

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS – CCJP

DIREITO – BACHARELADO

RAFAEL COUTO FEDERICE

2010.2.361.055

**ANÁLISE CRÍTICA DA CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO:
DO DIREITO PENAL EM EXPANSÃO AO DIREITO PENAL DE EXCEÇÃO**

Rio de Janeiro

2015

RAFAEL COUTO FEDERICE

**ANÁLISE CRÍTICA DA CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO:
DO DIREITO PENAL EM EXPANSÃO AO DIREITO PENAL DE EXCEÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Bottino.

Rio de Janeiro

2015

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a Deus que como uma força superior, me iluminou nos momentos em que pensei em desistir frente a tantas coisas chocantes que acontecem nesse meio em que, infelizmente, a justiça é para poucos, e não necessariamente, bons.

Aos meus pais, Jomar Federice e Rosângela Couto, que me ensinaram tudo sobre a vida e me tornaram o homem que eu sou hoje.

Aos meus amigos da faculdade que me proporcionaram experiências inesquecíveis ao longo dessa mais que meia década que passamos juntos.

Aos amigos do primeiro escritório em que fiz estágio - Castellar Advogados - pela paciência que tiveram com quem estava aprendendo e se iniciando no meio profissional e principalmente, às valiosas e interessantíssimas discussões jurídicas e sobre a vida, pois dela nada levamos senão o que aprendemos e sentimos.

Ao meu orientador Thiago Bottino, por me fornecer todo o material necessário para a pesquisa que desenvolvi e por estar sempre à disposição quando precisei e a ele recorri.

À minha namorada Carolina Feder, por dividir os momentos de angústia, desespero, felicidade e alegria e principalmente por entender que tamanha jornada requer dedicação e muitas vezes, sacrifícios devem e serão feitos em prol de um bem maior para todos.

Em memória do meu animal de estimação que posso chamar com certeza de parte da família, uma irmã canina que perdi dias antes de terminar este trabalho, você com certeza latiria de felicidade se estivesse aqui e pudesse me entender Mimi.

À todos vocês, o meu muito obrigado.

Flâmula de guerra e paz

A flâmula da bandeira
Que balanço com afinco
Finco na terra, nobre e suja
Suja de paz e guerra.

Mesma terra essa, veja
Onde a criança brinca e almeja
Fruto da fera e da bela, ferida
Que um dia seja mais e mais.

E assim possa aos seus iguais
Levar os frutos que a terra trás,
O orgulho da guerra vencida
E o gozo da nobre paz.

Pelo autor, em 05 de janeiro de 2015.

Sete

Sete
Sete vezes
Sete vezes amor
Amor para que não se sinta a dor
Amor quando se sente a dor
Amor quando se respeita a dor
Amor quando se resiste à dor
Amor quando machuca a dor
Amor quando se finda a dor
Amor quando é sem fim a dor
A dor de viver nesse mundo sem cor
Sem cor ou ação.
Sem coroação.
Sem coração.

Pelo autor, em 08 de maio de 2015.

RESUMO: O presente trabalho de pesquisa, apresentado em forma de monografia, visa a uma análise da origem histórica, política e criminal, observando os ditames internacionais vigentes à época que levaram a criminalização internacional do delito de lavagem de capitais com a posterior edição, no direito pátrio, da Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Bem como, das suas seguintes alterações, dando mais destaque a última, que acabou com o rol de crimes antecedentes, levando o Brasil à terceira geração em matéria de repressão à lavagem de dinheiro. Por fim, a tese principal do presente trabalho é mostrar o desvio do objetivo primordial da Lei 9.613, conforme foi promulgada, à luz dos princípios do direito penal e da criminologia.

Palavras-chave: internacionalização do direito penal, lavagem de dinheiro, criminalidade organizada, *bis in idem*

Abstract: This research work presented in monograph form, aims to review the historical, political and criminal origin, watching the international dictates effect at the time that led the international criminalization of Money laundering offense with further editing of the parental right of Law 9.613 of March 3, 1998. As well, their following amendments, giving more prominence to the latter, which ended with the list of predicate offenses, leading Brazil to the third generation in the suppression of Money laundering. Finally, but not less, the main thesis consists in showing the deviation of the primary objectives of Law 9613, as was enacted in the light of the principles of criminal Law and criminology.

Keywords: internationalization of criminal Law, Money laundering, organized crime, *bis in idem*

SOMMARIO: Questo lavoro di ricerca presentato in forma monografica, si propone di esaminare l'origine storica, politica e criminale, osservando l'effetto dettami internazionali nel momento in cui ha portato la criminalizzazione internazionale del illecito di riciclaggio di denaro con ulteriori modifiche, il diritto dei genitori, della legge 9613 del 3 marzo 1998. Come pure, Le seguenti modifiche, dando maggior rilievo a quest'ultima, che si è conclusa con l'elenco dei reati, portando il Brasile a terza generazione nella repressione del riciclaggio di denaro. Infine, La tesi principale di questo lavoro è quello di mostrare la deviazione dell'obiettivo primario della legge 9613, come è stato emanato alla luce dei principi di diritto penale e criminologia.

Parole chiave: internazionalizzazione del diritto penale, riciclaggio di denaro, La criminalità organizzata, *bis in idem*

SUMÁRIO

I.	Introdução.....	Pág. 9
II.	Breve conceituação de Direito Penal na atualidade.....	Pág. 12
III.	Globalização e a necessidade da tutela penal econômica.....	Pág. 14
	a. A (aparente) insuficiência dos tipos penais de receptação e favorecimento.....	Pág. 18
	b. A política criminal acerca da lavagem de dinheiro e a conseqüente internacionalização do direito penal.....	Pág 22
	c. Influências internacionais no âmbito da lavagem de dinheiro e seus reflexos no direito pátrio.....	Pág 27
	1. As Diretivas Europeias.....	Pág 28
	2. A situação brasileira.....	Pág 33
IV.	A resposta penal, a lavagem de dinheiro e a questão do bem jurídico tutelado.....	Pág 36
V.	Críticas finais e alternativas para a (duvidosa) necessidade da tutela penal da lavagem de dinheiro.....	Pag. 44
VI.	Conclusão.....	Pág. 50
VII.	Bibliografia.....	Pág.53

I. Introdução

Cristiano Rodrigues, em seu livro “Temas controvertidos de Direito Penal”, mais precisamente na sinopse feita para a obra, afirma que “o Direito Penal está em constante evolução”.¹

Parece estranho iniciarmos um trabalho científico, fazendo alusão a uma “simples” sinopse, mas realmente, o objetivo neste momento é mantermos a simplicidade e abordarmos a perfeição com que se encaixa tal frase no contexto do que se pretende abordar ao longo deste texto.

Evolução significa: “1- ato ou efeito de evoluir. 2-Progresso paulatino e contínuo a partir de um estado inferior ou simples para um superior, mais complexo ou melhor.”²

O Direito Penal, no Brasil e no mundo, mudou muito desde que certas condutas passaram a ser foco das políticas criminais internacionais.

Algumas dessas mudanças, certamente, alçaram ao lado mais positivo do conceito de evolução, melhorando e facilitando o trabalho dos órgãos internacionais de repressão e a persecução à criminalidade ou estabelecendo parâmetros e garantias mínimas que deveriam ser respeitadas internacionalmente.

Podemos citar a criação do TPI³, o Pacto de São José da Costa Rica⁴, a Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes⁵, entre outras, como uma parcela dessa evolução positiva.

¹ RODRIGUES, Cristiano. Temas controvertidos de Direito Penal. / Cristiano Rodrigues, Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2009.

² MICHAELIS ONLINE. Dicionário de Português Online. Editora Melhoramentos. Disponível no endereço eletrônico: michaelis.uol.com.br/moderno. Consulta em 27 de maio de 2015.

³ TPI ou Tribunal Penal Internacional foi instituído pelo Estatuto de Roma, assinado em Roma em 17 de junho de 1998, ratificado pelo Brasil em 6 de junho de 2002.

⁴ Também conhecido como Convenção Interamericana de Direitos Humanos, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Fonte: sítio eletrônico do Palácio do Planalto da Presidência da República. Endereço: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 27 de maio de 2015.

Mas, ao mesmo tempo em que observarmos certas vertentes positivas de evolução, sem dúvida, contamos com seu aspecto negativo ao observarmos rumos tomados pelo Direito Penal que o tornaram mais complexo, mas não melhor. Ousa-se dizer que o tornaram pior, ao passo que não resolveram um problema e criaram vários outros.

No presente trabalho, abordaremos um desses rumos negativos tomados pela legislação penal internacional que se refletiu no ordenamento pátrio de diversos países, e no Brasil não foi diferente, quando se passou a tipificação de condutas determinadas à incorporação ao sistema financeiro de bens e capital de origem ilícita.⁶ Apontando críticas e comentários pertinentes ao tema.

Começaremos por situar o leitor no que seria o conceito atual de Direito Penal, sob o qual se desenvolveram os acontecimentos que levaram ao tratamento penal atual das condutas em foco.

A tais condutas deu-se o nome de “lavagem de dinheiro”, em diversas modalidades e formas que abordaremos ao longo do presente, quando falaremos no primeiro capítulo sobre as tipificações penais existentes nas normativas nacionais no momento da discutível justificação na insuficiência dos crimes de receptação e favorecimento em englobarem e preverem as condutas que se pretendia criminalizar com a criação da lavagem de dinheiro, passando às vertentes e influências históricas e de políticas criminais internacionais que levaram a nossa e diversas outras legislações sobre lavagem de capitais a serem como são.

Em seguida se fará uma análise da resposta penal ao crime em si, abordando aspectos pertinentes da conduta, com algumas de suas diversas modalidades e aspectos, trazendo a tona problemas criados pela forma como que foram instituídos tais crimes, principalmente, quanto a questão do bem jurídico a ser tutelado.

⁵ A Convenção foi adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984 e ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989. Fonte: sítio eletrônico da Procuradoria do Estado de São Paulo. Endereço: www.pge.sp.gov.br/centrodeestydis/bibliotecavirtual/instrumentos/degrdant.htm. Acesso em 27 de maio de 2015.

⁶ CERVINI, Raul. Lei de Lavagem de capitais : comentários à lei 9.613/98.../Raul Cervini, William Terra de Oliveira, Luiz Flávio Gomes. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998. (Pág 318)

Posteriormente, apontaremos alternativas legislativas levantadas para que se mantivesse a criminalização da lavagem de dinheiro, mas sob as balizas de um Direito Penal coerente e de garantias.

Fechando a pesquisa com uma breve conclusão do autor.

Vamos ao que interessa.

II. Breve conceituação de Direito Penal na atualidade.

Não seria prudente falar, muito menos criticar determinados fins dados ao direito penal⁷, sem antes nos atrevermos a mergulhar nas mais variadas formas de conceituá-lo.

Conceituar quer dizer “1 - formar conceito acerca de”, e por sua vez, conceito significa: “1 – aquilo que o espírito concebe ou entende; ideia; noção. 2 – expressão sintética.”⁸, pela sua natureza subjetiva, é algo que nem de perto se vê sob um consenso⁹, mas que na mesma proporção em que há variados autores e estudiosos sobre o tema, também existem diversas formas de se definir o que seria: o conceito de direito penal.

Há autores que veem o direito penal como um enorme conjunto normativo. Neste conjunto, estariam contidos os preceitos legais, como normas e princípios, cuja função principal, para ROXIN, seria de regular os pressupostos e consequências de determinada conduta em relação a qual é cominada pena ou medida de segurança.¹⁰

De forma semelhante, para Cezar Roberto Bittencourt, o conjunto jurídico formado pelo direito penal tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes, ou seja, penas e medidas de segurança.

Já no entendimento de E. R. Zaffaroni, seria ramo do saber jurídico que, mediante interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduzem o poder punitivo, para impulsionar o progresso do

⁷ NUCCI alerta para a diferenciação que determinados autores fazem entre *direito penal* e *direito criminal*. De forma que o segundo englobaria o primeiro, pois daria enfoque ao crime e suas consequências jurídicas, enquanto o outro seria voltado exclusivamente às punições. Aponta também que no Brasil, já tivemos um Código Criminal (1830) e, posteriormente, o mesmo texto legal dedicado aos crimes e penas, denominado de Código Penal (1890 e 1940), sendo, portanto, para ele, a diferenciação, uma opção exclusivamente terminológica. (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal / Guilherme de Souza Nucci. – 10. Ed. Ver., atual. E amp. – Rio de Janeiro:Forense, 2014. Pág. 36)

⁸ MICHAELIS ONLINE. Dicionário de Português Online. Editora Melhoramentos. Disponível no endereço eletrônico: michaelis.uol.com.br/moderno. Consulta em 27 de maio de 2015.

⁹ Visto a quantidade infundável de autores, entre os quais aqui citamos 4, cada um com suas respectivas definições.

¹⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal – parte general, v. 1. / Claus Roxin. – Espanha : Ed. Civitas, 2008.

Estado Constitucional de Direito, ou seja, o direito penal teria como função precípua, a de orientar os juízes, no sentido de limitar o poder punitivo Estatal.¹¹

Nos mesmos moldes, entende Nucci, por ser o conjunto de normas jurídicas, voltado a fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes a sua aplicação.

