

A TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO DECORRENTE DA OCULTAÇÃO DO CAPITAL ILÍCITO PELA CONFUSÃO DE CAPITAIS

The typification of the money laundering arising from the concealment of illicit capital by the confusion of capital

LEONARDO RIBEIRO HENRIQUE DA SILVA JUNIOR DE TAJARIBE
Universidade Candido Mendes

Resumo: O trabalho a seguir objetiva a discussão acerca da mistura de ativos provenientes de crimes e sua potencial conformação típica ao delito de lavagem de dinheiro à luz do direito comparado, bem como as providências legais advindas das convenções internacionais de que o Brasil é signatário, desvelando alternativas para preencher a lacuna legislativa e jurisprudencial sobre o tema discutido.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro; mescla de bens; crimes financeiros; propriedade criminosa; processo penal.

Abstract: The following paper aims at discussing the mixture of risk-derived assets and their potential in delineating money laundering in the light of comparative law, as well the legal provisions arising from the international conventions to which Brazil is a signatory, alternatives to fill a legislative gap and jurisprudence on the topic discussed.

Keywords: Money laundering; mix of assets; financial crimes; criminal property; criminal proceedings.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos os noticiários televisivos e jornalísticos têm abastecido a sociedade com escândalos que denunciam a corrupção sistêmica perpetrada no sistema político brasileiro, o que causa revolta na massa populacional que, privada de seus interesses básico por consequência indireta das condutas reprováveis de seus governantes, se sente injustiçada em seu íntimo.

Tais escândalos salientam delitos de corrupção e organização criminosa que, em grande parte, desvendados pelas competentes forças policiais e ministeriais que integram a Federação,

têm por característica intrínseca a movimentação de expressivos capitais obtidos pelo lucro oriundo de práticas delituosas.

Nesse contexto, o que se busca com o presente artigo é analisar o fenômeno da contaminação dos capitais lícitos resultante da amálgama de capitais ilícitos, utilizada como uma das ferramentas para branquear o capital, fazendo com que este volte à economia popular e possa ser utilizado pelos integrantes das referidas organizações.

Deste modo, busca-se confrontar os dispositivos legais pátrios atinentes a conformação típica do delito de lavagem de capitais com postulados do direito comparado, objetivando o preenchimento dogmático da lacuna verificada no sistema normativo brasileiro referente a mistura dos ativos visando mascarar sua origem criminoso.

2. HISTÓRICO DO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS

A etimologia da denominação comumente adotada para identificar o delito em estudo remonta à década de 20, nos Estados Unidos, momento em que se vigorava a “Lei Seca”, que proibia a fabricação e comercialização de bebidas de forte teor alcóolico, como rum, whisky, vinho e conhaque, visando libertar o país de problemas sociais advindos dos altos índices de embriaguez habitual predominantes na época. Todavia, apesar do esforço legislativo americano, a norma supra mencionada causou efeito contrário, uma vez que aguçou um mercado paralelo de contrabando ilegal de bebidas que movimentava quantias expressivas, ao passo que causou a desmoralização das autoridades, crescimento da corrupção e o enriquecimento das máfias, momento em que gângsters notórios como Al Capone utilizavam-se de lavanderias e outros negócios lícitos para tornar limpo o dinheiro advindo de atividades delitivas como o contrabando de bebidas e prostituição.

Com a revogação da “Lei Seca”, os grupos criminosos organizados em meados da década de 30, ainda nos Estados Unidos, começaram a se concentrar em atividades delitivas diversas, como tráfico de entorpecentes e jogos de apostas, causando o crescimento exponencial

de seus lucros, ao passo que a utilização de negócios empresariais lícitos como as lavanderias de roupas ou veículos se tornaram inócuos para o branqueamento de seus capitais.

Com a crescente impotência dos métodos de lavagem até então empregados e com a lição aprendida pela prisão de Al Capone, os criminosos da época perceberam que a solução adequada seria resguardar o dinheiro obtido longe das autoridades americanas, de forma que vinculasse os agentes financeiros que não possuíssem dever de cooperação com os Estados Unidos, constituindo a gênese das chamadas empresas *Offshore*, situadas em “paraísos fiscais”, ou seja, países com menor estrutura de regulação e controle quanto às operações financeiras praticadas no seu território.

Pode-se afirmar que “lavar dinheiro” é torna-lo limpo, isto é, apto a circular no sistema econômico-financeiro, o capital que foi obtido por práticas tipificadas como antijurídicas pelo ordenamento legal vigente, por meio de mecanismos e instrumentos que se utilizam da expertise do agente, passando por fases e métodos adiante explanadas.

Por estar ligado à instrumentalidade delitiva comumente utilizada por criminosos de notável diferenciação social em termos de análise criminológica, as condutas que se amoldam aos tipos de lavagem previstas em cada país englobam o quadro de crimes que se convencionou denominar “crimes de colarinho branco”, em referência à forma de vestimenta habitualmente utilizada pelos seus agentes.

No contexto da criminalidade de colarinho branco, impõe-se mencionar interessante observação explanada por Edwin H. Sutherland (2016, pag.30) – sociólogo estadunidense que introduziu o termo no mundo jurídico – acerca da genealogia dos agentes típicos dos crimes de colarinho branco:

“As teorias gerais do comportamento criminoso que tiram seus dados da pobreza e das condições relacionadas a isto são inadequadas e inválidas, primeiro porque as teorias não se encaixam consistentemente nos dados de comportamento criminoso; e, segundo, porque os casos nos quais estas teorias estão baseadas são amostras tendenciosas do conjunto total de atos criminosos.”

