

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

FACULDADE DE DIREITO

DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

CAIO SAGAE MELLO DE MOURA DUMANS

Rio de Janeiro 2016/2

CAIO SAGAE MELLO DE MOURA DUMANS

DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Nilo Cezar Martins Pompílio da Hora.**

Rio de Janeiro 2016/2

CAIO SAGAE MELLO DE MOURA DUMANS

DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Nilo Cezar Martins Pompílio da Hora.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

_____ **Orientador**

_____ **Co-orientador (Opcional)**

_____ **Membro da Banca**

_____ **Membro da Banca**

Rio de Janeiro 2016/2

Sagae Mello de Moura Dumans, Caio.

Do crime de lavagem de dinheiro/Sagae Mello de Moura Dumans, Caio. –
2016.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de
Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo fazer um estudo do crime de lavagem do mote de sua criação à conjectura atual no plano brasileiro. Objetiva-se, também, fazer o estudo dogmático dos aspectos controversos das Lei 9613/98 no âmbito de incidência do Direito Penal material.

Palavras-chave: Direito Penal; Lavagem de Dinheiro; Lei 9613/98; Branqueamento de Capitais.

ABSTRACT

The present work has as objective to make a study of the crime of money laundering of the since its creation till the current conjecture in the Brazilian plane. It is also intended to make a dogmatic study of the controversial aspects of Law 9613/98 within the scope of material criminal law.

Key words: Criminal Law; Money Laundering; Brazil.

SUMÁRIO

Parte I Breve Introdução

- 1 Evolução normativa**
- 2 Cooperação privada**
- 3 Panorama brasileiro**
 - a. Obrigações Administrativas**
 - b. Unidade de Inteligência Financeira no Brasil**

Parte II O Crime de Lavagem de Dinheiro

- 1 Conduta objetiva**
- 2 Bem jurídico tutelado**
 - 2.a. O bem jurídico lesado no crime antecedente como objeto de tutela**
 - 2.b. A ordem econômica**
 - 2.c. A administração da justiça**
- 3 Momento consumativo. Tentativa**
- 4 Causa de exclusão da tipicidade: princípio da insignificância**
- 5 Objeto material**
- 6 Tipo subjetivo**
 - 6.a. Prova do dolo**
 - 6.b. Erro de tipo**
 - 6.c. Momento do dolo**
 - 6.d. Elementos subjetivos especiais**

Parte III Tipos em espécie– p.17

1 **Art. 1.º, §1.º**

2 **Art. 1.º §2.º, I**

3 **Art. 1.º §2.º, II**

Parte IV Autoria

1 **Autoria direta**

2 **Participação**

3 **Omissão penalmente relevante**

Parte V Da Pena

1 **Causas de aumento**

2 **Reiteração delitiva**

3 **Organização criminosa**

Parte VI Delação Premiada

Parte VII Efeitos da Condenação

a. **Da perda do produto ou proveito do crime**

b. **Da interdição**

Parte VIII Da Prescrição

Conclusão

Referências Bibliográficas

Parte I – Breve Introdução

1 Evolução normativa

O tema a ser trabalhado, qual seja “Aspectos Penais da Lei de Lavagem de Dinheiro” recebeu grande destaque na conjectura política criminal que se vive atualmente. A chamada “Operação Lava Jato” ganhou tamanha proporção devido à repercussão midiática e à sua magnitude. A operação teve como mote a persecução de um esquema de lavagem de dinheiro que acabou se estendendo a uma suposta organização criminosa envolvida em uma rede de corrupção.

A política de *follow the money* – pela qual se persegue o produto do crime – é uma das principais políticas no combate às organizações criminosas; a Lei de Lavagem é a principal ferramenta na maior investigação de corrupção da história do país. Nesse sentido, é de suma relevância esmiuçar o tema além do senso comum.

Ademais, a Lei de Lavagem é de grande discussão doutrinária, vez que muitos dos dispositivos e institutos abordados pela Lei permitem uma interpretação ampla, por vezes gerando posicionamentos dissidentes.

Destarte, torna-se interessante uma abordagem jurídica sobre o assunto, delimitando-se o tema na seara Penal. Não se almeja neste trabalho, contudo, adentrar no mérito da “Operação Lava Jato”, mas apenas promover unicamente a análise dogmática da Lei de Lavagem.

Durante o século XX, ao final dos anos 80, alguns setores do crime organizado, especialmente aqueles voltados ao tráfico de drogas, se desenvolveram ao ponto em que sua força e capacidade de articulação passaram a despertar grande preocupação na comunidade internacional.

A partir de uma organização empresarial delitativa as quadrilhas articularam-se em verdadeiras organizações criminosas – estruturadas, hierarquizadas e globalizadas – imunes às medidas repressivas tradicionais. Devido à impessoalidade das entidades criminosas, não obstante o encarceramento de seus integrantes, a empreitada não perdia efeito, vez que, em razão da cadeia de comando instalada nas unidades prisionais ou pela fungibilidade dos seus membros, a empresa continuava a operar.