Apesar de Nucci também vislumbrar o direito penal como um “conjunto de normas”, para ele e Zaffaroni, diferentemente dos dois primeiros autores citados, o direito penal vai além de um conjunto lógico-normativo cujo objetivo seja a prescrição de condutas e penas respectivas, mas, atua, principalmente, como meio ou instrumento cujo objetivo final seja reduzir ou limitar o poder punitivo do Estado.

È sobre o desrespeito a essa limitação, indo da expansão do direito penal, a algo semelhante a um estado de exceção fundado e legitimado por uma “caça as bruxas” moderna que se trata o presente trabalho.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Tratado de Derecho Penal – parte general, tom. I. / Eugenio Raul Zaffaroni. – Argentina, 1988

III. Globalização e a necessidade da tutela penal internacional

É frequente que se pense na iniciativa ao combate à criminalidade, principalmente relacionada ao tráfico de drogas, com a conseqüente mobilização entre os Estados para tanto, como o marco inicial da internacionalização do direito penal, mas não é tão somente devido a esta criminalidade específica, mas na sua crescente e conseqüente influência nos ordenamentos penais locais, ligada também a outras áreas diversas do narcotráfico.

A globalização, que nos leva a uma modernização social, se por um lado cria novas perspectivas de negócios, viabiliza novos meios de produção e influencia, de forma direta e indireta, nas novas formas de organização do mercado, também, por todas essas conseqüências, leva ao surgimento de demandas e problemas peculiares, que vêm juntos como um “importante fator de produção legislativa”¹², determinando a formação de políticas específicas, em diversas áreas¹³, desde bancária¹⁴ à criminal¹⁵, com vistas à criação de um sistema normativo para controlar e possivelmente, reduzir e/ou solucionar os problemas da criminalidade econômica e organizada.

Ambas, vistas como um mal criado¹⁶ e enfrentado pela sociedade atual globalizada são mencionadas cada vez mais na doutrina penal. Apesar de todos os

¹² CERVINI, Raul. op. cit. pg. 313)

¹³ CERVINI aponta que em torno do tema “Marco Internacional na luta contra o Narcotráfico e delitos conexos” se desenvolveram normativas em duas ordens paralelas: a primeira, no campo da regulação criminal e a segunda, no campo da autorregulação corporativa. Tradução livre do Italiano: (CERVINI, Raul. pg. 131)

¹⁴ O mesmo autor cita, afeto à gênese na autorregulação bancária, a Convenção de Basilea de 1988. (Convención de Basilea de 1988) (pág. 131)

¹⁵ Quanto à gênese em matéria criminal, CERVINI ainda comenta sobre a inadequada tendência das normas de autorregulação bancárias começarem a incidir no âmbito penal – tendência essa que é abordada ao longo do presente trabalho - e que se torna clara a partir do momento da edição do Regulamento Modelo CICAD-OEA, convênio entre EUA e Suíça (âmbito bilateral) e as modificações correlativas no código penal Suíço.

¹⁶ O rápido crescimento na economia global tornou as transações internacionais um meio cada vez mais atraente de mover fundos ilícitos através de transações financeiras associadas ao comércio de bens e serviços. Traduzido livremente do inglês. Documento consultado através do sítio eletrônico da FATF. Trade-based Money laundering typologies. Last updated: 10 Jun. 2013. Published at <http://www.fatf-gafi.org/documents/documents/trade-basedmoneylaunderingtypologies.html>. Acessado em 27 de abril de 2015.

olhos estarem voltados para tais, ainda não se verificou, satisfatoriamente, uma definição predominantemente aceita para tais formas de criminalidade.

Quanto aos crimes econômicos, focando nos bens jurídicos tutelados, afirma-se afetarem, a primeira vista, interesses econômicos¹⁷ do Estado¹⁸ e do particular¹⁹, e, subsidiariamente, a administração pública²⁰. Outros partem da ideia de que o bom funcionamento do sistema econômico decorre da confiança, e, citando CASTELLAR, nos novos crimes econômicos e corporativos, “há um abuso de confiança”²¹ que colocaria em risco todo um sistema econômico.

Quanto à criminalidade organizada, no Brasil, por exemplo, seguindo as tendências internacionais²², foi editada a Lei 9.034 de 1995 que, versava sobre “meios de prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, sem ao menos estipular uma definição acerca do que seria a tal “organização criminosa”, inicialmente equiparando-a a definição de quadrilha ou bando²³, tamanha a pressa e urgência que se via na persecução das condutas praticadas por aquelas “organizações”.

¹⁷ LUIS REGIS PRADO considera como bem jurídico tutelado, nos crimes contra a ordem econômica, a livre concorrência e a livre iniciativa, basilares para o saudável funcionamento do mercado e do sistema econômico bem como, direitos constitucionalmente garantidos. (PRADO, Luis Regis. Direito Penal Econômico : ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado / Luis Regis Prado. – 4. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.) (Cf. PRADO, Luis Regis. op. cit. Pag. 46)

¹⁸ Já nos crimes contra o sistema financeiro, ainda com LUIS REGIS PRADO, tutela-se o regular funcionamento do sistema financeiro, de cunho supraindividual. (Cf. PRADO, Luis Regis. op. cit. Pag. 222)

¹⁹ Ligados aos interesses do particular de forma mais direta do que os crimes anteriores, os crimes contra as relações de consumo, ainda na esteira de LUIS REGIS PRADO, visa-se proteger os interesses econômicos e sociais do consumidor, na forma do art. 7º, incisos I a IX e §único, portanto, de forma indireta, atingir-se-ia a vida, a saúde, o patrimônio e o mercado. (Cf. PRADO, Luis Regis. op. cit. Pag.138)

²⁰ Quanto ao administrador público, podemos citar os crimes contra a ordem tributária, que na visão de LUIS REGIS PRADO, tutelaria o Erário (patrimônio fazendário), chegando a ultrapassar o âmbito do administrador, pois, considerar-se-ia, para efeitos da sua tutela penal, não apenas no sentido patrimonial, mas adquirindo um caráter supraindividual, por se tratar de patrimônio público.

²¹ CASTELLAR, João Carlos. Insider Trading e os novos crimes corporativos. / João Carlos Castellar. – Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2008.

²² Para AMBOS, trata-se da aproximação do Direito Penal Supranacional de um Direito Penal Internacional e, apesar desta influência ser marcante no direito penal nacional, este não se deveria deixar reger pela política internacional ou a somente um determinado pensamento legal. (cf. AMBOS, Kai. op. cit. pg. 16)

²³ A Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, não define, expressamente, o termo “organização criminosa”, pelo contrário, se reservando a apenas, em seu artigo 1º que expõe o objetivo do dispositivo legal, expor que “define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”.

Em virtude de tal lacuna, costumava-se utilizar a definição²⁴ dada pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional²⁵, constante de seu art. 2, 'a' que definia por "grupo criminoso organizado" o "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"

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de HC 96.007/SP²⁶, decidiu que a utilização da definição dada pela Convenção de Palermo violaria o princípio da legalidade²⁷, ante a inexistência de lei em sentido formal e material definindo o que deve ser entendido como organização criminosa.

Assim, de acordo com o Supremo Tribunal Federal a conduta de "organização criminosa" seria atípica, uma vez que não existiria a expressa previsão legal de tal delito na legislação penal brasileira.

Em vista de tal fato, em 24 de julho de 2012 foi publicada a lei 12.694²⁸, que, em atendimento ao princípio da legalidade, e inspirada na Convenção de Palermo, conceituou "organização criminosa" no caput de seu art. 2º de forma que para efeitos da lei, se consideraria 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.

²⁴ De acordo com o artigo 2-a da referida convenção, "grupo criminoso organizado" é aquele estruturado em três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

²⁵ Também chamada de Convenção de Palermo, foi adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000 e incorporada no ordenamento pátrio através do decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

²⁶ O HC 96.007/SP foi impetrado por membros da Igreja Renascer em Cristo, acusados pela prática do delito tipificado no art. 1º, inciso VII, da lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro), estelionato e fraude através de organização criminosa.

²⁷ O princípio da legalidade, para NUCCL, atua como fixador do conteúdo criminalizador das normas penais, que somente poderiam ser criadas através de leis em sentido estrito (*Lex stricta*), emanada pelo Poder Legislativo, respeitando-se, por óbvio, os procedimentos exigidos e prescritos na Constituição para a criação e edição de leis penais.

²⁸ A 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.

Até que, em 2013, com o advento da lei 12.850, de 2 de agosto, que revogou expressamente a Lei 9.034/95²⁹, e apesar de não revogar expressamente o art. 2º da Lei 12.694, tratava-se de lei posterior, que revogaria lei anterior regulando matéria idêntica, de acordo com a hermenêutica jurídica (também pelo fato de que tanto em seu preâmbulo quanto em seu art. 1º prescreve-se que “esta lei define organização criminosa”), modificou-se, no nosso ordenamento pátrio, a então definição do que seria “organização criminosa”, conforme o parágrafo 1º de seu artigo 1º, aumentando a quantidade de integrantes necessários para sua configuração de 3 (três) para 4 (quatro), e substituindo o termo “crime” por “infrações penais” ou seja, grupos que cometessem contravenções passariam a se enquadrar no conceito.

Percebe-se que essa criminalidade crescente que toma proporções transnacionais acaba por incentivar a utilização do que MIGUEL BAJO chama de “direito penal expansivo”, com a tendência de criar delitos de perigo abstrato e tutelar bens jurídicos “indiferenciados”, que como vimos, acaba por gerar normas inaplicáveis por falta de elementos essenciais.³⁰

O que se pode notar também, quanto a maioria dos crimes que se visava combater com a criminalização da lavagem de dinheiro, tanto realizados por organizações criminosas e/ou sob a rubrica do direito penal econômico, é que parecem dividir características em comum: (i) a participação frequente de pessoas jurídicas, o que torna difícil a determinação da autoria e levam a complexas discussões sobre o domínio do fato³¹ e ao cabimento e extensão da responsabilidade da pessoa jurídica em âmbito penal; (ii) complexidade das condutas delitivas, por envolverem diversas formas de dar aparências lícitas a objetivos ilícitos e, por fim; (iii) a conseqüente duração excessiva dos processos.³²

²⁹ A Lei 9.034 de 3 de maio de 1995 versava sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

³⁰ BACIGALUPO, Silvina; FERNANDEZ; BAJO, Miguel. Política criminal y blanqueo de capitales. / Silvina Bacigalupo, Miguel Bajo, Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Carlos Gómez-Jara Díez, Pablo Guérez Tricarico, Fernando Molina Fernández, Mercedes Pérez Manzano, Gustavo Fabian Trovato. – Madrid, Barcelona y Buenos Aires : Marcial Pons, 2009. (pag 14)

³¹ A teoria do domínio do fato foi criada por Hans Welzel em 1939, e desenvolvida pelo renomado jurista criminal Claus Roxin, em sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft* de 1963.

³² A exemplo, a ação penal 470, vulgo caso Mensalão, julgada pelo STF (Supremo Tribunal Federal) que envolvia acusados de participação em esquema bilionário de compra de votos, e que culminou em condenações por diversos crimes como: formação de quadrilha, corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro e evasão de divisas, num acórdão de 8.405 páginas. O julgamento da AP 470 foi

a. A (aparente) insuficiência dos tipos penais de receptação e favorecimento

As condutas definidas como lavagem de dinheiro são bastante semelhantes quando comparadas aos delitos de receptação e favorecimento, principalmente quando temos em mente que a necessidade de se impedir a fruição de ganhos auferidos mediante condutas criminosas deu azo a criação de todos esses tipos penais em questão, o que justifica a presente análise.³³

A receptação prevalece como gênero, e divide-se em duas espécies: receptação pessoal, que se deu o nome de favorecimento, e a receptação real, ou seja, a receptação propriamente dita.

Os atuais delitos de receptação e favorecimento são muito próximos ao que se tem por lavagem de dinheiro, de forma que alguns doutrinadores criticam até mesmo o fato de ter-se criado o crime de lavagem de dinheiro afirmando que os outros dois cobririam suficientemente bem a conduta que se tipifica no crime de lavagem, vez que se observando tal como previsto pela Convenção de Viena de 1980, vê-se a mesma estrutura daqueles tipos penais.³⁴

Na legislação brasileira e em numerosas outras, a conduta, como tipificada, de receptação, refere-se a qualquer “coisa” que seja produto de crime e em nosso ordenamento pátrio, encontra-se no Capítulo VII, Título II – crimes contra

o mais longo da história do Supremo Tribunal Federal (STF). Foram necessárias 53 sessões plenárias para julgar o processo contra 38 réus. Quando começou a ser julgada, a ação contava com 234 volumes e 495 apensos, que perfaziam um total de 50.199 páginas. Dos 38 réus, 25 foram condenados e 12 foram absolvidos. Texto obtido em consulta ao sítio eletrônico do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>. Acesso em 27 de abril de 2015

³³ Fato que levou CERVINI a afirmar que, quanto aos delitos de lavagem de capitais, dividindo-os no que ele classifica de lavagem em “sentido estrito” e em “sentido amplo”, ambas, em verdade, seriam formas especiais de “encubrimiento”, equivalente na legislação brasileira ao crime de favorecimento (previsto nos arts. 348 (modalidade pessoal) e 349 (modalidade real) do nosso Código Penal). (CERVINI, RAUL. op. cit. pg. 134)

³⁴ Assim entendem: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio. Lei de Lavagem de Capitais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 134-135; BACIGALUPO, Silvina; FERNANDEZ; BAJO, Miguel. Política criminal y blanqueo de capitales. / Silvina Bacigalupo, Miguel Bajo, Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Carlos Gómez-Jara Díez, Pablo Guérez Tricarico, Fernando Molina Fernández, Mercedes Pérez Manzano, Gustavo Fabian Trovato. – Madrid, Barcelona y Buenos Aires : Marcial Pons, 2009. (pag 12)

o patrimônio, sendo punido o agente ao “adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar” – na sua forma simples – com um a quatro anos de reclusão e multa.³⁵

Já o favorecimento, está tipificado em nosso ordenamento, no Capítulo III, Título III – crimes praticados contra a administração da justiça, e na sua modalidade pessoal, refere-se ao auxílio direto ao agente do crime anterior para este furtar-se da atuação de autoridade, com a exigência de que a tal crime se comine pena de reclusão; e na sua modalidade real, refere-se ao auxílio ao agente, fora dos casos de co-autoria e receptação, para “tornar seguro o proveito do crime”, com penas bem mais brandas que a receptação – detenção de um a seis meses e multa.³⁶

A doutrina afirma que os tipos penais de receptação e favorecimento se aproximam, em demasia, da lavagem de dinheiro³⁷, isto se dá porque, compartilham do objetivo central dela que é impedir a utilização e fruição por criminosos dos produtos e ganhos adquiridos de forma ilícita, seja distanciando o bem obtido de forma ilícita de seu legítimo dono - por isso recaindo-se numa classificação de crime patrimonial (receptação) - ou auxiliando o agente do delito a evadir-se da aplicação da lei (favorecimento pessoal) e por fim, tornando “seguro” o proveito do crime (favorecimento real) - por isso, ambas modalidades classificadas como crimes contrários a administração da justiça - condutas essas que parecem ser (re)incriminadas com a criação da lavagem de dinheiro.