No plano histórico e normativo, tem-se que a primeira e mais importante espécie normativa a prever a tipicidade da conduta de lavagem de bens e capitais foi a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, também conhecida como Convenção de Viena, de 19 de Dezembro de 1988, a qual possui como

ponto fulcral o combate conjunto e cooperado pelas diversas nações signatárias ao tráfico ilícito de entorpecentes, bem como dos delitos conexos.

No tocante à nomenclatura usual, Rogério Filippeto (2011, pag.97), com palpável brilhantismo, pontua que diversos países como França, Bélgica, e Portugal, utilizam o termo “branqueamento de capitais”, enquanto outros, como Estados Unidos e Argentina, adotam “lavagem de dinheiro”, nesse contexto pode-se afirmar que o Brasil adota uma posição intermediária no tocante ao glossário adotado, consagrando a expressão “lavagem de dinheiro”, apesar de também se preocupar com a ocultação de bens e valores.

Insta salientar que na doutrina nacional não há uma concepção singular acerca do delito de lavagem de capitais, já que cada doutrinador o apresenta de uma forma em suas prodigiosas obras sobre o tema, Entretanto, todas elas possuem como característica comum o fato de qualificar o delito como um procedimento que objetiva tornar lícito o capital ilícito.

Nesta seara, o mencionado autor atenta para a conveniência da distinção entre o que chama de “dinheiro negro” e “dinheiro sujo”, aduzindo que o primeiro precisaria ser apenas “branqueado”, porquanto obtido por meio de atividades lícitas, mas com violação de dever tributário – como é o caso da não declaração em imposto de renda; ao passo que o segundo precisaria ser “lavado”, pois originário de atividade ilícita.

Luiz Régis Prado (2014, pag.364) pontua que o branqueamento de capitais é consequência do processo de globalização da economia, em paralelo com o avanço da informática e comunicação, promovendo o estreitamento de laços entre as nações dispersas pelo globo. Contudo, como efeito colateral dos progressos mencionados, observou-se também a sofisticação das modalidades e a expansão da lavagem de dinheiro, favorecendo o desenvolvimento de um mercado global do crime.

3. TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA INSCULPIDA NO ART.1º DA LEI 9.613/98 COM AS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA LEI 12.683/12 E SUA (DES)SEMELHANÇA NO DIREITO COMPARADO

Superados os apontamentos iniciais, passamos agora a análise do tipo penal da lavagem de capitais insculpido no Art.1º da Lei 9.613/98, *in verbis*:

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

Pedimos vênia para abrir um importante parêntese com o fim de desfrutar da discussão acerca do bem jurídico tutelado pelo delito em comento, em razão da divergência doutrinária que rodeia a definição do objeto de tutela do dispositivo legal em epígrafe. A doutrina pátria diverge ao elencar os bens jurídicos protegidos como como se correspondentes à administração da justiça ou à proteção da ordem socioeconômica.

O eminente catedrático Régis Prado (2014, pag.375) pontuou, em louvável obra sobre o tema, que a ordem econômico-financeira, bem como o sistema econômico e suas instituições mostram-se como objetos tutelados pela norma, como propiciadores da circulação e concorrência livre e legal de bens, valores e capitais.

O direcionamento da tutela à ordem econômico financeira confiado pelo citado doutrinador merece destaque, em razão da incumbência que um sistema financeiro detém de proteger a licitude dos bens e valores negociados em seu contexto econômico, combatendo a lavagem de dinheiro e operações delitivas conexas, para o adequado funcionamento de sua ordem econômica.

Nas palavras do catedrático:

“(…) é de inegável relevância para o funcionamento escorreito da ordem socioeconômica de um determinado país resguardar a licitude dos bens e capitais que circulam no tráfego econômico e combater a lavagem de dinheiro ou bens procedentes de operações delitivas.” (Régis Prado, 2014, pag.367)

Por outro lado, Pierpaolo (2016, pag. 90) sustenta que o crime de lavagem de dinheiro, em realidade tutela a administração da justiça, conforme cátedra exposta:

“Imagine-se um roubo a banco em consequência do qual seu autor adquira dinheiro suficiente para comprar um barco. Caso ele o compre diretamente, em seu nome, não haverá lavagem de dinheiro, mas mero exaurimento do crime. Por outro lado, se o valor for depositado em conta de terceiro, que efetua a compra em nome de empresa laranja, existirá lavagem de dinheiro.

Note-se que, se o barco for comprado pelo preço de mercado, em condições idênticas à aquisição do mesmo bem com recursos lícitos, a ordem econômica não será afetada por qualquer das condutas assinaladas. Ainda assim, no segundo caso haverá lavagem de dinheiro. Assim, a nota diferencial entre o primeiro e o segundo comportamento não é a turbacão da ordem econômica, mas o escamoteamento do produto do crime. No primeiro caso não houve ocultação, blindagem do bem contra possíveis rastreamentos. Já no segundo, percebe-se o escamoteamento do dinheiro, que dificulta sua identificação. A única diferença entre as duas situações, capaz de justificar a punição pela lavagem de dinheiro apenas na segunda, é sua distinta capacidade de afetar o funcionamento da justiça.”

Noutro giro, outros doutrinadores apontam para a discussão lastreada pelas diversas gerações de leis coatoras ao crime de lavagem, tida por primeira geração aquela originada pela Convenção de Viena, já tratada no presente trabalho, que deu azo a promulgação de leis que vinculavam o delito de lavagem ao tráfico ilícito de entorpecentes, por inspiração da citada convenção.