Ademais, a estrutura empresarial da organização criminosa permitiu que seus integrantes acumulassem capital suficiente para retroalimentar a estrutura criminosa, desenvolver redes capilarizadas e eficientes para atividades direta e indiretamente ligadas ao negócio, bem como cooptar autoridades públicas nos mais diversos setores, em manobras de aliciamento e corrupção.¹

Notou-se, pois, que era necessária uma abordagem mais contundente para desarticulação de tais grupos. Tendo em vista que o dinheiro oriundo da atividade criminosa

¹ PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, *Lavagem de dinheiro*, p.28

era seu sustentáculo, passou-se a confiscar os valores advindos das atividades delitivas como política criminal de combate às organizações criminosas.

Como o resultado decorrente das atividades ilícitas é mascarado em atividades aparentemente lícitas, tornou-se mister o rastreamento dos bens que se originaram dos atos infracionais, sendo o combate à lavagem de dinheiro o foco para desarticulação de tais grupos. Paralelamente ao aparato policial repressivo, surgiram unidades de inteligência financeira capazes de rastrear e identificar o dinheiro “sujo”. Mais do que repressão policial, o Estado passou a se valer de dados, relatórios e dossiês para perseguir o produto do crime e dismantelar associações delitivas.

Conforme corrobora Roberto Podval (1998. p. 211).:

“O que se nota é que a criminalização da lavagem de dinheiro surge como forma de coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, já que não obstante a intervenção do Direito Penal nessa matéria (através de leis cada vez mais severas e com penas menos brandas), tal criminalidade não só persiste como aumenta. Assim, uma vez evidenciada a impossibilidade de o Direito Penal evitar o tráfico de drogas, houveram por bem os Estados punir suas conseqüências”

1 Evolução normativa

Devido ao caráter transnacional dos grupos criminosos, políticas nacionais isoladas são infecundas. O rastreamento do dinheiro “sujo” exigiu o desenvolvimento de instrumentos de cooperação internacional. Destarte, tratados e convenções com recomendações de estratégias para o combate e prevenção à lavagem de dinheiro foram assinados, como a Convenção de Viena (1998), de Palermo (2000), de Mérida (2003), assim como diversos documentos supranacionais voltados ao combate à lavagem, como a Recomendação R(80)10 do Comitê de Ministros da Europa (1990), o Programa Internacional de Ação do Rio de Janeiro contra o

uso, produção e tráfico ilícito de drogas narcóticas e substâncias psicotrópicas (1986), Money Laundering Act Control (EUA, 1986).²

A convenção de Viena, incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto 154/91, inaugura a previsão da lavagem de dinheiro. O enfoque principal do documento é o combate ao tráfico de drogas. Para tanto, os países membros devem caracterizar como infrações penais a conversão ou transferência de bens, com o conhecimento de que tais bens são procedentes do tráfico ilícito de entorpecentes *com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar qualquer pessoa que participe na prática do delito a fugir das conseqüências jurídicas de seus atos*. Observa-se que, embora a convenção não se valha da expressão *lavagem de dinheiro*, constata-se, pois, que se trata do mesmo procedimento criminoso, hábil para ocultar o produto de qualquer crime.

Por sua vez, a Convenção de Palermo, incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto 5.015/04, traz um conjunto de regras para o combate mais efetivo ao crime organizado. O documento discorre expressamente sobre a lavagem de dinheiro, indo além da Convenção de Viena ao indicar que diversos crimes – além do tráfico de drogas – podem originar bens passíveis de lavagem. O documento prevê, ainda, medidas de regulação e controle de bancos e instituições sensíveis à lavagem com propósito de conhecer seus usuários e identificar eventuais operações suspeitas.

Por fim, a Convenção de Mérida, promulgada pelo Brasil pelo Decreto 5.687/06, impôs rígidos controles administrativos sobre a atuação dos chamados *setores sensíveis à lavagem* – instituições financeiras e não financeiras usadas frequentemente para lavagem de capitais – e estabeleceu medidas de incentivo à cooperação internacional.

²

BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueamiento*, 3. Ed. Cap. 2.2.

Há ainda outras convenções internacionais não tratadas neste trabalho, tais quais as de Estrasburgo, de Varsóvia e as três Diretivas do Conselho da Comunidade Européia relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de lavagem de dinheiro, que, no entanto, não integram o ordenamento brasileiro, ora consubstanciado nas leis.

2 Cooperação privada

Percebe-se um esforço internacional com intuito de dismantelar as organizações criminosas por meio da repressão à reciclagem de capitais, desenvolvendo, por conseguinte, políticas criminais repressivas e mecanismos de controle das atividades dos “setores sensíveis”. Para tanto, foram criados grupos de inteligência financeira compostos por especialistas e autoridades públicas, que objetivam aprimorar as estratégias de combate à reciclagem de capitais com base no acúmulo de experiências e recomendações sobre o tema.

Dentre os seguintes grupos, destaca-se o GAFI, instituído pelos países do G7, que expediu diversas recomendações que servem como diretrizes para formulação de políticas criminais no setor.

