Também a lei concede mais poderes ao Secretário do Tesouro e ao Secretário de Justiça para desbancar a lavagem de dinheiro e o financiamento de grupos terroristas, conforme seu art. 302.¹³⁰

Em 2005, foi promulgado o *USA Patriot Improvement and Reauthorization Act*. Dentre as alterações que promoveu, SCHORSCHER destaca: a regulamentação da persecução da conduta para valores inferiores a dez mil dólares americanos, a ampliação do rol de

ato, os bancos devem manter registros e preencher relatórios para certas transações, que são posteriormente submetidos ao FinCEN (U.S. Department of the Treasury's Financial Crimes Enforcement Network), que é a unidade de inteligência Financeira (UIF) dos Estados Unidos. Nos últimos anos, as exigências para a comunicação de operações cresceram consideravelmente. A obrigação imposta aos bancos de conhecer seus clientes ('Know your customer – KYC') foi considerada pesada, cara e inefetiva, pela indústria bancária. Entretanto, os bancos são obrigados, agora, a preencher 'SARs – Suspicious Activity Reports', abrangendo qualquer transação suspeita e que possa representar ofensa relevante à lei ou regulamento federal, independentemente do montante (no Brasil existe obrigação semelhante, relativamente ao COAF)".

¹²⁹ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. Orientador: Sérgio Salomão Shecaira. 2012. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 56.

¹³⁰ BONACCORSI, Daniela Villani. *A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro: análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2013, p. 111.

crimes antecedentes e a adoção de outras medidas voltadas para o combate da lavagem de dinheiro relaciona a atos de terrorismo.¹³¹

Da mesma forma que promoveram reformas legislativas voltadas para coibir a prática da lavagem, os EUA inovaram com a adoção da teoria da cegueira deliberada¹³², construída jurisprudencialmente e equipara à ação dolosa a perpetrada pelo indivíduo que, diante de uma situação suspeita, propositadamente se coloca em uma situação de ignorância. O dolo do sujeito não é voltado para o cometimento de infração criminal, mas sim para colocá-lo em uma situação que desconheça a origem ilícita do objeto. No caso GLOBAL-TECH APPLIANCES, INC., ET AL. v. SEB S. A., a Suprema Corte Americana se manifestou da seguinte maneira:

While the Courts of Appeals articulate the doctrine of willful blindness in slightly different ways, all appear to agree on two basic requirements: (1) the defendant must subjectively believe that there is a high probability that a fact exists and (2) the defendant must take deliberate actions to avoid learning of that fact. We think these requirements give willful blindness an appropriately limited scope that surpasses recklessness and negligence. Under this formulation, a willfully blind defendant is one who takes deliberate actions to avoid confirming a high probability of wrongdoing and who can almost be said to have actually known the critical facts. See G. Williams, Criminal Law §57, p. 159 (2d ed. 1961) (“A court can properly find wilful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew”). By contrast, a reckless defendant is one who merely knows of a substantial and unjustified risk of such wrongdoing, see ALI, Model Penal Code §2.02(2)(c) (1985), and a negligent defendant is one who should have known of a similar risk but, in fact, did not, see §2.02(2)(d).¹³³

¹³¹ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. Orientador: Sérgio Salomão Shecaira. 2012. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 57-58.

¹³² A teoria da cegueira deliberada (*willfull blindness*), também é conhecida por instruções do avestruz (*ostrich instructions*).

¹³³ Enquanto os Tribunais de Justiça articulam a doutrina da cegueira deliberada de forma ligeiramente diferente, todos parecem concordar com dois requisitos básicos: (1) o réu deve, subjetivamente, acreditar que há uma alta probabilidade de que um fato existe; e (2) o réu deve tomar ações deliberadas para evitar o conhecimento desse fato. Aachamos que esses requisitos dá à cegueira deliberada um escopo devidamente limitado, que supera a imprudência e a negligência. De acordo com esta formulação, o réu voluntariamente cego é aquele que leva ações deliberadas para evitar confirmar a alta probabilidade de irregularidade e que quase pode-se dizer que, em verdade, conhece os fatos críticos. Veja G. Williams, Direito Penal §57, p. 159 (2. ed. 1961) (“Um tribunal pode evidenciar adequadamente a cegueira deliberada apenas quando for possível dizer que o réu realmente sabia”). Em contrapartida, um réu imprudente é aquele que apenas sabe de um risco substancial e injustificado de tal delito. Ver ALI, Modelo de Código Penal §2.02 (2) (c) (1985). Um réu negligente é aquele que deveria saber de um risco semelhante, mas, em verdade, não, ver §2.02 (2) (d) (tradução Livre). EUA. Supreme Court of The United States. 563 U. S. ____ (2011). GLOBAL-TECH APPLIANCES, INC., ET AL. v. SEB S. A. Washington, 31 mai. 2011.

Dessa forma, apesar de o sistema de *common law* não prever o dolo eventual, a teoria da cegueira deliberada permite a responsabilização do agente de forma semelhante. Para isso, é necessário que exista elevada probabilidade de conhecimento da origem ilícita dos bens, direitos ou valores que opera e que o sujeito deliberadamente mantenha-se na ignorância diante da grande possibilidade de estar lidando com o produto de crime. Enquanto no dolo eventual o sujeito não deseja o resultado, mas assume o risco de produzi-lo ao agir, na teoria da cegueira deliberada o indivíduo, diante de uma situação de possível cometimento de ilícito, na qual deveria agir com cautela, deliberadamente adota uma posição passiva. Ambas as teorias são pautadas na indiferença. No dolo eventual, a indiferença se dá com o possível resultado da ação ao passo que na cegueira deliberada a indiferença está na omissão diante de uma situação potencialmente suspeita, na qual se deveria agir com cautela.

4 LAVAGEM DE DINHEIRO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

A criminalização da lavagem de dinheiro no Brasil foi consequência de um movimento global de tipificação do fato. O marco internacional para as modernas políticas de enfrentamento das atividades que objetivam lavar capitais foi a realização da *Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substâncias Psicotrópicas*, realizada em 1988.

Posteriormente foram realizadas outras Convenções e surgiram, como já visto¹³⁴, diversos mecanismos visando combater a lavagem de capitais. O Brasil não foi exceção e comprometeu-se perante a comunidade internacional a tipificar o crime de lavagem de dinheiro e cooperar com a realização de ações preventivas realizadas isolada ou conjuntamente.

4.1 Nota histórica

Em 1991, por meio do Decreto 154, o Brasil ratificou a *Convenção de Viena*. Contudo, somente em 1996, com a apresentação o Projeto de Lei 2.688, é que se buscou a regulamentação do pactuado.

Dois anos mais tarde, foi promulgado o primeiro instrumento normativo especificamente voltado ao enfrentamento penal da lavagem de dinheiro, a Lei 9.613/1998. Conforme destacado pelos ministros signatários da Exposição de Motivos nº 692, as primeiras legislações antilavagem – denominadas “legislação de primeira geração”¹³⁵ – orientavam para a criminalização da lavagem dos produtos oriundos da comercialização de drogas ilícitas.

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. Gravavam, 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

¹³⁴ Ver cap. 3, subitens 3.1 e 3.2.

¹³⁵ Assim denominadas pois constituíram “as primeiras iniciativas no âmbito internacional para desenhar um marco legal sobre a lavagem de dinheiro” BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 52.

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.¹³⁶

A legislação brasileira ultrapassou o patamar mínimo estipulado na *Convenção de Viena*, pois, além do tráfico de entorpecentes, estipulou um rol de condutas antecedentes e criou mecanismos de prevenção e repressão às atividades tipificadas.

Dentre os meios de prevenção se destaca a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras, previsto no art. 14 da Lei 9.613/98, com a incumbência de centralizar e processar as informações, visando identificar as operações suspeitas de atividades de lavagem de dinheiro, além de implementar mecanismos e desenvolver ações que dificultem o cometimento das atividades delituosas. Sua criação atendeu à Recomendação 29¹³⁷ do GAFI, que dispõe sobre a criação das FIUs e credenciou o País a participar do Grupo Egmont, já no ano posterior à promulgação da lei.

O caráter transnacional do delito de lavagem de dinheiro torna o plano legislativo especialmente propenso a assimilar alterações advindas de mecanismos internacionais de controle.

Nesse sentido, destaca DE CARLI¹³⁸ a modificação decorrente da convenção sobre o combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, realizado pela OCDE em Paris (1997), promulgado no Brasil pelo Decreto 3.678/2000, que incluiu o inciso VIII no art. 1º da Lei 9.613/98, que prevê responsabilização criminal para os crimes de lavagem “praticado por particular contra a administração pública estrangeira”.¹³⁹

¹³⁶ BRASIL. *Exposição de Motivos n.º 692*, de 18 de dezembro de 1996. Brasília: Ministério da Justiça, 1996.

¹³⁷ Ou R 26, segundo a numeração original do GAFI. Atualmente a Recomendação possui a seguinte redação: “Os países deveriam estabelecer uma unidade de inteligência financeira (UIF) que sirva como um centro nacional de recebimento e análise de: (a) comunicações de operações suspeitas; e (b) outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise. A UIF deveria ser capaz de obter informações adicionais das entidades comunicantes e ter acesso rápido a informações financeiras, administrativas e de investigação que necessite para desempenhar suas funções adequadamente”.

¹³⁸ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 174.

¹³⁹ BRASIL. *Lei 9.613*, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), e dá outras providências. Brasília, 1998. Art. 1º, VIII.

Em busca do aperfeiçoamento das técnicas de enfrentamento à lavagem de dinheiro como meio de reprimir de forma mais eficaz o crime organizado, o legislador empreendeu diversas outras reformas visando obter maior efetividade legislativa.

Acerca do tema, DE CARLI afirma:

Em 2003, novas alterações: a modificação da composição da COAF, com a inclusão da Controladoria-Geral da União, pela Lei nº 10.683/03. Com a Lei 10.701/03, operou-se a inclusão do crime de financiamento ao terrorismo no rol de antecedentes; a inclusão das pessoas físicas e jurídicas que comercializam bens de luxo e alto valor ou exercem atividades que movimentam grande volume de recursos entre os sujeitos obrigados do art. 9º; a criação do Cadastro Nacional de Correntistas, do Banco Central; a faculdade do COAF de requerer aos órgãos da Administração Pública as informações bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.¹⁴⁰

A reforma mais significativa ocorreu em 2012, com o advento da Lei 12.683, que alterou substancialmente o tratamento da questão no ordenamento jurídico brasileiro.

Por constituírem os principais instrumentos da política antilavagem brasileira, merecem destaque os aspectos mais importantes da Lei 9.613/98 e da Lei 12.683/12. A análise é necessária para identificar as hipóteses de incidência no tipo e, sobretudo, seus limites legais de responsabilização.

4.1.1 A Lei 9.613, de 1998

À época da publicação da exposição de motivos da Lei 9.613/98, o ministro Nelson Jobim salientou que a orientação da *Convenção de Viena* era no sentido de tipificar a lavagem dos valores provenientes do tráfico de drogas. Contudo, a exposição de motivos dispunha que, em momento posterior:

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 da 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

¹⁴⁰ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.175.

internacional considera a legislação desses países como de terceira geração.

18. A orientação do projeto perfila o penúltimo desses movimentos.¹⁴¹

Apesar de a Exposição de Motivos destacar que o projeto que deu origem à Lei 9.613, de 1998, apresentou um modelo legislativo de segunda geração, incluindo um rol dos crimes antecedentes e conexos à lavagem, a doutrina não era unânime quanto a esse aspecto.

Segundo KAI AMBOS, a solução adotada pelo legislador brasileiro possuía caráter intermediário:

Na aprovada Lei 9.613/1998, optou-se por estabelecer um catálogo que à primeira vista parece restritivo, porém, observando-se certos aspectos, constata-se a sua amplitude, posto que ao estabelecer como crime antecedente o *praticado por organização criminosa*, o legislador possibilitou que *qualquer tipo de conduta criminosa que produza dinheiro, que tenha sido efetivada e realizada por organização criminosa, conduza também ao crime de lavagem de dinheiro*. Daí se falar que o legislador optou por uma solução intermediária.¹⁴²

Em que pese as críticas do autor, foi consolidado o entendimento de que se tratava de modelo legislativo de segunda geração. A referida lei elencava nos incisos I a VIII do art. 1º as hipóteses estabelecidas pelo legislador para caracterizar as condutas antecedentes à lavagem de dinheiro passíveis de punição. Como se tratava de rol exaustivo, não era admitida nenhuma outra hipótese de incidência no tipo, ressalvada a situação prevista no inciso VII, que trata dos crimes praticados por organização criminosa.

Em relação ao plano subjetivo, a redação do art. 1º, §2º, I, previa punição para a prática do crime de lavagem de dinheiro para aquele que utilizasse na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que soubesse ser provenientes de qualquer dos crimes antecedentes. Portanto, a previsão legal de responsabilidade estava restrita apenas ao cometimento de ação com dolo direto, entendimento contestado a partir da promulgação da Lei 12.683/2012.

¹⁴¹ BRASIL. *Exposição de Motivos n.º 692*, de 18 de dezembro de 1996. Brasília, Ministério da Justiça, 1996.

¹⁴² AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 50-51.

4.1.2 Lei 12.683, de 2012

Sob a justificativa de “tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”¹⁴³, a Lei 12.683, promulgada em 2012, alterou substancialmente o tratamento legal da lavagem de dinheiro no Brasil.

As principais modificações foram: extinção do rol de crimes antecedentes, inclusão das contravenções penais como delito prévio ao crime de lavagem e a possível expansão do tipo penal, que passaria a punir a conduta criminosa praticada com dolo eventual.

A nova redação suprimiu os oito incisos e modificou a redação do art. 1º, a saber:

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.

A nova redação substituiu a expressão *crime* por *infração penal*. A modificação possibilita, em tese, criminalizar tanto a prática de condutas antecedentes classificadas tanto como crime quanto como contravenção penal.¹⁴⁴

Além da maior abrangência em relação às hipóteses de incidência da lei, destaca-se a supressão da expressão *que sabe*, contida no art. 1º, §2º, I, da Lei 9.613/98.

A partir dessa alteração na redação, verificam-se duas opções de interpretação para o novo texto legal. Na primeira, há a manutenção da opção que criminaliza as condutas praticadas com dolo direto e veda a responsabilização por dolo eventual. Na segunda, altera-se o entendimento, expandindo o tipo penal e possibilitando a criminalização da conduta praticada mediante dolo eventual.

Para verificar de qual das hipóteses melhor se adequa ao contexto jurídico brasileiro, é necessário interpretar o texto legal e verificar qual das opções fornece mais segurança ao bem jurídico tutelado sem ferir direitos e garantias individuais. Para tanto, é necessário confrontar as teorias do bem jurídico tutelado no crime de lavagem de capitais e,

¹⁴³ BRASIL. *Lei 12.683*, de 9 de julho de 2012. Preâmbulo. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, 2012.

¹⁴⁴ O Projeto de Lei 236/2012, que discute a adoção de um novo Código Penal, tem incluído em seu texto a previsão do crime de lavagem de dinheiro. A redação retoma a limitação dada originalmente à matéria, substituindo a expressão *infração* criminal por *crime*. (BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n.º 236/2012*, de 09 de julho de 2012. Brasília: Senado Federal, 2012).

posteriormente, será preciso verificar se a interpretação expansiva do tipo fere direitos e garantias individuais.

4.2 O bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro

Apesar do pioneirismo italiano em criminalizar as atividades de lavagem de dinheiro, a questão ganhou maior relevância após a adoção de uma série de políticas pelo governo norte-americano, que visavam reprimir a circulação de valores oriundos de fontes ilegais, sobretudo aqueles valores provenientes do tráfico ilícito de entorpecentes.

Conforme já anotado¹⁴⁵, a iniciativa norte-americana ganhou contornos mundiais ao final da década de 1980 com a realização da *Convenção de Viena*, promovida pela ONU para fomentar o combate conjunto da comercialização de drogas.

Como o marco das modernas políticas preventivas e repressivas antilavagem é proveniente do modelo norte-americano, seria natural recorrer aos seus parâmetros para conduzir o estudo sobre o bem jurídico tutelado. Todavia, por se tratar de sistema jurídico de *common law*, não há necessariamente um bem jurídico tutelado ao criminalizar uma conduta.

Nesse sentido, destaca BLANCO CORDERO:

El blanqueo de capitales comenzó siendo un delito, cuya sanción era promovida esencialmente por los Estados Unidos de América. Y allí la teoría del bien jurídico, de origen claramente alemán, no cuenta con mucho desarrollo. En aquel país el blanqueo de capitales no es más que una manifestación del pragmatismo que impregna la cultura jurídica. Por ello, califica de ingenuidad la actitud de quienes intentan vestir al blanqueo de capitales con «el traje legitimante» de la teoría del bien jurídico. Esta vestimenta hecha a medida por la doctrina impide ver lo que se esconde debajo de la misma.

Es clásico el recurso a dos criterios para determinar si es preciso o no recurrir a la criminalización de una conducta: el primero, la existencia previa de un interés social de importancia tal que se justifique su protección mediante la amenaza penal; el segundo, que el resto de las instancias de control se muestre insuficiente para la tutela de dichos intereses.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Ver cap. 3, subitens 3.1.1 e 3.3.4.

¹⁴⁶ A lavagem de capitais começou sendo um delito cuja sanção era promovida essencialmente pelos Estados Unidos da América. Lá, a teoria do bem jurídico, claramente de origem alemã, não possui muito

Diante da impossibilidade de buscar um critério seguro no modelo norte americano, é imprescindível a eleição um parâmetro balizador para viabilizar a criminalização da conduta de lavar capitais.

Acerca dos critérios de delimitação das condutas que necessitam de tutela do direito penal, PALAZZO leciona que

[...] sendo constante a preocupação de deduzir da Constituição a exigência de delimitação da matéria penal, nota-se que isso se dá não pela individualização de opções *específicas* que, no plano do conteúdo, já estariam inseridas ou encartadas na Constituição, mas em razão da solicitação a mais *genéricos* princípios político-constitucionais, de imediata derivação *Rechtstaatsprinzip*, certamente mais capazes de orientar, constitucionalmente, uma moderna tendência de política criminal, deixando, assim, ao legislador qualquer ulterior concretização. E tais princípios são, em essência, aqueles da *Verhältnismässigkeit (Übermassverbot)*, entendidos como uma *necessidade* da pena criminal, como o único meio válido para a tutela de um determinado bem jurídico, e como a justa proporcionalidade entre o desvalor do *Unrecht* sancionado e a pena criminal.¹⁴⁷

Uma vez que a tradição penal brasileira é fundada na proteção de bens jurídicos¹⁴⁸, a criminalização da lavagem de capitais depende da identificação de um bem a ser protegido para a tipificação da conduta.

Acerca da teoria do tipo, leciona LOPES que

[...] há uma noção fundamental que convém, desde logo, fixar-se: a de que todo tipo tem um *objeto jurídico*, que é o bem ou valor protegido pela norma, através da descrição da conduta que lhe cause dano ou exponha a perigo e para cuja prática se prevê uma pena. Tal noção é do maior alcance prático porque, para se saber se a ação corresponde ou não a uma descrição *típica* e, como tal possa ser relevante para o direito

desenvolvimento. Naquele país, a lavagem de dinheiro não é mais do que uma manifestação do pragmatismo que impregna a cultura jurídica. Por isso, qualifica como ingênua a atitude daqueles que tentam vestir a lavagem de capitais com “o traje legitimante” da teoria do bem jurídico. Essa vestimenta feita sob medida pela doutrina impede a visão do que se esconde debaixo dela.

É clássico o recurso de dois critérios para determinar se é necessário ou não recorrer à criminalização da conduta: em primeiro lugar, a existência prévia de um interesse social, de tal forma que a sua proteção seja justificada pela ameaça penal; em segundo, que o resto das instâncias de controle se mostre insuficiente para salvaguardar a tutela desses interesses. (Tradução livre). BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 193.

¹⁴⁷ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1989. p. 86.

¹⁴⁸ Segundo lição de VARGAS, bem jurídico é “o interesse legalmente protegido mediante a descrição de um tipo de delito, porque assim se confere ao interesse um significado abrangente de todos os bens e valores objetos de garantia penal”. VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 9.

penal, deve-se, antes de tudo, procurar identificar o bem ou valor contra o qual fora dirigida.¹⁴⁹

Segundo FRAGOSO, o tipo penal é “o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto das características objetivas e subjetivas de um fato punível”¹⁵⁰, o qual delimita uma conduta proibida, ofensiva a um bem jurídico penal, com a imposição de pena para seu descumprimento.