Porém, apesar da inspiração das mencionadas convenções, as normativas advindas da convenção de Viena encontram críticas no momento de determinar qual o bem jurídico tutelado, pois o delito de lavagem sugerido pela Convenção Internacional não se apresenta como objeto central de sua norma, mas apenas um subproduto do combate ao tráfico de entorpecentes, servindo como meio para que os lucros obtidos com as atividades ilícitas de mercancia não sejam inutilizados na econômica lícita.

Entretanto, apesar da eficiente inovação, a problemática gira em torno da ideia de que, se a criminalização da lavagem de dinheiro é apenas um instrumento para a guerra as drogas, concluir-se-ia que o bem jurídico tutelado por ambas as legislações, tanto a antidrogas quanto a repressiva a lavagem de capitais, é o mesmo, qual seja, a saúde pública (Fillipeto, Pag.101).

Já no âmbito das chamadas leis de segunda geração, ganhou relevância a figura do chamado “crime antecedente”, em paralelo ao critério, adotado por poucos países, de desvincular o crime de lavagem de dinheiro de um crime anterior, constituindo as chamadas leis de terceira geração.

O Brasil adota, até o presente momento, uma legislação de segunda geração, prevendo a ocorrência de um crime antecedente, mas sem exigir que ele corresponda a determinadas

figuras típicas pré-determinadas, uma vez que foi abolido, do art.1º da lei 9.613/98, um rol de crimes antecedentes que deveriam ser considerados para que perpetrasse uma condenação por lavagem de dinheiro.

Com efeito, da análise do dispositivo legal retro mencionado, entende-se que o legislador, ao adotar a expressão “*provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*”, satisfizesse com a proveniência dos bens, direitos ou valores de um injusto penal, englobado aqui, também, as contravenções penais, sendo necessário que se fundamente uma conexão entre estes bens e a infração penal antecedente, unindo a isto o vínculo subjetivo do autor quanto ao conhecimento da origem delitiva das vantagens obtidas, bem como a intenção de ocultar esta origem, natureza, localização, disposição ou propriedade.

Diferentemente da técnica legislativa brasileira, que exige diversos elementos para que se perpetre o crime de lavagem de capitais, o Código Penal Espanhol adota posição de interessante contrariedade, na medida em que exige apenas a presença de delito anterior, não reconhecendo a contravenção penal como antecedente, conforme aponta Luiz Régis Prado (Pag.377).

Por derradeiro, salienta-se que apesar da exigência de crime antecedente adotada pela normativa pátria, o crime de lavagem de capitais, possui estrutura própria de autonomia e forma, possuindo considerável autonomia, conforme corrobora o Art.2º, §1º da Lei repressora, *in verbis*:

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

Portanto, o delito de lavagem de capitais não é acessório para nenhuma outra repressão normativa, como era após a Convenção de Viena, mas sim um delito autônomo.

Nesse sentido, manifestou-se o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em 2012, com relatoria do Ministro Jorge Mussi, no **HC nº 207.936/MG**:

3. Desse modo, a simples existência de indícios da prática de algum dos crimes previstos no artigo 1º da Lei 9.613/1998 já autoriza a instauração de ação penal para apurar a ocorrência do delito de lavagem de dinheiro, não sendo necessária a prévia punição dos autores do ilícito antecedente. Doutrina. Precedentes.
(...)

8. Aliás, se própria Lei 9.613/1998 permite a punição dos fatos nela previstos ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime antecedente, é evidente que a extinção da punibilidade pela prescrição de um dos coautores dos delitos acessórios

ao de lavagem não tem o condão de inviabilizar a persecução penal no tocante a este último ilícito penal.

9. É dispensável a participação do acusado da lavagem de dinheiro nos crimes a ela antecedentes, sendo suficiente que ele tenha conhecimento da ilicitude dos valores, bens ou direitos cuja origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade tenha sido ocultada ou dissimulada.

Logo, superados os apontamentos basilares acerca da estrutura do delito econômico em estudo, passamos aos temas centrais do presente trabalho.

4. DA PROPRIEDADE CRIMINOSA ORIUNDA DA MESCLA DOS CAPITAIS

Faz-se necessário, para melhor entendimento dos temas aqui abarcados, que se faça uma definição minimamente acertada do conceito jurídico de “propriedade criminosa”, o qual remonta a procedimentos oriundos do direito marítimo, manifestados em casos de pirataria nos quais se discutia o confisco de navios e bens envolvidos nos aludidos atos de pirataria, em meados dos séculos XVII e XVIII, perante cortes que adotavam o sistema do *common law*, o confisco de navios e bens envolvidos nos aludidos atos.

Então, em consideração à legislação vigente, adotava-se o entendimento de que deveria ser promovido o sequestro das embarcações envolvidas nos delitos de pirataria, em razão daquelas serem objeto do crime, seja constituindo, seja servindo aos atos delitivos.

Com a evolução científico-jurídica, tal compreensão começou a ser aplicada também aos delitos de lavagem de dinheiro, fundamentando o confisco dos valores oriundos da prática.

Nesse contexto, foram editados dispositivos legais de confisco, como o é o Art.7º, Inciso I da lei 9.613/98, com as alterações promovidas pela lei 12.683/12, *in verbis*:

Art.7º: São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:

I - a perda, em favor da União - e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, **de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei**, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (grifo nosso)

Desta forma, a ideia em torno da “propriedade criminosa” torna-se de ímpar relevância, uma vez que passa a ser um imperativo na configuração do tipo de lavagem de capitais, pelo

que a importância de sua elucidação prende-se a necessidade primordial de não só punir o autor do delito, mas também, e sobretudo, de retirar da economia o capital ilícito, em razão deste deter potencial de macular as relações socioeconômicas, Daí ser salutar a identificação deste elemento do delito de lavagem de dinheiro, para que se permita o adequado funcionamento de todo o sistema econômico-financeiro.