Assim como a lavagem de dinheiro apenas requer um crime antecedente cujo produto possa ser “lavado”, sendo um crime autônomo³⁸, o delito prévio exigido pela receptação pode atingir qualquer bem jurídico, desde que gere frutos valoráveis economicamente e a persecução penal de ambos independe do delito anterior.³⁹

³⁵ Art. 180, caput do Código Penal Brasileiro. Vê-se conforme a disposição do tipo penal, a necessidade do elemento subjetivo (dolo) quando se exige o conhecimento prévio da origem da “coisa”. (cf. NUCCI, op. cit. pg. 708). Art. 301 do Código Penal Espanhol, onde se refere a “bens” e comina-se a pena de 6 meses a 6 anos e multa de até o triplo do valor dos bens receptados.

³⁶ Arts. 348, 349 e 349-A do Código Penal Brasileiro. Equivalente também ao art. 301 do Código Penal Espanhol, cominando-se a mesma pena prevista para a receptação, qual seja, de 6 meses a 6 anos.

³⁷ BACIGALUPO, Silvina; FERNANDEZ; BAJO, Miguel. Política criminal y blanqueo de capitales. / Silvina Bacigalupo, Miguel Bajo Fernández, Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Carlos Gómez-Jara Díez, Pablo Guérez Tricarico, Fernando Molina Fernández, Mercedes Pérez Manzano, Gustavo Fabian Trovato. – Madrid, Barcelona y Buenos Aires : Marcial Pons, 2009. (pag 12)

³⁸ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio. Lei de Lavagem de Capitais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 356.

³⁹ Art. 180, §4º do Código Penal Brasileiro (quanto a receptação) e Art. 2º, inciso II da Lei 9613/98 (quanto a lavagem de capitais)

Ainda, ambas são realizadas mediante ações, isoladamente, lícitas, mas que se tornam ilícitas devido à origem dos bens sobre os quais se operam.

De qualquer modo, a receptação, a lavagem de dinheiro e o favorecimento dependem de um crime cometido anteriormente. Por isso são vastas as discussões acerca da forma como a punição se daria em cada caso.

Num primeiro exemplo, o autor do crime antecedente sendo o receptador, a doutrina é firme no sentido de não se poder puni-lo neste caso. Na Espanha, a título de exemplo, as condutas de receptação e favorecimento (em ambas as modalidades), são consideradas formas de participação pós-delitiva, com status de crimes autônomo, e por isso, não se pune por receptação ou favorecimento o autor do crime prévio.⁴⁰

De forma semelhante, apresenta-se para BACIGALUPO, de forma vacilante⁴¹, a jurisprudência espanhola acerca da impossibilidade em se punir por lavagem de dinheiro o agente que tenha participado do delito anterior.⁴²

Impende destacar um fator considerável na cominação da pena para favorecimento pessoal, residindo no grau de reprovabilidade dado ao crime antecedente que, de acordo com o §1º do art. 348, no caso do crime antecedente ser punível com pena que não seja de reclusão, a sanção determinada no caput cai pela metade, passando a ser de quinze dias a 3 meses.⁴³ E mais interessante ainda, caso o agente favorecido, nos termos do §2º, seja ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, fica isento de pena. Crê-se que por inexigibilidade de conduta diversa.

A proximidade quase íntima entre a tipificação das condutas de receptação e do favorecimento real e pessoal observa-se ao analisarmos a definição

⁴⁰ Exclui-se dos sujeitos passivos os partícipes, co-autores e autores do crime anterior. (cf. NUCCI, op. cit. pg. 707) Cf. também BAJO, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit. p. 14-15.

⁴¹ Contrariamente ao entendimento do não auto-encobrimento, delineando-se no sentido do concurso real de delitos para o autor de ambos os delitos de encobrimento e de lavagem de capitais, as SSTS de 28 de julho de 2001, 19 de dezembro de 2003 e 21 de dezembro de 2005.

⁴² Para tanto, cita os Acordos do Pleno em Jurisprudência da SSTS – Sala Segunda Del Tribunal Supremo, de acordo com esse entendimento: as SSTS de 23 de maio de 1997, 18 de setembro de 2001, 19 de fevereiro de 2002, 17 de junho de 2005. E em relação direta a quando o delito prévio é de narcotráfico, as SSTS de 10 de janeiro de 2000, 18 de setembro de 2000, 28 de julho de 2001 e 28 de setembro de 2001.

⁴³ Cf. Código Penal, art. 348, §1º.

das condutas que passariam a compor o tipo penal de lavagem de dinheiro, de acordo com o art. 3º da Convenção de Viena de 1988.

Traz-se a tona os seguintes trechos dos textos integrantes das obrigações assumidas quanto a criminalização da lavagem de dinheiro: “a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos [...] 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 [...] fugir das consequências jurídicas de seus atos”⁴⁴, e não para por aí, não muito longe, no item seguinte, temos: “a ocultação ou encobrimento [...] sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos [...] ou de participação no delito ou delitos”.⁴⁵ E mais, “a aquisição [...] de bens [...] tendo conhecimento [...] de que tais bens procedem de algum ou alguns dos delitos [...] ou de participação no delito ou delitos”.⁴⁶ Da mera leitura de tais dispositivos percebe-se que as condutas as quais pretendia-se incriminar, como previstas na Convenção de Viena de 1988, já eram, há muito, abrangidas pelo ordenamento pátrio da maioria esmagadora dos países signatários.⁴⁷

Aproximam-se demais as condutas definidas como lavagem de capitais nas normativas nacionais dos países signatários e instrumentos internacionais e as já definidas como receptação e favorecimento. Não diferente é o caso da lei brasileira, sobre a qual trataremos mais profundamente em tópico próprio, mas que, no art. 1º da Lei 9.613/98, quando descreve as modalidades de lavagem, tangencia as tipologias de receptação e favorecimento real, já mencionadas, verificando-se também, em seu corpo normativo, profundas semelhanças com o favorecimento pessoal, quando, as condutas de encobrimento e ocultação de bens se fizessem para terceiros.⁴⁸

A criação deste delito específico de lavagem de capitais representa para MIGUEL FERNANDEZ, a tendência expansiva do direito penal, caracterizada pela criação de crimes de perigo abstrato e pela proteção a bens jurídicos indistinguíveis,

⁴⁴ Trechos do Art. 3º, inciso ‘b’, item ‘i’ da Convenção de Viena de 1988.

⁴⁵ Trechos do Art. 3º, inciso ‘b’, item ‘ii’ da Convenção de Viena de 1988.

⁴⁶ Trechos do Art. 3º, inciso ‘c’, item ‘i’ da Convenção de Viena de 1988.

⁴⁷ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio. op. cit. p. 137.

⁴⁸ BAJO, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit. p. 14-15.

características essas verificadas, conforme restou demonstrado, na tipificação do crime de lavagem de capitais.⁴⁹

Assim, não espanta o fato de que diversos países consideraram renunciar a criação de um tipo penal específico de lavagem de dinheiro, como afirma AMBOS, pois partiram do entendimento de que já existiam, em seus respectivos ordenamentos, normas penais que abarcavam, suficientemente, as práticas de lavagem de dinheiro.⁵⁰

b. A política criminal acerca da lavagem de dinheiro e a consequente internacionalização do direito penal

Não se pretende analisar aqui exaustivamente tudo que deu origem ou que tornou uma conduta que até tempos atrás não chamava qualquer atenção, no foco das atenções de toda uma comunidade internacional quando o assunto era “combate a criminalidade organizada” e ao narcotráfico, mas como ela influenciou na internacionalização do direito penal⁵¹.

Quando se traz a tona tal conceito, surge o igualmente difuso conceito de globalização⁵², neste contexto, para AMBOS, deve-se assinalar que a internacionalização do crime de lavagem de dinheiro levou a consequente supranacionalização do direito penal nacional que passou a se manifestar através de um Direito Penal Internacional, principalmente porque o interesse nessa luta ultrapassa qualquer nacionalidade⁵³.

Com essa maior e maior atenção dos Estados à criminalidade organizada voltada ao tráfico de drogas e, enfrentando um fracasso mundial na sua repressão

⁴⁹ BAJO, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit. p. 14.

⁵⁰ Notadamente, Dinamarca, Finlândia e Países Baixos. Cf. AMBOS, Kai. op. cit. p. 23.

⁵¹ NUNO BRANDÃO atenta ao fato de que “sempre houve criminalidade econômica” e “sempre se procurou dar aparência legal” aos produtos ilícitos decorrentes dela, mas destaca que nunca antes tais atividades assumiram proporções tão elevadas e reuniu tantos interesses num objetivo comum.

⁵² Para NUNO BRANDÃO, o branqueamento de capitais surgiu como um “lado negro” do processo de globalização, da liberalização das trocas em âmbito internacional e dos movimentos de capitais. (BRANDÃO, Nuno. op. cit. pag. 16)

⁵³ AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal / Kai Ambos : tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. (pag 15)

direta, foi-se em busca de outros modos de acabar com essa conduta criminosa e nociva para a sociedade.

Verificou-se que a criminalidade organizada voltada a esta prática específica de delito, qual seja, o narcotráfico, constituía o que se podia chamar, praticamente, de um sistema econômico paralelo, virtualmente impossível de identificar por completo⁵⁴ e que, assim que ocorresse sua “participação” no mercado lícito, poderia causar inestimáveis prejuízos.

Dificuldade esta somada à já apontada indefinição na conceituação e delimitação da dita criminalidade organizada, que só veio a surgir, anos e anos depois⁵⁵, e que, até hoje, não possui definição doutrinária pacífica.

Soma-se a tal dificuldade, o complexo e provável aparato de corrupção necessário que surgiria para que se garantisse a manutenção de tais atividades ilícitas e a “vista grossa” de entidades de prevenção e controle, para que a própria organização e seus membros passassem despercebidos.

Devido a este alto “custo social”, consequência das atividades da criminalidade organizada, surgiu a ideia político-criminal de combatê-la num âmbito que ultrapassasse suas atividades ilícitas principais, mas também através da persecução dos seus meios de autossustento e financiamento⁵⁶.

Nesse contexto, surgiu o chamado primeiro movimento com o objetivo de que fosse criminalizada a conduta da legitimação de ativos⁵⁷.

⁵⁴ A UNODC e o GAFI, ainda em 2012, adotavam os cálculos do Fundo Monetário Internacional, que calculava a estimativa da quantidade de dinheiro lavado no mundo em um ano, girando em torno de 2 a 5 % do PIB Global, cerca de US\$800 bilhões a US\$2 trilhões de dólares. Imagine esse número atualmente. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Money-Laundering and Globalization. Disponível no sítio eletrônico da UNODC, através do endereço: <http://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/globalization.html>. Acesso em 27 de abril de 2015.

⁵⁵ Com o advento da Lei 12.694 de 24 de julho de 2012 em seu artigo 2º, e posteriormente, da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2015, em seu artigo 1º, §1º.

⁵⁶ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio. Lei de Lavagem de Capitais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 23-24.