Ainda, para incentivar a adoção de medidas de combate à lavagem de dinheiro no âmbito interno de cada país, algumas organizações trabalham com *sanções premiais*, *rankings* e listas de países com bom nível de controle e eficientes mecanismos de prevenção à lavagem.³ A boa colocação dentro destas listas indica que o país é seguro para transações econômicas e financeiras lícitas, que há transparência nos atos praticados pelos atores do mercado, sinônimo de solidez institucional, fator que atrai os investidores.

³ Instituições como Basel Institute of Governance elaboram índices de análise de riscos de lavagem de dinheiro relacionados com outros fatores com corrupção e risco político.

Em outra mão, a inadimplência quanto às recomendações de combate à *lavagem* permite a incidência de sanções políticas e econômicas.⁴ Tal providência é justificável, uma vez que o crime em comento apresenta caráter transnacional, sendo certo que os países desidiosos – com fiscalização pouco eficaz que, por omissão, incentivam a criação de *offshores* – prejudicam toda a política internacional de combate ao crime organizado.

Nesse sentido, constrói-se a política de combate à lavagem fundada na cooperação entre o setor público e o setor privado. As entidades que atuam nos setores sensíveis são chamadas de *gatekeepers*,⁵ pois atuam ou têm acesso ao percurso seguido pelo capital oriundo de atividade delituosa até seu branqueamento. Essa posição onisciente privilegiada faz com que os *gatekeepers* tenham não só obrigação de não colaborar com a prática de atos ilícitos, como também devam atuar positivamente, contribuindo para com o Poder Público. Objetiva-se, desta forma, isolar o agente criminoso ao afastá-lo dos profissionais que possam facilitar a prática de reciclagem, dificultar o uso do sistema financeiro e comercial formal para mascarar o produto ilícito e sensibilizar a sociedade para o desvalor de tais atos, capilarizando a obtenção de dados e informações sobre condutas suspeitas.⁶

As regras de colaboração em geral impõem às instituições dos setores sensíveis: a criação de registros e a manutenção de cadastros com informações precisas e atualizadas sobre clientes e suas operações; a comunicação às autoridades competentes de atos e transações suspeitas de lavagem; e o desenvolvimento de políticas internas de *compliance*.⁷

⁴ DE CARLI, Carla Veríssimo. O sistema internacional antilavagem de dinheiro. P. 31

⁵ ARAS, Vladimir. *Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos*. Teresina. 2012. n. 1411.

⁶ BARROS, *Lavagem de capitais*, p. 292.

⁷ BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueamiento*, 3. Ed., Cap. X.

3 Panorama brasileiro

Nos anos 90, diante dos inúmeros casos de corrupção associados à *lavagem*, o mundo político e jurídico percebeu que a forma mais eficaz de combate é o rastreamento e bloqueio do produto delitivo. Somado a isso, no Brasil, havia a necessidade de atrair investimentos externos para o desenvolvimento da economia nacional, de sorte que se demandou a criação de regras voltadas à solidez institucional e financeira do país, contemplando o combate à *lavagem*. Na mesma época foram expedidas as primeiras resoluções do Banco Central do Brasil com objetivo de obrigar os bancos a empregarem maior controle sobre as atividades de seus clientes.

Finalmente, em 1998, foi aprovada a lei 9.613, o primeiro diploma legal a tipificar especificamente o crime de lavagem (de natureza administrativa, penal e processual). Essa lei sofreu alterações em 2002, 2003 e, por último, em 2012, culminando com inúmeras obrigações administrativas e a criação de unidades de inteligência financeira.

3.a. Obrigações administrativas

No âmbito administrativo a lei 9.613/98 estabeleceu que as instituições privadas tivessem a obrigação de guardar informações acerca dos seus clientes e operações (*know your client - KYC*), de informar as autoridades competentes quanto a atividades suspeitas, e desenvolver sistemas de *compliance*.

No artigo 9º da lei em comento há o rol de pessoas obrigadas a tanto. Assim, as pessoas físicas ou jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não a captação, intermediação, a compra e venda de moeda

estrangeira, as bolsas de valores e de mercadorias ou futuros, as seguradoras, as corretoras de seguro, as entidades de previdência complementar ou de capitalização, dentre tantas outras, deverão cumprir as obrigações impostas (artigos 10 e 11) pela Lei de Lavagem.

Nesse sentido, as entidades que operam nos setores sensíveis (artigo 9º) têm a obrigação de armazenar informações sobre seus clientes (*KYC*), bem como de informar às autoridades competentes a suspeita de lavagem.

O artigo 10 da Lei de Lavagem impõe o dever de registrar informações, por meio da identificação dos clientes, criar e manter cadastros atualizados.

Na nova redação da Lei de Lavagem (L. 12.683/12) incorpora-se o dever de *compliance* (art. 10, III), *in verbis*: “deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto na lei”.