Contudo, a questão adquire especial complexidade quando se mostra necessário determinar o que é propriedade criminosa nos casos em que se visualizam indícios do cometimento do delito de lavagem a partir da análise de saldos bancários, visto que não se pode, necessariamente, adotar o entendimento de que a totalidade do capital ali contido é oriundo de crimes pois, caso assim o fosse, adotando-se uma ideia de contaminação irrestrita da atividade criminosa – como o foi nos primórdios do desenvolvimento doutrinário – se terminaria por promover o confisco de parcela vultosa da economia, responsabilizando-se penalmente todos os protagonistas do ciclo econômico, o que será melhor elucidado no curso das presentes explicações.

5. A APURAÇÃO DO CAPITAL ILÍCITO EM CONTAS BANCÁRIAS

Superados os introitos necessários para a compreensão do tema e passando para a exposição da temática sugerida, para melhor entabular a narrativa que se desenvolve, digno se faz apresentar a exposição de Danilo Knijnik, Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS, acerca do assunto:

Nesse contexto, resta identificar então o que constitui uma propriedade criminosa quando se trate de saldos bancários. E, de início, essa identificação, quando em causa examinadas transferências entre contas correntes, envolve investigação eminentemente objetiva, sendo irrelevante a boa ou má intenção de seu ordenante: pode perfeitamente existir intenção de esconder a origem do bem, ou mesmo de cometer crimes e, ainda assim, não se configurar lavagem, porque a propriedade, objetivamente falando, ainda não se tornou criminosa nas mãos do agente. Além disso, trata-se de uma análise bem demarcada no tempo: a propriedade deve ter essa característica no momento da transferência, sendo esse o status que interesse, de modo que, se descontaminada antes da transação, ou contaminada somente após ou em virtude dela, o requisito objetivo não estará atendido.

Portanto, somente demonstrando-se que o saldo bancário envolvido numa transação já está contaminado com depósitos vinculados ao ato criminoso antecedente é que se torna possível reputar provado este elemento objetivo do tipo.

No entanto, no Brasil, não se mostram raros os casos de imputação criminosa nos quais se cometeu a imprecisão técnica de se alegar que a simples mistura do capital lícito com ilícito já se faria suficiente para caracterizar o crime de lavagem de dinheiro, em razão da intenção de se esconder o ativo ilícito.

Nesta seara, mostra-se discutível o argumento comumente utilizado pelo *Parquet* nos casos em questão, sendo necessário que se questione qual é o grau de efetividade contagiosa que o capital ilícito ingressante em contas bancárias possui para contaminar os ativos lícitos previamente existentes.

A doutrina alemã desenvolveu duas teses primordiais sobre o problema levantado, a primeira delas levantada por Sven Hufnagel, que apoia a tese da contaminação total do capital contido na conta bancária.

Pela cognição do mencionado causídico, bastaria uma unidade da moeda vigente na economia pátria para contaminar todo o capital, fazendo com que o objeto parcialmente contaminado proviesse, totalmente, do crime antecedente.

Analisando-se a referida tese sob a luz da teoria dos antecedentes causais, o Professor Stephan Barton da Universidade de Bielefeld, em 1993, ilustrou a hipótese em que um traficante de drogas obteve 1000\$ oriundos de sua atividade de mercancia, os quais são misturados com outro valor não oriundo de atividade criminosa.

O criminoso, então, com estes valores misturados, compra um automóvel de 100.000\$. Transcorrido certo lapso temporal, o agente vende o automóvel por 50.000\$. Tempos após, o adquirente do automóvel, verificando que o mesmo se inutilizou, o vende para um ferro-velho por 50\$.

Pela teoria da contaminação total analisada a luz do postulado dos antecedentes causais, o qual considera como causa toda a ação sem a qual o resultado não se produziria, todos os bens da relação ilustrada são considerados provenientes do tráfico de drogas, como o carro comprado pelo criminoso por 100.000\$, o dinheiro obtido pela revenda do automóvel, bem como a sucata deste revendida para o ferro-velho, assim como os 50\$ obtidos pela venda da sucata.

Ocorre que a mencionada doutrina contraria claramente os princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso, visto que todos os bens e capitais contidos na relação de causalidade hipotética seriam considerados “sujos”, fazendo jus, inclusive, ao confisco. Decorrência da adoção desta teoria seria, por óbvio, o apontado prejuízo para todo o sistema socioeconômico, pois se consideraria ilícito todo o bem em circulação, conforme alhures mencionado.

Já a violação ao princípio da proporcionalidade se daria, dentre outros aspectos, quanto à fixação da pena aplicada ao agente perpetrador, posto que este poderia ser condenado por conta de uma pequena parcela do capital contaminado, no que a doutrina alemã – numa razoável tentativa de solucionar o embaraço - pugna por considerar somente o valor contaminado quando da dosimetria da pena.

Acaso adotada a mencionada compreensão, verificar-se-ia também a violação ao princípio da proporcionalidade, eis que a adoção da tese supra embaraçaria a fixação da pena aplicada ao agente perpetrador, posto que este seria condenado por conta de uma pequena parcela do capital contaminado, no que a doutrina alemã – numa razoável tentativa de solucionar o embaraço - pugna por considerar somente o valor contaminado quando da dosimetria da pena.

É dizer, a pequena parcela do capital contaminado inserido junto a determinadas frações maiores de capital lícito não seria determinante para a condenação ou absolvição do imputado pela conduta de branqueamento, constituindo-se em um indiferente processual, mas tão somente influiria para a fixação da pena a ser aplicada ao agente.