⁵⁷ MIGUEL BAJO defende que se ganharia maior clareza ao denominarmos a “dita figura delitiva” sob a alcunha de “legitimação de ativos”, apesar de apontar que não se resolveria o paradoxo de se descrever um delito sob a forma de um comportamento. Tradução livre do italiano. BACIGALUPO, Silvina; FERNANDEZ; BAJO, Miguel. Política criminal y blanqueo de capitales. / Silvina Bacigalupo, Miguel Bajo, Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Carlos Gómez-Jara Díez, Pablo Guérez Tricarico, Fernando Molina Fernández, Mercedes Pérez Manzano, Gustavo Fabian Trovato. – Madrid, Barcelona y Buenos Aires : Marcial Pons, 2009. (pag 13)

A doutrina internacional é praticamente⁵⁸ uníssona⁵⁹ no sentido de que a Convenção de Viena⁶⁰ foi o “corpo normativo”⁶¹ mais importante no início do combate à lavagem de dinheiro⁶², podendo-se destacar de seu preâmbulo a afirmação que a ligação tênue entre o tráfico de entorpecentes e outros crimes comumente realizados pelas organizações criminosas corrompe a economia formal dos Estados, ameaçando sua soberania, de forma que esta é uma das principais razões que justificam a necessidade de se impedir que os narcotraficantes desfrutassem de seus produtos ilícitos, e que, conseqüentemente, acabaria com qualquer atrativo à esta conduta, constituindo-se a preocupação principal da Convenção.

A parte normativa da Convenção se divide em 32 artigos (além dos dispositivos finais sem caráter substantivo, de acordo com CERVINI) e dos quais, apenas os dois primeiros interessam para o presente estudo, mas a título de

⁵⁸Única divergência encontrada dentre a bibliografia apresentada, foi levantada por KEITH OLIVER, em livro publicado em 2006, afirmando que o Reino Unido já possuía “uma certa forma de legislação” acerca de lavagem de dinheiro há quase 20 anos, ou seja, desde 1986. Para isso, KEITH, faz referência ao “Drug Trafficking Offences Act 1986” (resolvi manter o nome original, sem tradução, para preservar melhor o dado colhido e apresentado, em caso de posterior necessidade de pesquisa ou consulta), afirmando que este Ato continha as primeiras ofensas, prevendo a lavagem de capitais em relação ao tráfico de entorpecentes. Tal Ato foi posteriormente estendido para cobrir os delitos ligados ao terrorismo, em atenção ao “Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989. (Cf. OLIVER, KEITH. Parte I, Artigos 13 : Money laundering in United Kingdom no livro MACHADO, Máira Rocha & Refinetti, Domingos Fernando (organização) – Lavagem de dinheiro e Recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça – São Paulo : Quartier Latin do Brasil, 2006. – Pag 17)

⁵⁹AMBOS afirma que “os instrumentos europeus posteriores” – a Convenção do Conselho da Europa (Europarat) de 1990, assim como as Diretrizes Europeias de 1991, 2001 e 2005 – “resultam, literalmente, da Convenção de Viena sobre Drogas de 1988 (WK), a qual, nas suas palavras, pode ser chamada como a “convenção mãe” do Direito Penal Internacional. (Cf. AMBOS, Kai. op. cit. pag. 16)

⁶⁰ MIGUEL BAJO, apesar da crítica que faz ao “desatinado” delito de lavagem, cujo ponto ressaltaremos adiante neste trabalho, ao se referir às “organizaciones internacionales” que vinham impulsionando tal delito e suas modificações, “com el nuevo pretexto de La lucha contra la criminalidad organizada”, faz referência, fundamentalmente à “Convención de Naciones Unidas contra El Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988”, (ressaltando que foi ratificada pela Espanha, através do Instrumento de 30 de julho de 1990) e à Diretiva 91/308/CEE, na nota de rodapé nº1, citando BASSIONI/GUALTIERI, em <<Mecanismos internacionales de control de lãs ganancias procedentes de actividades ilícitas>>, PP. 53 y SS. Extensamente, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, pp. 107 ss. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *El blanqueo de capitales em El Derecho Español*, pp. 2 y ss.

⁶¹ Nas palavras de CERVINI, deve-se reconhecer que “los más importantes aportes a la regulación multilateral de carácter sustantivo relativa ao tema del lavado de dinero proviene de la Convención de Viena de 1988” e do Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem relacionados com o tráfico ilícito de drogas, elaborado pela CICAD-OEA em 1992.

⁶² Utiliza-se aqui o termo “corpo normativo”, pois apesar da Recomendação R(80)10, que abordaremos melhor no tópico sobre as Diretivas Europeias, ser um documento oficial que tratou de combate e prevenção a lavagem de dinheiro, não passou de um estudo – apesar de muito importante- encomendado pelo Comitê do Conselho da Europa sobre Problemas decorrentes de Crimes”, não possuía características normativas.

curiosidade e, principalmente, para se mostrar os principais focos da Convenção, reproduzimos até o tópico VII.

Se agrupam da seguinte maneira⁶³:

- I) Definições e alcance da Convenção (arts. 1 e 2);
- II) Delitos e sanções (art. 3);
- III) Normas sobre Competência ou Jurisdição Nacional (art. 4);
- IV) Normas sobre confisco (art. 5);
- V) Normas de Cooperação Internacional:
 - a. Extradicação (art. 6);
 - b. Assistência Jurídica Recíproca (art. 7);
 - c. Remição de atuações penais (art. 8);
 - d. Outras formas de cooperação e capacitação (art. 9);
 - e. Cooperação internacional e assistência aos Estados de trânsito (art. 10);
 - f. Entrega vigiada (art. 11);
- VI) Normas relacionadas com segredo bancário (arts 5.2,5.2, 5.9, 7.12 e art. 15.b);
- VII) Medidas:
 - a. Para erradicar o cultivo ilícito de plantas e eliminar a demanda ilícita (art. 14);
 - b. A respeito dos transportes comerciais (art. 15);
 - c. Sobre documentos comerciais e etiquetas das exportações ilícitas (art. 16);
 - d. Sobre o tráfico marítimo (art. 17);
 - e. Sobre zonas e portos livres (art. 18);
 - f. Sobre utilização de serviços postais (art. 19);

Nesse sentido, no art. 3º sobre delitos e sanções, a Convenção, além dos delitos clássicos sobre tráfico de narcóticos e delitos conexos dispostos no inciso a e seus itens, fixou as bases para a criação de novos tipos penais nos ordenamentos pátrios de cada Estado signatário, quais sejam, os delitos de lavagem de capitais e

⁶³ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio. Lei de Lavagem de Capitais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 133. (tradução livre do espanhol)

ocultação e encobrimento de bens, entre outros constantes do inciso b e seus itens.⁶⁴ Além disso, descreve circunstâncias a serem consideradas para a constatação e aferição do dolo do agente e suas agravantes.⁶⁵ E mais, sugere-se um maior rigor na possibilidade de concessão de liberdade, ao longo do processo de investigação e da ação penal, e também na verificação dos prazos prescricionais, sempre com vistas a gravidade dos crimes antecedentes⁶⁶

Acerca da parte afeta à figura da nova criminalização, aponta CERVINI que do ponto de vista dogmático, o crime a que passaria a se chamar de “lavagem de ativos”, na forma como estruturado pela Convenção, e conforme já fora abordado anteriormente neste trabalho, tinha a estrutura do “antigo” delito de favorecimento, previsto em diversos ordenamentos da região europeia.⁶⁷

O que importa é que, partindo da adoção dessa Convenção de Viena de 1988, todos os países que se tornaram signatários, firmaram o compromisso de tornar crime em seus respectivos ordenamentos pátrios, a lavagem de dinheiro que fosse proveniente do narcotráfico e/ou de qualquer crime que com ele guardasse relação. Porém, considerando que era muito amplas e possivelmente vagas as definições sugeridas e inseridas no contexto da Convenção, fora a existência de tipificações penais anteriores, já voltadas a reprimir que agentes criminosos mantivessem livremente e utilizassem de produtos oriundos de suas condutas, conforme visto no tópico anterior, sob um ponto de vista minimamente garantista, um dos poucos, senão o único ponto digno de elogios acerca da criminalização da lavagem, em relação a Convenção, era a existência de um rol específico de crimes antecedentes composto por condutas relativamente bem balizadas afetas ao tráfico de drogas.

Consequência disso, e do que se pôde ver do tópico anterior, sobre receptação e favorecimento, é que pode-se dizer que as condutas tidas como lavagem de dinheiro nos termos da Convenção, nada mais são do que espécies específicas desses dois crimes com características pós-delitivas (receptação e

⁶⁴ CERVINI, Raul. (op. cit. pág. 134)

⁶⁵ Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, art. 3º, § 1º, 'b' e 'c', §§3º e 5º.

⁶⁶ Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, art. 3º, §§7º e 8º.

⁶⁷ CERVINI, Raul. (op. cit. pág. 135)

favorecimento), exclusivas para os delitos que compõem aquele rol de crimes antecedentes.

c. Influências internacionais no âmbito da lavagem de dinheiro e seus reflexos no direito pátrio

Observando-se que o crime organizado e as condutas de lavagem de dinheiro evoluíram paralelamente com diversos acordos e órgãos internacionais que visavam sua prevenção e combate, foi crescente a quantidade de países que passaram a incorporar em seus ordenamentos pátrios, leis voltadas à sua persecução, porém, alguns deles davam conta “de sinais contraditórios na reação ao problema do branqueamento”⁶⁸.

Por sua importância tanto no âmbito regional quanto seu impacto e reflexos na regulamentação nacional – inclusive do Brasil - de diversos países que não eram submentidos à suas competências normativas, abordaremos aqui algumas das evoluções regulatórias na União Europeia, não deixando de citar aspectos interessantes presentes nas legislações de outros países, principalmente se estes influenciaram de alguma forma ou apresentam alguma semelhança com as opções tomadas e diretrizes seguidas pela política criminal brasileira.

Por óbvio, o Brasil não seguiu alheio às tendências internacionais de repressão à criminalidade organizada, à lavagem de capitais e ao tráfico de drogas, visto que ratificou a mencionada Convenção de Viena de 1988, e também a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2003, bem como participou na elaboração do Regulamento-Modelo da CICAD-OEA⁶⁹ em 1992⁷⁰.

⁶⁸BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. / Nuno Brandão. – Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 17.

⁶⁹ CICAD significa Comissão Interamericana para o controle do abuso de drogas e OEA é a sigla da Organização dos Estados Americanos, da qual fazem parte, hoje, 35 países independentes das Américas, incluindo o Brasil. Fonte: sítio eletrônico da OEA: www.oas.org. Consulta em 20 de maio de 2015.

⁷⁰ Acerca do Regulamento-Modelo da CICAD-OEA de 1992, CERVINI destaca que se observarmos a estrutura geral da Convenção de Viena, veremos que suas recomendações e propostas foram

Assim, pode-se afirmar que a elaboração e as seguintes alterações na nossa legislação em matéria de criminalização da lavagem de capitais certamente foram influenciadas pelas políticas criminais internacionais, fato que justifica este capítulo.

1. As Diretivas Europeias

Como consequência do já manifestado interesse⁷¹ relativamente à questão da repressão à lavagem de dinheiro no âmbito da comunidade europeia, observado com a Recomendação R(80)10⁷², a União Europeia adotou sucessivas regulamentações visando o combate e a prevenção à referida conduta. Dentre diversos instrumentos que surgiram neste interregno, a doutrina destaca⁷³, por sua importância e influência, as 3 Diretivas lançadas a partir de 1991, a primeira de autoria do Conselho das Comunidades Europeias e as duas outras, de atuação conjunta do Conselho da União Europeia e do Parlamento Europeu.

A Diretiva 91/308/CEE, que passaremos a chamar de Primeira Diretiva, apresentou aos Estados-membros a definição típica da lavagem de dinheiro na forma como era proposta para que fosse introduzida em cada ordenamento, baseando-se na já mencionada Convenção de Viena de 1988 e no conteúdo das 40 Recomendações feitas pelo GAFI.⁷⁴

fielmente seguidas pelos seus redatores. Mas o que o preocupa é, a de certa forma consagração no Regulamento, de “soluções muito mais agressivas ao dogma penal garantista do que as contidas na própria Convenção” CERVINI, Raul. (op. cit. pág. 133).

⁷¹ BRANDÃO destaca que apesar da clara vontade dos órgãos comunitários de “conferir relevância penal às infrações de branqueamento”, faltava competência legislativa em matéria penal à Comunidade Europeia para tal criminalização ser diretamente imposta aos Estados-Membros, (cf. BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. / Nuno Brandão. – Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 61.)

⁷² Tais recomendações resultaram de estudos estabelecidos em 1977 pelo Council of Europe's European Committee on Crime Problems (CDPC) quando selecionou um time de experts para estudar o que foi chamado de “problemas sérios surgidos em diversos país pela transferência ilícita de fundos com origem criminosa frequentemente utilizados para perpetração de outros crimes” (tradução livre do inglês). COUNCIL OF EUROPE *Background Information* Disponível em: <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/About/Background_MONEYVAL_en.asp> Acesso em: 30 de maio de 2015.

⁷³ AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal / Kai Ambos : tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. (pag 16)

⁷⁴ BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. / Nuno Brandão. – Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 11-12 e 60.

Esta proposta da Primeira Diretiva visava a uniformização, em todo território Europeu, das legislações e conceitos que regessem a criminalização da lavagem de dinheiro, para que não fossem adotados conceitos divergentes, contrapostos ou contraditórios entre os Estados-membros.⁷⁵

Havia uma necessidade ímpar nessa uniformização, para que fosse tão ampla quanto se fizesse possível, entre as leis nacionais, imprescindível para o efetivo combate a tal conduta, tornando viável e efetiva uma possível cooperação internacional⁷⁶, conforme se vê no preâmbulo da Diretiva.⁷⁷

A doutrina destaca o fato de que esta primeira diretiva já dispõe que devem ser previstos como crimes antecedentes a lavagem de dinheiro, os delitos mencionados na Convenção de Viena que primordialmente visava-se combater, mas também quaisquer outros crimes que os Estados-membros indicassem para tanto. Além disso, estabelecia um sistema de controle⁷⁸ das operações financeiras, consideradas “de maior risco”, facultando também aos Estados membros a imposição de atividades de controle dessa natureza, para outras atividades que pudessem ou fossem consideradas de utilização para lavagem de dinheiro.⁷⁹

Pode-se dizer que esta primeira diretiva teve como ponto positivo uniformizar o sistema de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro na comunidade europeia, apesar dessa uniformização poder ser considerada relativa graças ao que NUNO BRANDÃO afirma ter sido uma “diversidade existente a nível internacional na determinação dos crimes subjacentes ao branqueamento” que acabou levando a 3 modelos de legislação, segundo o GAFI.⁸⁰

⁷⁵ BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. / Nuno Brandão. – Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 12.