Além da necessidade de tutelar um bem jurídico penal, a criação da norma jurídica penal só se justifica “quando falharem os outros setores do ordenamento jurídico. A intervenção penal é violenta por natureza”.¹⁵¹

Muito embora o direito penal seja um instrumento de *ultima ratio*, o que se verifica é uma “inflação legislativa”¹⁵², decorrente da utilização de métodos pouco criteriosos de tipificação. Essa indiscriminada elevação de bens à categoria de bem jurídico penal não é isenta de críticas.

Acerca do tema destaca FERRAJOLI que a

ampliação indeterminada do campo do designável como bens tutelados, mediante a utilização de termos vagos, imprecisos ou, o que é pior, valorativos, que derogam a estrita legalidade dos tipos penais e oferecem um amplo espaço à discricionariedade e à ‘criação’ judicial.¹⁵³

E complementa o autor:

O resultado de tal inflação, apenas polida pelas distintas leis descriminalizadoras dos últimos anos, é, simplesmente, a dissolução do conceito de ‘bem penal’ como critério axiológico de orientação e delimitação das opções penais. A multiplicidade, a casualidade, a contingência e, às vezes, a inconsistência dos bens equivalem, de fato à desvalorização da ideia mesma de ‘bem’ e indicam a sobrecarga de funções impróprias que lastreiam nossa justiça penal.

¹⁴⁹ LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.114-115.

¹⁵⁰ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 156.

¹⁵¹ VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 3.

¹⁵² Luiz Luisi destaca que a expressão utilizada por Francesco Carnelutti remete a uma analogia entre os efeitos da inflação monetária e a excessiva criação de leis penais. Essa “inflação” desvalorizaria as leis e acarretaria o “esvaziamento da força intimidadora da pena”. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 42.

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Vários tradutores. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 436.

Para evitar o agravamento das mazelas do inflacionamento legislativo, deve-se submeter o bem que se quer tutelar penalmente a um rigoroso crivo dos princípios penais de natureza constitucional. Somente se constatada a necessidade poder-se-ia proceder à tipificação.

A conduta de lavar capitais não constitui exceção. De tal forma, à tipificação da prática estaria sujeita a indicação de um bem jurídico que justificasse a atuação do direito penal em sua tutela.

Nesse sentido, leciona BOTTINI que

[...] a afirmação da necessidade de existência de um bem jurídico para legitimar a repressão estatal, em si, não representa nenhum limite concreto ao direito penal, pois toda norma penal tem, por definição, um objeto de tutela. Conceber o bem jurídico como o referente legitimador das normas penais exige preenchê-lo de sentido, de materialidade, ou seja, identificar quais os requisitos necessários para que um interesse adquira *status* de bem protegido pelo discurso penal.¹⁵⁴

Além da necessidade de verificar se a proteção penal é justificada ou se seria possível proteger o bem com a atuação de outras áreas do direito, há de analisar os limites dessa proteção, “que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção de certo bem jurídico”.¹⁵⁵

No mesmo sentido é valiosa a lição de GODOI, ao destacar que

[...] o *bem jurídico-penal* coloca-se na base da valoração que dá sentido aos comandos normativos emanados pelo Estado em matéria penal, integrando-os. E o tipo penal, como portador de um sentido de valor, possui, como fundamento e ponto de partida para sua elaboração e interpretação, o *bem jurídico a ser protegido*.¹⁵⁶

O bem jurídico assume, portanto, uma dupla função. Primeira, “de caráter político-criminal, limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais”.¹⁵⁷

Essa função viabiliza a existência do tipo penal somente para os casos em que for

¹⁵⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.14, n. 61, p. 44-121, jul-ago. 2006.

¹⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 41.

¹⁵⁶ GODOI, Antonio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico-penal*. Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt. 2006. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. p. 19.

¹⁵⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 41.

verificado que se trata de um bem que carece de proteção penal. Segunda, “a solução de questões interpretativas a respeito do conteúdo da norma incriminadora”.¹⁵⁸

A identificação do bem jurídico penal na lavagem de dinheiro é, dessa forma, crucial para a delimitação do alcance do tipo. Neste trabalho, a identificação do bem jurídico tutelado pela norma que criminaliza a conduta de lavagem de dinheiro busca, precipuamente, verificar se seus limites interpretativos abrangem somente o dolo direto ou incluem o dolo eventual. Para tanto, foram selecionadas quatro teorias sobre o bem penal juridicamente tutelado no crime de lavagem de dinheiro: o bem tutelado no crime anterior; a ordem econômica; a administração da justiça; e a teoria que indica a pluriofensividade do delito, indicando que ofende tanto a administração da justiça quanto a ordem econômica.

Após a delimitação do bem tutelado pela norma passar-se-á ao estudo de seus limites interpretativos, em consonância com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

Os critérios utilizados para a seleção das teorias que serão abordadas são a relevância histórica; aquelas de maior aceitação na doutrina brasileira; e as teorias de maior aceitação nos países selecionados para análise de legislação comparada.

Passa-se, agora, ao estudo de cada uma das teorias sobre qual o bem jurídico penal é tutelado pela norma que criminaliza a lavagem de dinheiro.

4.2.1 O bem jurídico tutelado no crime antecedente

Quando iniciados os movimentos internacionais que culminaram com a criminalização da lavagem de dinheiro oriundo do tráfico ilícito de entorpecentes a doutrina antilavagem apontava que o bem jurídico protegido era a saúde pública.¹⁵⁹ Isso porque durante o período que vigorou a legislação de primeira geração o único crime antecedente ao delito de lavagem era o tráfico de drogas. Como a saúde pública é indicada como bem jurídico violado no crime de comercialização de drogas ilícitas, a doutrina majoritária à época

¹⁵⁸ GODOI, Antonio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico-penal*. 2006. Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. p. 207.

¹⁵⁹ Nesse sentido, conferir: CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 154-155.

indicava que a posterior lavagem dos produtos decorrentes do tráfico afetaria o mesmo bem tutelado.

BLANCO CORDERO leciona que os defensores dessa corrente, hoje minoritária, afirmam que a criminalização da lavagem de dinheiro seria um meio de reforçar a proteção

[...] de un bien jurídico previamente vulnerado por el delito de que proceden los bienes. La tipificación del blanqueo tendría así un fin preventivo general, en la medida en que pretende hacer desistir de su propósito al potencial delincuente al disminuir sus posibilidades de disfrutar del dinero de origen delictivo. La norma penal se aplica a quien blanquea dinero, pero en realidad va referida al autor del delito previo; se pretende la evitación del delito previo mediante la represión de comportamientos posteriores a éste. Se reduciría así el peligro de menoscabo del bien jurídico tutelado por la infracción previa. En definitiva, se trataría de incidir en la mente del potencial delincuente para infundirle la idea de que el delito «no compensa». Esta postura es objeto de una acertada crítica, pues se hace recaer una pena sobre un sujeto distinto de aquel cuyo comportamiento se pretende evitar, modo de proceder que es altamente discutible y que incluso puede ser contrario al principio de personalidad de las penas.¹⁶⁰

Com a adoção de uma legislação de segunda geração, que previa um rol de crimes antecedentes, o tráfico de drogas deixou de ser o único crime que possibilitava o cometimento do crime de lavagem de dinheiro.

[...] Com isso, firmou-se a ideia de que o objeto de tutela normativa não se restringia a *saúde pública*, mas abarcava todos os bens jurídicos afetados pelos crimes anteriores à *lavagem de dinheiro*, como o *patrimônio*, a *administração pública*, e outros. Assim, a lavagem de valores obtidos com o tráfico de drogas afetaria a *saúde pública*, da mesma forma que a reciclagem de bens derivados da *extorsão mediante sequestro* lesionaria a *liberdade individual e o patrimônio*.

Esse posicionamento doutrinário é o mais compatível com a previsão legal de um rol detalhado e fixo de delitos antecedentes à *lavagem de dinheiro*. Se o bem jurídico protegido é aquele lesionado pelo crime anterior, deverá o legislador se esforçar por indicar com precisão a lista

¹⁶⁰ De um bem jurídico previamente violado pelo crime de que os bens são originários. A criminalização da lavagem teria, dessa forma, uma finalidade de prevenção geral, na medida em que visa fazer o potencial delinquente desistir de seus propósitos ao diminuir as possibilidades de usufruir do dinheiro de origem ilícita. A norma penal é aplicada ao indivíduo que lava dinheiro, mas, em verdade, é destinada ao autor do crime antecedente; pretende-se evitar o cometimento do delito prévio mediante a repressão dos comportamentos posteriores. Dessa forma, se reduziria o risco de perigo ao bem jurídico tutelado pelo crime antecedente. Em suma, trata-se de inculcar na mente do potencial delinquente a ideia de que o crime "não compensa". Esta posição é objeto de uma acertada crítica, pois faz recair uma pena sobre um sujeito distinto daquele cujo comportamento se pretende evitar, meio que é altamente questionável e pode até ser contrário ao princípio da personalidade das penas. (Tradução livre). BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 197.

de infrações passíveis de gerar produtos *laváveis*. A indicação genérica de *qualquer crime* como antecedente impossibilita a identificação dos bens jurídicos afetados por estes e pela *lavagem de dinheiro*.¹⁶¹

Outra crítica recorrente à adoção do critério de proteção do bem jurídico lesionado no crime antecedente é a de impossibilidade de responsabilização para os casos de autolavagem (*selflaundering*).

Explicam BADARÓ e BOTTINI:

Nessas situações, será forçoso o reconhecimento da *lavagem de dinheiro* como mero *exaurimento* do delito original, ou da absorção desse por aquele, em progressão criminosa. A dupla incriminação afetaria a vedação do *bis in idem*, uma vez que puniria duas vezes o mesmo agente, pela violação do mesmo bem jurídico.¹⁶²

Por fim, a indicação do bem jurídico tutelado pelo tipo penal do crime antecedente deve ser rechaçada pela falta de proporcionalidade.

Conforme destacado por ARIAS HOLGUÍN, essa opção

[...] teminaría generando una respuesta punitiva desproporcionada porque supondría aceptar que con el tipo penal allí consagrado se tutelan todos los bienes jurídicos protegidos en tal estatuto; y, en consecuencia, se incluirían en su ámbito de protección, hechos demasiado heterogéneos en cuanto a su lesividad.¹⁶³

Conforme destacam BADARÓ e BOTTINI, “a *proporcionalidade* referente ao *bem jurídico* protegido pela norma é verificado na pena em abstrato”¹⁶⁴, sendo impossível solucionar a questão pela aplicação concreta da pena. Além disso, a aplicação de penas iguais diante dos diferentes graus de lesividade do crime antecedente – que podem variar

¹⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 52.

¹⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 54.

¹⁶³ Terminaria provocando uma resposta punitiva desproporcional porque significaria aceitar que com o tipo penal se tutelariam todos os bens jurídicos protegidos em lei; e em consequência, estariam inclusos no âmbito de proteção bens demasiadamente heterogêneos em termos de lesividade. (Tradução livre). ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*. Madrid: Iustel, 2011. p. 199.

¹⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 54.

de um furto simples a extorsão mediante sequestro – configuraria uma equiparação desproporcional, cominando penas iguais para a tutela de bens jurídicos penais distintos.

4.2.2 O bem jurídico ordem econômica

Os defensores da teoria que o bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro é a ordem econômica sustentam que as condutas de ocultar, encobrir e reciclar o capital ilícito provocaria um desequilíbrio na economia. O prejuízo decorre da alta quantia de proveniência ilícita que circula¹⁶⁵ na economia, afetando todo o sistema econômico.

A ordem econômica é apontada como o bem jurídico tutelado por grande parte da doutrina e encontra guarida em dois argumentos principais. O primeiro argumento é que, ao consolidar a ordem econômica como objeto de proteção da norma incriminadora, fica legitimada a punição, em concurso material, para os casos de autolavagem (*selflaundering*) quando o autor do crime antecedente também é o responsável pela lavagem de dinheiro. Além de evitar a caracterização do *bis in idem*, a indicação da ordem econômica como objeto de tutela corrobora com o estabelecimento da lavagem como crime autônomo, desvinculando-a do crime antecedente.¹⁶⁶ Além disso, a tendência legislativa em abolir o rol de delitos antecedentes ao crime de lavagem de dinheiro é apontada como indicativo da tutela da ordem econômica.

Nesse sentido, lecionam BADARÓ e BOTTINI que,

Se o bem protegido pela norma penal é a ordem econômica, não há razão para fixar um rol taxativo de crimes antecedentes. O prejuízo ao regular funcionamento da economia será o mesmo se o crime anterior for tráfico de drogas, roubo ou qualquer outra atividade criminosa. O que importa é a origem infracional dos bens e seu uso na economia regular e formal. A distinção materialmente relevante será entre valores significativos ou não significativos para a afetação do equilíbrio

¹⁶⁵ MENDRONI apurou levantamento da ONU que estima que 1,3 trilhão de dólares são inseridos no sistema financeiro anualmente para fins de lavagem de dinheiro. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 75.

¹⁶⁶BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 57.

econômico, mas não há diferença em decorrência da qualidade do crime original, do ponto de vista do bem jurídico afetado.¹⁶⁷

A indicação da ordem econômica também possui grande respaldo na doutrina estrangeira.

Cabe destacar a lição de BLANCO CORDERO, que aponta ser

[...] más acertado optar por un bien jurídico de carácter económico, en la línea de lo manifestado en el Preámbulo del Convenio de Viena, según el cual los vínculos que existen entre el narcotráfico y otras actividades delictivas de las organizaciones criminales relacionadas con él, «socavan las economías lícitas». De forma insistente la doctrina mayoritaria, tanto nacional como extranjera, se pronuncia em favor de una vinculación del blanqueo de capitales con la influencia que se despliegan el dinero y los bienes de origen delictivo en la economía legal. Se destaca, com ello, que el blanqueo de capitales es un delito económico com el que se pretende proteger un bien jurídico de carácter económico.¹⁶⁸

Embora aponte que o bem juridicamente protegido tenha caráter econômico, deve-se destacar que o referido autor considera que tal indicação “en su conjunto es excessivamente vaga e imprecisa para constituir un bien jurídico”.^{169 170}

Adotando raciocínio semelhante, CASTELLAR aponta que a lavagem de dinheiro é um crime de natureza econômica. Contudo, conclui que a norma não tutela bens jurídicos, “mas, sim, a funcionalidade dos subsistemas afetos ao amplo conceito de ‘ordem econômica’”. A inexistência de um bem jurídico a ser tutelado seria consequência da imprecisão terminológica. Essa inexatidão faz com que os bens sejam “designados com

¹⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 57.

¹⁶⁸ Mais acertado optar por um bem jurídico de natureza econômica, na linha do que foi manifestado no Preâmbulo da *Convenção de Viena*, segundo a qual os vínculos que existem entre o narcotráfico e outras atividades delitivas das organizações criminosas a ele relacionada “minavam as economias lícitas”. De forma insistente, a doutrina majoritária, tanto nacional quanto estrangeira, se manifesta favorável à vinculação entre a lavagem de dinheiro e a influência com que o dinheiro e os bens de origem delitiva são implantados na economia lícita. Se destaca, com isso, que a lavagem de capitais é um delito econômico, com o qual se pretende proteger um bem jurídico de natureza econômica. (Tradução livre). BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 216-217.

¹⁶⁹ em seu conjunto é excessivamente vaga e imprecisa para constituir um bem jurídico. (Tradução livre). BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 220-221

¹⁷⁰ Às fls. 221-233 o autor desenvolve a ideia de que os elementos de ordem socioeconômica especialmente vulneráveis ao delito de lavagem de capitais, e tutelados em concreto são “la protección de la libre competencia, y, com caráter subsidiario, la credibilidad, estabilidad y solidez del sistema financiero”. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

expressões vagas, de padrão técnico dessubstancializado, como, por exemplo, a ‘livre concorrência’ ou ‘livre circulação de bens no mercado’”.¹⁷¹

DE CARLI não se exime da discussão e também defende a existência de um bem de ordem econômica tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro. A autora destaca as consequências da introdução na economia do capital de origem ilícita e aduz que

A lavagem de dinheiro efetivamente vai além da mera fruição do lucro de um crime anterior. Ela altera as condições naturais da economia e o funcionamento normal do mercado. Contribui para a diminuição dos recursos aos quais os Estados teriam direito e necessidade, para a implementação de suas políticas econômicas e sociais e possui um alto poder de corrupção, tanto de agentes públicos como privados.¹⁷²

Contudo, ao contrário de grande parte da doutrina, que utiliza indistintamente os termos *ordem econômica* e *ordem socioeconômica*, a autora distingue as expressões e destaca que “a dimensão social da ordem econômica é essencial à consideração dos valores a serem reconhecidos e tutelados pela norma incriminadora da lavagem de dinheiro”.¹⁷³

Segundo a autora, é essencial o reconhecimento dos interesses da comunidade, o qual não é valorado se levado em conta apenas o aspecto econômico. Destaca que a lavagem de dinheiro prejudica a concreção de vários direitos sociais constitucionalmente assegurados e propicia o incremento da criminalidade em geral, principalmente dos delitos reconhecidos como antecedentes.¹⁷⁴

Muito embora BADARÓ e BOTTINI destaquem os aspectos positivos da adoção da teoria que aponta ser a ordem econômica o bem jurídico tutelado pela norma que criminaliza a lavagem de dinheiro, os autores indicam que esse não parece o melhor posicionamento. Tecem, em síntese, duas críticas.

¹⁷¹ CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 162.

¹⁷² DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 113-114.

¹⁷³ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.114.

¹⁷⁴ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 115.

A primeira ressalta que, “muitas vezes, o impacto econômico do uso direto do produto do crime é o mesmo daquele decorrente da *lavagem de dinheiro*”.¹⁷⁵ Os autores exemplificam a situação citando um roubo a banco como crime antecedente. Se o autor do crime adquire um barco, houve apenas o exaurimento do crime, não configurando o cometimento de lavagem de dinheiro. Contudo, se o autor do roubo se vale de algum meio de escamotear a compra incide no crime de lavagem de dinheiro. A única diferença entre as condutas posteriores ao roubo é que no segundo caso há dificuldade em rastrear a proveniência ilícita dos valores. E concluem apontando que, “se o barco foi comprado pelo preço de mercado, em condições idênticas à aquisição do mesmo bem com recursos lícitos, a *ordem econômica* não foi afetada em nenhum dos casos”.¹⁷⁶

A segunda crítica formulada pelos autores reflete uma preocupação com a incidência de penas similares para comportamentos distintos.

Considerar a *ordem econômica* como bem jurídico protegido, implica reconhecer na lei a punição *idêntica* a comportamentos materialmente *distintos*, sob a ótica da *proximidade* da lesão ao bem tutelado. As condutas do *caput* do art. 1º da Lei 9.613/1998 seriam a *tentativa* – ou mesmo de *atos preparatórios* – de lesão da *ordem econômica*, pois distantes do momento do ingresso do bem na atividade lícita e formal. Já os atos do §1º, e em especial do §2º, I, da referida lei afetariam – ou estariam muito próximos de afetar – o bem jurídico em questão. Ainda que sob a perspectiva da afetação da *ordem econômica*, as condutas sejam bastante diferentes, a lei prevê que sobre todos incida a mesma pena. Tal identidade de punição – embora não inédita em nossa legislação – não parece adequada sob a perspectiva de um direito voltado à proteção do bem jurídico, no qual a proximidade de sua lesão indica a maior intensidade da pena.¹⁷⁷

Analisa-se, a seguir, a concepção que adota a administração da justiça como bem jurídico tutelado no crime de lavagem de capitais.

¹⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 60.

¹⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 60.

¹⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 60-61.

4.2.3 O bem jurídico administração da justiça

Assim como a ordem econômica, a indicação da administração da justiça como bem tutelado no crime de lavagem de dinheiro possui grande respaldo doutrinário. Sobre esse aspecto, destaca MENDRONI que

[...] parte da doutrina, como na Suíça, entende que o bem jurídico tutelado é a administração da justiça, na medida que visa suplementar a eficiência na apuração e punição das infrações penais que, reconhecidamente pelo legislador, abalam sobremaneira a ordem pública e não conseguem encontrar, por si só, a resposta adequada da própria administração da justiça com vistas à defesa da sociedade. Então, a criminalização de condutas concebidas como “processamento de ganhos ilícitos” vem potencializar a aplicação da justiça em relação aos crimes precedentes.¹⁷⁸

Outro argumento levantado pelos defensores da teoria é que a norma protege a administração da justiça é que

[...] con la realización de las conductas de «blanqueo de capitales» se busca fundamentalmente evitar el descubrimiento de la identidad de los autores del delito principal. En esta medida, se considera que este delito está constituido por actos de enmascaramiento sobre los bienes, capitales o valores con la finalidad de realizar un favorecimiento personal.¹⁷⁹

Um dos aspectos que reforçam esta teoria refere-se à superação da quebra de proporcionalidade, apontado quando adotada a teoria que define que o bem jurídico penal é o mesmo tutelado pelo crime antecedente. Ao indicar que a tutela da norma penal recai sobre um bem jurídico, independentemente de qual seja o crime antecedente, obtém-se um parâmetro igualitário para a aplicação da pena.