Buscando solucionar as controvérsias apontadas, os doutrinadores alemães tentaram flexibilizar a tese da contaminação total, atribuindo “cotas de maculação”, de modo a se inferir que, caso o capital maculado fosse inferior à cota estabelecida, não haveria crime de lavagem de dinheiro.

Nesse contexto, as doutrinas propunham limites mínimos que variavam de 5% a 50% do capital ilícito misturado com ativos lícitos, defendendo que caso a parcela de capital ilícito não superasse a parcela lícita, não estaria caracterizada a lavagem. É de se dizer que, majoritariamente, a doutrina alemã recepciona a porcentagem de 50% da contaminação do capital.

Por esta teoria, se o agente depositasse 10.000\$ oriundos de crime antecedente em uma conta bancária onde já estivessem depositados 10.000\$ lícitos, oriundos de atividades empresariais regulares, o agente não estaria em conformidade delitiva com o tipo de lavagem de dinheiro, pois a porcentagem de capital ilícito disponível na conta não superou a cota de 50% preteritamente fixada.

Ocorre que não se poderia chegar a certeza matemática sobre qual é o capital ilícito utilizado nas operações desta conta bancária, salvo se o agente, no exemplo exposto, realizasse uma operação de transferência de 11.000\$, entendendo-se que, com certeza, pelo menos 1.000\$ é oriundo de atividades ilícitas, dada a relação de capitais anteriormente disponíveis nesta conta.

Nada obstante, para a lamúria dos órgãos de persecução criminal, a situação exemplificada não se mostra crível nas situações reais. Conjectura-se o caso de um saldo de 10.000\$, dos quais 5.000\$ são lícitos e os outros 5.000\$ são ilícitos., numa negociação criminosa em que dois agentes recebessem 5.000\$ oriundos deste saldo, motivando o esvaziamento da conta bancária e, deste modo, a colocação de todo o ativo ilícito em circulação, pois todos os 5.000\$ maculados ali disponíveis teriam sido retirados.

Todavia, este ativo ilícito poderia ser disponibilizado em sua totalidade para apenas um dos agentes, isto é, 5.000\$ do ativo ilícito para um, e 5.000\$ do ativo lícito para outro, ao passo que poderia ser misturado nesta operação, repartindo-se o ativo ilícito em partes iguais e completando com o capital não maculado – isto é, 2.500\$ de ativo ilícito para um e 2.500\$ para outro - concluindo que ambos os agentes receberam ativos lícitos e ilícitos misturados.

Claro está que, assim como a operação anterior, não se poderia concluir com mínima verossimilhança qual agente recebeu o capital ilícito, adotando-se o brocardo *pecunia non olet*, cláusula tributária utilizada em âmbito processual-penal, a qual versa que “o dinheiro não tem cheiro”, sendo impossível concluir-se, pela mera análise do capital da forma que se apresenta, qual é o ilícito.

Acrescenta-se que, a vista de todo o exposto, todas as teorias anteriormente formuladas encontram impedimento para o enquadramento típico previsto na lei de lavagem de capitais, visto que a comprovação da conexão de procedência entre o capital e o delito é imprescindível não só para a correta verificação das condições de procedibilidade da ação penal, mas também para a própria elementaridade da conduta.

Régis Prado (2014, 377):

“Em todo caso, faz-se necessário estabelecer uma conexão típica entre esses bens, vantagens, direitos ou valores e a infração penal antecedente, vinculada ao elemento subjetivo de conhecimento, por parte do autor do delito de lavagem, da procedência delitativa de tais proveitos. Constitui-se em elemento normativo do tipo objetivo que aparece como condição típica.”

Desta feita, em respeito aos ditames axiológicos que norteiam a processualística penal, dever-se-ia concluir pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*, ante a impossibilidade de se atribuir, com suficiência de elementos probatórios, a tipicidade delitativa aos agentes envolvidos na distribuição do capital.

6. O TRATAMENTO DADO PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NA MISTURA DE CAPITAIS EM CONTAS BANCÁRIAS

O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais relevantes às ciências criminais, os quais preveem o combate ao crime organizado, lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, incluindo a conduta de mescla de capitais, bem como impondo medidas assecuratórias que recaem sobre o capital advindo da prática delituosa.

Vejamos algumas delas:

Convenção de Palermo:

Art.12.4: 4. Se o produto do crime tiver sido misturado com bens adquiridos legalmente, estes bens poderão, sem prejuízo das competências de embargo ou apreensão, ser confiscados até ao valor calculado do produto com que foram misturados.

Convenção de Mérida:

Art.31.5: Quando esse produto de delito se houver mesclado com bens adquiridos de fontes lícitas, esses bens serão objeto de confisco até o valor estimado do produto mesclado, sem menosprezo de qualquer outra faculdade de embargo preventivo ou apreensão.

Convenção de Viena:

Art.5.6, b: Quando o produto houver sido misturado com bens adquiridos de fontes lícitas, sem prejuízo de qualquer outra medida de apreensão ou confisco preventivo aplicável, esses bens poderão ser confiscados até o valor estimativo do produto misturado.

Conforme expõem os tratados mencionados, os bens e valores frutos de fontes ilícitas deverão ser confiscados até o valor estimado do produto ilícito. Assim é a inteligência do Art.4º da Lei 9.613/98:

Art. 4º: O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

Nesse contexto, torna-se especialmente relevante retornar à discussão pretérita quanto à necessidade de se determinar quais os valores encontrados em uma conta bancária poderiam ser qualificados como ilícito e, assim, ensejar a decretação da medida assecuratória acima descrita, até porque todas as convenções internacionais assinadas pelo Brasil utilizam a expressão “estimado” para se referir a valores dubitavelmente ilícitos, caracterizando um estado de insegurança jurídica a ser resolvido pela legislação infra constitucional, visto que os mencionados tratados adquiriram status constitucional ante o processo de aprovação utilizado para sua recepção ao ordenamento jurídico brasileiro.