⁷⁶ BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. / Nuno Brandão. – Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 62.

⁷⁷ Á partir da vigência da Diretiva 91/308/CEE, todos os Estados-membros deveriam passar a proibir a lavagem de dinheiro, nos termos propostos, até, no máximo, dia 1º de janeiro de 1993.

⁷⁸ Não havia sanção pré-estabelecida pela Diretiva para o descumprimento das obrigações que integravam esse sistema de controle, algo que gerou certa incongruência entre os Estados-membros. Enquanto alguns criminalizaram tais omissões (vide, Dinamarca, Irlanda e Reino Unido), outros previram sanções de natureza diversa. Cf. BRANDÃO, Nuno. Op. cit. p. 26.27.

⁷⁹ BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. / Nuno Brandão. – Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 64.

⁸⁰ A análise que chega a conclusão da existência de 3 modelos legislativos, também foi extraída da mesma obra de NUNO BRANDÃO, na qual ele afirma que “países há em que o branqueamento se refere a todos os crimes ou, pelo menos, aqueles que podem ser julgados pelos tribunais superiores (cita, Reino Unido, Itália, Bélgica, França, Dinamarca e Finlândia); noutros, crimes precedentes são

Ainda que alcançado, mesmo que parcialmente, seus objetivos, essa primeira Diretiva sofreu pesadas críticas pelo caráter vago das suas definições típicas quanto aos crimes que deveriam constar como antecedentes e as limitações das obrigações de controle, previstas somente para instituições financeiras.⁸¹ Essa questão levou a uma certa discrepância entre legislações nacionais dos Estados-membros. Por esses motivos, não surpreende que frente a premente necessidade de se contornar tais dificuldades, esta Primeira Diretiva foi largamente modificada pela sua sucessora, a Diretiva 2001/97/EC, e posteriormente, revogada pela Diretiva 2005/60/EC que abordaremos em sequência.

A Diretiva 2001/97/EC, que passaremos a chamar de Segunda Diretiva, obrigou os Estados-membros a operar alterações profundas em seu ordenamento pátrio acerca da repressão à criminalidade internacional para adequá-lo às mais recentes exigências na comunidade europeia. Esta Diretiva visava acabar com as divergências em relação a aplicação das normativas da Primeira Diretiva, tornando mais rigorosas as legislações preventivas e de persecução da lavagem de capitais.⁸²

O preâmbulo dessa nova Diretiva aponta e reconhece a necessidade da atualização da Primeira Diretiva com vistas a melhor prever e tipificar as práticas internacionais relativas à lavagem de dinheiro que se tornavam mais e mais diversificadas, além de promover novas formas de proteção às atividades que normalmente eram alvo dos efeitos negativos da inserção dos produtos derivados de crimes.⁸³

Para tornar possível tais objetivos, a Segunda Diretiva amplia o rol de delitos que deveriam ser tidos como crimes antecedentes, e paralelamente, a lista de pessoas (jurídicas ou não), obrigadas a manutenção de informações de cadastro

todos aqueles cujo limite mínimo ou máximo da pena de prisão respectiva seja superior a uma determinada duração (cita, Áustria, Espanha, Países Baixos e Suécia); e nos restantes o branqueamento é definido em relação a uma lista de crimes (Grécia e Luxemburgo)".

⁸¹ Em relação a extensão das obrigações relativas a prevenção do delito para outros ramos de atividades diversos do de operações financeiras, cf. BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. / Nuno Brandão. – Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 12 em relação a extensão das – pag 12.

⁸² BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. / Nuno Brandão. – Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 13.

⁸³ BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. / Nuno Brandão. – Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 13.

de clientela, controle, comunicação de operações ditas “suspeitas” e cooperação com as autoridades encarregadas da prevenção à lavagem.⁸⁴

Quanto à ampliação dos crimes antecedentes, passou-se a incluir no dito rol aqueles considerados graves, englobando, ademais das infrações penais vinculadas ao tráfico de drogas, toda a gama de condutas que viesse a ser praticada por organizações criminosas (com a exigência apenas de que tais condutas fossem punidas com penas privativas de liberdade, máximas, iguais ou superiores a quatro anos), fraudes consideradas graves, corrupção e qualquer ilícito pelo qual fosse possível obter ganhos substanciais e ao qual fosse cominada pena privativa de liberdade grave na legislação nacional do país afetado.⁸⁵

Apesar dessa maior rigorosidade e extensão relativa aos crimes antecedentes ter sido introduzida oficialmente por essa Segunda Diretiva, diversos países da comunidade europeia já haviam aumentado seu rol de crimes antecedentes, alçando ao que a doutrina chama de segunda geração da legislação de lavagem de dinheiro. Dito isso, a maior e mais controversa inovação da Segunda Diretiva era a já mencionada ampliação relacionada às pessoas as quais se impunha a obrigação de verificação e controle de práticas potencialmente suspeitas e cooperação com as autoridades de repressão. Essa Diretiva estabelecia obrigações equivalentes às já impostas às instituições financeiras, para pessoas naturais, profissionais autônomos como contadores, auditores, advogados, entre outros, bem como pessoas jurídicas que atuassem prestando tais serviços.⁸⁶

Quanto aos mencionados profissionais do direito, a dita controvérsia era ainda maior, primeiro porque já se discutia o problema da imposição de tais obrigações aos referidos profissionais, segundo porque apesar de ser prevista na Diretiva algumas possíveis exceções para a profissão, quando atuando judicialmente, a maioria dos Estados-membros não foi clara quanto a tais exceções em suas legislações, levando a perigosíssima insegurança jurídica na atuação

⁸⁴ AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal / Kai Ambos : tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. (pag 18-19)

⁸⁵ AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal / Kai Ambos : tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. (pag 18) e BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. / Nuno Brandão. – Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 66.

⁸⁶ BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. / Nuno Brandão. – Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 88-89.

desses profissionais que fazia com que, com medo de serem imputadas a eles, as condutas descritas nas leis de lavagem, acabassem por cumprir com as obrigações gerais impostas.⁸⁷

Pois bem, com a atualização das 40 Recomendações/GAFI em 2003, a comunidade Europeia viu-se na necessidade de levar tais atualizações aos ordenamentos dos Estados-membros europeus, para que se mantivesse a coerência normativa entre o disposto pelo GAFI e as leis europeias.⁸⁸ Nesse contexto, o Conselho da União Europeia, em conjunto com o Parlamento Europeu, publicaram a Diretiva 2005/60/EC, que passaremos a chamar de Terceira Diretiva, relacionada à prevenção do uso do sistema financeiro com o fim de proceder-se à lavagem de capitais e ao financiamento do terrorismo.⁸⁹

A Terceira Diretiva manteve a definição da conduta de lavagem de dinheiro, e obrigou os Estados-membros a incorporar as atualizadas 40 Recomendações/GAFI em suas legislações pátrias. Dessa forma, ampliou mais ainda o rol de crimes antecedentes à lavagem de capitais, adicionando de forma expressa uma série de crimes relacionados ao terrorismo, assim como impôs a adoção da definição de crime grave (como previsto na Segunda Diretiva) e estendeu também o elenco de pessoas – naturais e jurídicas – obrigadas a manutenção de informações de cadastro de clientela, controle, comunicação de operações ditas “suspeitas” e cooperação com as autoridades encarregadas da prevenção à lavagem, tornando também tais mecanismos bem mais rigorosos em relação à Diretiva anterior, e finalmente, revogou expressamente a Primeira Diretiva⁹⁰ (e tacitamente, a Segunda Diretiva).⁹¹

⁸⁷ BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. / Nuno Brandão. – Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 110.

⁸⁸ Mesmo ano em que o Conselho da Europa decidiu proceder a uma atualização na Convenção de Strasburgo, ocorrida 13 anos antes, levando em consideração que não somente o terrorismo poderia se beneficiar da lavagem de dinheiro, mas também outras atividades legítimas e que levou a adoção, em 2005 da . COUNCIL OF EUROPE *Background Information* Disponível em: <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/About/Background_MONEYVAL_en.asp> Acesso em: 30 de maio de 2015.

⁸⁹ AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal / Kai Ambos : tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. (pag 19-20)

⁹⁰ Art. 45 da Diretiva 2005/60.

⁹¹ AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal / Kai Ambos : tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. (pag 19)

Verifica-se, portanto, a crescente priorização e importância dada a repressão e prevenção à lavagem de dinheiro com o desenrolar do tempo, no âmbito da Comunidade Europeia.

2. A situação brasileira

Como se vê, a legislação no Brasil que visa a prevenção e combate à lavagem de dinheiro, assim como na Comunidade Europeia, seguia as orientações e políticas criminais internacionais, e buscou estabelecer uma normatização que suplantasse o que já estaria tipificado com os crimes de receptação e favorecimento, de forma que se desse um tratamento mais rigoroso quando estes delitos assumissem uma característica transnacional que os tornaria exponencialmente mais lesivos.⁹²

Nessa linha, a tipificação brasileira da conduta de lavagem de dinheiro, foi instituída pela Lei 9.613/1998 com base nos compromissos assumidos no âmbito internacional das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos (OEA), respectivamente, com a assunção da já abordada Convenção de Viena de 1988 e do Regulamento Modelo da OEA de 1992.⁹³

A Lei 9.613/1998, introduzida em nosso ordenamento com um considerável lapso temporal em relação a todos os compromissos assumidos internacionalmente acerca do ingresso brasileiro no time da repressão a lavagem de dinheiro, dispõe sobre os crimes de lavagem e ocultação de bens, direitos ou valores, instituindo também medidas visando facilitar a investigação desses delitos, definindo ainda obrigações e quais instituições e pessoas a elas estariam vinculadas, a fim de se proceder a prevenção da eventual utilização do sistema

⁹² Entendimento defendido no texto da Exposição de Motivos da Lei 9.613, Tópicos nº 2 (ratificação da Convenção de Viena), 4 (Compromisso internacional na tipificação do ilícito praticado com bens, direitos ou valores oriundos do narcotráfico) e 15 (considerações acerca da impossibilidade de considerar-se abarcada pela conduta da “receptação convencional” esses frutos conquistados pelos traficantes, principalmente por seu caráter transnacional);

⁹³ Idem. Tópicos nº 5 (participação na XXII Assembléia-Geral da OEA, onde se aprovou o Regulamento-Modelo/CICAD-OEA) e 6 (firmado Plano de ação, no âmbito da OEA, prevendo a ratificação da Convenção das Nações Unidas (Convenção de Viena) pelos países americanos integrantes);

financeiro nacional para a lavagem de dinheiro. E cria, no contexto do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, órgão, “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.”.⁹⁴

Vê-se que o legislador brasileiro não se restringiu a tipificar o crime de lavagem de dinheiro, mas estabeleceu regras específicas para sua persecução penal, criou diversas obrigações (Definidas no art. 10 e seguintes da Lei) voltadas a pessoas jurídicas que nos termos do art. 9º, caput, exerce como “atividade principal ou secundária”, as definidas nos incisos do caput, e de seu parágrafo único – que aponta entidades às quais também se aplicariam tais obrigações.

Tal opção legislativa demonstra a influência exercida pelas rédeas internacionais que apontavam para o combate e prevenção à lavagem de dinheiro, surgidas após a Convenção de Viena, inclusive, as Diretivas Europeias mencionadas anteriormente.

A então definição adotada para tipificar a conduta partiu de um rol expresso de crimes antecedentes, considerados graves e de características transnacionais que dessa forma, poderiam gerar facilmente lucros destinados à lavagem de dinheiro.⁹⁵

A vontade do legislador era, evidentemente, trazer um elenco fechado de crimes passíveis de ensejar a incidência do tipo penal em questão.⁹⁶ A listagem em apreço, apesar de não denotar claramente a política criminal seguida, dificultando a identificação do critério adotado para a seleção dos crimes antecedentes, traria uma segurança jurídica justamente por sua taxatividade.

⁹⁴ Art. 14 da lei 9613/98.

⁹⁵ Exposição de Motivos da Lei 9.613/98 - EM nº 692 / MJ. Tópico 19. E Art. 1º da Lei 9.613, cf. alterações sofridas posteriormente através das Leis nº 10.467/02 e nº 10.701/03.