Em que pese os aspectos favoráveis, a indicação da administração da justiça como bem jurídico tutelado é alvo de diversas críticas doutrinárias.

DE CARLI, adepta da teoria que defende a tutela da ordem socioeconômica, aponta:

A administração da justiça tem sido um dos bens jurídicos mais aceitos na doutrina estrangeira. Entretanto, não nos parece que seja essa a

¹⁷⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 75.

¹⁷⁹ Com a realização das condutas de “lavagem de capitais” se busca, fundamentalmente, evitar o descobrimento da identidade dos autores do crime antecedente. Nessa medida, se considera que o delito de lavagem é constituído por atos de encobrimento sobre os bens, capitais ou valores com a finalidade de realizar um favorecimento pessoal. (Tradução livre). ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*. Madrid: Iustel, 2011. p.150-151.

melhor solução. Uma das críticas que se faz à eleição desse bem jurídico como tutelado pela norma incriminadora da lavagem de dinheiro é que o Estado já possuiria condições, com base nas leis que criminalizamos crimes antecedentes de confiscar o produto dos crimes como efeito da condenação.

Em consequência, considerar que o interesse prevalente a ser protegido pela norma incriminadora da lavagem de dinheiro é a administração da justiça poderia significar duas coisas: primeiro, um reconhecimento da incapacidade dos Estados em prevenir, perseguir e reprimir os crimes de onde resultam os proveitos; em segundo lugar, um referencial amplo demais para cumprir o papel limitador do bem jurídico – qualquer conduta típica, independentemente de sua gravidade – poderia ser considerada ofensiva à boa administração da justiça.¹⁸⁰

Apesar de reconhecer o prejuízo causado à administração da justiça, BLANCO CORDERO não entende que esse seja o aspecto mais importante a ser tutelado pela norma incriminadora.

Desde una perspectiva político-criminal, sin embargo, no creemos que las acciones de blanqueo de capitales lesionen la Administración de Justicia, por dos razones: a) en caso de concebirse como delito contra la Administración de Justicia se incide sobre aspectos parciales del blanqueo de capitales, en concreto, sobre las primeras fases, sin prestar ninguna atención a la verdaderamente importante, la de integración. El blanqueo de capitales implica siempre un atentado contra la Administración de Justicia, pero no es éste el aspecto más relevante del mismo; b) además, la estrategia de lucha contra las primeras fases del blanqueo lesivas de la Administración de Justicia está en gran medida articulada. En efecto, muchas conductas de blanqueo se encuentran ya suficientemente abarcadas por los vigentes tipos de encubrimiento y, de no ser así, los cambios necesarios son mínimos. Queda claro, por tanto, que cuando se sanciona penalmente el blanqueo no es porque sea una conducta lesiva de Administración de Justicia – pese a que normalmente es algo inherente a él –, sino porque afecta a otros intereses merecedores de protección.¹⁸¹

¹⁸⁰ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.112.

¹⁸¹ De uma perspectiva política criminal, no entanto, não acreditamos que as ações de lavagem de dinheiro lesionem a Administração da Justiça, por duas razões: a) se concebida como um crime contra a Administração da Justiça, incide sobre aspectos parciais da lavagem de capitais, em especial nas fases iniciais, sem prestar atenção à fase realmente importante, a integração. A lavagem de dinheiro envolve sempre um ataque contra a Administração de Justiça, mas este não é o aspecto mais importante dela; b) além disso, a estratégia de combate às primeiras fases da lavagem lesivas à Administração da Justiça está em grande medida articuladas. De fato, muitas condutas de lavagem já se encontram suficientemente abarcadas pelos vigentes tipos de encobrimento e, se não, as mudanças necessárias são mínimas. É claro, portanto, que quando se sanciona penalmente a lavagem não é porque seja uma conduta lesiva à Administração da Justiça – apesar de ser algo inerente a ela –, mas porque afeta outros interesses dignos de proteção. (Tradução livre). BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 199.

Por fim, deve-se destacar a corrente que indica a pluriofensividade do delito de lavagem de capitais.

4.2.4 Bem jurídico de natureza pluriofensiva

Segundo esta concepção, o crime de lavagem de dinheiro possui natureza pluriofensiva. Dessa forma, tanto a administração da justiça quanto a ordem socioeconômica seriam lesadas pela conduta de lavar capitais.

Segundo MARTINS, “a administração da justiça é prejudicada na apuração dos crimes antecedentes”¹⁸² e a ordem socioeconômica “é abalada pelo enorme valor de dinheiro sujo movimentado clandestinamente”.¹⁸³ A interpretação de MENDRONI é que a administração da justiça é o bem tutelado, pois visa suplementar a eficiência e potencializar a aplicação da lei penal. De outro lado, destaca que a grande quantidade de capital lavado circulante acarreta vários tipos de prejuízo à ordem socioeconômica.¹⁸⁴ Dessa forma, conclui que “ambas situam-se na órbita do bem jurídico tutelado pela lei, tanto a tutela da administração da justiça como também a tutela da ordem socioeconômica”.¹⁸⁵

Ao analisar a questão da pluriofensividade do delito de lavagem de dinheiro, BLANCO CORDERO opta por diferenciar o bem tutelado de acordo com a conduta praticada. O autor distingue, de um lado, a prática de atos indeterminados “tendientes a la ocultación, encubrimiento o auxilio y, por otro, la adquisición, conversión, posesión, utilización y transmisión de bienes con conocimiento de que derivan de un delito, sin importar la finalidad que guía al blanqueador”.¹⁸⁶

¹⁸² MARTINS, Patrick Salgado. *Lavagem de dinheiro transnacional e obrigatoriedade da ação penal*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2011.p. 71.

¹⁸³ MARTINS, Patrick Salgado. *Lavagem de dinheiro transnacional e obrigatoriedade da ação penal*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2011.p. 71.

¹⁸⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 75-76.

¹⁸⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 76.

¹⁸⁶ Tendentes a ocultação, encobrimento ou auxílio e, de outro lado, a aquisição, conversão, posse, utilização ou transmissão de bens com conhecimento de que são originados de um delito, independentemente da finalidade que orienta o agente que lava capitais. (Tradução livre). BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 210.

Em relação às condutas de ocultação e encobrimento, destaca o autor que elas

[...] menoscaban el bien jurídico Administración de Justicia. La ocultación del origen puede dirigirse a evitar el descubrimiento del delito previo, del delincuente o a introducir los bienes en la economía sin rastro de su procedencia. Sin embargo, si se pone en conexión con la conducta siguiente regulada en el mismo número (realizada con el objetivo de ayudar a los responsables del delito previo, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones), llegamos a la conclusión de que se pretende evitar el descubrimiento del delito y del delincuente. Se obstaculiza el normal funcionamiento de la Administración de Justicia en el ejercicio del poder jurisdiccional, al impedir el acceso a los bienes delictivos, ya sea como medio de prueba o para su comiso. En definitiva, tales actuaciones prosiguen la lesión del bien jurídico previamente menoscabado por el delito previo, y, a su vez, atacan la Administración de Justicia.

El segundo grupo de conductas, esto es, la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, no es, a nuestro juicio, un delito contra la Administración de Justicia. Con ellas no se está evitando que la administración de justicia descubra unos hechos delictivos que han generado beneficios. En realidad, se está tutelando el orden socioeconómico (...).¹⁸⁷

BADARÓ e BOTTINI ressaltam que, apesar de a maioria dos casos realmente proporcionar uma pluralidade de bens jurídicos lesionados, não se justifica a adoção da tese, com base no seguinte argumento:

A proposta da pluriofensividade retira força dogmática da determinação do bem jurídico especificamente tutelado, importante para extrair consequências hermenêuticas e limitar a atuação do intérprete. A abdicação da indicação do bem jurídico, ou a designação de vários concomitantes, esvazia o conteúdo teleológico da norma. Embora a ideia aparentemente afaste as dificuldades decorrentes da indicação de

¹⁸⁷ Minam o bem jurídico Administração da Justiça. A ocultação da origem pode ser voltada para evitar o descobrimento do delito prévio do delinquente ou para introduzir os bens na economia sem deixar rastros de sua procedência. No entanto, se colocada em conexão com a conduta posterior, regulada no mesmo número (realizada com o objetivo de ajudar os autores do crime antecedente a evitar as consequências jurídicas dos seus atos), concluímos que se destina a evitar a descoberta do crime e do delinquente. Obstaculiza-se o normal funcionamento da Administração da Justiça, no exercício do poder jurisdiccional, ao impedir o acesso aos frutos do delito, seja como meio de prova ou confisco. Em última análise, as ações causam lesão contínua ao bem jurídico tutelado pelo crime antecedente, que, por sua vez, ataca a Administração da Justiça. O segundo grupo de condutas, isto é, a aquisição, posse, utilização, conversão ou transmissão de bens, sabendo que esses têm sua origem relacionada a uma atividade delictiva, não é, ao nosso juízo, um delito contra a Administração da Justiça. Com eles não se está evitando que a administração da justiça descubra alguns crimes que geraram benefício. Na realidade, se está tutelando a ordem socioeconômica (...). (Tradução livre). BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 213.

um bem exclusivamente protegido, é um ponto de fuga que enfraquece o instituto e não contribui para a orientação da aplicação da lei penal.¹⁸⁸

Estabelecidas as principais correntes sobre qual é o bem jurídico penal tutelado, apresenta-se qual dos posicionamentos será utilizado como referencial dessa pesquisa.

4.2.5 Posicionamento

Apresentados os argumentos, esta pesquisa indica como referencial de trabalho, em juízo preliminar, a administração da justiça como bem jurídico penal tutelado.

A opção é embasada na melhor delimitação do objeto de tutela da norma em detrimento das outras opções, que, ao indicarem indeterminados ou múltiplos objetos, ferem direitos e garantias fundamentais.

Delimitado o bem jurídico que conduzirá esta investigação científica, passa-se à análise dos tipos penais previstos na Lei de lavagem de dinheiro. Após, buscar-se-á a confirmação ou refutação dos elementos obtidos quando analisados em consonância com os princípios constitucionais penais.

4.3 Sujeitos do delito

4.3.1 Sujeito ativo

A responsabilização de pessoas físicas pela prática do delito de lavagem de dinheiro não provoca debate doutrinário de maior relevância. É uníssono que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa física que pratique alguma das condutas previstas na Lei 9.613/98.¹⁸⁹

¹⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 63.

¹⁸⁹ Nesse sentido MAIA expõe que “tratando-se de crime comum, não se exige qualquer qualidade especial do sujeito ativo, que, nestes termos, pode ser qualquer pessoa” MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p. 90. No mesmo sentido, leciona BARROS: “qualquer pessoa física pode figurar como agente lavador”. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações*

Da mesma forma, não existem grandes discussões sobre a responsabilização criminal da autolavagem. Conforme já mencionado¹⁹⁰, a *Convenção de Mérida*¹⁹¹ e a *Convenção de Palermo*¹⁹² previram a possibilidade de ressalva legislativa para a não criminalização da modalidade. Como o Brasil não incorporou tal restrição, não existe qualquer impedimento para que o agente que praticou a infração penal antecedente responda pelo crime de lavagem de dinheiro.

A Lei brasileira não veda expressamente a *autolavagem*. E tal silêncio parece advogar pela possibilidade da *dupla punição*, sendo possível imputar à *mesma pessoa* a responsabilidade pela *lavagem de dinheiro* e pela *infração antecedente* caso tenha concorrido para ambos. Isso porque o *bem jurídico* protegido pela norma em comento (administração da justiça) é, em regra, diferente daquele afetado pela infração anterior, e a distinção material permite a punição em *concurso material* sem que exista o *bis in idem*.¹⁹³

A questão que provoca maior debate é a responsabilização da pessoa jurídica pela prática do crime de lavagem de capitais.

Segundo ROCHA, não há meio viável para aplicar a tradicional teoria do delito para a responsabilização da pessoa jurídica.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é de natureza indireta, por fato praticado pela pessoa física que age em seu nome e interesse, aplicando-se os mesmos parâmetros dogmáticos utilizados para a responsabilização civil da pessoa jurídica, por atos praticados pelas pessoas que agem em seu nome.¹⁹⁴

BLANCO CORDERO destaca que o ordenamento espanhol prevê a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica quando o delito for cometido

civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 57.

¹⁹⁰ Ver tópicos 3.1.2 e 3.1.3.

¹⁹¹ BRASIL. *Decreto 5.687*, de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. 31 jan. 2006. Art. 23, 2, e: “Se assim requererem os princípios fundamentais da legislação interna de um Estado Parte, poderá dispor-se que os delitos enunciados no parágrafo 1 do presente Artigo não se apliquem às pessoas que tenham cometido o delito determinante”.

¹⁹² BRASIL. *Decreto 5.015*, de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. 12 mar. 2004. Art. 6, 2, e: “Se assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte, poderá estabelecer-se que as infrações enunciadas no parágrafo 1 do presente Artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham cometido a infração principal”.

¹⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 76.

¹⁹⁴ ROCHA. Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.123.

[...] en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho» o cuando, estando sometidos a su autoridad, no hayan ejercido sobre ellos «el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso (art. 31 bis).¹⁹⁵

Contudo, indica o autor que essa não é melhor opção:

SILVA SÁNCHEZ, con razón, explica que mediante la inclusión del delito de blanqueo en el ámbito de los que pueden ser cometidos por las personas jurídicas (art. 302.2 CP) se está agudizando «el problema de la extensión de la responsabilidad mediante transferencia de funciones policiales de colaboración con la Administración a particulares». A su juicio, «las empresas en su totalidad pasan a convertirse por la vía jurídico-penal en sujetos obligados a controlar posibles operaciones de blanqueo, a detectarlas y a neutralizarlas, so pena de ser hechas corresponsables de ella».¹⁹⁶

A legislação brasileira adota posicionamento contrário ao previsto na lei espanhola.

BARROS destaca que, por opção do legislador brasileiro,

[...] não existe dispositivo legal que permita punir penalmente uma pessoa jurídica operadora de lavagem de dinheiro, a empresa lavadora, em princípio, não será considerada sujeito ativo no crime, mas apenas seu diretor ou representante estatutário.

Sob o prisma repressivo do direito penal econômico, essa opção do legislador pode dificultar a determinação judicial de medidas processuais penais assecuratórias contra a pessoa jurídica. Entretanto, essa excludente de ilicitude não pode valer para o caso em que a atividade comercial ou socioeconômica desenvolvida seja equivalente ao *modus operandi* de uma organização criminosa, e desde que a lei penal já tenha estabelecido as características gerais e específicas que permitam identificar uma entidade dessa natureza.¹⁹⁷

¹⁹⁵ “Em nome ou por conta das mesmas, e em seu proveito, por seus representantes legais e administradores de fato ou de direito” o quando, estando submetidas a sua autoridade, não tenham exercido sobre eles “o devido controle, atendidas as concretas circunstâncias do caso” (art. 31 bis). (Tradução livre). BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 847.

¹⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, con razón, explica que, mediante a inclusão do crime da lavagem de dinheiro no âmbito dos que podem ser cometidos por pessoas jurídicas (art 302,2 CP.) está-se intensificando “o problema da extensão da responsabilidade mediante a transferência, para particulares, de funções policiais de colaboração com a Administração”. Em sua opinião, “as empresas, em sua totalidade, passam a converter-se, pela via jurídico-penal, em sujeitos obrigados a controlar possíveis operações de lavagem, a detectá-las e neutralizá-las, sob pena de ser considerada corresponsável as praticas delitivas” (tradução livre). BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 848.

¹⁹⁷ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 57-58.

Muito embora a Lei de lavagem de dinheiro não preveja responsabilização criminal para a pessoa jurídica utilizada para o delito de lavagem de capitais, esse instrumento normativo prevê uma série de mecanismos de controle de natureza administrativa aplicáveis as pessoas jurídicas.¹⁹⁸

4.3.2 Sujeito passivo

O sujeito passivo da ação criminosa, segundo definiçãoe de BITENCOURT, “é o titular do bem jurídico atingido pela conduta criminosa”.¹⁹⁹ Como não é pacífica a questão de qual é o bem jurídico tutelado no crime de lavagem de capitais, essa discussão acende o debate sobre qual é o sujeito passivo do crime. O sujeito passivo é indissociável do bem jurídico penal tutelado, uma vez que é seu titular.

Para MENDRONI, que defende a pluriofensividade²⁰⁰ de bens jurídicos tutelados no crime em destaque, o sujeito passivo “é a sociedade ou a comunidade local, pelo abalo das estruturas econômicas e sociais, além da segurança e soberania dos Estados”.²⁰¹ De outro lado, MAIA indica que o bem jurídico tutelado é a administração da justiça²⁰² e aponta o Estado como o “sujeito passivo principal”.²⁰³

Uma vez que esta pesquisa indicou a administração da justiça como bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro, por uma questão de coerência científica, aponta-se que o sujeito passivo é o Estado. A indicação é pautada pela titularidade estatal do bem jurídico violado: a administração da justiça.

Não se desconhece que é possível a ocorrência de dano à sociedade devido ao abalo da ordem socioeconômica. Contudo, sob a ótica da lavagem de capitais, “o uso do produto ilícito que afete a ordem econômica será irrelevante se não for acompanhado de um ato

¹⁹⁸ Artigo 9 e seguintes da Lei 9.613/98.

¹⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. v. 1 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 163.

²⁰⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 75.

²⁰¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 77.

²⁰² MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: Lavagem de ativos provenientes de crime*. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p.57/58.

²⁰³ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: Lavagem de ativos provenientes de crime*. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p. 90.

de ocultação ou mascaramento que o subtraia das vistas das autoridades de investigação”.²⁰⁴

4.4 Condutas

As condutas tipificadas foram inseridas no *caput*, nos §§ 1º e 2º da Lei de lavagem de capitais.

4.4.1 Condutas previstas no *caput* do art. 1º

As condutas tipificadas no *caput* do art. 1º da Lei de lavagem são as de ocultação ou dissimulação. Segundo BARROS, constituem as duas primeiras fases do processo de lavagem.²⁰⁵

Ocultar, segundo definição apurada por BLANCO CORDERO, significa

[...] «esconder, tapar, disfrazar, encobrir a la vista» y también como «callar advertidamente que lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad». Son diversas las definiciones que se han aportado desde la doctrina penal en referencia a la ocultación. RODRÍGUEZ MOURULLO considera que consiste en una «acción que tiende a evitar que algo sea conocido ». CONDE-PUMPIDO indica que lá ocultación há de entenderse no sólo como « acto de tapar o encobrir un hecho, objeto o persona, sino cualquier otro tendente a hacer desaparecer de la escena jurídica los elementos sobre los que el encubrimiento recae». GÓMEZ-PAVÓN, en relación con la ocultación como conducta activa, la define de manera negativa como « cualquier acción tendente a conseguir el no descubrimiento del hecho anteriormente perpetrado».²⁰⁶

²⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 62.

²⁰⁵ Segundo o autor, “a *ocultação* é corresponde à primeira das fases que compõem o processo de lavagem, também chamada de *colocação* ou de aplicação dos ativos ilícitos, sendo geralmente utilizada com a finalidade de dar menor visibilidade ao conjunto de capitais obtidos em razão dos crimes praticados. Já a *dissimulação* consiste na segunda fase, e se realiza com o propósito de disfarçar a procedência ilícita, mediante sucessivas operações financeiras e comerciais tendentes a cobrir os lucros para dar-lhes aparente regularidade (BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 75).

²⁰⁶ "Ocultar, tampar, disfarçar, encobrir à vista" e também como "calar-se sobre aquilo que poderia ou deveria dizer, ou disfarçar a verdade." São várias as definições fornecidas pela doutrina penal em referência à ocultação. RODRIGUEZ MOURULLO considera que consiste em uma "ação que tende a impedir que algo seja conhecido". CONDE-PUMPIDO indica que a ocultação deve ser entendida não apenas como um

BADARÓ e BOTTINI expõem que “a consumação ocorre com o simples encobrimento, através de qualquer meio, desde que acompanhado da *intenção* converter o bem futuramente em ativo lícito”.²⁰⁷

A segunda conduta descrita no *caput* é a dissimulação. DE CARLI, define que o ato de dissimular “significa tornar invisível ou pouco perceptível; disfarçar; agir com dissimulação, com reserva; fingir”.²⁰⁸

Dissimular é o movimento de distanciamento do bem de sua origem maculada, a operação efetuada para aprofundar o escamoteamento, e dificultar ainda mais o rastreamento dos valores. É um ato um pouco mais sofisticado do que o mascaramento original, um passo além, um conjunto de *idas e vindas* no círculo financeiro ou comercial que atrapalha ou frustra a tentativa de encontrar sua ligação com o ilícito antecedente.²⁰⁹

Deve-se destacar que “o uso aberto do produto do crime não caracteriza *lavagem*”.²¹⁰ Dessa forma, para a configuração do elemento objetivo de alguma das condutas prevista no *caput* do art. 1º, basta a prática de qualquer ato que envolva descaracterização da origem ilícita do produto.