Por esta razão, o legislador pátrio, adotando a sugestão do Art.5ª, item 7º da Convenção de Viena, utilizou-se da inversão do ônus da prova nos casos de indícios de autoria do delito de lavagem de dinheiro, conforme se desprenda da análise da exposição de motivos da lei 9.613/98, *in verbis*:

66. Na orientação do projeto, tais medidas cautelares se justificam para muito além das hipóteses rotineiras já previstas pelo sistema processual em vigor. Sendo assim, além de ampliar o prazo para o início da ação penal, **o projeto inverte o ônus da prova relativamente à licitude de bens, direitos ou valores que tenham sido objeto da busca e apreensão ou do seqüestro (art. 4º). Essa inversão encontra-se prevista na Convenção de Viena (art. 5º, no 7) e foi objeto de previsão no direito argentino (art. 25, Lei 23.737/89).** (grifo nosso)

A sugestão tratadista foi exposta no dispositivo legal do Art.4º, §2º da mencionada lei, a seguir:

§ 2º: O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

Frise-se que a inversão estampada no dispositivo retro se refere tão somente a exigência imperativa para que os bens e valores objeto de medidas assecuratórias sejam destas liberados, e não à demonstração de conformidade típica do delito de lavagem de capitais.

Assim, a demonstração de autoria e materialidade do crime em comento continua a cargo do titular da pretensão punitiva, e não ao acusado, cabendo a este apenas a demonstração de origem lícita do capital constrangido.

Na avaliação do legislador, trata-se medida que proporciona segurança jurídica à norma analisada, pois não poderiam recair constringências patrimoniais sobre frutos de atividade laborativa regular, em acordo com os postulados legais, apenas por estarem presentes os requisitos cautelares, quais sejam, *fumus commissi delict* e verossimilhança da autoria delitiva.

No entanto, a necessidade de comprovação lícita dos bens sequestrados mostra-se como abusiva, já que inverte os papéis do jogo probatório, na medida em que atribui ao réu a obrigação de provar a “inocência” de seus bens, o que transpõe descabido poder ao Órgão acusador, posto que permite que se tome por ilícito todo capital que não possa ser provado cabalmente como lícito o que, a nosso entender, viola o preceito da presunção de inocência e paridade de armas no processo penal, desvigorando os préstimos do Estado Democrático de Direito.

7. DA OCORRÊNCIA FÁTICA NO CENÁRIO BRASILEIRO

No contexto da recentemente deflagrada operação lava jato, perpetrada sobretudo por membros do Ministério Público Federal em cooperação com a Polícia Federal, verificaram-se situações análogas as misturas de capitais em contas bancárias discutidas na presente exposição.

Em meados de 2018 descortinou-se esquema de corrupção envolvendo a estatal Petrobrás e o Grupo Odebrecht, que resultou em denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal perante o Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba¹.

¹ Ação Penal nº 5023942-46.2018.404.7000

De acordo com a denúncia oferecida, o Grupo Odebrecht, por meio de seu “Setor de Operações Estruturadas”, - qualificado, o qual adequou-se denominar, pejorativamente por “departamento de propinas – teria pago vantagens indevidas a executivos da Petrobrás, dentre eles o Gerente da Área Internacional ao tempo dos fatos, bem como demais empregados do Setor de Operações.

Tais vantagens tratavam-se de propinas para que o Grupo Odebrecht obtivesse informações privilegiadas e tivesse a licitação direcionada para a sua contratação, tendo como objeto a prestação de serviços de reabilitação, construção, montagem, diagnóstico, remediação ambiental e elaboração de estudo nas áreas de segurança, meio ambiente e saúde em instalações da estatal em nove países, além do Brasil.

Neste contexto, descortinou-se um cartel composto entre grandes empreiteiras nacionais, por meio do qual frustravam-se as licitações promovidas pela Petrobrás para contratação de serviços de grande complexidade, dentre as quais o contrato objeto da denúncia, em que as propinas eram pagas aos dirigentes da estatal calculadas em percentuais, que variavam de 1% a 3% sobre os contratos obtidos, tendo alguns agentes apenas o papel de intermediar o pagamento das propinas.

Fator interessante de análise é a forma com que as mencionadas vantagens eram repassadas, a qual se dava por meio de transferências bancárias em dólar em contas nominadas por *offshores*, sobretudo na Suíça, país popular por constituir-se em um paraíso fiscal, denominação jurídica para países que facilitam a aplicação de capital estrangeiro.

Adotando esta forma de pagamento, as empresas que compunham o cartel mantinham o capital utilizado para os acertos ilícitos fora da jurisdição brasileira, dificultando a persecução criminal dos órgãos de segurança pública e inteligência financeira.

Portanto, os agentes denunciados detinham elevada quantidade de capital ilícito, porquanto oriundo do delito de corrupção passiva, mantido em contas bancárias no exterior, no nome de pessoas jurídicas e em moeda estrangeira.

Nesse contexto, considerando a complexidade do decreto condenatório em comento, iremos nos ater a um réu em específico, o qual detinha a função de Gerente da Área Internacional da Petrobrás à época dos fatos, por suas condutas conciliarem-se com o tema do presente trabalho.

O referido agente foi condenado pelo crime de corrupção passiva, insculpido no Art.397 do Código Penal, reconhecida a causa de aumento previsto no art.317, §1º, em virtude de ser funcionário público, infringindo dever de ofício em razão de vantagem recebida.