⁹⁶ Entendimento defendido no texto da Exposição de Motivos da Lei 9.613, Tópicos nº 16 (menção à legislação de segunda geração, que ampliava as hipóteses de crimes antecedentes e conexos, a exemplo da Alemanha, Espanha e Portugal), 18 (menção à orientação do projeto à perfilar-se o “penúltimo dos movimentos”, qual seja, a chamada segunda geração a que se refere o tópico 16)

Atitude louvável do legislador, não fosse a inclusão no rol de delitos prévios, de forma genérica, todos os “praticados por organizações criminosas”⁹⁷, ou seja, mormente o fato de existir um rol exclusivo de crimes antecedentes aptos a resultar em produtos passíveis de serem “lavados”, caso verificada a atuação de uma “organização criminosa”, todo e qualquer crime praticado por esta “organização” poderia tratar-se de um delito prévio que gerando algum produto material, figuraria como incurso na conduta de lavagem de capitais, justificando sua persecução penal neste sentido.

A crítica principal a esse desvio na taxatividade, cometido pelo legislador, reside no fato de que, conforme já fora abordado no início deste trabalho, não havia qualquer definição legal de “organização criminosa” até a promulgação da Lei 12.694/12, ou seja, 14 anos depois do texto legal em análise, no qual se incriminava condutas de um agente desconhecido.

⁹⁷ Antigo inciso VII, do Art. 1º da Lei 9.613/98, antes da extinção do rol de crimes antecedentes através da Lei 12.683/2012.

IV. A resposta penal, a lavagem de dinheiro e a questão do bem jurídico tutelado.

A conduta que, no Brasil é chamada de “lavagem de dinheiro”, também possui algumas denominações equivalentes para cada país que aderiu a sua criminalização. Em Portugal adotou-se o nome de “branqueamento de Capitais” (NUNO BRANDAO), na Espanha, utiliza-se “lavado de ativos” ou mais comumente, “blanqueo de capitales” (MIGUEL BAJO), “riciclaggio di denaro” é a expressão que corresponde ao crime na Itália⁹⁸, “Money laundering” referente aos países de língua inglesa, como o Reino Unido e os Estados Unidos da América⁹⁹, “geldwäsche”, o dispositivo correspondente na Alemanha¹⁰⁰ e “blanchiment dês capitaux” na França.¹⁰¹

A expressão é criticada por sua falta de rigor técnico, mas acabou por se tornar um neologismo bastante difundido nas últimas décadas e que passou a ser aceito entre os meios científicos e os especialistas que discutem acerca da criminalidade organizada, acabando por ser adotada também no mundo acadêmico e pela quase que totalidade das nações.¹⁰²

O Brasil formulou uma legislação específica, seguindo as indicações e experiências internacionais, acabando por editar uma lei especial, fora do Código Penal, para tratar da lavagem de dinheiro.¹⁰³

Em sua obra, WILLIAM TERRA faz dois apontamentos acerca do que ele chama dessa “tendência contemporânea” do Brasil de inovar em seu ordenamento por meio de “figuras penais especiais”.¹⁰⁴

O primeiro, positivamente, de modo que a proposta de um meio legislativo autônomo e específico visaria abordar exaustivamente a matéria, “concentrando em um único diploma a resposta penal e os demais aspectos dela decorrentes”.¹⁰⁵

⁹⁸ Exposição de motivos da Lei 9.613/98 – EM nº 692/MJ. Tópico 11.

⁹⁹ Idem. Idem.

¹⁰⁰ Idem. Idem.

¹⁰¹ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio. op. cit. p. 317-318

¹⁰² Idem. Idem

¹⁰³ Idem. Idem.

¹⁰⁴ Idem. Idem.

O segundo, de forma negativa, pois a preferência pela não inclusão na parte Especial do Código Penal contribuiria para uma “erosão da harmonia legislativa e do sistema punitivo”, fazendo com que se adote um modelo fragmentado de política criminal que “não respeita o ideal codificador”, que para ele seria emblema do garantismo penal, nem possibilita a sistematização das condutas sujeitas ao Direito Penal, afetando negativamente também em sua interpretação, em relação aos princípios estabelecidos na Parte Geral do Código Penal - devido ao seu “distanciamento topográfico” destes mesmos princípios.¹⁰⁶

Ultrapassadas estas críticas prévias, tradicionalmente, a tipificação da lavagem de dinheiro, na forma como foi sugerida pelos instrumentos internacionais, permitiu a delimitação pela doutrina de três estágios, que também podem ser encontrados de forma simplificada em documentos do UNODC e do GAFI¹⁰⁷, pelos quais passariam o processo de lavagem de dinheiro.¹⁰⁸

A primeira etapa, de ocultação¹⁰⁹, colocação¹¹⁰ ou “placement”¹¹¹, busca mover os produtos obtidos com o ilícito o mais distante possível fisicamente do agente criminoso, tornar uma gama de capitais em correspondentes valores ou bens mais maleáveis e menos visíveis.¹¹² É nesse ponto que o dinheiro vindo diretamente da atividade criminosa passa, nas palavras de WILLIAM TERRA, “por sua primeira transformação, visando conseguir uma menor visibilidade”, tendo como exemplo a sua transferência para bancos, de forma que ingresse no sistema financeiro, ou de outra forma, na economia formal, como através de casas de câmbio, bolsas de valores, mercados de joias, etc. Atenta-se ao fato de que a lavagem de dinheiro,

¹⁰⁵ Idem. Idem.

¹⁰⁶ Idem. Idem.

¹⁰⁷ UNODC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. The Money-Laundering Cycle. Disponível em: www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/laundrycycle.html. Acesso em 08 de junho de 2015 e FATF/GAFI – FINANCIAL ACTION TASK FORCE. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/topics/methodsandtrends/documents/trade-basedmoneylaundering.html>. Acesso em 08 de junho de 2015. Acerca das etapas pela doutrina: PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. Luiz Regis Prado. – 5. Ed. – Rio de Janeiro : Revista dos Tribunais, 2012. Pag 361-368; CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio.op. cit. p. 320-321;

¹⁰⁸ MACHADO, Máira Rocha & Refinetti, Domingos Fernando (organização) – Lavagem de dinheiro e Recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça – São Paulo : Quartier Latin do Brasil, 2006. (Pag 17.) CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio.op. cit. p. 320

¹⁰⁹ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio.op. cit. p. 320

¹¹⁰ MACHADO, Máira Rocha & Refinetti, Domingos Fernando (organização) – Lavagem de dinheiro e Recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça – São Paulo : Quartier Latin do Brasil, 2006. Op. cit. p. 43.

¹¹¹ Idem. Idem. p. 17

¹¹² CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio.op. cit. p. 320

comumente atribuída e vinculada ao tráfico de drogas, produz vultosas quantidades de moeda em espécie e vasta quantidade de notas de pequeno valor, por exemplo, além de objetos de valor.¹¹³ Portanto, o criminoso necessitaria desse “mecanismo” para colocar a disposição as importâncias em dinheiro obtidas através das atividades ilegais, convertendo-as em ativos diferentes dos que derivaram diretamente do(s) crime(s).¹¹⁴

Nesta fase que se procede a técnica do chamado “smurfing” (na denominação Norte-Americana) ou “pitufeo” (como é chamado na América Latina), que consiste na modalidade de lavagem em que o agente criminoso efetua repletos depósitos de forma fracionada, na mesma ou em várias contas bancárias diferentes, de um mesmo ou diversos clientes, de forma que, somadas, as quantias depositadas, representam uma quantia expressiva de dinheiro e, pertencem de fato a um só dono. Esta introdução se dá através das já mencionadas casas de câmbio ou por intermédio de transações bancárias, sempre se utilizando de pequenas quantias, com o intuito de que não se desperte a atenção, se tornando até de difícil constatação e apuração pelos agentes financeiros de fiscalização, prevenção e combate à proliferação da conduta de lavagem de capitais.¹¹⁵

Estima-se que a utilização de instituições financeiras nesta primeira etapa esteja em cada vez menor proporção, visto as crescentes e cada vez mais rigorosas obrigações de controle, verificação e registro impostas a estas determinadas entidades.

De posse desses bens e valores “transformados”, a segunda etapa, chamada de “cobertura”¹¹⁶, ou também de “fase de controle”¹¹⁷, ou “layering”¹¹⁸, consiste na “lavagem” em si, pois visa a distanciação total entre o dinheiro e sua origem, de forma que se apaguem todos os rastros de sua obtenção ilícita, perdendo enfim seu caráter de dinheiro “sujo” .¹¹⁹

¹¹³ Idem. Idem.

¹¹⁴ MACHADO, Maíra Rocha & Refinetti, Domingos Fernando (organização). Op. cit. p. 17 e 43.

¹¹⁵ PEREIRA, Flavio Cardoso. Lavagem de dinheiro e o tratamento penal do pitufeo ou smurfing. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.144, p. 10-11, nov. 2004. Pg. 1-2.

¹¹⁶ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio.op. cit. p. 321

¹¹⁷ Idem. Idem.

¹¹⁸ MACHADO, Maíra Rocha & Refinetti, Domingos Fernando (organização). Op. cit. p. 17 e 43.

¹¹⁹ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio.op. cit. p. 321; A definição de dinheiro “sujo”, para MIGUEL BAJO, se encontra no jargão mercante e financeiro, para o qual

Para que essa distanciação ocorra, são realizadas inúmeras transações “sem qualquer finalidade aparente” que não seja a de “cobrir” o dinheiro com um aspecto “limpo”¹²⁰, escondendo a fonte dos fundos através de uma estrutura complexa de camadas – chamadas também de layers - e rede de operações econômico-financeiras, que envolvem desde pessoas a instituições.¹²¹ Utiliza-se comumente nesta etapa, múltiplas transferências de dinheiro, compensações financeiras, manipulação das bolsas de valores, remessas a paraísos fiscais, superfaturação de exportações, negócios jurídicos simulados etc de modo a camuflar da melhor maneira possível qualquer ação anterior.¹²² Abusa-se inclusive do sigilo profissional reservado a uma gama de atividades, além da agilidade oferecida pelos meios eletrônicos comuns na atualidade à transferências e transações bancárias feitas pela internet. Ainda, este rastro de operações eletrônicas costuma ser quebrado por intermédio de saques de parte do montante envolvido de forma a levar a uma gradual dissipação da trilha que os ligam a suas origens ilícitas. Esta sucessão de operações por fim, visa levar a possibilidade do agente se utilizar livremente desses valores, pois passarão a ter um aspecto de origem praticamente lícita.

De posse desses bens que agora passam a apresentar-se como originados licitamente, tem-se a terceira e última parte do que se pode chamar do ciclo da lavagem de capitais, a esta etapa dá-se o nome de “integração”¹²³, “integration”¹²⁴ ou “fase da integração”¹²⁵ que trata-se do retorno do capital lavado para a economia, agora, originado por uma fonte legítima¹²⁶, podendo ser considerada praticamente o exaurimento do delito de lavagem de dinheiro. Nesse momento, o agente de posse dos valores com um aspecto suficientemente legítimo, converte-os em capital lícito, reinserindo-os na economia formal ou no seu patrimônio legítimo. Isto pode ser feito, seja adquirindo bens e propriedades,

dinheiro “negro” ou “sujo” é “aquele que carece da possibilidade de ser controlado pelas fazendas públicas, e, por tanto, de ser submentido ao dever de contribuição aos gastos públicos, imposto pelo sistema fiscal de determinado país” Tradução livre do espanhol. (cf. BAJO, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales. p. 13)

¹²⁰ MACHADO, Máira Rocha & Refinetti, Domingos Fernando (organização). Op. cit. p. 17 e 43.

¹²¹ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio.op. cit. p. 321

¹²² Idem. Idem.

¹²³ MACHADO, Máira Rocha & Refinetti, Domingos Fernando (organização). Op. cit. p. 43.

¹²⁴ Idem. Op. cit. p. 17.

¹²⁵ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio.op. cit. p. 321

¹²⁶ MACHADO, Máira Rocha & Refinetti, Domingos Fernando (organização). Op. cit. p. 43.

pagando dívidas, constituindo toda uma sorte de pessoas jurídicas, financiando atividades lícitas, próprias ou de terceiros, fornecendo empréstimos, ou até mesmo, reinvestindo este capital na prática de novos crimes.¹²⁷

Quanto ao bem jurídico tutelado, a teoria do bem jurídico deveria, a princípio, responder esta elementar questão, do que se protege com este tipo penal da lavagem de dinheiro, de forma que se vislumbrasse uma base racional na sua tipificação, já que sabemos que o direito penal somente deve se ocupar com direitos excepcionalmente relevantes, sobre os quais qualquer um poderia imediatamente identificar um interesse a se proteger.¹²⁸

Em muitos tipos penais, não se observa a possibilidade de sequer chegar-se a um consenso sobre o bem jurídico correspondente, e como afirma FERNANDO MOLINA FERNANDEZ, o branqueamento de capitais se incluiria nesse grupo de indefinição e “de maneira especialmente destacável”.¹²⁹

Em sua análise sobre a discussão doutrinária acerca do bem jurídico tutelado por tal delito, percebe-se que são tantas propostas e muitas vezes, tão díspares umas das outras, que em realidade é difícil de conciliar-se com a indubitável importância que o branqueamento de capitais adquiriu no mundo moderno.¹³⁰

Este delito, afirma, surgiu principalmente associado à luta contra o tráfico de drogas - como também pudemos verificar ao longo do presente trabalho – que por sua vez era vinculado à proteção a saúde pública.¹³¹ E, atualmente, depois de adquirir certa generalidade, consta em boa parte dos Códigos, como o espanhol e o brasileiro, entre os delitos contra a ordem econômica, “e frequentemente associado à figura da receptação que por sua vez está intrinsecamente ligada o favorecimento”, das quais historicamente se desvencilhou.¹³²

Adquiriu esta classificação no nosso ordenamento, em razão do que WILLIAM TERRA apontava como “o comprometimento do normal fluxo de capitais,

¹²⁷ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio. op. cit. p. 321

¹²⁸ BACIGALUPO, Silvina; FERNANDEZ; BAJO. Miguel. op. cit. p. 21-22

¹²⁹ Idem. op. cit. p. 22

¹³⁰ Idem. Idem.