4.4.2 Condutas previstas no art. 1º, §1º, I, II e III

A redação do art. 1º, §1º, prevê:

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.

"ato de ocultar ou encobrir um fato, objeto ou pessoa, mas todos os esforços para fazer desaparecer do cenário legal os elementos sobre os quais recai o encobrimento". GOMEZ-PAVÓN, em relação à ocultação como conduta ativa, a define negativamente como "qualquer ação tendente a obter a não descoberta de fatos anteriormente perpetrados" (tradução livre). BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 514-515.

²⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

²⁰⁸ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 187.

²⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

²¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 67.

§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.

Da leitura do texto legal conclui-se que o legislador reservou ao §1º o tratamento de algumas modalidades especiais de ocultação ou dissimulação.

O inciso I penaliza a conversão de bens, direitos ou valores em ativos lícitos. Ao realizar a análise do verbo, DE CARLI afirma que

[...] converter, em sentido comum, é transformar ou transformar-se; em sentido econômico ou financeiro, é a troca de modalidades entre ativos financeiros, moedas ou qualquer outro tipo de ativo (troca de títulos por ações, de moedas de um país por divisas estrangeiras, etc).²¹¹

O inciso II constitui tipo penal de ação múltipla, prevendo várias condutas para a configuração do delito, “valendo aqui a ressalva que a prática de mais de uma delas não importa a *pluralidade de delitos*, mas um único ato criminoso”.²¹²

A verificação do elemento objetivo do delito, segundo classificação de MAIA, ocorre com:

a) *aquisição*, entendida como a incorporação patrimonial do objeto substancial do ilícito a título de domínio, quer sob a forma onerosa (compra), quer gratuita (doação), e consuma-se com o ato transferidor da propriedade;

b) *recebimento*, qual seja, a aceitação ou aquisição de posse ou detenção do produto do crime a qualquer título não concessivo do domínio, e a consumação vem com a efetiva posse ou detenção do bem;

c) *troca*, no sentido de escambo, câmbio, permuta, transferência recíproca e, quase sempre, concomitante da propriedade dos ativos, sendo perfectibilizada com a posse pelas partes dos bens intercambiados;

²¹¹ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 191.

²¹² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 109.

d) *negociação*, abrangendo qualquer transação comercial ou financeira (títulos mobiliários) que envolva ativos ilícitos, e a consumação dependerá da natureza do negócio jurídico envolvido;

e) *dar ou receber em garantia*, compreendida como a aceitação ou a entrega do bem, direito ou valor oriundo de crime antecedente como assecuração de cumprimento de uma obrigação, quer seja a garantia real ou fidejussória, e estará consumada, respectivamente, com a entrega ou a recepção do objeto material;

f) *guarda*, ou seja, o recebimento do bem para sua conservação ou manutenção em benefício do agente ou de terceiros, e estará completa com a posse do bem;

g) *ter em depósito*, significando a retenção ou manutenção dos bens à disposição do próprio agente, e consumir-se-á nos moldes da alínea anterior;

h) *movimentação*, vista como a circulação dos bens, especialmente financeira ou bancária, mas alcançando, também, o deslocamento físico de bens móveis, e ocorrerá com a prática de qualquer ato dispositivo que reulte na movimentação sistêmica (bancária, financeira, *etc.*) do ativo; e

i) *transferência*, refletindo a mudança de titularidade, a modificação do domínio dos bens, direitos e valores, inclusive por sucessão hereditária, que consuma-se com implementação do ato jurídico que materializa aquela cessão.²¹³

Já o inciso III abrange as consultas de importar e exportar.

Segundo MAIA,

[...] o tipo objetivo alicerça-se nos núcleos (a) *importar* (trazer do exterior ou internar o bem em nosso território ou (b) *exportar* (remeter ou enviar o bem para o exterior), tendo por objeto substancial (c) *bens* (quaisquer mercadorias) (d) *com valores não correspondentes aos verdadeiros* (discrepantes, para mais ou para menos, dos preços de mercado)²¹⁴.

Por fim, cabe destacar que, segundo BARROS, a verificação de valores falsos na importação ou exportação é suficiente para satisfazer uma das condições da norma.²¹⁵

²¹³ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*: Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p. 97-98.

²¹⁴ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*: Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p. 99.

²¹⁵ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 164.

4.4.3 Condutas previstas no art. 1º, §2º, I e II

A redação do art. 1º, §2º, da Lei 9.613/98, após as modificações produzidas pela Lei 12.683/12, tipifica as seguintes condutas:

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.

(...)

§ 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.

O inciso I dispõe sobre a utilização de bens provenientes de infração penal. Essa previsão objetiva, de acordo com MAIA, “coibir a etapa da *integração* e concomitantemente obstaculizar quaisquer outras variantes de utilização (aproveitamento, aplicação, emprego, etc.) de produtos (bens, direitos e valores)”²¹⁶ oriundos de infração penal.

Já no inciso II, segundo lição de BARROS,

[...] incrimina-se a conduta daquele que, sabendo, isto é, tendo conhecimento de que sua atividade, principal ou secundária, é dirigida para fim de ocultar ou dissimular bens, direitos ou valores oriundos de infração penal.²¹⁷

BADARÓ e BOTTINI consideram “excessivo imputar a lavagem de dinheiro a todos os integrantes de empresa que saibam ou tenham ciência dos atos ilícitos ali praticados, mesmo que suas funções específicas não tenham qualquer relação concreta com o crime em comento”.²¹⁸

BARROS destaca:

²¹⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*: Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p. 99-100.

²¹⁷ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 166.

²¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 116.

A responsabilização penal aqui comentada acaba sendo aplicada por incidência natural da regra prevista no art. 29 do CP, o qual estabelece que quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.²¹⁹

No mesmo sentido, BADARÓ e BOTTINI afirmam que “será *autor/participe* todo aquele que contribuir para a prática do delito, na medida de sua culpabilidade, não bastando para isso que o indivíduo participe da organização e saiba de sua atividade ilícita”. É necessário existir nexos causal entre as atividades exercidas pelo indivíduo e aquelas ilícitas desenvolvidas pelo grupo, associação ou escritório, e não apenas partilhar o mesmo local de trabalho.²²⁰

4.5 Outros elementos objetivos do tipo

4.5.1 Outros elementos objetivos do tipo previstos no *caput*

O tipo penal descrito no *caput* do art. 1º descreve duas condutas possíveis para a configuração do crime: a ocultação ou a dissimulação.

De acordo com MAIA,

[...] o tipo pluriofensivo do *caput* é misto alternativo, qual seja, ao contrário dos tipos acumulados, a realização de qualquer das ações elencadas nos núcleos verbais ali consignados caracteriza o ilícito e, por outro lado, a subsunção a mais de uma ação nuclear não configura pluralidade de crimes. Igualmente, a “lavagem” de inúmeros bens oriundos de um único crime caracterizará apenas uma violação penal se efetuada concomitantemente.²²¹

BADARÓ e BOTTINI destacam que não é necessária a realização de ações complexas ou sofisticadas de mascaramento. Dessa forma, constitui lavagem de dinheiro, do ponto

²¹⁹ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.166.

²²⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 106.

²²¹ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*: Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p. 99-100.

²²¹ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 65.

de vista objetivo, qualquer ato que esconda ou movimente os bens ludibriando a fiscalização²²².

Quanto à consumação, MENDRONI leciona que os delitos descritos no *caput* possuem natureza permante, pois “ambas as condutas admitem sustentação através do decurso do tempo, é dizer, viabilizam a sua manutenção ou permanência com o transcurso do tempo”.²²³

Em sentido contrário é expressa a posição de BADARÓ e BOTTINI:

A característica principal do *crime permanente* não é a *disponibilidade da reversão* da lesão pelo autor, mas a *continuidade do comportamento delitivo ao longo do tempo*. Reale Jr. ensina que para reconhecer os *crimes permantes* o elemento decisivo deve estar na *incriminação da conduta criadora da situação antijurídica* e também da *conduta que a mantém*. Na *extorsão mediante sequestro* (art. 159 do CP) ou na *redução à condição análoga a de escravo* (art. 149 do CP) há uma *continuidade da situação antijurídica* que não decorre apenas da *manutenção do status quo*, mas da contínua afetação do bem jurídico por atos reiterados do agente delitivo. Há uma ação permanente voltada à *manutenção* da situação de *injusto*. Nos atos de *ocultação* não há necessariamente um comportamento delitivo constante. A conversão do dinheiro ilícito em moeda estrangeira é ato de *ocultação*, bem como o depósito dos bens em conta de terceiro. São atos *instantâneos*, ainda que sua consequência seja subtrair o produto da infração penal das vistas *permanentemente*. Como ensina Roxin, ainda que em alguns *crimes instantâneos* o autor siga aproveitando-se do estado criado por seu feito, isso não pressupõe sua continuidade ou permanência.

Por isso, entendemos que a lavagem de dinheiro, na forma do *caput* do art. 1.º, é crime instantâneo, natureza que não se estende a todas as outras modalidades típicas previstas na lei.²²⁴

Analizam-se, a seguir, os elementos constantes do §1º da Lei 9.613/98.

²²² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 67.

²²³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.195.

²²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 80-81.

4.5.2 Outros elementos objetivos do tipo previstos no §1º

O art. 1º, §1º, I, responsabiliza a conversão de bens, direitos e valores oriundos de atividades criminosas em ativos lícitos.

BADARÓ e BOTTINI apontam que se trata de uma modalidade especial de ocultação ou dissimulação. Afirmam os autores que,

[...] ao praticar as condutas descritas nos incisos, o agente *oculta* ou *dissimula* bens, a não ser que estes já estejam rastreados pelas autoridades públicas, caso em que haverá *tentativa inidônea* (art. 317 do CP). Assim, o tipo penal em comento é um crime de *resultado*, pois *mascara* bens e afeta a Administração da Justiça da mesma forma que o fazem as condutas do *caput*.²²⁵

Em sentido contrário, destaca-se o posicionamento de DE CARLI. Para a autora, trata-se de delito de mera atividade na qual “o tipo se consuma pelas diferentes modalidades de ação, praticadas com a finalidade de ocultar ou dissimular, sem que o resultado ‘ocultação ou dissimulação’ apareça como efeito externo separável espaço-temporalmente”.²²⁶

Em relação ao inciso II do §1º da Lei 9.613, segundo classificação elaborada por MAIA:

O tipo objetivo neste dispositivo, por seu turno, é misto alternativo, construído através da presença de elementos normativos indicadores de atividades variadas. Constata-se que algumas variantes constituem crimes permanentes (por exemplo, guardar e ter em depósito), sujeitando-se às já apontadas conseqüências para estes casos; outras configuram-se, em geral, unissubsistentes (*e.g.*, receber, guardar, ter em depósito, movimentar, transferir), inadmitindo a tentativa.²²⁷

Por fim, em relação ao inciso III, que prevê as condutas de importar ou exportar, leciona MAIA que são condutas formais e plurissubsistentes e que ambas admitem a tentativa e consumam-se com a entrada ou saída do bem do território nacional.²²⁸

²²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 108.

²²⁶ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 193.

²²⁷ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p. 97.

²²⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p. 99.

4.5.3 Outros elementos objetivos do tipo previstos no §2º

Acerca da conduta prevista no art. 1º, §2º, I, da Lei 9.613/98, lecionam BADARÓ e BOTTINI:

Trata-se de crime comum, comissivo e instantâneo. Mais uma vez, vale destacar que o tipo penal em comento, a exemplo dos anteriores, limita-se aos produtos do crime e não aos seus instrumentos ou bens preexistentes. Estes não são objeto do crime de lavagem em qualquer de suas vertentes.²²⁹

O inciso II do art. 1º, §2º, da Lei de lavagem de dinheiro trata do tipo que responsabiliza pela participação de grupo, escritório ou associação que pratica lavagem de dinheiro.

Segundo MENDRONI,

[...] cuida-se de crime de mera conduta. A ação de “participar”, de qualquer forma, de grupo, associação ou escritório, que sabe praticar os delitos referidos na lei, reveste-se de elemento suficiente para a prática desse tipo penal. A tipificação penal exige, no primeiro momento, a mera participação, seja como auxiliar, seja direta ou indiretamente, do grupo que se dedique à prática de qualquer das infrações penais previstas, todas as antecedentes, mas desde que saiba o objetivo, já o incriminaria.²³⁰

Esse também é o posicionamento de DE CARLI, para quem o referido inciso descreve um crime de mera conduta, “bastando neste caso a associação com ânimo de estabilidade e affectio em grupo, associação ou escritório destinado à prática de lavagem de dinheiro, como atividade principal ou secundária para a consumação do delito”²³¹, mesmo que o crime não chegue a se concretizar. Ao final, destaca a autora sobre a necessidade de demonstrar que o agente estava ciente da finalidade do grupo, associação ou escritório praticar lavagem de dinheiro.²³²

²²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 114.

²³⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 106.

²³¹ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 201.

²³² DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 201.

4.6 Elemento subjetivo

Não se desconhece a figura culposa da lavagem de capitais existente na legislação espanhola nem por imprudência, prevista na legislação alemã. Contudo, como este trabalho aborda a legislação brasileira e compara os dispositivos aqui existentes com os estrangeiros, serão abordados somente os aspectos contemplados pelo legislador pátrio. Serão analisadas, dessa forma, apenas as condutas dolosas.

4.6.1 Dolo

O dolo é definido por ZAFFARONI como “uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado”²³³.

Na expressão de SANTOS, é

[...] a vontade consciente de realizar um crime ou – mais tecnicamente – a vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime, também definível como saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal. Assim, o dolo é composto de um elemento intelectual (consciência ou representação psíquica), como fatores formadores da ação típica e dolosa.²³⁴

Conforme leciona PIRES, a conceituação legislativa de dolo²³⁵ “é representação e é vontade do resultado. A representação apreende todos os elementos que configuram o fato-crime, à qual se alia a vontade consciente e livre de realizá-lo, com vista ao resultado”²³⁶.

O Código Penal brasileiro subdivide o dolo em duas espécies: o dolo direto; e o dolo eventual. De acordo com BITENCOURT, essa divisão legislativa “adotou duas teorias: *a*

²³³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Derecho Penal* – Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1996. p. 405.

²³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 126.

²³⁵ Art. 18, I do Código Penal: Diz-se o crime: doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo

²³⁶ PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal: parte geral*. v. 1. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 135.

teoria da vontade, em relação ao dolo direto, e a *teoria do consentimento*, em relação ao dolo eventual”.²³⁷

GRECO destaca que, “segundo a *teoria da vontade*, dolo seria tão somente a vontade livre e consciente de querer praticar a infração penal, isto é, de querer levar a efeito a conduta prevista no tipo penal incriminador”.²³⁸

Definição similar à de BITENCOURT, que, ao dissertar sobre o tema aduz:

Para essa teoria, tida como clássica, *dolo* é a vontade dirigida ao resultado. Para Carrara, seu mais ilustre defensor, o dolo “consiste na intenção mais ou menos perfeita de fazer um ato que se conhece em lei contrário à lei”.

A *essência do dolo* deve estar na *vontade*, não de violar a lei, mas de realizar a ação e obter o resultado. Essa teoria não nega a existência da representação (consciência) do fato, que é indispensável, mas destaca sobretudo, a importância da vontade de causar o resultado.²³⁹

Sobre o dolo eventual, leciona TAVARES:

A teoria do consentimento, elaborada por MEZGER, define dolo eventual pela atitude de aprovação do resultado típico previsto como possível, que deve agradar ao autor. (...) A reelaboração moderna dessa teoria, por BAUMANN/WEBER e, especialmente por MAURACH/ZIPF, atribuindo à aprovação do resultado o sentido de inclusão deste na vontade do autor, parece conferir-lhe significado prático próximo à teoria dominante.²⁴⁰

Também é valiosa a lição de PIRES de que configura-se dolo eventual quando “o agente não quer o resultado previsto como possível, espera que ele não se dê, mas não desiste de dar curso à ação que idealizou”.²⁴¹

A criminalização das condutas praticadas com dolo direto e eventual nunca foi assunto pacífico na aplicação da Lei 9.613/98. Embora majoritário o entendimento de que não era

²³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. v. 1 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 207.

²³⁸ GRECO, Rogério. *Código penal: comentado*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 48.

²³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. v. 1 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 205-206.

²⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 134.

²⁴¹ PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal: parte geral*. v. 1. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 136.

possível a responsabilização por dolo eventual, parte da doutrina defendia essa posição. Isso porque

[...] há uma referência de que os elementos subjetivos do tipo admitem o dolo direto e o dolo eventual, e sustentam esta posição porque a lei não faz restrições quanto ao âmbito da intenção, e assim o que importaria é saber se existe consciência sobre a ilicitude e sobre a origem criminosa do dinheiro que será lavado.²⁴²

De outro lado, os defensores da tese de que o tipo somente abarcava o dolo direto sustentavam que “a própria redação do tipo penal parecia deixar claro que o sujeito deveria agir com a intenção direta de ocultar ou dissimular a origem delitiva dos bens ou valores que foram obtidos de forma ilícita”.²⁴³

Na perspectiva do Direito Português, GODINHO se manifesta contrário à admissão do dolo eventual.

Esta exigência é um aspecto crucial do tipo subjectivo: constitui um pressuposto básico da ilicitude das condutas de branqueamento de capitais, que de contrário seriam juridicamente inócuas. A manipulação do objecto da acção – dinheiro ou outros bens –, se desligado da sua origem ilícita, representa uma realidade penalmente irrelevante. O conteúdo da ilicitude do branqueamento de capitais, porque se trata de um ‘pós-delito’, tem de ser entendido em estreita ligação com os crimes precedentes.²⁴⁴

Posicionamento semelhante é adotado por CALLEGARI e WEBER:

Ainda que o legislador brasileiro não tenha feito menção específica do tipo do art. 1º da lei, quanto ao conhecimento da origem ilícita dos bens, fez menção direta aos crimes dos quais os bens são provenientes. Por isso, só existe a possibilidade do delito de lavagem se o autor dissimula a natureza, origem, localização, disposição dos bens, quando saiba que estes provêm dos crimes antecedentes previstos na Lei. O dolo deve estar dirigido a esta conduta, ou seja, o autor atua porque conhece a origem criminosa dos bens e porque quer lhes dar aparência de licitude.²⁴⁵

BARROS também se manifesta contrário à adoção da responsabilização da conduta de lavagem de dinheiro por dolo eventual. Destaca o autor que “não se deve utilizar o dolo

²⁴² CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 89.

²⁴³ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 89.

²⁴⁴ GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de “branqueamento” de capitais: introdução e tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 205.

²⁴⁵ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 89.

eventual com o propósito de fomentar o rigor punitivo da resposta penal, muito menos com o fim de incrementar o controle social, ou para servir de instrumento de contenção social”.²⁴⁶

Contudo, após a reforma promovida pela 12.683/2012 foi reaberta a discussão sobre o elemento subjetivo na prática do crime de lavagem.

A promulgação da Lei 12.683 alterou a Lei 9.613 em, principalmente, dois aspectos. A primeira modificação foi a adaptação da redação visando readequar o tipo à nova situação de inexistência de um rol de crimes antecedentes. Dessa forma, o trecho final do art. 1º, *caput*, que se referia a “qualquer dos crimes antecedentes”, foi substituído por “provenientes de infração penal”.

A segunda alteração, que nesse momento merece uma maior reflexão, foi a supressão da expressão *que sabe*.²⁴⁷ Tal modificação reinstituiu a discussão sobre a possibilidade de realização do tipo mediante dolo eventual.

Em decorrência da reforma legislativa – sob a justificativa da busca da eficiência –, comumente, tem-se adotado o entendimento de que é cabível a aplicação de pena pelo cometimento do crime de lavagem de dinheiro para aquele que mesmo sem desejar o resultado, assume o risco de produzi-lo. Os defensores da possibilidade argumentam que foi clara a intenção do legislador ao remover o dispositivo constante da Lei 9.613.

Destaca MENDRONI:

Se na redação atual a expressão “*que sabe serem*” foi retirada, trata-se de mais uma clara evidência da admissão (ou ratificação) do dolo indireto, já que ao agente não se exige mais que “*sabe serem*”...provenientes, exigindo-se, conclusivamente, pela interpretação de que agora ele – quando utiliza – “deveria saber” ou assumisse o risco” de que os bens, direitos e valores sejam provenientes de infração penal.²⁴⁸

Ao desenvolver seu raciocínio o autor conclui:

A punição pela prática do delito, em dolo eventual, por terceiro “lavador do dinheiro”, é de fato, aspecto que “torna ou mantém a Lei mais

²⁴⁶ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 63.