O dever de notificar (art. 11) impõe às entidades ou pessoas a obrigação de comunicar às autoridades competentes as movimentações que ultrapassem os limites fixados e as transações efetuadas ou propostas que constituam sérios indícios de lavagem de dinheiro. Almeja-se, desta forma, chamar atenção para aquelas transações supostamente anormais, de sorte que a verdade possa ser averiguada. Caracterizada uma situação anormal, há o dever da entidade operante em setor sensível de comunicar à autoridade competente – Coaf –, mesmo que haja órgão regulatório específico para o setor em que a entidade atue (art 11, II). O próprio dispositivo, em seu parágrafo 2.º, diz que o comunicante de boa-fé não é responsabilizado civil ou administrativamente, caso constatada a licitude das movimentações suspeitas conforme diretrizes dos diplomas internacionais.⁸

⁸ Ver Diretiva 205/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, artigo 26.

Ainda no âmbito do *dever de comunicar*, a lei estabelece (art. 11, II) que as comunicações realizadas não podem ser comunicadas aos clientes. Todavia, conforme lembra Bottini:

“Isso não impede, no entanto, que os profissionais dos *setores sensíveis* informem antecipadamente seus clientes – ou potenciais clientes – todas as atividades que serão comunicadas às autoridades caso efetuadas, para preservar a transparência da relação”. (BOTTINI e BADARÓ, *Lavagem de dinheiro*, p. 42)

Inadimplida a obrigação de comunicar, incidirão as sanções administrativas (art. 12), assim discriminadas: advertência, multa, inabilitação temporária e, mais severamente, a cassação da autorização para operação ou funcionamento. Vale destacar, que o descumprimento dessas regras não traduz, por si só, em responsabilização penal.

3.b. Unidade de Inteligência Financeira no Brasil

Conforme recomendação de diversos diplomas internacionais, criou-se no Brasil, assim como nos demais países signatários das convenções e tratados relativos ao combate à lavagem, um órgão de inteligência financeira com propósito de colher e analisar informações sobre os crimes financeiros em geral.

No Brasil, criou-se o Coaf – Conselho de Controle de Atividades Financeiras –, de caráter exclusivamente administrativo, com poderes para sistematização e análise de

informações, todavia, sem atribuições para determinar medidas coercitivas ou dar início a processos judiciais.⁹

O Coaf é composto por representantes do Banco Central, da Comissão de Valores Monetários (CVM), da Receita Federal e outros órgãos, sendo seu presidente nomeado pelo Presidente da República por indicação do Ministro da Fazenda (L. 9613/98, art. 16).

Todavia, devido à falta de estrutura, não obstante o bom preparo dos técnicos do Coaf, sua carência de efetividade é patente. A realidade é que de dois mil relatórios encaminhados pelo Coaf à Polícia Federal de 2005 a 2010, apenas 136 inquéritos policiais foram gerados.¹⁰

No âmbito administrativo o Coaf tem função regulatória e repressiva. No campo regulatório compete ao Coaf elaborar regras voltadas aos setores sensíveis, obrigando-os a registrar e comunicar informações acerca de seus clientes e atos suspeitos de lavagem. Quanto à função repressiva, cabe ao Coaf instaurar processo administrativo e aplicar sanções às entidades e pessoas que descumprirem as regras previstas nos artigos 10 e 11 da Lei de Lavagem. Todavia, a função repressiva do Coaf incidirá apenas sobre as entidades e pessoas que não possuírem órgão regulatório próprio, como “empresas de *factoring*, comércio de jóias, metais preciosos, pedras, objetos de arte e antiguidades” (LIMA, *O sistema nacional*, p. 62).

⁹ Mais sobre as atribuições do Coaf em: CAVALCANTI, José Robalinho, *O sistema nacional antilavagem de dinheiro e seus atores*, p. 103-104

¹⁰ Coaf, Relatório de atividades 2011. Brasília: Coaf, 2012.

Por fim, compete também ao Coaf a função de organizar estudos e diagnósticos sobre dos crimes financeiros em geral, especialmente à lavagem de dinheiro (L. 9613/98. artigo 11, § 2.º).

Parte II O Crime de Lavagem de Dinheiro

1 Conduta objetiva

O delito de lavagem de dinheiro tem como antecedente necessário a prática de uma infração penal pela qual se obtém o capital ilícito. A primeira fase do processo de lavagem se dá pela ocultação dos valores ilicitamente aferidos, por ela distancia-se o valor de origem ilícita. Posteriormente ocorre o processo de dissimulação da origem dos bens, que se caracteriza pelo uso de transações comerciais ou financeiras. Por fim, realiza-se a introdução dos valores na economia formal com aparência de licitude por meio da integração.

Conforme o artigo 1º da Lei de Lavagem, *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.

A realização de qualquer das duas condutas descritas pelo tipo “ocultar” ou “dissimular” concretiza a consumação. É inadmissível o concurso de delitos nos casos em que o agente pratica as duas ações descritas no mesmo contexto e sobre os mesmos bens, situação em que os atos posteriores absorvem os primeiros, que se tornam meros antefatos impuníveis.

Ocultar significa esconder, tirar de circulação, subtrair da vista. O simples encobrimento já configura o elemento do tipo, consumando-se o delito. Por exemplo: o depósito de capital em conta de terceiros; fragmentação dos valores para movimentação em pequenas quantias incapazes de chamar a atenção; conversão em moeda estrangeira.