Reconheceu-se, ainda, a continuidade delitiva no crime de lavagem de dinheiro, considerando a quantidade de operações de transferência monetária em moeda estrangeira, conforme já salientado.

Mister se faz um sucinto parêntese na presente explanação para destacar um elemento específico da sentença em apreço, de cuja avaliação jurídica discordamos, o qual apesar de não encontrar ligação direta com nosso tema de pesquisa, possui inestimável valor acadêmico e forense.

Referimo-nos à condenação da maior parte dos agentes pelo delito de lavagem de dinheiro, baseado na conduta de receber vantagem indevida em contas mantidas no exterior.

Isto é, o Juízo Federal entendeu que a conduta de receber vantagens ilícitas para conceder informações privilegiadas em licitações a serem realizadas pela estatal tipifica não só o delito de corrupção passiva, que possui em seu núcleo típico a conduta de “receber vantagem indevida”, mas também se amolda à conduta de lavagem de dinheiro, cujos verbos nucleares, embora diversos, fazem referência ao ato de dissimular movimentações financeiras de capital ilícito.

Explica-se: o agente teria efetuado acertos indevidos para fornecer informações privilegiadas que detinha em razão de seu cargo e, em troca de tais informações que iriam conceder ao agente corruptor posição de supremacia em licitação futura, teria recebido valores pecuniários os quais, por imposição do agente corruptor, seriam pagos em contas bancárias em nome de *offshore*. Em razão de ter recebido os valores indevidos, os quais integram a conduta de corrupção passiva, o agente também teve imputado em seu desfavor, a conduta de lavagem de dinheiro.

À vista do exposto, a defesa do acusado pugnou pela aplicação do princípio da consunção entre os delitos comentados, arguindo que o recebimento de vantagem indevida por meios clandestinos integra a própria materialidade do crime de corrupção passiva, não constituindo ação distintiva, a parte do núcleo típico, apto a ensejar a tipificação de delito diverso, qual seja, a lavagem de capitais.

Diante disto, extrai-se que os órgãos de persecução penal pretendem que o agente que pratica condutas que se amoldam ao tipo de corrupção passiva receba as vantagens indevidas por meio areado, límpido, cristalino e de fácil rastreabilidade, para que este tenha imputado contra si tão somente a conduta corruptiva, eis que qualquer forma de ocultação do capital no ato de seu recebimento poderia configurar delito autônomo de lavagem de dinheiro.

Lógica semelhante aplica-se à outra situação verificada na ação penal em comento, em que agravou circunstancialmente a pena do mesmo agente em virtude da “sofisticação” da alegada ocultação, a qual teria ocorrido por meio de contas secretas mantidas no exterior, argumentando o Juízo que “tal grau de sofisticação não é inerente ao crime de lavagem e deve ser valorado negativamente”.

Neste ponto, percebe-se que o Juízo adotou justificável grau de razoabilidade, apesar de ter agravado a pena aplicada por lavagem de capitais em virtude da sofisticação da conduta perpetrada.

Parece-nos que, tal como ocorreu com a “clandestinidade” no recebimento de vantagens indevidas a qual, segundo o Juízo Federal, se adequa a conduta típica de lavagem, caso houvesse um tipo penal autônomo para a “sofisticação” na prática de ocultação do capital, este também seria imputado ao agente.

Acrescenta-se que o agente delitivo imputado confessou perante o juízo a prática delitiva, exercendo colaboração espontânea, oportunidade em que declarou que, enquanto os demais agentes do cartel utilizavam o capital mantido no exterior para aprimorar sua vivência financeira por meio da compra de carros e apartamentos, este mantinha o dinheiro como “reserva de emergência”.

Noutras palavras, o agente narrou que utilizava o capital ilícito mantido no exterior como uma “poupança para o futuro”, em virtude de seu rendimento mensal favorável, fazendo com que este não mantivesse poupanças lícitas no Brasil mas, sim, mandasse seu dinheiro limpo, obtido por fruto de seu trabalho na estatal, para a mencionada conta bancária no exterior, misturando-o com o dinheiro sujo que lá preexistia.

À vista do exposto, o agente confessou que misturara os capitais ilícitos obtidos da corrupção imputada com capital lícito, fruto de seu trabalho na empresa estatal, mas que, apesar da mistura, sua intenção era apenas econômica, mantendo uma poupança financeira para

momentos de instabilidade, mantida em ambiente econômico e em moeda mais seguros do que o Brasil.

Sendo assim, foi determinado o confisco apenas dos valores constatados a título de vantagem indevida obtida mantidos no exterior.

Ipsa facto, superando as controvérsias expostas em torno da dupla imputação em desfavor do agente pela conduta de ter capitais em nome de *offshores*, acrescenta-se a isto que, em realidade, não teria o agente agido com a intenção de “lavar” as somas bancárias ao transferir dinheiro limpo para a conta mantida no exterior, ocasionando a mescla dos capitais e, portanto, sua confusão.

Destarte, caberia analisar a possibilidade de dolo eventual em sua conduta, em razão do conhecimento da ilicitude da maior parte do capital presente no exterior, além da confusão de autoria entre o crime antecedente e o crime de lavagem.

Contudo, a discussão em torno da admissão do dolo eventual como requisito subjetivo para o crime de lavagem de dinheiro ainda é atribulada, visto a notável divergência doutrinária acerca da possibilidade de se punir o agente quando este não possuía a intenção “direta” de encobrir o capital ilícito, e nem conhecia absolutamente a origem ilícita deste.