²⁴⁷ Suprimida do art. 1, §2º, I, da Lei 9.613/1998.

²⁴⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 79.

eficiente”, como a própria Lei, em seu enunciado, pretende ser. O seu contrário, afastar-se a possível incidência do dolo indireto/alternativo ou eventual, seria tornar a lei mais branda, impensável em uma reforma legislativa dessa natureza.²⁴⁹

Este trabalho não pactua o posicionamento do referido autor. Ao contrário, entende que qualquer reforma legislativa que tenha por objetivo tornar a lei mais rigorosa não provoca necessariamente um incremento em sua eficiência.

Lei eficiente não é a que comina as penas mais elevadas, mas aquela que viabiliza a proteção do bem jurídico tutelado. Nesse aspecto, entende-se que o melhor entendimento é o de SALES:

A partir do final da década de 80 do século passado, a *efetividade* assurge a princípio político criminal e nesse sentido reclama também a idéia de idoneidade, eficácia, eficiência do sistema penal. Porém, o problema da efetividade do direito penal é ponto central da elaboração do sistema orientado pela idéia de escopo, na formulação lisztiana sobre o princípio da *idoneidade* – que termina por ser *efetividade* – segundo o qual a intervenção penal é adequada à realização de fins preventivos.

Modernamente, a *efetividade*, num sistema penal orientado por princípios constitucionais, tem sido compreendida não somente como o critério hábil a construir um sistema que assegure a real persecução de fins preventivos, mas também que apresente a máxima adequação a outros princípios constitucionais em matéria criminal.²⁵⁰

Mesmo entendendo que não se trata da melhor técnica legislativa, BADARÓ e BOTTINI apontam:

A supressão da expressão “que sabe” teve o claro objetivo de agregar punição pelo *dolo eventual* no caso de uso dos bens de origem *suja*. Ou seja, o legislador estendeu à tipicidade àquele que suspeita da proveniência infracional dos bens, e ainda assim os utiliza na atividade econômica ou financeira, assumindo o risco de praticar *lavagem de dinheiro*.²⁵¹

BADARÓ e BOTTINI indicam que o entendimento do legislador foi no sentido de permitir a responsabilização por dolo eventual no caso de incidência no art. 1º, §2º, I, da Lei 9.613/1998 – após a reforma promovida pela Lei 12.683/2012.

²⁴⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 79.

²⁵⁰ SALES, Sheila Jorge Salim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 113.

²⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 114.

Apesar de terem se manifestado nesse sentido, entende-se que a justificativa apresentada pelos autores para a limitação da tipicidade subjetiva ao dolo direto no *caput* do art. 1º também é válida para o art. 1º, §2º, I:

Aceitar o *dolo eventual* na *lavagem de dinheiro* não parece adequado do ponto de vista *sistemático*, ou sob uma perspectiva político criminal. Do prisma *sistemático*, basta observar dispositivos semelhantes ao ora comentado, para perceber que a admissão do *dolo eventual* é precedida de *expressa* menção no texto legal. Vejamos. Nas hipóteses normativas em que o comportamento típico pressupõe a *ciência* de um estado/fato/circunstância anterior, e o legislador almeja a incidência da norma penal em toda sua extensão (dolo direto e eventual), há menção explícita ao *dolo eventual* pela expressão “*deve saber*”. É o que ocorre no *perigo de contágio venéreo* (art. 130 do CP), na *receptação qualificada* (art. 180, §1.º, do CP), no *excesso de exação* (art. 316, §1.º, do CP). Em todos eles a prática delitiva pressupõe um *estado anterior* cuja ciência pode ser *direta ou eventual*, e a abrangência das duas modalidades é sempre indicada diretamente no texto legal.

O tipo penal de lavagem previsto no *caput* do art. 1.º também menciona uma *condicionante anterior* – a existência de uma *infração penal antecedente* – mas não indica a expressão “*devendo saber*”, como fazem os outros tipos penais apontados. A ausência dessa menção expressa ao *dolo eventual* aponta para a impropriedade desta modalidade. O mesmo ocorre nos crimes de *favorecimento real* (art. 349 do CP), onde o tipo penal não afasta expressamente o *dolo eventual*, mas não parece admissível sua incidência.

Do ponto de vista político criminal, a aceitação do *dolo eventual* importaria uma carga custosa às atividades econômicas e financeiras, pois sempre é possível duvidar da procedência de determinado capital ou dinheiro. A fungibilidade do bem impede – em geral - o reconhecimento seguro de sua origem. Admitindo o *dolo eventual*, além das obrigações administrativas já previstas na Lei de Lavagem, deverão os profissionais que atuam nos setores sensíveis instalar mecanismos de verificação da procedência de todo e qualquer bem sobre o qual operem, substituindo por completo a função das autoridades públicas competentes para a fiscalização.²⁵²

Tanto o argumento político-criminal quanto o sistemático, ambos levantados para impossibilitar a admissão do dolo eventual no *caput* do art. 1º, justificam a exclusão da modalidade no art. 1, §2º, I.

²⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 98-99.

O argumento de ordem político-criminal não merece qualquer reparo. A mesma consequência sentida pelo agente que realiza o tipo previsto no *caput* também seria sentida pelo agente que respondesse pela prática do art. 1, §2º, I.

Em relação ao ponto de vista sistemático, aduzem os autores que a limitação ao dolo direto, no *caput*, é decorrente da inexistência da expressão indicativa *deve saber*, que demonstra a possibilidade de admissão do dolo eventual.

De outro lado, a nova redação do art. 1, §2º, I, suprimiu a expressão *que sabe*, indicadora da restrição interpretativa somente ao dolo direto. Contudo, a supressão dessa expressão não se seguiu com a inclusão das expressões *deve saber* ou *devendo saber*, apontadas como necessárias à adoção do dolo eventual como critério de tipicidade subjetiva. Não é suficiente uma pequena indicação da vontade do legislador em ampliar o espectro de abrangência da lei. É condição essencial que a lei possua clareza e a “certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva”.²⁵³

Em que pese os melhores esforços do legislador em buscar maior proteção ao bem jurídico tutelado, questões de política criminal, além das garantias constitucionais já abordadas, impedem a criminalização pela prática do delito de lavagem praticado com *dolo eventual*. “Conquanto esteja de acordo com as recomendações internacionais, essa inovação legislativa resultou numa interpretação demasiadamente aberta”.²⁵⁴

Nesse sentido leciona SALES:

Com efeito, o dolo eventual, como previsto em nossa legislação, trata-se de criação dogmática, cuja flexibilidade, na praxe, faculta seu manejo em prejuízo do denunciado, sendo pouco compatível com o direito penal de garantia, ideário dos Estados de Direito democráticos.²⁵⁵

No mesmo sentido, é conclusiva a lição de BARROS:

Seria temerário e configuraria uma interpretação extensiva prejudicial, demasiadamente insegura para a defesa do réu, admitir que na ausência

²⁵³ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p.24.

²⁵⁴ SCHNEIDER, Juliana Cordeiro. A nova lei de lavagem de capitais: análise crítica da extinção do rol dos delitos antecedentes. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano 3 (2014), nº 5, p. 3827-3855.

²⁵⁵ SALES, Sheila Jorge Selim de. A codificação do dolo eventual no movimento para a reforma do código penal italiano. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 61, p. 499 - 531, jul./dez. 2012.

de previsão legal da forma culposa, seja possível substituí-la pela aplicação da teoria do dolo eventual, para o fim de se evitar eventuais situações de impunidade.²⁵⁶

Analisam-se, na sequência, os elementos subjetivos especiais.

4.6.2 Elemento subjetivo especial

Conforme lição de MARQUES, “os elementos subjetivos do injusto são elementos do campo psíquico-espiritual do agente, traduzidos em especiais tendências, intenções ou propósitos (fim especial de agir), que condicionam ou que fundamentam o juízo de ilicitude do comportamento”.²⁵⁷

Alguns dos tipos previstos na Lei de lavagem de dinheiro carecem da comprovação desse especial fim de agir, conforme será demonstrado a seguir.

O *caput* do art. 1º abrange os tipos de ocultação e dissimulação. Como essas condutas não exigem um elemento subjetivo específico, em tese, bastaria verificar o dolo do agente. Contudo, BADARÓ e BOTTINI mencionam a necessidade de uma interpretação teleológica, no intuito de verificar a vontade de reciclar capitais por operações comerciais ou financeiras aparentemente lícitas.²⁵⁸

Ademais, fosse exigido apenas o dolo de *ocultar* ou *dissimular*, nenhuma seria a distinção entre a *lavagem de dinheiro* e o *favorecimento real* (art. 349 do CP). O ato de “*tornar seguro o proveito do crime*” – elemento típico do *favorecimento real* – incorpora necessariamente alguma forma de *encobrimento*. Logo, se a *ocultação* com a simples intenção de *esconder* o produto do crime for suficiente para a *lavagem de dinheiro*, não existirá mais o delito de *favorecimento real*, que seria abrangido em todas as suas formas pelo crime de *lavagem de dinheiro*. E essa identificação da *lavagem* com o *favorecimento real* impediria a punição da *autolavagem*, pois a simples ocultação do produto do delito por seu autor, sem intenções outras, é desdobramento natural do ato infracional, e a repressão do agente do crime por essa prática é inviável diante da *inexibibilidade de conduta diversa*. Como ensina a doutrina, é descabida a pretensão normativa de

²⁵⁶ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 63-64.

²⁵⁷ MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 119.

²⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 105.

que o agente criminoso não busque *encobrir* ou *ocultar* de alguma forma seu proveito.

Por isso, ou se exige um *elemento subjetivo especial* nos crimes de *lavagem de dinheiro*, ou haverá uma identidade entre o tipo em análise com o *favorecimento real* que inviabilizará a punição da *autolavagem*.²⁵⁹

Esse também é o entendimento de BLANCO CORDERO, que defende que os atos indeterminados dirigidos a acultação ou encobrimento constituem casos de favorecimento real.²⁶⁰

A responsabilização criminal prevista no §1º está condicionada à incidência em alguma das condutas elencadas nos incisos I, II ou III. Além disso, verifica-se a necessidade de satisfação do elemento subjetivo especial, que se consubstancia com o direcionamento do agir para “ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”.²⁶¹

Nesse sentido também se manifestaram BADARÓ e BOTTINI:

Além do dolo, o §1.º exige expressamente um *elemento subjetivo especial*. Faz-se necessária a constatação da *intenção transcendental* de *ocultar* ou *dissimular* a *utilização* dos bens. E é coerente a menção expressa, do contrário o *gasto em consumo pessoal* de bens oriundos de infrações penais seria *lavagem de dinheiro*, pois, como já indicado, tal ato consiste na *conversão* dos bens em *ativos lícitos*. Comprar um carro, um iate, ou aumentar a casa aumentando-lhe o valor é *transformar* o bem originalmente maculado em ativos aparentemente lícitos.²⁶²

Para DE CARLI,

O §2º não prevê nenhum elemento subjetivo específico além do dolo, ao contrário dos delitos previstos no §1º. O legislador pátrio seguiu a estrutura do tipo de utilização constante no paradigma internacional. Aqui, basta o conhecimento da proveniência ilícita dos bens ou valores, no momento em que o agente os recebe (caso não seja autor do antecedente), e a vontade de utilizá-los na atividade econômica ou

²⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 106.

²⁶⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 672.

²⁶¹ BRASIL. *Lei 9.613*, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), e dá outras providências. Brasília, 1998. Art. 1º, §1º.

²⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 111.

financeira; ou de participar de grupo, associação ou escritório tendo o conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de lavagem de dinheiro.²⁶³

Em sentido contrário, BADARÓ e BOTTINI afirmam que as condutas descritas no §2º exigem a especial finalidade de “*vontade de ocultar ou dissimular o produto do crime através de seu uso na atividade econômica ou financeira*”.²⁶⁴

4.7 Consumo e tentativa

A legislação brasileira “considera como crime de lavagem qualquer uma das etapas, inclusive com atribuição da mesma pena, as fases de *ocultação, dissimulação e integração* podem ser segmentadas, até por que a lavagem ocorre em circunstâncias variadas”.²⁶⁵

BADARÓ e BOTTINI também adotam esse posicionamento:

*A consumação da lavagem de dinheiro ocorre com a primeira ocultação, ainda que precária. Não se exige o mascaramento sofisticado ou perfeito, do contrário, o crime seria apenas punível por tentativa, porque a dissimulação absoluta e acabada impediria a constatação da lavagem consumada pelas autoridades públicas.*²⁶⁶

A jurisprudência pátria segue o mesmo entendimento. Em voto de lavra do ministro Sepúlveda Pertence, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) acordaram pela necessidade de consumação de apenas uma das fases para caracterização do crime de lavagem de dinheiro.

O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de “lavagem de capitais” mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos (L. 9.613, art. 1º, *caput*.): o tipo não reclama

²⁶³ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.p. 196.

²⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 115.

²⁶⁵ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 53.

²⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 155.

nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada “engenharia financeira” transnacional, com os quais se ocupa a literatura.²⁶⁷

Contudo, convém destacar a necessidade de caracterização do dolo específico de ocultação ou dissimulação. A mera fruição dos valores ilícitos é insuficiente para caracterização do delito de lavagem, uma vez que ausente o dolo específico de ocultação ou dissimulação.²⁶⁸

A tentativa é perfeitamente possível, expressamente mencionada no art. 1º, §3º, da Lei de lavagem de dinheiro.

Acerca dessa possibilidade, leciona MAIA:

Desnecessário ressaltar o caráter redundante deste parágrafo. Tratando-se de legislação penal especial evidentemente são aplicáveis subsidiariamente as normas gerais do código Penal, dentre elas a que disciplina a tentativa, nos exatos termos do art. 12 do Código Penal.

Ademais, como é curial, a possibilidade da realização frustrada de um crime (tentativa) depende da viabilidade de fracionamento ou interrupção de seu processo executivo (crimes plurissubsistentes) por circunstâncias alheias à vontade do agente. Assim é que algumas das figuras típicas que antecedem este parágrafo, como apontado nos comentários correspondentes, configuram-se unissubsistentes, não admitindo a modalidade tentada.²⁶⁹

BADARÓ e BOTTINI destacam que nos casos de utilização de instrumento absolutamente ineficaz a proporcionar a ocultação ou dissimulação, ou se o objeto material for absolutamente impróprio, não se pune a tentativa. Essas seriam hipóteses de crime impossível ou tentativa inidônea, com previsão no art. 17 do CP.²⁷⁰

²⁶⁷ BRASIL. STF. Recurso em habeas corpus n. 80.816/SP, 1ª Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence Data do julgamento 10 abr. 2004. Ementa: Lavagem de dinheiro: L. 9.613/98: caracterização. O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de "lavagem de capitais" mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos (L. 9.613, art. 1º, *caput*): o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada "engenharia financeira" transnacional, com os quais se ocupa a literatura.

²⁶⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.82.

²⁶⁹ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: Lavagem de ativos provenientes de crime*. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p. 103.

²⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 154.

4.8 Causa especial de aumento de pena

As causas de aumento previstas pelo legislador foram elencadas no art. 1º, §4º da Lei de lavagem de dinheiro, com a seguinte redação: “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”.²⁷¹

4.8.1 Prática delitiva reiterada

A primeira causa legal de aumento de pena incide nos casos de delitos cometidos de forma reiterada.

A redação dada na antiga redação da Lei 9.613/98 previa a incidência da majorante caso o crime fosse “cometido de forma habitual”.²⁷² Conforme destacado por MAIA, a expressão *habitual* era entendida “no sentido de prática reiterada do crime de ‘lavagem’”²⁷³, e não na configuração de crime habitual.

De acordo com GRECO, crime habitual “é o delito em virtude do qual se exige do agente um comportamento reiterado, necessário à sua configuração”.²⁷⁴ A característica da habitualidade não é requisito de consumação do crime de lavagem de dinheiro, que necessita, conforme já mencionado²⁷⁵, da configuração da ocultação, dissimulação ou integração de bens, direitos ou valores. Esse também era o entendimento jurisprudencial.

(...). V. Evidenciado que o paciente investia na prática delituosa de lavagem de capitais de forma reiterada e freqüente, não há que se falar em ilegalidade decorrente do aumento da reprimenda em razão da maiorante da habitualidade. VI. Não há que se falar em consunção entre o crime de evasão de divisas do de lavagem de capitais, mas em condutas autônomas, caracterizadoras de lavagem de dinheiro. VII. A lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de delito anterior, sendo próprio do delito que esteja consubstanciado em atos que garantam ou levem ao proveito do resultado do crime anterior, mas recebam punição

²⁷¹ BRASIL. *Lei 9.613*, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Art. 1º, §4º.

²⁷² BRASIL. *Lei 9.613*, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Art. 1º, §4º.

²⁷³ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*: Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p. 103.

²⁷⁴ GRECO, Rogério. *Código penal*: comentado. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 31.

²⁷⁵ Ver item 4.7.1.

autônoma. 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 autonomia deste delito. VIII. Induvidosa, na presente hipótese, a existência do crime de evasão de divisas como crime antecedente. IX. Recurso desprovido. (STJ, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 03/11/2011, T5 - QUINTA TURMA)²⁷⁶

Com as modificações introduzidas com a Lei 12.683/12, a previsão do aumento de pena foi condicionada aos crimes “cometidos de forma reiterada”.²⁷⁷

A partir da alteração, para “a incidência da *majorante* basta a comprovação da *reiteração da conduta*; ou seja, basta verificar se o agente praticou *mais de uma lavagem de dinheiro*, sem a necessidade de averiguação da *habitualidade*”.²⁷⁸

Ocorre que a reforma legislativa gerou um conflito aparente de normas com a regra do crime continuado prevista no art. 71 do Código Penal brasileiro²⁷⁹.

²⁷⁶ BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1.234.097 - PR. Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 03/11/2011, T5 – Quinta Turma. Ementa: CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO E CRIME CONTRA OS SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. DOCUMENTOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. TRADUÇÃO DA TOTALIDADE DESTES. DESNECESSIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA PELO PARQUET. NULIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. MAJORANTE DA "HABITUALIDADE" APLICADA AO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS. REITERAÇÃO DE CONDUTAS CONFIGURADA. ABSORÇÃO DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS PELO DE LAVAGEM DE CAPITAIS. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES AUTÔNOMOS. RECURSO DESPROVIDO. I. Não se configura cerceamento de defesa o indeferimento de pedido de tradução de todos os documentos em língua estrangeira juntados aos autos se claramente consignado pelo Juiz sentenciante a suficiência, para a avaliação da conduta, dos documentos já traduzidos. II. A literalidade da norma determina expressamente que a tradução de documentos em língua estrangeira terá lugar se necessário, cumprindo ao Juiz – por ser ele o destinatário final da prova – ponderar e avaliar quais documentos carecem de tradução, para a livre formação de sua convicção. III. Inexiste nulidade em razão de substituição de testemunha arrolada pelo Ministério Público, no início da instrução, em momento anterior à produção das provas, com a ciência da defesa. Não comprovação de prejuízo. IV. Não se declara nulidade de ato no processo penal, se dele não sobrevier evidente prejuízo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. V. Evidenciado que o paciente investia na prática delituosa de lavagem de capitais de forma reiterada e freqüente, não há que se falar em ilegalidade decorrente do aumento da reprimenda em razão danosamente da habitualidade. VI. Não há que falar em consunção entre o crime de evasão de divisas e do de lavagem de capitais, mas em condutas autônomas, caracterizadoras de lavagem de dinheiro. VII. A lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de delito anterior, sendo próprio do delito que esteja consubstanciado em atos que garantam ou levem ao proveito do resultado do crime anterior, mas recebam punição autônoma. 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. VIII. Induvidosa, na presente hipótese, a existência do crime de evasão de divisas como crime antecedente. IX. Recurso desprovido.

²⁷⁷ BRASIL. Lei 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, 2012. Art 1º, §4º.

²⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 160.

²⁷⁹ BRASIL. Decreto Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Art. 71.

Para BADARÓ e BOTTINI, apesar da especificidade da Lei de lavagem de dinheiro, não deve ser aplicado o princípio da especialidade.

É bem verdade que o *crime continuado* regula a *reiteração* de práticas delitivas, assim como o faz a *causa de aumento* da Lei de Lavagem. Mas o primeiro instituto especifica e particulariza uma forma da *reiteração*: aquela com um *nexo de continuidade pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhante*, ao contrário do que faz o § 4º. da legislação especial, que trata da *reiteração* genérica, sem menção a um *nexo de continuidade* ou a qualquer outra particularidade. Assim, é possível uma convivência de ambas as *causas de aumento*. Aplica-se a regra do *crime continuado* para a *reiteração da lavagem com nexo de continuidade* – quando presentes os requisitos do art. 71 do CP – e a *causa de aumento* do § 4º. para a *reiteração da lavagem de dinheiro sem nexo de continuidade*.²⁸⁰

O entendimento pela aplicação do art. 71 do Código Penal nos casos de lavagem com nexo de continuidade foi adotado na Ação Penal 470/MG, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa.