Dissimular refere-se ao movimento de afastamento do bem de sua origem delitiva. Essa segunda etapa do delito de lavagem é um ato um pouco mais sofisticado do que o escamoteamento original, trata-se de um conjunto transações financeiras que dificultam a tentativa de rastrear sua ligação com ilícito original. Por exemplo: transações entre contas correntes; compra e venda seqüencial de imóveis por valores artificiais; efetuação de retro empréstimos.

Todavia, para que se configure o crime deve-se ter uma conduta típica, antijurídica, culpável (teoria do delito Von Liszt-Beling), sendo, portanto, mister uma análise do elemento subjetivo, ou seja, a vontade de limpar o capital maculado e reinseri-lo na sociedade com aparente licitude. Destarte, na hipótese de alguém que oculte o produto de um crime com intuito de despê-lo mais tarde, trata-se de exaurimento do crime inicial e não configura delito autônomo de lavagem.

Pela tríade do sistema LISZT-BELING o delito deve ser fato típico, antijurídico e culpável. Porém, o legislador brasileiro optou, para efeitos de configurar o elemento *bens, direitos ou valores (...) provenientes de infração penal*, pela concepção dualista do delito, para a qual basta que se caracterize o injusto penal – ato típico e antijurídico – sendo a culpabilidade mera condição de punibilidade. Desta forma, os produtos provenientes de ato que compreenda injusto penal, muito embora escusável de culpa, poderão ser objeto de lavagem.¹¹ Exemplo: Bens oriundos de infração cometida por menor. Todavia, qualquer

¹¹ BARROS. *Lavagem de dinheiro*. p. 52

excludente de tipicidade ou antijuridicidade, suprime o caráter do injusto penal, descaracterizando a lavagem.

É importante apontar o efeito da delação premiada na lavagem de dinheiro. O sujeito beneficiado pela delação premiada na infração penal anterior pode ser responsabilizado por lavagem dela decorrente. Não vale nesta hipótese a regra da conexão válida para *leniência* (lei 12.529/11), que prevê extensão da extinção de punibilidade pela colaboração nos crimes de cartel aos demais crimes diretamente relacionados, como os de licitação ou de quadrilha. A delação extingue a punibilidade do delito, mas não afeta sua tipicidade, portanto, o produto deste ainda será maculado para configurar objeto do delito de *lavagem*.

Outro ponto de destaque se refere à possibilidade da tentativa da infração anterior gerar produto. O artigo 14, II, CP, não deixa dúvidas quanto ao caráter criminoso da tentativa. Assim, se da tentativa provier produto de valor econômico e esse for mascarado, haverá materialidade típica, a não ser que se trate de contravenção, cuja tentativa não é punida por força do art. 4º Dec.-lei 3688/41.

É necessária a demonstração da existência da infração antecedente e de sua ligação causal com os bens objeto da lavagem. A lei prevê, contudo, que a denúncia pode ser recebida desde que haja meros indícios da existência da infração antecedente (art. 2º, p. 1º, Lei de Lavagem).

No entanto, para condenação pelo delito de lavagem exige-se prova inequívoca de sua materialidade, ainda que dispensada a identificação dos autores ou a punibilidade do crime. Dessa forma, se a absolvição da infração antecedente for fundada pela falta de autoria, falta de provas de autoria, existência de circunstâncias que isentem o réu de pena ou se houver dúvida acerca da sua existência, será possível a verificação da lavagem de dinheiro posterior.

A inexistência de processo ou julgamento do antecedente não impede o reconhecimento de sua materialidade pelo juiz que julgará o delito de *lavagem*. Contudo, as provas da tipicidade e da antijuridicidade serão ônus da acusação e não poderão ser firmada em meras presunções. O mais recomendado é o julgamento conexo da lavagem com o seu antecedente.¹²

Pode ocorrer hipótese de decisões díspares e incongruentes, como a condenação por lavagem em um juízo, seguida pelo reconhecimento da inexistência do fato constituinte da infração antecedente por outro. Neste caso, a segunda condenação será fato novo, passível de revisão criminal e HC.

Neste quadro, caso a condenação pelo crime de lavagem não tenha transitado em julgado, aguardando apelação, será passível utilizar a sentença absolutória relativa à infração anterior como prova nova (CPP, 616).

Por outro lado, caso esteja pendente apenas recurso especial ou extraordinário, tendo em vista a impossibilidade de reavaliação de provas – e, por conseqüência, apreciação de prova nova – a sentença absolutória da infração antecedente não poderá ser considerada. No entanto, será viável diante de um acórdão condenatório por lavagem, HC visando o trancamento da ação penal, por superveniência de justa causa.

Por fim, já tendo sido condenado o acusado por lavagem, caberá revisão criminal diante da superveniência de sentença absolutória pela infração antecedente.

2 Bem jurídico tutelado

¹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*. p. 92

Já foi dito por Roxin (*Derecho Penal*. P. 51) que a função do Direito Penal nada mais é do que a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao funcionamento da sociedade. Todavia, nem sempre é simples determinar o bem jurídico lesado com uma conduta, uma vez que os valores de relevância sociedade variam no tempo e espaço.