Entretanto, a maior parte da doutrina se concentra em discutir o dolo eventual referindo-se a possibilidade do agente ter conhecimento da origem ilícita dos bens e valores tratados, mas reconhecendo que a mera imprudência ou desinteresse do agente em saber a origem dos bens não é fator suficiente para a caracterização do dolo eventual.

Importante ressaltar que, a propósito da discussão acadêmica apresentada, alguns membros do Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal 470 admitiram a ocorrência do dolo eventual a título de cegueira deliberada por parte de agentes que detinham o “comando” das organizações criminosas investigadas.

Contudo, no contexto mencionado do agente que mistura capitais sem a intenção de encobri-los, ausentes esforços comissivos para tal e não se podendo admitir a punição por ato omissivo do agente a título de lavagem de dinheiro - salvo nos casos de omissão imprópria, nos termos do art.13, §2º do CP -, poder-se-ia admitir, ainda assim, sua imputação por lavagem de dinheiro, ainda que não admitida sua forma culposa no Direito Penal Brasileiro?

Apesar da provocação pretendida ainda se mostrar controversa em âmbito doutrinário, chamamos novamente a cátedra do ilustre Prof. Pierpaolo Cruz Bottini (2016, pag. 138):

Diante disso, a tipicidade da lavagem de dinheiro é composta por elementos objetivos – já estudados – e subjetivos. E o elemento subjetivo nuclear do crime em questão – no Brasil – se limita ao dolo. Ao contrário de outros países – como a Espanha, a Bélgica, a Irlanda, a Suécia e o Chile – o tipo penal não existe aqui na forma culposa – consciente ou inconsciente. Apenas o comportamento doloso é objeto de repreensão, caracterizado como aquele no qual o agente tem ciência da existência dos elementos típicos e **vontade de agir naquele sentido. Logo, não basta a constatação objetiva da ocultação ou dissimulação. É necessário demonstrar que o agente conhecia a procedência criminosa dos bens e agiu com consciência e vontade de encobri-los.** (grifo nosso)

Desse modo, desconsiderar a ausência de intenção do agente em dissimular os valores constitui-se, na realidade, em grave desagrado a um elemento constitutivo do dolo necessário para o crime de lavagem, por meio do qual não poderia o agente ter contra si perpetradas acusações pelo delito de lavagem de dinheiro, de acordo com o que se extrai da doutrina citada.

Neste contexto, não se consideraria forçoso admitir que a amálgama de capitais em contas bancárias não é fator suficiente para a tipificação da conduta delitiva inauguradora da lei 9.613/98, visto que, além do conhecimento sobre a origem ilícita dos valores, seria necessário também a intenção concreta de acobertar esta origem, de forma a amoldar a conduta do agente com o exposto no art.1º da legislação referenciada, ressaltando que o dolo do agente deve ser extraído de elementos concretos no curso da instrução processual, como testemunhas e prova documental acostada aos autos.

8. CONCLUSÃO

Pautando-se nos argumentos evidenciados pode-se extrair que há considerável lacuna na composição legislativa e jurisprudencial pátria, dificultando deveras a separação dos capitais maculados e não maculados nas operações de mistura utilizadas para branquear os ativos provenientes de atividades delituosas, fato que delineia eminente insegurança jurídica no curso de procedimentos instrutórios penais que visem à apuração de condutas de lavagem de dinheiro.

A insegurança jurídica apontada verifica-se, dentre outros aspectos, na latente infração a princípios equânimes como a taxatividade da norma, uma vez que não permite ao cidadão regido pela norma a real consciência acerca da conduta punível, bem como a presunção de inocência, ao impor que o acusado de lavagem comprove a licitude de seus ativos para que estes não sejam objeto de sequestro, ocasionando, inclusive a depreciação dos bens, na hipótese destes só serem liberados após a absolvição das condutas imputadas ou, se assim for o entendimento do juízo, sejam alienados para evitar o seu perecimento.

No tocante às teorias propostas para alcançar a mescla de ativos monetários, entendemos pelo amparo à teoria da contaminação parcial, impelidos pelo respeito desta aos princípios da culpabilidade e presunção de inocência, pelo que o agente só seria culpado na medida do capital ilícito misturado. Não se ignora, contudo, a necessidade de se aperfeiçoar os métodos contábeis que visem apurar qual o ativo maculado e, na impossibilidade de se proceder a esta apuração com elementos aptos a embasar a tese condenatória de mescla de capitais como ferramenta para lavagem de dinheiro, deve-se prosperar o axioma do *in dubio pro reo*.

REFERÊNCIAS:

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários a nova lei 9.613/1998, com as alterações da lei nº 12.683/2012. 3ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.613, de 3 de Março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm. Acesso em: 24 nov. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 7.030 de Dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 24 nov. 2018

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 5.015 de 12 de Março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em 24 nov. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 154 de 26 de Junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em 24 nov. 2018.

BRASIL. 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. Ação Penal nº 5023942-46.2018.404.7000. Autor: Ministério Público Federal, Réu: **Aluísio Teles Ferreira Filho** e Outros. Juiz Federal Sergio Fernando Moro. Sentença de primeiro grau.

COSTA, Alvaro Mayrink da. Curso de Direito Penal, parte geral. Rio de Janeiro. GZ Editora, 2015.

FILIPPETTO, Rogério. Lavagem de dinheiro. Rio Grande do Sul. Editora Lumen Iuris, 2011.
PRADO, Luis Régis. Direito Penal Econômico. 6ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SUTHERLAND, Edwin H. Crime de colarinho branco. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2016.

KNIJNIK, Danilo. Transferências bancárias, propriedade criminosa e lavagem de dinheiro. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal. Rio Grande do Sul. Vol., nº 2, 2016. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/69152/39041>. Acesso em: 9 de out. 2019.