A acusação, em alegações finais, pede a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no § 4º do art. 1º da Lei 9.613/1998 (na redação anterior à Lei 12.683/2012), dada “a circunstância de os delitos de lavagem de dinheiro terem sido praticados de forma habitual, haja vista que a denúncia descreveu mais de sessenta episódios consumados ao longo do tempo” (fls. 45.371). Ocorre que a *reiteração* de condutas configuradoras de lavagem de dinheiro, quando verificada nas mesmas circunstâncias (como se dá no caso), atrai a regra do *crime continuado* (CP, art. 71). Daí por que, no caso, sob pena de *bis in idem*, não vejo como aplicar, suplementarmente, a causa especial de aumento de pena descrita no art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/1998, que se refere à hipótese de o crime em questão ser “cometido de forma habitual”, visto que o disposto no art. 71 do Código Penal já foi aplicado.

Para os casos de *reiteração* da conduta de lavagem de dinheiro sem nexo de continuidade, BADARÓ e BOTTINI vislumbram a inviabilidade de aplicação da majorante prevista no art. 1º, §4º, por constituir *bis in idem*.

Se o agente pratica, por exemplo, quatro condutas de lavagem de dinheiro *sem nexo de continuidade*, existirão quatro crimes de *lavagem de dinheiro* em *concurso material*, e não uma lavagem reiterada, para a qual se aplicaria a *causa de aumento* do §4.º. Desta forma, a única interpretação possível seria: nas situações de *reiteração* de lavagem de dinheiro *sem nexo de continuidade*, o agente pratica os delitos de

²⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 161.

lavagem em concurso material – somando-se as penas de cada um deles – incidindo sobre o resultado final a *causa de aumento* do § 4.º.²⁸¹

Constata-se, portanto, a impossibilidade de aplicação da causa de aumento prevista. Nos casos em que for constatada a prática do delito de lavagem com nexos de continuidade deve ser utilizada a regra do art. 71 do código Penal. De outro lado, se entre as condutas não houver nexos de continuidade, deve ser reconhecido o concurso material, afastando-se a aplicação da majorante para evitar o *bis in idem*.²⁸²

4.8.2 Prática por intermédio de organização criminosa

A majorante da prática do crime de lavagem por intermédio de organização criminosa estava prevista na redação original da Lei 9.613/98. Contudo, devido à falta de regulamentação legal sobre o conceito de “organização criminosa”, a referida causa de aumento teve sua aplicabilidade prejudicada.

Diante da inexistência de definição legal sobre a definição de “organização criminosa”, os Tribunais passaram a utilizar a definição apresentada pela *Convenção de Palermo*, que definiu “grupo criminoso organizado” como

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.²⁸³

A *Convenção de Palermo* foi incorporada ao ordenamento pátrio com o Decreto 5.015/2004 e a utilização de sua definição foi expressamente recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A Recomendação 03/2006 sugeriu:

²⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 162.

²⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 162.

²⁸³ BRASIL. *Decreto 5.015*, de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. 12 mar. 2004. Artigo 2, a.

a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, ou seja, considerando o "grupo criminoso organizado" aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.²⁸⁴

BADARÓ e BOTTINI criticam a utilização da definição apresentada na *Convenção de Palermo*. Segundo os autores,

Ainda que se citassem os diplomas mencionados, não existia, à época, uma definição legal vinculante de organização criminosa. A Convenção de Palermo realmente define o instituto, mas o faz apenas para tornar mais claras suas próprias diretrizes, uma vez que o próprio diploma expõe em seu art. 5 que “Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente: a) Um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa (...)ii) A conduta de qualquer pessoa que, conhecendo a finalidade e a atividade criminosa geral de um grupo criminoso organizado, ou a sua intenção de cometer as infrações em questão, participe ativamente em: a. Atividades ilícitas do grupo criminoso organizado (...).”²⁸⁵

Esse também foi o entendimento adotado pelo STF na Ação Penal 470.²⁸⁶

Em alegações finais, o Ministério Público alegou que se tratava de norma penal em branco, com sentido preenchido pelo conceito apresentado na *Convenção de Palermo*. Contudo, seguindo o entendimento dos ministros Ricardo Lewandowski²⁸⁷ e Carlos

²⁸⁴ BRASIL. CNJ. *Recomendação n. 03*, de 30 de maio de 2006. Ementa: Recomenda a especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas e dá outras providências. Brasília, 2006. Item 2, a.

²⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 165.

²⁸⁶ No mesmo sentido: BRASIL. STF. HC 96.007/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 12/06/2012, Primeira Turma. Ementa: TIPO PENAL NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO LEI Nº 9.613/98 CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria.

²⁸⁷ “Observo, ainda, que a denúncia, quando imputa a alguns denunciados a prática do crime de lavagem de dinheiro, invoca o inciso VII do art. 1º da Lei nº 9.613/98, que alude a valores provenientes de crime praticado por organização criminosa. Por isso, Senhora Presidente, desde as votações anteriores, sempre fiz ressalva, menção a esse dispositivo quando se trata da lavagem de dinheiro. É possível que, em tese, os denunciados tenham incorrido em outros incisos desse art. 19 da Lei nº 9.613, mas não neste inciso VII,

Ayres²⁸⁸, expresso no acórdão que recebeu a denúncia, prevaleceu o entendimento da impossibilidade de incidência da majorante, sob a seguinte redação:

Certos conceitos ganham tamanho relevo no Direito Penal que exigem regramento próprio. É o caso do conceito de funcionário público, muito mais amplo do que no Direito Administrativo, como se vê do artigo 327 do Código Penal.

Exatamente a mesma coisa acontece com a conceituação de organização criminosa. É a disciplina de um fato, isto é, o que caracteriza essa realidade. Daí o entendimento de que apenas uma lei penal poderia definir a organização criminosa para o efeito de incidência do inciso VII do artigo 1º da Lei nº 9.613/98 na redação pretérita, tanto que em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.578, de 2009, com tal desiderato.

Nesses termos, sem viabilidade jurídica, data venia, a imputação aos acusados da formação de organização criminosa, para os efeitos do hoje revogado inciso VII do artigo 1º da Lei 9.613/98.²⁸⁹

A redação original do §4º da Lei 9.613 foi substituída em 09 de julho de 2012, com o advento da Lei 12.683. A nova redação alterou a redação do texto substituindo sua incidência “nos casos previstos nos incisos I a VI do *caput* deste artigo”, para abranger todos os crimes definidos na Lei. Contudo, a nova redação pecou ao não fazer qualquer

porque nós veremos que a tipificação do delito de organização criminosa na legislação pátria inexistente. E eu digo o porquê.

Ocorre que, com a nova redação dada aos arts. 1 e 2 da Lei n. 9.034/95, pela Lei n 10.217/2001, o ordenamento legal pátrio passou a ser integrado por três institutos penais distintos, a saber: primeiro, quadrilha ou bando, definidos no art. 288 do Código Penal; segundo, associação criminosa, referida no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, que estabelece normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; e, também, associação criminosa é mencionada no artigo 2º da Lei nº 2.889, que define e pune o crime de genocídio; e, finalmente, a terceira figura, organização criminosa, tratada na citada Lei nº 10.217/2001. No tocante a esta última figura, no entanto, os doutrinadores entendem que, embora mencionada no referido diploma normativo para fim de definir e regular 'meios de prova e procedimentos investigatórios', o legislador não lhe conferiu qualquer adequação típica, atribuindo-lhe, apenas, o nomen iuris” (fl. 012703). BRASIL. STF. Ação Penal n. 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Inteiro teor do acórdão. p. 1.208.

²⁸⁸ “A inquietação que assaltou o espírito de Sua Excelência também me tomou de assalto. E fiz um estudo exatamente sobre este tema da organização criminosa, que não tem previsão em lei brasileira nos seus elementos próprios, como o crime – aliás, nem é crime – e, ai sim, o crime de quadrilha. Fiz umas ligeiras anotações, que me permito ler: Não há nenhuma lei no Brasil definindo o que seja organização criminosa. A chamada lei do crime organizado, que é a de n. 9.034/1995, não define o conteúdo dessa expressão. Por essa razão, uma parte da doutrina entende que é uma locução sinônima de quadrilha ou de bando. Outra parte da doutrina, porém, aparentemente com melhores argumentos, defende que organização criminosa é algo distinto de quadrilha. Nada obstante, a lei não a definiu, e, por isso, não se pode utilizá-la no âmbito penal, em face do princípio da reserva legal, que é de berço constitucional: nenhum crime, nenhuma pena sem lei anterior. Para Luiz Flávio Gomes, não se pode utilizar a expressão "organização criminosa" – isso para incriminar condutas – até que uma lei venha e defina o respectivo conteúdo. Em suma, não existe o crime de "formar organização criminosa", nem tampouco essa expressão pode ser usada no âmbito de outros tipos penais para incriminar condutas. (fl. 012715) BRASIL. STF. Ação Penal n. 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Inteiro teor do acórdão. p. 1.209.

²⁸⁹ BRASIL. STF. Ação Penal n. 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Inteiro teor do acórdão. p. 1.211.

menção ao conceito legal de organização criminosa, deixando sem solução a questão da aplicação da majorante devido à inexistência de definição legal para a expressão *organização criminosa*.

Com a promulgação da Lei 12.694, de 24 de julho de 2012, a questão, aparentemente, havia sido solucionada. A Lei definiu, em seu art. 2º, o conceito de “organização criminosa” como:

Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.²⁹⁰

Apesar de apresentar definição para o conceito de “organização criminosa”, a menção de outra expressão, *para os efeitos desta Lei*, restringiu a de *organização criminosa* somente àquela Lei. Esse é o entendimento doutrinário predominante.

Explicam HADDAD e VIANA:

O conceito de organização criminosa estabelecido na Lei 12.694/2012 supria apenas parcialmente a lacuna da Lei 9.034/1995, uma vez que serve apenas aos efeitos da própria Lei 12.694. É essa a dicção expressa do artigo 2º do aludido diploma normativo. Na visão do Juiz Federal Rafael Wolff, trata-se de conceito instrumental, análogo ao expresso na Convenção de Palermo, mas não substitutivo. Para o magistrado, “o disposto no art. 2º aplica-se apenas àquela lei, mantendo-se a vigência da Convenção de Palermo para os demais casos presentes no ordenamento, sobretudo para os fins da Lei 9.034/1995”.

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci entende que “vale destacar ter a Lei 12.694/2012 estabelecido um conceito de organização criminosa, embora exclusivamente para fins de sua aplicação”, isto é, a formação de colegiado para o processo e julgamento em primeira instância dos delitos cometidos por grupos organizados²⁹¹.

²⁹⁰ BRASIL. *Lei 12.694*, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Brasília, 2012. Art. 2.

²⁹¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido; VIANA, Lurizam Costa. A Lei 12.850/13 e a evolução no tratamento legal do crime organizado no Brasil. In: IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: CRIMINOLOGIA E SISTEMAS PENAIIS CONTEMPORÂNEOS, 2013, Porto Alegre. *Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais*. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2013. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/03.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2015.

Esse também é o entendimento de BADARÓ e BOTTINI, para os quais,

[...] o próprio texto legal informa que tal definição existe *para efeitos* “desta lei”, ou seja, limita-se a determinar as hipóteses nas quais é possível o julgamento em primeiro grau por um colegiado de juízes. A restrição – prevista pela própria lei – impedia a utilização da definição como parâmetro da *causa de aumento* da lavagem de dinheiro. Ou seja, mesmo com a aprovação da Lei 12.694/2012, o conceito de *organização criminosa* para efeitos da Lei 9.613/1998 ainda não existia.²⁹²

Já no ano seguinte o entendimento sobre o conceito de “organização criminosa” foi alterado.

A questão da aplicação da majorante prevista na Lei de lavagem foi solucionada, com a definição de “organização criminosa” dada no art. 1º, §1º, da Lei 12.850, promulgada em 2013.

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.²⁹³

Desde a promulgação da Lei 12.850 é pacífico o entendimento quanto a sua incidência para a configuração de organização criminosa e a incidência da majorante prevista na Lei de lavagem de dinheiro.

4.9 Causa especial de diminuição de pena

A razão do dispositivo de delação premiada na Lei de lavagem passa pela opção do legislador de

²⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 166.

²⁹³ BRASIL. *Lei 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2012. Art. 1º §1º.

[...] colher frutos da chamada infidelidade criminal. Como é sabido, um dos deveres elementares que se impõe a quem participa de organização criminosa consiste na fidelidade criminal.

Desse modo, na tentativa de quebrar a *affectio societatis* – ânimo de constituição de sociedade – ou de conseguir o rompimento da *omertà*, a lei autoriza ao Estado-juiz abrandar a pena, senão substituí-la por outra de menor consequência para a liberdade do delator, ou até mesmo deixar de aplicá-la, tudo com o propósito de melhor combater o avanço da criminalidade organizada.²⁹⁴

A causa especial de diminuição de pena foi fixada no art. 1º, §5º, da Lei 9.613/1998, com a seguinte previsão:

A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

A aplicação da causa de diminuição prevista na Lei 9.613/98 “era mais simples em matéria de previsões da delação premiada e gerava algumas dúvidas em relação à sua aplicabilidade. O momento da elaboração do acordo e a legitimidade, por exemplo. Com a reforma, estabeleceram-se critérios mais claros”.²⁹⁵ Após as modificações introduzidas pela Lei 12.683/2012, a redação do art. 1º, §5º, passou a ser a seguinte:

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.²⁹⁶

Para produzir efeitos, inicialmente tem de ser verificado o caráter espontâneo da colaboração. CERVINI, OLIVEIRA e GOMES lecionam que “não basta que a colaboração seja ‘voluntária’ (ato livre) – requer-se um *plus*, que é a espontaneidade”. Configura, portanto, um ato espontâneo “aquele em que a ideia de sua prática provém da própria pessoa. Não pode ser um ato provocado por terceiro, mas de iniciativa do delator.

²⁹⁴ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 176.

²⁹⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 207.

²⁹⁶ BRASIL. *Lei 12.683*, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, 2012. Art. 1º, §5º.

Não importa, porém, o propósito do delator, sendo irrelevante perquirir os seus motivos”.²⁹⁷

Por fim, para produção dos efeitos de redução previstos, a colaboração deve propiciar “esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime”.²⁹⁸ São, portanto, três os efeitos previstos: a) a apuração das infrações penais; b) a identificação dos autores, coautores e partícipes; e c) a localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime.

Muito embora BADARÓ e BOTTINI, acertadamente, esclareçam que “a conjunção alternativa ou indica que os três efeitos da declaração devem ser considerados alternativamente e não cumulativamente”, os autores exaram que o posicionamento do STJ²⁹⁹ em alguns casos tem sido em sentido contrário, impondo a necessidade de comprovação de uma maior colaboração e cooperação.

²⁹⁷ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. Lei de lavagem de capitais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 344.

²⁹⁸ BRASIL. Lei 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, 2012. Art. 1º, §5º.

²⁹⁹ Nesse sentido consultar: BRASIL. STJ. HC n. 114.648/RJ. Relatora Ministra Maria Thereza Assis Moura. Data de Julgamento: 26/04/2011, T6 - SEXTA TURMA. Ementa: HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA. PRETENSÃO DE SER RECONHECIDA A DELEÇÃO PREMIADA. SITUAÇÃO DECORRENTE DE DECLARAÇÕES DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DO BENEFÍCIO. REVOLVIMENTO DA PROVA. VIA INADEQUADA. A utilização de parte das declarações do réu, no decisum condenatório, para se comprovar a autoria do mandante do crime não é circunstância, por si só, eficiente para caracterizar o direito ao benefício da delação premiada, que reclama do acusado a colaboração e a cooperação não demonstradas na hipótese. Além do que, a análise da situação, uma vez não debatida a contento na fase ordinária, demandaria o exame da prova, procedimento inviável na via estreita de habeas corpus. Ordem denegada.

5 A LAVAGEM DE DINHEIRO EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA PENAL

Analisa-se neste momento alguns princípios constitucionais penais que podem auxiliar na delimitação do alcance da norma que criminaliza a conduta de lavagem de capitais. A classificação pode ser apresentada de diversas maneiras, de acordo com a proposta de cada autor, opta-se aqui pela divisão adotada por Luiz Luisi.³⁰⁰ A escolha é abalizada tendo em vista o reconhecimento acadêmico dos estudos desenvolvidos pelo autor e por se tratar de opção que oferece a melhor didática. Embora o recorte metodológico respeite a delimitação classificatória de LUISI, deve-se destacar que a matéria será tratada em consonância com as diretrizes garantistas de Luigi Ferrajoli.³⁰¹

LUISI divide a matéria em cinco princípios: o da legalidade, – que se subdivide em três postulados (da reserva legal; da determinação taxativa e da irretroatividade); da culpabilidade; da intervenção mínima; da humanidade; e da personalidade e individualização da pena.

Dentre os elencados, não serão trabalhados o princípio da humanidade³⁰², o da personalidade³⁰³ e o da individualização da pena.³⁰⁴ Isso porque, uma vez que a proposta

³⁰⁰ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

³⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Vários tradutores. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

³⁰² O princípio da humanidade é destacado por LUISI como o princípio que reconhece o condenado como pessoa humana. Ressalta o autor que em decorrência do referido princípio as penas de caráter perpétuo, as de banimento, as cruéis e as de morte tem sido proibidas em diversos textos constitucionais republicanos. “Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. v. 1 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 15). Apesar de a pena ser o instrumento com o qual a sociedade responde às agressões sofridas, o princípio assegura “um direito penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes” (LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 47).

³⁰³ O princípio da personalidade busca assegurar que a pena atinja somente a pessoa do condenado, preservando pessoas estranhas ao delito. “A declaração soa como algo distante da realidade, pela certeza de todos de que a pena sempre alcançará pessoas inocentes – por exemplo, os filhos menores do condenado – e dele dependentes material e espiritualmente” (PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal: parte geral*. v. 1. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 32).

Busca-se, por meio de diversos mecanismos de assistência, a mitigação dos efeitos da pena aos familiares e terceiros, impedindo “o seu cumprimento por representação, ou a substituição subjetiva, como ocorre em outros ramos do direito” (LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 53).

³⁰⁴ O princípio da individualização da pena assegura o desenvolvimento dos três estágios de individualização da pena: o Legislativo, o Judicial e o Executivo.

da pesquisa é direcionada ao estudo do alcance da norma penal incriminadora da conduta de lavagem de capitais, não seria frutífera a abordagem aprofundada dos referidos princípios.³⁰⁵

Será realizada a análise, portando, somente dos princípios da legalidade, da culpabilidade e da intervenção mínima.

5.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, instituído no art. 5º, XXXIX, da Constituição vigente, prescreve que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Segundo BITENCOURT,

Pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.³⁰⁶

Na classificação elaborada por LUISI, o estudo do princípio da legalidade é desdobrado em três postulados: o da reserva legal; o da determinação taxativa e o da irretroatividade.

O Legislativo se dá com a fixação, em lei, de uma determinada pena para cada crime, variando o tipo e a intensidade da reprimenda de acordo com o bem jurídico penal tutelado. Também são definidas as regras condutoras da individualização das fases subsequentes.

A individualização na fase judicial ocorre com o ajustamento da pena imposta pelo juiz. Nesse sentido, leciona PIRES que “na realização da justiça, tão importante quanto a primeira definição, a que condena ou absolve, é a segunda, que fixa o tempo de pena a ser cumprido” (PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal: parte geral*. v. 1. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 32). Para tanto, o magistrado, atendendo às normativas legais, impõe uma resposta penal de acordo, dentre outros, das circunstâncias, da culpabilidade, dos antecedentes, conduta social e comportamento da vítima.

Por fim, a individualização executória regula a sanção penal aplicada judicialmente. Destaca-se nessa fase, quando necessária a pena privativa de liberdade, a determinação de cumprimento de pena em estabelecimento respeitado a idade e sexo do apenado bem como a natureza do delito.

Ainda que a individualização da pena possua uma fase legislativa e outra judicial, os três princípios possuem em comum o fato de incidirem na execução da pena, ou seja, são de aplicabilidade no momento posterior de formação da culpa.

³⁰⁵ Cabe ressaltar apenas a observação de BLANCO CORDERO, já destacado no item 4.2.1 sobre uma possível quebra do princípio da pessoalidade da pena quando se reprime o crime posterior no intuito de evitar o cometimento do delito prévio.

³⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. v. 1 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 10.