Para determinar o *marco conceitual* deve-se recorrer à Constituição Federal. A partir dela é possível estabelecer critérios gerais que indiquem valores que devam ser tutelados pelas normas penais.

A CFRB prevê que o modelo de organização político/social/jurídico da sociedade brasileira é o Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Cf/88). Conforme assevera Roxin (*Derecho Penal*, p. 56), o Estado Democrático de Direito assenta seu feixe normativo sobre o respeito à dignidade humana e ao pluralismo, no reconhecimento da possibilidade de coexistência entre diferentes modos de vida e de comportamentos, protegidos de qualquer discriminação, uma vez que não interfira na liberdade individual dos demais membros da sociedade. Percebe-se, pois, que o pluralismo e a dignidade da pessoa humana, indicados como valores estruturantes da sociedade brasileira, apontam que os bens jurídicos indispensáveis à sociedade e, portanto, passíveis de proteção penal, são aqueles essenciais à preservação e ao exercício da liberdade de autodeterminação do ser humano.

Destarte, exclui-se, na seara penal, do conceito de bem jurídico como elemento inerente à liberdade de autodeterminação humana, as meras imoralidades e as convicções religiosas ou políticas.

No âmbito de lavagem de dinheiro, a identificação do bem jurídico pela norma penal é de suma importância, uma vez que a depender da resposta, serão distintas as naturezas do crime, seus elementos, a abrangência do tipo e a extensão dos elementos subjetivos necessários à tipicidade.

Desta forma, entendendo que toda norma penal tutela um bem jurídico, sempre atrelado à dignidade da pessoa humana, vale mostrar de forma crítica os diversos posicionamentos acerca do tema.

3.a. O bem jurídico lesado no crime antecedente como objeto de tutela

As primeiras tentativas de se desenhar um marco legal para o delito de lavagem estavam atreladas aos esforços para combater o tráfico de drogas. Portanto, neste primeiro momento era compreensível que o bem tutelado fosse a Saúde Pública.

Todavia, uma segunda geração de normas de lavagem de dinheiro se caracterizou pela ampliação do rol de crimes antecedentes. Além do tráfico passaram a figurar outras infrações ao rol de geradores de bens passíveis de lavagem. Deste modo, firmou-se a ideia de que o objeto de tutela não era a Saúde Pública, mas sim o bem jurídico lesado na infração antecedente.¹³ Ex. reciclagem da extorsão mediante seqüestro afetaria a liberdade individual e o patrimônio.

Contudo, questiona-se a legitimidade da criminalização de um comportamento que incide sobre um bem jurídico já lesionado por uma conduta anterior. A punição pelo segundo crime, tendo por fundamento a tutela de um bem já lesado, caracterizaria um *bis in idem*. Ademais, na hipótese de autolavagem, em que o autor da lavagem é o autor do delito antecedente, seria forçoso reconhecer a lavagem como mero exaurimento do crime anterior ou absorção desse por aquele.

¹³

MOLINA. *Que se protege em el delito de blanqueo de capitales*. p.122

Ainda, sob o foco na política criminal, uma segunda crítica pode ser tecida. A estratégia do combate destas práticas é a progressiva autonomia categorial do delito de reciclagem, para evitar que as dificuldades de apuração de autoria do delito antecedente interfiram na persecução do crime de lavagem. Tanto o é, que os diplomas legais desvinculam a lavagem de dinheiro da constatação plena do crime antecedente ao indicar que bastam indícios da infração precedente para o recebimento da denúncia por lavagem (art 2º, p.1º, lei 9613/1998), restando entre ambos os delitos apenas uma relação de causalidade material.

Há, ainda, a quebra da proporcionalidade ao se fixar a mesma pena para delitos que, conforme a teoria em questão, lesam diferentes bens jurídicos.

3.b. A ordem econômica

Os valores derivados de práticas criminosas e reinseridos na economia afetariam, conforme alega Pitombo (*lavagem de dinheiro*. p. 83) *a livre iniciativa, o sistema concorrencial* (capital reciclado é mais barato e não sofre peso de tributos e regulações impostos ao capital lícito), as relações de consumo, a transparência, o acúmulo e o reinvestimento de capital sem lastro em atividades produtivas ou financeiras lícitas, desta forma turbariam o funcionamento formal e o equilíbrio da economia.

Essa teoria consolida a natureza autônoma da lavagem de dinheiro, sem impor óbices à política criminal. Afasta, também, a incidência de *bis in idem*, uma vez que a punição recai sobre ações que lesam bens jurídicos distintos (bem do crime antecedente e ordem econômica). Ainda, seria razoável dentro do conceito de proporcionalidade a pena do delito de lavagem sem distinções quanto à qualidade do crime original.

No entanto, ainda que a maior parte dos crimes de lavagem afete – ou tenha o condão de afetar – o funcionamento regular da economia, nem sempre isso ocorre. Muitas vezes, o

impacto econômico do uso direto do produto do crime é o mesmo decorrente da lavagem de dinheiro.