¹³¹ Idem. op. cit. p. 22-23.

¹³² Idem. Op. cit. p. 23.

concorrência desleal, criação de monopólios, pouca visibilidade das operações financeiras, abuso de poder e facilitação para corrupção”, o caráter de delito que atenta contra a “segurança da ordem econômico-financeira”.¹³³

Por este motivo, a maioria da doutrina define que o bem tutelado pela lei 9.613/98 é a normalidade do sistema econômico-financeiro do país.¹³⁴

Neste ponto, FERNANDO MOLINA FERNANDEZ faz uma ressalva, apontando que a afinidade entre o branqueamento e o favorecimento fez com que em determinados ordenamentos esta figura delitiva se situe entre os crimes contra a administração da justiça, como é o caso do ordenamento Suíço, onde a lavagem de dinheiro encontra-se no Título 17 do Código Penal, que trata de crimes desta natureza.¹³⁵

Merece destaque, ainda sob a égide de FERNANDO MOLINA FERNANDEZ, acerca dessa discussão sobre a delimitação do bem jurídico que pairaria sobre a relevância da lavagem de dinheiro, que inicialmente, a figura deste delito estava ligada a da receptação, até que, no ordenamento espanhol, passou a constituir-se na parte especial, e posteriormente, o favorecimento foi se juntar à receptação na parte de delitos contra a administração da justiça, até que por fim entrou em cena a lavagem de capitais, caracterizada no código espanhol como delito semelhante à receptação e localizado como ela, numa pluralidade ofensiva, entre os delitos patrimoniais e contra a ordem econômica.¹³⁶

Faz em seguida, uma observação com um tom de zombaria, acerca dessa discussão do bem jurídico, pois se este cenário já é um tanto quanto complicado, supomos que as condutas correspondentes à lavagem poderiam tornar-se, em certos casos, positivas para a ordem econômica, por exemplo, quanto aos interesses da fazenda pública, a partir de um momento que o próprio governo arbitrasse um procedimento que permitisse uma forma legal de lavagem. O caos estaria formado.¹³⁷

¹³³ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luis Flávio. op. cit. p. 321

¹³⁴ Idem. Idem.

¹³⁵ BACIGALUPO, Silvina; FERNANDEZ; BAJO. Miguel. op. cit. p. 23

¹³⁶ Idem. op. cit. p. 23-24

¹³⁷ Idem. op. cit. p. 24.

Por fim, parece interessante reproduzir aqui a opinião do autor, quando diz que estas não podem ser as únicas explicações cabíveis para este “largo, intenso e por muitas vezes, pouco frutífero” debate, se não uma razão outra relevante, que não seria exatamente derivada da teoria geral do delito, mas em particular de três pontos: a teoria do bem jurídico, a teoria do *iter criminis* e a teoria da participação delitiva. Neste sentido, o autor crê que poderíamos avançar, e muito, nesta discussão e, quem sabe, encontrarmos a solução para este problema do bem jurídico se trabalhássemos nesses três pontos mencionados.¹³⁸

Primeiro, distinguindo-se bens jurídicos básicos – que possuem valor em si mesmos e não se explicam por suas relações com os outros, em outras palavras, bens pessoais ou individuais (vida, patrimônio, integridade física, etc) - de instrumentais – também chamados pelo autor de bens jurídicos derivados (a exemplo bens de caráter supraindividual, como a administração da justiça), aqueles cuja proteção contribui para criar as condições necessárias para a proteção imediata dos bens jurídicos básico - e levando em consideração a subordinação entre um e outro – uma lesão a um bem jurídico básico se dá quando são deflagrados os objetos concretos que possuem valor para a pessoa ou indivíduo, enquanto a lesão aos bens jurídicos instrumentais, teoricamente, dá-se quando causa-se dano a uma estrutura criada para favorecer e promover a existência dos bens pessoais;¹³⁹

Segundo, analisando a correlação entre uma lesão relevante e típica e a consumação do delito – basicamente, se há lesão ao bem jurídico protegido, há consumação, a menos que se trate de um crime de perigo, quando pode haver consumação, sem lesão aparente - atendendo especialmente às peculiaridades da consumação de atos lesivos de cunho permanente no tempo;¹⁴⁰

E por último, alargando-se o campo de estudo dos atos de intervenção de pessoas variadas em um delito chave – dando-se especial atenção, por sua periculosidade, àquelas que provenham de atividades profissionais ou de outra forma, sejam derivadas de organizações criminosas que buscam lucrar, ainda mais os que se aproximam da margem entre a participação em sentido estrito, e da que poderia ser chamada de participação em sentido amplo – perfil presente em

¹³⁸ Idem. op. cit. p. 25.

¹³⁹ Idem. op. cit. p. 25-28.

¹⁴⁰ Idem. Idem.

algumas modalidades de receptação, na lavagem de dinheiro e também em crimes praticados por organizações terroristas e similares.¹⁴¹

¹⁴¹ Idem. Op. cit. p. 26

IV. Críticas finais e alternativas para a (duvidosa) necessidade da tutela penal da lavagem de dinheiro

O delito de lavagem de capitais atualmente, não se vincula mais ao combate ao tráfico e ao terrorismo, crimes que motivaram sua criação, nem com os delitos graves, mas com toda a sorte de infrações penais.¹⁴²

Esta nova figura delitiva, que se tornou o crime de lavagem de capitais, tornou-se ainda mais desnecessária e perturbadora, servindo exclusivamente a uma classe que confunde os fins preventivos e políticos da luta contra a criminalidade com as derradeiras funções do Direito Penal.¹⁴³

Indo além, MIGUEL BAJO afirma que é desnecessária porque se sobrepõe aos delitos relativos à comportamentos pós-delitivos – notadamente a receptação e o favorecimento, tema do Capítulo IV – e é perturbadora porque, apesar dessa sobreposição às figuras de comportamentos pós-delitivas mencionadas (e que por essa característica, guardam relação em certos aspectos com o delito base), a contrário senso, se mostra totalmente independente deste delito base (para tanto, faz menção a sua regulação na legislação espanhola, arts. 301 a 304 do Código Penal Espanhol), de forma que não se pode de forma razoável determinar-se um objeto ou bem jurídico tutelado. Ainda, esta inclusa num contexto de Direito Penal que se expande de forma imprópria a um Estado Liberal, ao impor obrigações e deveres de ordem legal, que podem dificultar a vida econômica.¹⁴⁴

A solução proposta por MIGUEL BAJO para que se cumprissem as exigências dos princípios do Direito Penal moderno e, ao mesmo tempo, se atendesse as pretensões dos organismos internacionais na dita luta contra a criminalidade organizada, seria se “a nova figura delitiva se concebesse como forma

¹⁴² BACIGALUPO, Silvina; FERNANDEZ; BAJO. Miguel. Política criminal y blanqueo de capitales. / Silvina Bacigalupo, Miguel Bajo, Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Carlos Gómez-Jara Díez, Pablo Guérez Tricarico, Fernando Molina Fernández, Mercedes Pérez Manzano, Gustavo Fabian Trovato. – Madrid, Barcelona y Buenos Aires : Marcial Pons, 2009.

¹⁴³ MIGUEL BAJO. (Ob. Cit. pag. 12)

¹⁴⁴ MIGUEL BAJO. idem

de participação pós-delitiva elevada ao status de delito independente”, de modo que dessem a ele as seguintes características.¹⁴⁵

A primeira, para que o autor do denominado delito de lavagem de capitais para que se lhe pudesse ser imputada tal conduta, ele não poderia ter participado do delito anterior, nem como partícipe, nem como autor.

Em segundo lugar, que fosse vedada, em caso de condenação por lavagem, ultrapassado o requisito anterior, a imposição de pena superior ao do crime antecedente¹⁴⁶. Característica essa que se impõe, principalmente no cenário atual brasileiro, visto que com o advento da Lei 12.683 extinguiu-se o rol de crimes antecedentes e agora um simples furto pode figurar como antecedente para a Lavagem.

Seria totalmente contrário aos princípios da razoabilidade¹⁴⁷, proporcionalidade¹⁴⁸, lesividade¹⁴⁹ e individualização da pena¹⁵⁰ que a lavagem de um produto derivado da conduta de um autor, por exemplo, de furto simples¹⁵¹, cuja pena cominada é de um a quatro anos de reclusão fosse condenado ao mínimo de quase o máximo da pena do crime anterior, três anos, ao máximo de dez anos, mais do que o dobro da reprimenda máxima referente ao crime antecedente.

¹⁴⁵ BACIGALUPO, Silvina; FERNANDEZ, Miguel Bajo. Política criminal y blanqueo de capitales. / Silvina Bacigalupo, Miguel Bajo, Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Carlos Gómez-Jara Díez, Pablo Guérez Tricarico, Fernando Molina Fernández, Mercedes Pérez Manzano, Gustavo Fabian Trovato. – Madrid, Barcelona y Buenos Aires : Marcial Pons, 2009. (pag 12)

¹⁴⁶ MIGUEL BAJO. (Ob. Cit. pg. 12)

¹⁴⁷ Que toda intervenção em qualquer direito individual pautar-se na razão que por sua vez, exprime uma idéia de adequação, idoneidade, aceitação, lógica racional, equidade e admissibilidade.

¹⁴⁸ No entendimento do exposto por NUCCI, o princípio da proporcionalidade significa que as penas cominadas aos tipos penais existentes devem guardar uma harmonia proporcional à gravidade da infração penal em questão, de forma que não se chegue ao exagero da hiperpunição, nem tampouco a extrema liberalidade. Em suas palavras: “Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa”. (cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 66)

¹⁴⁹ O princípio da lesividade, ou ofensividade, nas palavras de NUCCI, além de se mostrar por decorrente da intervenção mínima, remonta à ideia de ser indispensável, para a criação de qualquer tipo penal incriminador, que se atente somente à punição de condutas que autenticamente se mostrem lesivas aos bens jurídicos tutelados. (cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 63)

¹⁵⁰ Para NUCCI, o princípio da individualização da pena significa que a reprimenda penal aos criminosos em geral não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a resposta na medida exata do que fez. Não faz sentido igualar dois seres desiguais, sabendo-se que a prática de idêntica figura típica não se faz suficiente para que sejam nivelados dois seres humanos distintos. (cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 61)

¹⁵¹ Caput do Art. 155 do Código Penal Brasileiro.

Em terceiro lugar, a lavagem deveria participar na proteção do bem jurídico do crime antecedente¹⁵². Desta forma, garantiríamos que não se permitisse a ocorrência de um *bis in idem*, fundado no – no mínimo equivocado - caráter atual de crime autônomo¹⁵³ que possui a lavagem de dinheiro, reforçando-se a necessidade da adoção da proibição a punição da “autolavagem” a que primeiro se mencionou como características que deveriam ser atribuídas à lavagem de dinheiro,¹⁵⁴

Em quarto lugar, MIGUEL BAJO defende, e deveria parecer algo óbvio para os órgãos legislativos, que parecem somente não conseguir enxergar devido à suas vontades cegas de punir, que a lavagem de dinheiro se referisse apenas e tão somente aos “efeitos derivados” dos crimes a que se pretendia e pretende combater, a decidir, relativos à criminalidade organizada.¹⁵⁵ A exclusão do rol de crimes antecedentes é absurda e acaba de vez com a mínima segurança jurídica que havia nas diferenciações entre os crimes de lavagem e de receptação e favorecimento, agora, se multiplicarão as dúvidas referentes ao que se puniria por lavagem e o que se caracterizaria por receptação ou favorecimento. A incerteza neste meio penal está reinando.

Em quinto lugar, para MIGUEL BAJO, deveria se “evitar” o castigo da modalidade culposa. Vemos que em relação a condutas definida no caput do art. 1º da Lei 9.613/98, apesar de não se exigir, expressamente, o conhecimento prévio da origem ilícita dos bens, nas modalidades alternativas descritas pelo §1º, mais precisamente, quanto ao trecho “para ocultar ou dissimular a utilização de bens[..]”, exige-se a intenção do ocultamento, portanto, se faria presente no tipo o elemento subjetivo dolo, tornando-o aspecto essencial do tipo, o que levaria a sanar-se dúvida acerca do cabimento da lavagem de dinheiro na modalidade culposa. Este foi o entendimento do STF no caso “Mensalão”.¹⁵⁶

¹⁵² MIGUEL BAJO. Idem

¹⁵³ Na AP 470, vulgo caso “Mensalão”, o STF reforçou o entendimento do caráter autônomo do crime de lavagem de dinheiro, sob o fundamento de que a Lei 9.613/98, quando previu a conduta delituosa descrita em seu art. 1º, “teve entre suas finalidades o objetivo de impedir que se obtivesse proveito a partir de recursos oriundos de crime”. (Tópico 3 do acórdão final)

¹⁵⁴ MIGUEL BAJO. Idem

¹⁵⁵ MIGUEL BAJO. Idem

¹⁵⁶ No acórdão de julgamento da AP 470, em fls. 53237, o STF reconhece que “o elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro é o dolo, não havendo, na legislação pátria, a figura culposa. Todas as condutas alternativas previstas no tipo estão intrinsecamente ligadas à intencionalidade de se

Em sexto lugar, impõe que se deixem as sanções administrativas e medidas políticas e policiais como pressupostos apropriados para a repressão à lavagem de dinheiro. Que certamente se feitos de forma eficaz, conteriam grande parte, senão todo, o problema.