O primeiro deles é

[...] o postulado da Reserva Legal, além de arginar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certo os delitos e a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos, e naquelas penas previamente fixadas pode ser processado e condenado. Daí porque é de indiscutível atualidade a lição de R. von Hippel quando sustenta que o princípio da Reserva Legal é um axioma destinado a assegurar “a liberdade do cidadão contra a onipotência e a arbitrariedade do Estado e do Juiz”.³⁰⁷

O segundo elemento constitutivo do princípio da legalidade, denominado “postulado da determinação taxativa” é

[...] dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equivocadas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem correta e uniforme.³⁰⁸

Ainda segundo LUISI, “de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessária, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei”.³⁰⁹

*o princípio da legalidade pressupõe um mínimo de determinação das proibições ou comandos da lei penal – em geral conhecido como princípio da taxatividade, mas indissociável do princípio da legalidade, como exigência de certeza da lei –, cuja ausência impede o conhecimento das proibições e rompe a constitucionalidade da lei penal, regida pela fórmula *lex certa*.*³¹⁰

O terceiro postulado derivado do princípio da legalidade é o da irretroatividade. Dispõe sobre a imposição da lei penal somente aos fatos ocorridos depois do início de sua vigência, não alcançando os fatos anteriores. SANTOS leciona que se trata de questão

³⁰⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 23.

³⁰⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 24.

³⁰⁹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 24.

³¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p.23-24

regida pela fórmula *lex previa* incidente sobre a “norma de conduta” e sobre a “sanção penal”.

a) no âmbito da *norma de conduta* proíbe todas as mudanças dos *pressupostos de punibilidade* prejudiciais ao réu, compreendendo os *tipos legais*, as *justificações* e as *exculpações*;

b) no âmbito da *sanção penal* abrange as penas (e as medidas de segurança), os efeitos da condenação, as condições objetivas de punibilidade (especialmente os prazos prescricionais), os regimes de exclusão (incluindo os critérios de progressão e de regressão de regimes) e todas as hipóteses de excarceração.³¹¹

FERRAJOLI procede à divisão entre princípio da mera legalidade e o princípio da estrita legalidade. O primeiro, dirigido aos juízes, trata das leis vigentes e “se limita a exigir que os pressupostos das penas estejam estabelecidos de antemão por um ato legislativo”³¹². O segundo, dirigido ao legislador, trata da “formação válida de leis penais” e exige

[...] uma lei penal dotada de referências empíricas para que seja possível sua aplicação em proposições verificáveis, pressupõe, ao contrário, todas as demais garantias – as penais (ou substanciais) da materialidade da ação, da lesividade do resultado e da culpabilidade, e as processuais (ou instrumentais) da presunção de inocência, do ônus da prova e do direito de defesa –, na falta das quais não se perfaz.³¹³

No aspecto concernente ao estudo do elemento subjetivo do crime de lavagem de capitais, a questão é relevante para esclarecer os casos das condutas praticadas durante a vigência da Lei 9.613/98 e julgadas após a promulgação da Lei 12.683/12.

Na análise das leis, observa-se que a legislação promulgada em 2012 confere tratamento mais severo para a prática do delito. Não há que se cogitar da incidência da lei posterior aos fatos perpetrados durante a vigência da Lei 9.613. A Constituição brasileira de 1988 dispõe expressamente em seu art. 5º, XL, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Contudo, a questão mais controversa se refere ao segundo postulado, o da determinação taxativa.

³¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 21.

³¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Vários tradutores. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 349.

³¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Vários tradutores. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 349-350.

FERRAJOLI destaca que a

[...] ampliação indeterminada do campo do designável como bens tutelados, mediante a utilização de termos vagos, imprecisos ou, o que é pior, valorativos, que derogam a estrita legalidade dos tipos penais e oferecem um amplo espaço à discricionariedade e à ‘criação’ judicial.³¹⁴

A supressão da expressão *que sabe* do texto legal ³¹⁵, sem substituí-la por outra que, mesmo alterando-lhe o sentido, delimitasse sua precisão acarreta prejuízo ao referido postulado. Caso a intenção do legislador fosse a de possibilitar a incriminação mediante dolo eventual, deveria, atendendo ao postulado em destaque, alterar a expressão ao invés de simplesmente excluí-la. Assim, a redação do referido crime deveria ser próxima à dada na legislação belga, na qual, conforme aponta BLANCO CORDERO, “el artículo 505 del Código Penal emplea, la expresión «conozcan o deban conocer el origen»”.³¹⁶ De maneira similar, a legislação cubana delimita o alcance do elemento subjetivo da norma criminalizadora ao utilizar as expressões “con conocimiento o debiendo conocer, o suponer racionalmente por la ocasión o circunstancias de la operación”.³¹⁷ Nesse sentido também é direcionado o Projeto de novo Código Penal (PLS nº 256/2012).³¹⁸ O Projeto dispõe sobre o crime de lavagem de dinheiro no art. 371 e prevê a alteração da expressão *que sabe*, atualmente utilizada, por: *que sabe ou deveria saber serem provenientes de crime*.³¹⁹

Da mesma forma que a mera supressão prejudica a efetivação do postulado da determinação taxativa, a indicação de um bem jurídico demasiadamente amplo também impede sua plena efetivação.

³¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Vários tradutores. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 436.

³¹⁵ Art. 1º, §2º, I, da Lei 9.613/98: incorre na mesma pena quem: utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal.

³¹⁶ “O artigo 505 do Código Penal emprega a expressão “conheçam ou devam conhecer a origem” (tradução livre). BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 675.

³¹⁷ “Sabendo, devendo saber ou racionalmente supor devido à ocasião ou às circunstâncias da operação” (tradução livre). CUBA. *Decreto-Ley núm. 316 modificativo del Código Penal y de la ley contra actos de terrorismo*. Art. 346.1. Modifica el artículo 185.1, 186.1, 346.1 del Código Penal y 10 y 26 de la Ley contra actos de terrorismo. Ministerio de Justicia. Gaceta Oficial de la República de Cuba No. 044 Extraordinaria de 19 de diciembre de 2013. La Habana, 07 dez. 2013.

³¹⁸ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n.º 236/2012*, de 09 de julho de 2012. Brasília: Senado Federal, 2012.

³¹⁹ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n.º 236/2012*, de 09 de julho de 2012. Brasília: Senado Federal, 2012. O art. 371, §2º, I prevê que: Incorre, ainda, na mesma pena quem: utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe ou deveria saber serem provenientes de crime.

O resultado de tal inflação, apenas polida pelas distintas leis descriminalizadoras dos últimos anos, é, simplesmente, a dissolução do conceito de ‘bem penal’ como critério axiológico de orientação e delimitação das opções penais. A multiplicidade, a casualidade, a contingência e, às vezes, a inconsistência dos bens equivalem, de fato à desvalorização da ideia mesma de ‘bem’ e indicam a sobrecarga de funções impróprias que lastreiam nossa justiça penal.³²⁰

A análise de LUISI das relações entre o princípio da legalidade e o estado social diz muito em relação à criminalização da lavagem de dinheiro. Segundo o autor, “talvez uma ‘indeterminação’ das leis penais possa, por vezes, viabilizar uma mais integral realização da justiça substancial, mas é, na maioria das vezes, a porta pela qual se introduzem formas variadas, e por vezes cruéis, de criminalidade legalizada”.³²¹

5.2 Princípio da culpabilidade

Acerca do princípio da culpabilidade, leciona PIRES que se trata de “conquista mor do Direito Penal humanístico, sepultou a responsabilidade objetiva em sede penal. Hoje, nenhuma pena será irrogada sem que o agente tenha agido com dolo ou culpa *stricto sensu*”.³²² No mesmo sentido destaca FERRAJOLI que “a punibilidade apenas dos atos intencionais é, com certeza, um insuprível elemento do sentimento comum de justiça, ao ponto de reputarmos bárbara e injusta qualquer forma de responsabilidade objetiva ou destituída de culpa”.³²³

A relevância da garantia também é destacada por SANTOS, ao afirmar:

1. A relação entre o *princípio da legalidade* e o *princípio da culpabilidade* pode ser assim definida: a) a culpabilidade fundamenta-se no conhecimento (*real* ou *possível*) do *tipo de injusto*, logo o *princípio da culpabilidade* pressupõe ou contém o *princípio da legalidade*, como definição escrita prévia, estrita e certa do **tipo de injusto**; b) existe uma certa relação de dependência do *princípio da culpabilidade* em face do *princípio da legalidade* porque a culpabilidade *pressupõe tipo de injusto* (princípio da legalidade), mas o tipo de injusto *não pressupõe culpabilidade*: o *juízo de culpabilidade*

³²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. Vários tradutores. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 436.

³²¹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 33-34.

³²² PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal*: parte geral. v. 1. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 32.

³²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. Vários tradutores. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 449.

não existe sem o *tipo de injusto*, mas o *tipo de injusto* pode existir sem o *juízo de culpabilidade*.

2. O *princípio da culpabilidade*, expresso na fórmula *nulla poena sine culpa*, é o segundo mais importante instrumento de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque *proíbe punir* pessoas sem os requisitos do *juízo de reprovação*, segundo o estágio atual da teoria da culpabilidade, a saber: a) pessoas *incapazes de saber o que fazem* (inimputáveis); b) pessoas imputáveis que, realmente, *não sabem o que fazem* porque estão em situação de *erro de proibição inevitável*; c) pessoas imputáveis, com o conhecimento da proibição do fato, mas *sem o poder de não fazer o que fazem* porque realizam o **tipo de injusto** em contextos de anormalidade definíveis como situações de exculpação.³²⁴

Não é complexa a verificação da culpabilidade quando praticado o crime de lavagem de capitais com dolo direto. Após a aferição da tipicidade da conduta, segundo os critérios de SANTOS, deve-se verificar se o agente é imputável e se praticou a conduta em erro de proibição ou exculpação. Caso seja imputável e tenha atuado dolosamente, sem a existência de situação que coloque o autor em erro, fica demonstrada sua culpabilidade.

A análise das condutas praticadas com dolo eventual deve atender aos mesmos critérios. Inicialmente, é preciso verificar a tipicidade da conduta. Atendidos os requisitos típicos, passa-se ao juízo da culpabilidade. Não é possível, portanto, responsabilizar o sujeito inimputável, o indivíduo imputável em situação de desconhecimento inevitável e aquele que realiza o tipo em uma situação anormal, na qual não se poderia exigir comportamento diverso.

Verifica-se que a realização do tipo mediante dolo eventual não gera prejuízo ao princípio da culpabilidade.

5.3 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima “orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico”.³²⁵

³²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 24.

³²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. v. 1 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 11.

De acordo com LUISI, ele está implícito na Constituição brasileira de 1988 e é derivado da interpretação de garantias expressamente previstas.³²⁶

FERRAJOLI destaca que os critérios de política criminal que orientam um sistema penal garantidor da mínima intervenção convergem para as

[...] proibições penais injustificadas, por serem, elas mesmas, lesivas aos direitos fundamentais, por serem de execução impossível, por não estarem estabelecidas para a tutela de qualquer bem jurídico ou por serem convenientemente substituíveis por proibições civis ou administrativas; ou de penas injustificadas, por serem excessivas, não pertinentes ou desproporcionais acerca da relevância do bem jurídico tutelado.³²⁷

No mesmo sentido, BIANCHINI destaca que não são todos os bens que necessitam de tutela penal. “A decisão de eleger o meio mais contundente (Direito Penal) pressupõe, assim, um exame razoável de todas as perspectivas, para se constatar que nada melhor que ele existe”.³²⁸

Lecionam ZAFFARONI e BATISTA:

A criminalização alcança um limite de irracionalidade intolerável quando o conflito cuja base opera é de lesividade ínfima ou quando, não o sendo, a afetação de direitos nele envolvida é grosseiramente desproporcional à magnitude da lesividade do conflito. Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos demonstrar que o custo em direitos da *suspensão* do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau da lesão que tenha provocado. Temos aí o *princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão*.³²⁹

Tal posicionamento é semelhante ao de SARLET. Apesar de o autor tratar da proporcionalidade na aplicação da pena, a lição é igualmente válida para o plano legislativo.

Segundo o autor, ao tentar efetivar

³²⁶ Ressalta o autor que a Constituição Federal dispõe, em seu art. 5º, sobre a inviolabilidade da liberdade, da vida, da igualdade, da segurança e da prosperidade.

³²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Vários tradutores. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 99.

³²⁸ BIANCHINI, Alice; DE MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 296.

³²⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume.- Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 230.

[...] seu dever de proteção, o Estado – por meio de um de seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nessa perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenções (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais (...).³³⁰

Admitido que o bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro é a administração da justiça, a adoção do dolo eventual fere o princípio da intervenção mínima.

O agente que utiliza na economia valores provenientes de infração penal sabendo da procedência dos valores, indiscutivelmente, causa um dano. A administração da justiça é lesada pelo encobrimento do produto obtido no crime anterior. Dessa forma, “a razão da tutela penal é justamente garantir os instrumentos para apuração e julgamento dos delitos anteriores e a recuperação de seu produto”.³³¹

Não se questiona a relevância do bem jurídico tutelado, mas sim os critérios de verificação do elemento subjetivo do tipo.

Na modalidade de dolo direto não há qualquer prejuízo ao princípio em destaque. Contudo, a aceitação do dolo eventual acarreta uma desproporcional sujeição ao dever de cuidado em relação a valores recebidos. Em situações em que, por exemplo, o agente trabalha com valores, o que se verifica é a transferência da obrigação estatal do dever de investigação ao particular. Trata-se de situação na qual poderia ser alcançada uma solução de caráter civil e/ou administrativa. Tal recurso parece suficiente a “garantizar el máximo de libertad posible con las menores injerencias conforme el principio *pro libertate*”³³², como deve ser em um Estado Social e Democrático de Direito.

³³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos. p. 119.

³³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 55.

³³² Garantir o máximo de liberdades possíveis com as menores ingerências, conforme o princípio *pro libertate*. (Tradução livre). SOUTO, Miguel Abel. *Teorías de la pena e limites al ius puniendi desde el Estado democrático*. Madrid: Editorial Dilex, S.L, 2006. p. 74.

Resta, por fim, analisar a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada quando evidenciada a prática do crime de lavagem de capitais.

6 SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA³³³ NOS CASOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A teoria da cegueira deliberada equipara à conduta dolosa a ação do sujeito que, voluntaria e deliberadamente, coloca-se em uma posição de ignorância diante de um fato suspeito.

The criminal-law doctrine of deliberate ignorance, or "willful blindness," is one such area that raises both legal and philosophical issues concerning the level of subjective conviction and objective evidence that constitutes knowledge. Professor Glanville Williams described willful blindness in the following terms:

A court can properly find wilful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realized its probability; but he refrained from obtaining the final confirmation because he wanted in the event to be able to deny knowledge. This, and this alone, is wilful blindness.³³⁴

A doutrina desenvolvida nos EUA conta atualmente com grande aceitação em países de matriz jurídica fundada no sistema de *civil law*, destacando-se a Espanha. Nesse sentido, ARIAS HOLGUIN salienta pronunciamento do Tribunal Supremo desse país, que na

[...] Sentencia 1034/2005, emplea este argumento cuando se afirma que en el ordenamento jurídico español es responsable, ya sea a título de dolo eventual o de imprudencia, el ator que actúa com ignorancia deliberada (*willful blindness*); tanto en los casos en que exista representación como en aquellos sin representación porque «...existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas».³³⁵

³³³ Também denominada "teoria da ignorância deliberada" ou, ainda, "teoria das instruções do avestruz".

³³⁴ A doutrina penal da ignorância deliberada, ou "uma situação de cegueira voluntária", é uma dessas áreas que levanta tanto questões jurídicas quanto filosóficas sobre o nível de convicção subjetiva e evidência objetiva de que constitui conhecimento. Professor Glanville Williams descreveu uma situação de cegueira voluntária nos seguintes termos:

"Um tribunal pode evidenciar corretamente uma situação de cegueira voluntária somente quando praticamente pudesse dizer que o réu realmente sabia. Ele suspeita do fato, ele desconfia, mas se abstém de obter a confirmação final, porque queria, no caso, ser capaz de negar o conhecimento. Isso, e somente isso, é uma situação de cegueira voluntária" (tradução livre). ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. The Journal of Criminal Law Criminology, Northwestern University School of Law, USA, v. 81, p. 191-234, Summer 1990.

³³⁵ "Sentença 1034/2005 utiliza esse argumento quando afirma que no ordenamento jurídico espanhol é responsável, seja a título de dolo eventual ou de imprudência, o agente que atua com ignorância intencional (*willful blindness*), tanto nos casos em que existe representação como naqueles sem representação porque

Destaca BLANCO CORDERO que em decisões mais recentes³³⁶ o Tribunal Supremo espanhol tem evidenciado as críticas relativas a teoria da ignorância deliberada. Segundo o autor, a Corte tem destacado, principalmente, as questões concernentes à prova do conhecimento que fundamenta a aplicação do dolo eventual ou da inversão do ônus da prova. Afirma, ainda, que não tem sido aceita a presunção ou a desnecessidade de demonstrar os elementos cognitivos do dolo.³³⁷

No Brasil, destaca-se o precedente que decidiu sobre embargos infringentes oriundos da ação penal 470.

O voto, de relatoria do ministro Luiz Fux, destaca:

A admissão do dolo eventual decorre da previsão genérica do art. 18, I, do Código Penal, jamais tendo sido exigida previsão específica ao lado de cada tipo penal específico.

O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (*willful blindness doctrine*).

Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa.³³⁸

Adiante, o relator afirma que:

‘...existe um dever de conhecer que o impede de fechar os olhos diante de uma situação suspeita’’. (Tradução livre). ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*. Madrid: Iustel, 2011. p. 335.

³³⁶ As fls. 703-705 o autor trabalha com os precedentes do Tribunal Superior de n. STS 68/2011; STS 1637/1999; STS 289/2006 e; STS 57/2009. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

³³⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 705.

³³⁸ BRASIL. STF. Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/03/2014, Tribunal Pleno. Ementa: 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva receber, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvição por falta de provas 3. Embargos acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro.

Embora se trate de construção da *common law*, o Supremo Tribunal Espanhol, corte da tradição da *civil law*, acolheu a doutrina em questão na Sentencia 22/2005, em caso de lavagem de dinheiro, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro.

Na hipótese sub judice, há elementos probatórios suficientes para concluir por agir doloso - se não com dolo direto, pelo menos com dolo eventual (...).

O que se verifica é a transposição de uma teoria de origem no *common law* para o sistema de *civil law* apenas com a justificativa do precedente espanhol. Contudo, não é essa a melhor opção, até porque “não é possível construir uma equivalência absoluta entre conhecimento efetivo e desconhecimento buscado”.³³⁹

A equiparação da teoria da cegueira deliberada ao dolo eventual deve obedecer a uma série de requisitos.

Lecionam BADARÓ e BOTTINI que

[...] a *cegueira deliberada* somente se equipara o *dolo eventual* nos casos de criação *consciente e voluntária* de *barreiras* que evitem o conhecimento de indícios sobre a proveniência ilícita de bens, nos quais o agente *represente* a possibilidade da evitação recair sobre os atos de *lavagem de dinheiro*.³⁴⁰

Segundo lição dos referidos autores, é essencial que o agente – de forma consciente e voluntária – crie mecanismos para não tomar conhecimento de fato eventualmente ilícito. De outro lado, é afastado o dolo eventual para os casos de desídia, negligência, ou falta de percepção sobre a violação da norma.

Caso o agente desative de mecanismos de controle com a finalidade de tornar o sistema menos seguro, pode provocar situação de cegueira deliberada. Para tanto, é necessário que o ele represente que a criação de obstáculos ao conhecimento de determinados fatos facilita a prática de infrações penais. Caso não exista a percepção de que a desativação dos mecanismos irá impedi-lo de identificar a prática de infrações criminais, o dolo

³³⁹ CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 158.

³⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 101.

eventual estaria excluído. Por fim, destaca-se a necessidade de suspeita fundada em dados objetivos, sendo insuficiente a previsão genérica de que crimes possam ser cometidos.³⁴¹

Na doutrina norte-americana, VON KAENEL indica a necessidade de análise de dois estágios para a incidência da doutrina do *willful blindness* na lavagem de capitais.