A título ilustrativo, imagine o produto de um roubo sendo direcionado na compra de um carro, trata-se, pois, de mero exaurimento do crime de roubo. Agora imagine o produto de roubo sendo lavado e, através do dinheiro de aparente licitude, a compra de um carro. O impacto econômico é o mesmo independente da lavagem.

Ademais, as condutas do caput do art. 1º da Lei de Lavagem – ocultar e dissimular – seriam mera tentativa, ou mesmo atos preparatórios, de lesão à ordem econômica, que só seria consumada através da reinserção do bem na economia formal, momento em que a ordem econômica seria deveras lesada. Contudo, uma vez que a lei prevê a identidade de punição sobre todas as condutas (a mera ocultação consuma o delito de lavagem), não poderia se falar em tentativa ou atos preparatórios, sendo, sob a ótica da ordem econômica como bem jurídico lesado, desproporcional a punição, como delito consumado, de um ato longe de lesar o bem jurídico a ser defendido.

3.c. A administração da justiça

Tal qual o delito de *favorecimento real* (arts. 348 e 349 CP), o delito de lavagem afeta a capacidade da Justiça de exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito.

Entende-se, conforme posicionamento de Luis Regis Prado (*Curso de direito penal*. p. 713), a lavagem como um processo que não lesiona o bem originalmente violado, contudo, coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça, vez que se vale de complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem delitiva e com isso dificultar o seu rastreamento pelas autoridades. Macula-se, portanto, o desenvolvimento eficaz da atividade de potestade judicial.

Por esta ótica pode-se conferir maior autonomia entre o delito de lavagem e o crime antecedente, também se permite superar a vedação do concurso material nos casos de identidades de agentes na prática do crime antecedente e da lavagem (autolavagem).

Ainda, sob a perspectiva da isonomia, a proposta é a mais plausível. Se o bem jurídico é a administração da Justiça, seja qual for o crime antecedente, é admissível a uniformidade das penas. O fato de o crime antecedente ser mais ou menos grave não afeta a natureza do comportamento posterior, que sempre colocará em risco o funcionamento do sistema de Justiça.

No entanto, vale ressaltar, que o dolo indispensável é aquele relacionado à realização dos elementos do tipo penal de lavagem, não sendo necessário, portanto, que a vontade do agente seja a afetação da administração da Justiça. Ocorre que, assim como ocorre com o delito de favorecimento e denunciação caluniosa, o agente busca seus objetivos – lucro ou satisfação pessoal – por meio da afetação consciente e voluntária do sistema de Justiça.

3 Momento Consumativo. Tentativa

O tipo de lavagem não elucida qual a natureza do delito, o que permite interpretações distintas. Pode-se entender a conduta *ocultar* do caput do art. 1º como um *continuum* criminoso com execução em andamento enquanto o bem permanecer ocultado. Por outro lado é possível entender que o ato de *esconder* trata-se de um *delito instantâneo*, consumado no momento da ocultação ou da dissimulação, e perceber a permanência nesse estado como mera consequência natural da conduta original.

A importância prática é que, caso opte-se por entender como crime permanente, caberá prisão em flagrante a qualquer momento enquanto o bem estiver oculto ou dissimulado, bem

como incidirá nova lei penal sobre os atos em andamento, ademais, impactará a contagem do lapso prescricional.

Para dirimir as dúvidas propõe-se analisar a conduta do agente tendo em mente a teoria do *domínio dos fatos*. Adotando a *administração da Justiça* como bem tutelado pelo tipo de lavagem, é compreensível que se incline pela permanência do delito, uma vez que enquanto persistir a ocultação, permanece obstruída a investigação sobre a origem dos bens. Destarte, aquele que dissimula origem de bens para si e que dispõe do domínio do mascaramento, praticaria crime permanente, ao passo que aquele que colabora no processo de lavagem sem qualquer poder direto de interrupção realizaria crime instantâneo de efeitos permanentes.

Todavia, no entendimento de Pierpaolo Cruz Bottini (*Lavagem de dinheiro*. p.. 79), a classificação da natureza do delito se refere às características objetivas do delito em si, e não ao autor. E, pelo prisma objetivo, a manutenção do bem oculto ou dissimulado é mera decorrência ou desdobramento do ato inicial. Destarte, trata-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, inclusive sobre ponto de vista sistemático, haja vista os demais delitos contra à *Administração da Justiça* serem de caráter instantâneo.

A característica principal do crime permanente, não é a disponibilidade da reversão da lesão pelo autor, mas a continuidade do comportamento delitivo ao longo do tempo por atos reiterados do agente. Além do que, do ponto de vista político criminal, confere maior segurança jurídica este entendimento.

Todavia, a cada nova ocultação dos bens ocultados, com intuito de aprofundar a ocultação, ou dissimular, haverá um novo ato típico. Ocorre uma nova consumação que absorve a anterior pela identidade de valores/bens, e por situar na mesma linha de desdobramento.