Em seguida, tece críticas à regulação penal espanhola, acerca das seis características citadas, que se aplicam também ao Brasil, com exceção da quinta (pois como vimos nosso ordenamento não admite a lavagem de capitais na modalidade culposa), nos seguintes termos:

“Pois bem, a regulação penal espanhola não cumpre com nenhuma dessas características, muito provavelmente por pretender cumprir fielmente com as diretivas do GAFI, sem perceber que este organismo internacional confunde os instrumentos aplicáveis em seus objetivos de lutar contra a criminalidade organizada. Nunca a pena criminal foi o meio mais eficaz para essa tarefa, se não, medidas preventivas de caráter policial e político, e, conforme o caso, sanções administrativas e outras medidas”¹⁵⁷

Vemos que na opinião do autor, acima de todas as características garantistas que deveriam ser atribuídas à criminalização da lavagem de capitais, esta conduta sequer deveria ter sido levada ao âmbito do direito penal.¹⁵⁸

Isso porque a criação dessa figura delitiva não passaria de um exemplo novo da expansão do Direito Penal no nosso mundo moderno, onde impera a péssima tendência a criação de tipos penais de perigo abstrato e à proteção a bens jurídicos indefinidos.¹⁵⁹

O argumento de que a criação do delito da lavagem de dinheiro decorreu diretamente devido ao cumprimento de mandamentos internacionais, não é de toda verdade, pois os organismos e tratados internacionais, a princípio, somente impunham a adoção de medidas de prevenção e sanções que fossem – eficazes

ocultar ou dissimular o patrimônio ilícito originário de crime antecedente. Mesmo quando se trata de condutas paralelas de colaboração, seria necessário, para configurar o tipo, haver prévia ciência da origem ilícita dos bens, direitos ou valores”.

¹⁵⁷ MIGUEL BAJO. op. cit. pg 14.

¹⁵⁸ Idem. Idem

¹⁵⁹ Idem. Idem

proporcionais e dissuasivas - qualidades que podem também ser atribuídas às sanções administrativas.¹⁶⁰

Como exemplo, MIGUEL BAJO se refere, no que diz respeito ao direito espanhol, à Diretiva 91/308/CEE – mencionada neste trabalho, no Capítulo sobre as Diretivas europeias - que deu lugar, no ordenamento espanhol à Lei 19/1993, pela qual se estabeleciam “medidas de prevenção à lavagem de dinheiro e ao art. 301 do Código Penal”. Esta Lei, como se via em sua exposição de motivos, “era uma norma dirigida a prevenir e dificultar a lavagem ou branqueamento de dinheiro impondo fundamentalmente obrigações administrativas de informação e colaboração com as entidades financeiras”.¹⁶¹

Por fim, reforça o equívoco da criação desse tipo penal, afirmando que a partir dela incorre-se em dois erros.¹⁶²

O primeiro, em acreditar que medidas penais – que deveriam ser tomadas subsidiariamente a todas as outras - são possivelmente mais eficazes que medidas administrativas ou de outra natureza¹⁶³, numa luta que se trava contra a ilegalidade – o autor utiliza neste ponto, o termo “delinquência”, mas por tudo que se defende no presente trabalho, se prefere o termo “ilegalidade”, pois delinquência remete-nos a delito e, em verdade, se quer reforçar aqui o fato de que poderíamos tratar de condutas ilícitas, mas não necessariamente de condutas criminosas - típicas, antijurídicas e culpáveis - nos termos da teoria tripartida do crime.¹⁶⁴

Em segundo lugar, pensar-se, erroneamente, que o Direito penal é instrumento apto e funcional à se erradicar a delinquência, quando desde sempre se insiste na necessidade de utilizarmos das medidas menos lesivas na luta contra a criminalidade potencial, pois nas sábias palavras do autor, “o Direito penal é um instrumento tosco que opera depois de cometido o ato delituoso”, nunca antes, e por isso também é “um aparato rude, porque utiliza das sanções mais lesivas do ordenamento jurídico que, por se imporem justamente depois de cometidos os

¹⁶⁰ MIGUEL BAJO. op. cit. pg 15

¹⁶¹ Idem. Idem.

¹⁶² Idem. Idem.

¹⁶³ Idem. Idem.

¹⁶⁴ Idem. Idem.

delitos, não tem como objetivo principal extirpar o fenômeno criminal”¹⁶⁵, mas, ao invés disso, conforme se recorre à teoria das funções da pena, como discorre CASTELLAR, vão desde a reabilitação do agente delituoso, até as funções de prevenção geral e especial.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Idem. Idem.

¹⁶⁶ CASTELLAR, João Carlos. Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres / João Carlos Castellar. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013.

V. Conclusão

A finalidade da criminalização da lavagem de dinheiro deu-se para que ocorresse uma “substituição punitiva”, onde se utilizaria da lavagem de dinheiro para punir autores dos crimes que antes eram os únicos objetos de “combate” da própria lei. O problema é que não se previa uma extensão do rol de crimes antecedentes, como ocorreu com a chegada da lei 12.683/12, passando-se a admitir toda e qualquer infração penal, leia-se crime e contravenção, como crime antecedente.

Este fato embarcou o Brasil numa 3ª geração legislativa acerca da lavagem de dinheiro e fez com que algo que antes já era uma criticável “alternativa punitiva”, “meio eficaz de repressão” ou uma dita “garantia da não impunidade”, para os ditos traficantes internacionais de drogas, terroristas, etc, se torne, ainda mais claramente, um excesso punitivo gravíssimo e sem qualquer base que o legitime.

Pois se antes se justificava a “dupla punição” pelo incurso em infrações ditas de alta periculosidade e gravidade, cujos contornos se desenhavam internacionalmente, afetando de forma profunda e diversificada, inúmeros bens jurídicos supra e individuais, e pela tentativa de desestimular e minar as formas de autossustento ou, digamos, a compensação financeira trazida por estes graves crimes (para desestimular seu cometimento) que eram afetos aos crimes considerados antecedentes e que compunham o rol anterior, ao removermos essa limitação - e aqui se fala, obviamente, em limitação ao poder de punir dos Estados, pois qualquer outro crime que não constasse daquele rol taxativo, era inapto a ser configurado como crime antecedente – passou a se abarcar crimes e contravenções, quando a maioria dessas possuem sequer penas máximas iguais à pena mínima cominada ao crime de lavagem de dinheiro e/ou nem são mais vistas com o grau de reprovabilidade que exigiria o direito penal aos olhos dos bons costumes e do senso comum.

Tornamos então um estado de exceção em regra e rasgamos de vez os tão conhecidos mandamentos constitucionais da presunção de inocência – pois não mais haveria a necessidade da tão conhecida “sentença penal transitada em

julgado” para que se operasse esta “substituição punitiva”, bastariam “indícios suficientes da existência da infração penal antecedente”, a autoria é sequer necessária - da individualização da pena e da culpabilidade – pois como se disse anteriormente, o sujeito que “lava” o produto de um furto simples seria punido com o mesmo rigor reservado a todo e qualquer delito prévio, inclusive daqueles que tutelam bens jurídicos diversos e/ou são muito mais violentos, como uma extorsão mediante sequestro - e da proibição ao “bis in idem” – não possuímos no nosso ordenamento a vedação à autolavagem, quando o agente do crime antecedente e da lavagem são os mesmos, o que faria com que a “substituição punitiva” passasse ao status de dupla punição - elevando um delinquente comum ao status de “inimigo de Estado”, como eram vistos os praticantes dos crimes a que num primeiro momento se visava combater, notadamente narcotraficantes e as organizações criminosas oriundas desses agentes e que se alimentavam dos produtos materiais que a venda das drogas num cenário global e incontrolável gerava, seguidos das organizações terroristas e seus crimes conexos, como o financiamento ao terrorismo e o tráfico ilegal de armas, fraudes e corrupção, crimes contra a administração pública internacional, que já compuseram o rol de crimes antecedentes, que não mais existe, desde a edição da lei 12.683/12.

Verificamos o discutível poder de se legitimar na gravidade dos crimes e na necessidade de sua persecução para se mitigar garantias processuais e individuais em prol de uma suposta maior efetividade na persecução penal e redução da impunidade, e que, atualmente, está estendido a todo e qualquer crime, e pior, fato que nem sequer constitui crime, mas contravenção penal na legislação penal brasileira.

Vê-se que as funções do Direito penal – que se daria para a tutela de bens jurídicos de fundamental importância e sempre subsidiariamente, de forma que apenas quando outros ramos do Direito não fossem capazes de oferecer e garantir essa proteção que o Direito penal entraria em cena¹⁶⁷ - são confundidas com efeitos da pena - de prevenção geral e especial – sem ater-se ao fato de que o Direito Penal não é instrumento hábil a prevenir qualquer ação ou conduta, principalmente porque só atua após seu cometimento quando todo o mal já está supostamente feito.

¹⁶⁷ Não se afastando da noção de Direito Penal como *ultima ratio*

Não me parece, nem de longe, que o conceito tratado no início do presente trabalho, quando vimos que o direito penal visaria, acima de tudo, “limitar o poder punitivo Estatal”, esteja sendo respeitado.

Bibliografia

AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal / Kai Ambos : tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

BACIGALUPO, Silvina; FERNANDEZ, Miguel Bajo. Política criminal y blanqueo de capitales. / Silvina Bacigalupo, Miguel Bajo, Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Carlos Gómez-Jara Díez, Pablo Guérez Tricarico, Fernando Molina Fernández, Mercedes Pérez Manzano, Gustavo Fabian Trovato. – Madrid, Barcelona y Buenos Aires : Marcial Pons, 2009.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal : parte geral, 1 / Cesar Roberto Bitencourt. – 16. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: O sistema comunitário de prevenção. / Nuno Brandão. – Coleção: *Argumentum*. / 11. – Coimbra Editora, 2002.

CASTELLAR, João Carlos. Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres / João Carlos Castellar. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CASTELLAR, João Carlos. Insider Trading e os novos crimes corporativos. / João Carlos Castellar. - 1ª Ed. – Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2008.

CERVINI, Raul. Lei de Lavagem de capitais : comentários à lei 9.613/98.../Raul Cervini, William Terra de Oliveira, Luiz Flávio Gomes. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Maíra Rocha & Refinetti, Domingos Fernando (organização) – Lavagem de dinheiro e Recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça – São Paulo : Quartier Latin do Brasil, 2006.

MENSAGEM nº 325, de 9 de julho de 2003. Referente ao veto parcial à Lei nº10.791, de 9 de julho de 2003. Publicada no DOU – Seção 1 de 10/07/2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal / Guilherme de Souza Nucci. – 10. Ed. Ver., atual. E amp. – Rio de Janeiro:Forense, 2014.

PEREIRA, Flavio Cardoso. Lavagem de dinheiro e o tratamento penal do pitufo ou smurfing. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.12, n.144, p. 10-11, nov. 2004.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. Luiz Regis Prado. – 5. Ed. – Rio de Janeiro : Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, William Terra de. A criminalização da lavagem de dinheiro (aspectos penais da Lei 9.613, de 1º de março de 1998). RBCCrim, 23, 1998.

ROXIN, Claus. Derecho Penal – parte general, v. 1. / Claus Roxin. – Espanha : Ed. Civitas, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Tratado de Derecho Penal – parte general, tom. I. / Eugenio Raul Zaffaroni. – Argentina, 1988

Textos Suplementares

Exposição de Motivos da Lei 9.613/98 - EM nº 692/MJ – Brasília, 18 de dezembro de 1996

Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

Submetemos à apreciação de Vossa Excelência o anexo projeto de lei que criminaliza a lavagem de dinheiro e a ocultação de bens, direitos ou valores que sejam oriundos de determinados crimes de especial gravidade. Trata-se de mais uma contribuição legislativa que se oferece ao País, visando ao combate sistemático de algumas modalidades mais freqüentes da criminalidade organizada em nível transnacional.

2. O Brasil ratificou, pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, a *"Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas"*, que havia sido aprovada em Viena em 20 de dezembro de 1988.

3. A aludida Convenção dispõe:

"Art. 3o Cada uma das partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:

- I) a conversão ou a transferência de bens... ;*
- II) a ocultação ou o encobrimento... ;"*

4. Desta forma, em 1988, o Brasil assumiu, nos termos da Convenção, compromisso de direito internacional, ratificado em 1991, de tipificar penalmente o ilícito praticado com bens, direitos ou valores oriundos do narcotráfico.

5. Posteriormente, com a participação do Brasil, a XXII Assembléia-Geral da OEA, em Bahamas, entre 18 e 23 de maio de 1992, aprovou o *"Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos"*, elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas - CICAD.

6. Em dezembro de 1994, Vossa Excelência, convidado pelo então Presidente Itamar Franco, participou da *"Cúpula das Américas"*, reunião essa integrada pelos Chefes de Estado e de Governo dos Países Americanos, no âmbito da OEA, realizada em Miami. Foi firmado, então, um Plano de Ação prevendo que:

"Os Governos:

Ratificarão a Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 e sancionarão como ilícito penal a lavagem dos rendimentos gerados por todos os crimes graves."

...

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