First, the fact finder must assess the actor's subjective mental state to determine whether an inference of actual knowledge of the transaction's purpose is warranted. Second, the fact finder must then determine why the actor failed to notice any obvious risks or telltale signs of illegal purpose. It is not inconceivable that a merchant may be unaware of obvious signs of illicit conduct that he should have noticed. However, this does not preclude the possibility that at the time of the transaction the merchant was virtually certain of, or willfully blind to, the risk of the money laundering potential of the transaction. Therefore, it is crucial to distinguish a willfully blind actor, "who wants or needs to be ignorant of some fact or risk, from one who does not notice it because he simply does not care" or is simply the naïve-pawn of his clients.³⁴²

Já BLANCO CORDERO defende que a aplicação da teoria da cegueira deliberada no delito de lavagem de dinheiro pode acarretar penalização pela prática de crime doloso ou por imprudência, variando entre duas possibilidades:

1- Por un lado, aquella en la que el sujeto no tiene interés en conocer, es decir, no tiene la más mínima intención de saber la procedencia delictiva de los bienes, pero, de alguna forma, en función de las circunstancias objetivas, se representa ésta como probable. Es este un supuesto que revela una grave indiferencia del autor hacia el bien jurídico penalmente protegido, pues, pese a representarse el riesgo que genera su conducta, no desiste de realizar el comportamiento blanqueador. Su decisión de permanecer en la ignorancia ciego ante los hechos, pese a la posibilidad de disponer de la información, es merecedora de la pena del dolo eventual. En estos casos, como ha indicado la jurisprudencia, puede incluso observarse un componente motivacional, en la medida que normalmente el sujeto quiere beneficiarse de su ignorancia, pues le permite así eludir los riesgos de

³⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 100.

³⁴² “Primeiramente, o fato deve ser valorado de acordo com o estado mental do autor, para determinar se é possível inferir o conhecimento do objetivo da transação. Em segundo lugar, deve-se determinar por que não foi possível ao autor detectar quaisquer riscos óbvios ou sinais reveladores de fins ilegais da transação. Não é inconcebível que um comerciante pode desconhecer sinais óbvios de condutas ilícitas que ele deveria ter notado. No entanto, isto não exclui a possibilidade de que no momento da operação, o comerciante estava virtualmente certo ou deliberadamente cego para o potencial risco de o dinheiro da transação ser oriundo de lavagem. Portanto, é fundamental distinguir entre um ator deliberadamente cego, “que quer ou precisa ser ignorante sobre algum fator de risco, de alguém que não percebe isso porque simplesmente não se importa” ou é simplesmente um ingênuo marionete de seus clientes” (tradução livre). VON KAENEL, Frans J. *Willful Blindness: A Permissible Substitute for Actual Knowledge Under the Money Laundering Control Act?*. *Washington University Law Review*. Washington, v. 71, p. 1189-1216, jan. 1993.

incurrir en responsabilidad criminal.

2- Por otro, una falta de representación absoluta del origen delictivo de los bienes. En esto caso, desde luego, queda absolutamente excluido el dolo eventual. Corresponde entonces valorar si el sujeto actúa de manera imprudente, en este caso imprudencia sin representación, porque debería haberse representado dicho origen.³⁴³

Uma vez que o ordenamento brasileiro somente admite o dolo como elemento subjetivo do crime de lavagem de capitais, não há que se cogitar da responsabilização por imprudência. Já a equiparação entre a teoria da cegueira deliberada e o dolo eventual somente seria possível se verificada a criação voluntária e consciente de barreiras e atendidos os demais requisitos já especificados.

³⁴³ “1- De um lado, aquela na qual o agente não tem interesse em conhecer, ou seja, não tem a menor intenção de saber a procedência ilícita dos bens, mas, de alguma forma, em função das circunstâncias objetivas, representa como provável. Esta é uma suposição que revela uma grave indiferença do autor com o bem jurídico penalmente protegido, pois, apesar de representar o risco que sua conduta provoca, não desiste de realizar o comportamento de lavagem. Sua decisão de permanecer ignorante diante dos fatos, apesar da possibilidade de dispor de informações, é merecedora da pena do dolo eventual. Nesses casos, como tem indicado a jurisprudência, pode até mesmo ser observado um componente motivacional, na medida que, muitas vezes, o sujeito quer se beneficiar da própria ignorância, pois ela lhe permitiria evitar os riscos de incorrer em responsabilidade criminal. 2- Por outro lado, a absoluta falta de representação quanto a origem dos bens. Nesse caso, evidentemente, está absolutamente a hipótese de dolo eventual. Deve-se avaliar, então, se o sujeito atuou de maneira imprudente, e nesse caso imprudência sem representação, pois essa origem deveria ter sido representada” (tradução livre). BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 706-707.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O marco internacional das modernas políticas de Estado antilavagem é a *Convenção das Nações Unidas Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substâncias Psicotrópicas*.

Observa-se a tendência das Convenções de expandir o rol dos crimes antecedentes à lavagem de capitais. Embora não restrinja a responsabilização por dolo eventual, não se observa a propensão das Convenções em adotar essa medida.

O Regulamento Modelo da *Comissão Interamericana Contra o Abuso de Drogas*, ligada à OEA, recomenda a responsabilização da lavagem de dinheiro nas modalidades culposa e por dolo eventual.

A experiência legislativa italiana indica o recrudescimento das políticas criminais antilavagem, convergindo para a adoção da responsabilização por dolo eventual.

Da mesma forma, a jurisprudência portuguesa majoritariamente tem admitido a adoção do critério do dolo eventual para os casos de incidência no crime de lavagem de dinheiro;

O legislador alemão criminalizou a prática de lavagem de dinheiro nas modalidades culposa e dolosa. Acerca da forma culposa, é necessário demonstrar que o agente praticou a ação com imprudência. Sobre a modalidade dolosa, o entendimento majoritário é pela necessidade de comprovação do dolo direto. Contudo, em certas circunstâncias basta verificar que o agente intencionalmente se colocou em situação de ignorância.

A construção jurisprudencial americana equipara à conduta dolosa a perpetrada pelo indivíduo que diante de uma situação suspeita propositadamente se coloca em uma situação de ignorância.

A adoção de medidas rigorosas antilavagem, principalmente nos EUA, influenciou a política criminal brasileira.

Com a promulgação da Lei 12.683 o Brasil adotou uma legislação antilavagem de terceira geração.

A Lei 12.683 incorporou aspectos de políticas emergencialistas de exclusão.

A incorporação de aspectos emergencialistas viabiliza a expansão desmesurada do alcance da norma penal.

A teoria que aponta que o crime de lavagem de dinheiro possui o mesmo bem jurídico protegido pelo crime antecedente fere a proporcionalidade ao cominar penas iguais para bens distintos.

A conduta de lavar capitais pode não provocar danos à ordem econômica.

A teoria que aponta a administração da justiça o bem jurídico penal tutelado no crime de lavagem de capitais se mostra a melhor opção.

A supressão da expressão *que sabe* fere o princípio da determinação taxativa.

Admitindo que o bem jurídico tutelado é a administração da justiça, aceitar o dolo eventual acarreta em desproporcional sujeição ao dever de cuidado, ferindo o princípio da intervenção mínima.

A equiparação entre a teoria da cegueira deliberada e o dolo eventual somente seria possível se verificada a criação voluntária e consciente de barreiras ao conhecimento à origem ilícita do objeto.

Dessa forma, em que pese a reforma legislativa ter suprimido a expressão *que sabe*, no claro intuito de alargar o tipo e fomentar condenações, aponta-se que a melhor opção seria restringir a responsabilização nos crimes de lavagem de capitais somente às condutas praticadas com dolo direto.

8 REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. 150 p.

ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto Penale*. 15. ed. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 2008. 621 p.

ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. La internacionalizacion del derecho penal como contexto de la politica criminal del 'lavado de activos'. *Estudios de Derecho* (2009): Disponível em: <<http://go.galegroup.com.ez27.periodicos.capes.gov.br/ps/i.do?id=GALE%7CA216182766&v=2.1&u=capes&it=r&p=AONE&sw=w&asid=0e560654a455843f65b055c87bbb46d1>>.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 398 p.

BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo. O crime de “branqueamento” e a criminalidade organizada no ordenamento jurídico português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões. p. 566-567. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo (coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá editora, 2012. p. 555-668.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. 510 p.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 103, p. 411-436, jan. 2008.

BIANCHINI, Alice; DE MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 411 p. Coleção ciências criminais, v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. v. 1 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. 707 p.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012. 965 p.

BLANCO CORDERO, Isidoro; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; AGUADO, Javier Alberto Zaragoza. *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*. Washington: Fundación imprenta de la cultura, 2006. 631 p.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales: (estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales)*. Granada: editorial Comares, 1999. 269 p.

BONACCORSI, Daniela Villani. *A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro: análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. 253 p.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.14, n. 61, p. 44-121, jul-ago. 2006.

BOTTKE, Wilfried. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. *Revista Penal*, v. 2, n. 2. jul. 1998. p.1-15.

BRASIL. CNJ. *Recomendação n. 03*, de 30 de maio de 2006. Ementa: Recomenda a especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas e dá outras providências. Brasília, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. *Decreto 154*, de 1991. Preâmbulo. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. 26 jun. 1991.

BRASIL. *Decreto 5.015*, de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. 12 mar. 2004.

BRASIL. *Decreto 5.687*, de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. 31 jan. 2006.

BRASIL. *Decreto Lei 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940.

BRASIL. *Exposição de Motivos n.º 692/MJ*, de 18 de dezembro de 1996. Brasília: Ministério da Justiça, 1996.

BRASIL. *Lei 12.683*, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, 2012.

BRASIL. *Lei 12.694*, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Brasília, 2012.

BRASIL. *Lei 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2012.

BRASIL. *Lei 9.613*, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, 1998.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado n.º 236/2012*, de 09 de julho de 2012. Brasília: Senado Federal, 2012.

BRASIL. STF. Ação Penal n. 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Inteiro teor do acórdão.

BRASIL. STF. Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 13/03/2014, Tribunal Pleno. Ementa: 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva receber, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvição por falta de provas 3. Embargos acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro.

BRASIL. STF. HC 96.007/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 12/06/2012, Primeira Turma. Ementa: TIPO PENAL NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO LEI Nº 9.613/98 CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria.

BRASIL. STF. Recurso em habeas corpus n. 80.816/SP. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data do julgamento 10 abr. 2004, Primeira Turma. Ementa: Lavagem de dinheiro: L. 9.613/98: caracterização. O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de "lavagem de capitais" mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos (L. 9.613, art. 1º, *caput*): o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada "engenharia financeira" transnacional, com os quais se ocupa a literatura.

BRASIL. STJ. HC n. 114.648/RJ. Relatora Ministra Maria Thereza Assis Moura. Data de Julgamento: 26 abr. 2011. Sexta Turma. Ementa: HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA. PRETENSÃO DE SER RECONHECIDA A

DELEÇÃO PREMIADA. SITUAÇÃO DECORRENTE DE DECLARAÇÕES DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DO BENEFÍCIO. REVOLVIMENTO DA PROVA. VIA INADEQUADA. A utilização de parte das declarações do réu, no decisum condenatório, para se comprovar a autoria do mandante do crime não é circunstância, por si só, eficiente para caracterizar o direito ao benefício da delação premiada, que reclama do acusado a colaboração e a cooperação não demonstradas na hipótese. Além do que, a análise da situação, uma vez não debatida a contento na fase ordinária, demandaria o exame da prova, procedimento inviável na via estreita de habeas corpus. Ordem denegada.

BRASIL. STJ. Recurso Especial n. 1.234.097 - PR. Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 03/11/2011, T5 – Quinta Turma. Ementa: CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO E CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. DOCUMENTOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. TRADUÇÃO DA TOTALIDADE DESTES. DESNECESSIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA PELO PARQUET. NULIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. MAJORANTE DA "HABITUALIDADE" APLICADA AO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS. REITERAÇÃO DE CONDUTAS CONFIGURADA. ABSORÇÃO DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS PELO DE LAVAGEM DE CAPITAIS. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES AUTÔNOMOS. RECURSO DESPROVIDO. I. Não se configura cerceamento de defesa o indeferimento de pedido de tradução de todos os documentos em língua estrangeira juntados aos autos se claramente consignado pelo Juiz sentenciante a suficiência, para a avaliação da conduta, dos documentos já traduzidos. II. A literalidade da norma determina expressamente que a tradução de documentos em língua estrangeira terá lugar se necessário, cumprindo ao Juiz - por ser ele o destinatário final da prova - ponderar e avaliar quais documentos carecem de tradução, para a livre formação de sua convicção. III. Inexiste nulidade em razão de substituição de testemunha arrolada pelo Ministério Público, no início da instrução, em momento anterior à produção das provas, com a ciência da defesa. Não comprovação de prejuízo. IV. Não se declara nulidade de ato no processo penal, se dele não sobrevier evidente prejuízo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. V. Evidenciado que o paciente investia na prática delituosa de lavagem de capitais de forma reiterada e freqüente, não há que se falar em ilegalidade decorrente do aumento da reprimenda em razão da majorante da habitualidade. VI. Não há que se falar em consunção entre o crime de

evasão de divisas do de lavagem de capitais, mas em condutas autônomas, caracterizadoras de lavagem de dinheiro. VII. A lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de delito anterior, sendo próprio do delito que esteja consubstanciado em atos que garantam ou levem ao proveito do resultado do crime anterior, mas recebam punição autônoma. 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. VIII. Induvidosa, na presente hipótese, a existência do crime de evasão de divisas como crime antecedente. IX. Recurso desprovido.

CAEIRO, António Pedro N. A decisão-quadro do conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo (coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá editora, 2012. p. 395-450.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. 145 p.

CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 212 p.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 285 p.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 388 p.

CICAD. *Model regulations concerning laundering offenses connected to illicit drug trafficking and other serious offenses*. Washington. Dec. 2005.

CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Directiva 91/308/CEE*, de 1991. Luxemburgo, 10 jun. 1991: Jornal Oficial nº L 166 de 28/06/1991. Relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais.

CUBA. *Decreto-Ley núm. 316 modificativo del Código Penal y de la ley contra actos de terrorismo*. Modifica el artículo 185.1, 186.1, 346.1 del Código Penal y 10 y 26 de la Ley contra actos de terrorismo. Ministerio de Justicia. Gaceta Oficial de la República de Cuba No. 044 Extraordinaria de 19 de diciembre de 2013. La Habana, 07 dez. 2013.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. 240 p.

EUA. Supreme Court of The United States. 563 U. S. ____ (2011). GLOBAL-TECH APPLIANCES, INC., ET AL. v. SEB S. A. Washington, 31 mai. 2011.

FATF-GAFI. *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAFI*. fev. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Vários tradutores. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 925 p. Título original: Diritto e ragione.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 325p.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de “branqueamento” de capitais: introdução e tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001. 279 p.

GODOI, Antonio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico-penal*. Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt. 2006. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

GRECO, Rogério. *Código penal: comentado*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009. 930 p.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; VIANA, Lurizam Costa. A Lei 12.850/13 e a evolução no tratamento legal do crime organizado no Brasil. In: IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: CRIMINOLOGIA E SISTEMAS PENAS CONTEMPORÂNEOS, 2013, Porto Alegre. *Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais*. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2013. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/03.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2015.

HOLGUÍN, Diana Patricia Arias. *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*. Madrid: Iustel, 2011. 379 p.

ITÁLIA. Corte suprema di Cassazione. Penale Sent. Sez 2. Num. 43.881/2014. Relator: Gallo Domenico. Data de Julgamento: 09/10/2014.

ITÁLIA. *Lei 328*, de 1990 Ratifica ed esecuzione della convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, con annesso, atto finale e relative raccomandazioni, fatta a Vienna il 20 dicembre 1988. Roma, 5 nov. 1990.

ITÁLIA. *Lei 328*, de 1993 Ratifica ed esecuzione della convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, fatta a Strasburgo l'8 novembre 1990. Roma, 09 ago. 1993.

ITÁLIA. *Decreto Lei n. 55*, de 1990. Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale. Roma, 19 mar. 1990.

ITÁLIA. *Decreto Lei n. 59* de 1978. Norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati. Roma, 21 mar. 1978.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 81 p.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 286 p.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 327.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: ed. 34, 2004. 256 p.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro: Lavagem de ativos provenientes de crime*. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. 206 p.

- MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 160 p.
- MARTINS, Patrick Salgado. *Lavagem de dinheiro transnacional e obrigatoriedade da ação penal*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2011.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 433 p.
- NASSER, Salem Hitmak. *Fontes e Normas do Direito Internacional: um estudo sobre a Soft Law*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 176 p.
- OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 79, p. 161-180, jan. 1984.
- ONU. *Convenção da Organização das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e Substâncias Psicotrópicas*, 20 dez. 1988. Viena, 1988.
- ONU. *Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional*, 15 nov. 2000. Nova York, 2000.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1989, 120 p. Título original: Valori Costituzionali e Diritto Penale.
- PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/97/CE*, de 2001. Bruxelas, 04 dez. 2001: Jornal Oficial das Comunidades Europeias - L 344/ 76, de 28/12/2001. Altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais.
- PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2005/60/CE*, de 2005. Estrasburgo, 26 out. 2005: Jornal Oficial das Comunidades Europeias - L 309/15, de 25/11/2005. Relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.
- PIRES, Ariosvaldo de Campos. *Compêndio de direito penal: parte geral*. v. 1. Colaboração e atualização Sheila J. Selim de Sales. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 432 p.

PORTUGAL. *Decreto-Lei 325/95*. Diário da Republica - 1.^a serie A, nº 278, de 02 dez. 1995, pág. 7510.

PORTUGAL. *Lei 10/2002*. Diário da Republica - 1.^a serie A, nº 35, de 11 fev. 2002, p. 1078. Aperfeiçoa as disposições legais destinadas a prevenir e punir o branqueamento de capitais provenientes de actividades criminosas e quinta alteração ao Decreto-Lei 325/95, de 2 de dezembro, alterado pela Lei 65/98, de 2 de setembro, pelo Decreto-Lei 275-A/2000, de 9 de novembro, pela Lei 104/2001, de 25 de agosto, e pelo Decreto-Lei 323/2001, de 17 de dezembro.

PORTUGAL. *Proposta de lei n.º 73/IX*, de 27 de maio de 2003. Lisboa, Assembleia da República. Estabelece o regime de prevenção e repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 14/07.0TRLSB.S1. Relator: Raul Borges. Acórdão de 11 jun. 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. 93 p.

PRADO, Luiz Regis. O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 926, p. 401–436, dez. 2012.

ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*. *The Journal of Criminal Law Criminology*, Northwestern University School of Law, USA, v. 81, p. 191-234, Summer 1990.

ROCHA. Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 194 p.

SALES, Sheila Jorge Selim de. A codificação do dolo eventual no movimento para a reforma do código penal italiano. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 61, p. 499 - 531, jul./dez. 2012.

SALES, Sheila Jorge Salim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 280 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. 697 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>, acesso em 23 fev. 2015.

SANTOS, Priscila Pamela dos. Apontamentos acerca da origem e Evolução Histórica, terminologia e evolução Legislativa do injusto penal da lavagem de capitais. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo. *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá:2012, p.105-123.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Interpretação Constitucional: reflexões sobre a (a nova) hermenêutica*. Salvador: Jus Podium, 2010. cap. 2, p. 103-140.

SATULA, Benja. *Branqueamento de capitais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010. 144 p.

SCHNEIDER, Juliana Cordeiro. A nova lei de lavagem de capitais: análise crítica da extinção do rol dos delitos antecedentes. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano 3 (2014), nº 5, p. 3827-3855.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. Orientador: Sérgio Salomão Shecaira. 2012. 178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SOUTO, Miguel Abel. *Teorías de la pena e limites al ius puniendi desde el Estado democrático*. Madrid: Editorial Dilex, S.L, 2006. 92 p.

TEBET, Diogo. PLS nº 476/2003 (PL nº 6.577/2009). PLS nº 209/2003 (PL nº 3.443/2008). Alteração da Lei nº 9.613/1998 – Lei de Lavagem de Dinheiro. Reformulação do conceito de lavagem de dinheiro para facilitar cerco aos infratores,

abolindo o rol de crimes antecedentes e acrescentando lista de pessoas sujeitas às obrigações impostas pelos arts 10 de bens. 11. Alienação antecipada de bens. Estabelecimento de fiança, dentre outros. Desnecessidade. Expansão do Direito Penal. Inobservância do bem jurídico tutelado pela norma. Ofensa ao princípio da Racionalidade da Lei Penal. Violação ao Princípio da Legalidade Penal. Aspectos utilitaristas. Ofensa ao Princípio da Presunção de Inocência. Parecer pela rejeição parcial dos projetos de lei. *Parecer n. 20/2009*, de 1º nov. 2012. INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. 174 p.

VÁZQUEZ, Mariana Malet. Terrorismo y crimen organizado las garantías en cuestión: la situación del agente encubierto. *Revista de derecho penal*, Montevideo, n. 19, p. 53-74, 2011.

VON KAENEL, Frans J. Willful Blindness: A Permissible Substitute for Actual Knowledge Under the Money Laundering Control Act?. *Washington University Law Review*. Washington, v. 71, p. 1189-1216, jan. 1993.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume.- Teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 658 p.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de Derecho Penal – Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1996. 820 p.