Como a maior parte dos crimes, a lavagem possui um *inter criminis* segmentado nas etapas de *cogitação, atos preparatórios, início da execução, consumação e exaurimento*. Sendo sabido que a cogitação e os atos preparatórios são impuníveis, o início da execução delimitará a aplicação da norma penal de lavagem.

Para determinar o início da execução adota-se o critério objetivo-material, pelo qual se inicia a execução do delito quando “o bem jurídico entra no raio de afetação do comportamento, sempre que ele esteja conectado com as condutas descritas no tipo penal e tenha uma unidade de significado sob a perspectiva do plano do autor” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*. p. 153).

No caso da lavagem, inicia-se esta, quando o agente tem a sua disposição o produto do crime e coloca objetivamente em curso o seu plano de ocultação ou dissimulação. Assim, por exemplo, a transferência regular de dinheiro lícito para paraísos fiscais com intuito de testar o mecanismo para posterior uso em lavagem. Contudo, deve haver sempre o dolo, como bem aponta Marco Antonio de Barros (*Lavagem de Capitais*, p. 82), “a simples utilização de paraísos fiscais como instrumento de investimento externo e de transferência de recursos não constitui crime”. Destarte, haverá punição por tentativa uma vez que o processo de ocultação não tenha se consumado (e que esteja provado o elemento subjetivo de oculta e lavar bens ilícitos).

Pune-se a tentativa, conforme art. 14 do CP, com a pena do crime consumado diminuída de um a dois terços. Nas hipóteses em que o instrumento da tentativa for absolutamente ineficaz, ou o objeto material for absolutamente impróprio, a tentativa não é punível (crime impossível ou tentativa inidônea, art. 17, CP). Também há crime impossível na situação em que a movimentação era monitorada pelas autoridades públicas desde a prática da infração anterior, uma vez que, também nesses casos, o bem jurídico não é colocado em risco.

4 Causa de exclusão da tipicidade: princípio da insignificância

O princípio da insignificância aponta a ausência de tipicidade material nos casos em que a afetação do bem jurídico é de pouca monta. A aplicação do princípio ao delito de lavagem será mais ou menos extensa conforme o bem jurídico entendido como tutelado.¹⁴

Na hipótese de se entender por bem a ordem econômica como bem tutelado, será insignificante o comportamento sem potencialidade para afetá-la. Exigir-se-á, pois, maior dano, ou potencial de dano, do resultado da lavagem, na dimensão capaz de colocar em risco o funcionamento da economia.

Por outro lado, se caracterizada a administração da Justiça como bem tutelado, o fenômeno da insignificância tem seu âmbito reduzido uma vez que mesmo ocultações simples e precárias serão típicas, desde que idôneas para obstar o funcionamento da administração da Justiça. Carece de idoneidade as ocultações grosseiras, precárias, sem qualquer potencialidade para tanto, sendo assim, a conduta será atípica por impossibilidade do crime (art. 17 CP).

Por fim, entendendo-se a infração antecedente como bem jurídico tutelado, a insignificância desta repercutirá na apreciação da lavagem posterior. Nesse sentido, caso bem furtado seja insignificante, assim será a sua ocultação.

5 Objeto material

¹⁴ Mais sobre o princípio da insignificância em MIRABETE, Julio Fabbrini; MIRABETE, Renato Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 40

O objeto sobre qual recai o ilícito de lavagem são bens, valores e direitos *provenientes de infração penal*. Portanto, seja qual for a infração antecedente, ela só poderá gerar lavagem se produzir resultados ou frutos.

Os instrumentos do crime não são susceptíveis de lavagem, pois não possuem relação de causalidade com o antecedente, pois já estão na esfera de disponibilidade do agente antes da prática da infração anterior.¹⁵ Para alguns autores aplica-se a *conditio sine qua non* para que se afira a relação de causalidade entre o delito de lavagem e o delito original, de forma que, caso suprimido mentalmente o crime antecedente não haveria o produto a ser lavado, não há de se falar em lavagem.

No entanto, há casos mais complexos em que ocorre mescla de valores lícitos e ilícitos. Exemplo em que, com produto de um crime somado a seu patrimônio lícito, um indivíduo compre um apartamento e depois, devido a valorização do imóvel, o revenda por valor maior. Nesta hipótese, para evitar a expansão desarrazoada da incidência da norma, faz-se necessária uma avaliação da relação dos bens com o antecedente de forma proporcional. Daí afere-se a idéia de *contaminação parcial*,¹⁶ pela qual se entende que os bens oriundos da mistura de capital lícito com ilícito são contaminados na proporção do valor de dinheiro sujo envolvido. Destarte, o lucro obtido na venda do imóvel seria contaminado na proporção do capital sujo que lhe foi investido.

Há ainda, casos de *crimes fiscais* em que o objeto do crime anterior é preexistente ao delito e não produto deste. No entanto, depois da ampliação do rol de antecedentes prevista no novo texto incluiu-se os crimes fiscais, de modo que todos os bens originados ou

¹⁵ BLANCO CORDERO. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. Ed. Cap.III, 3.1.3.

¹⁶ Critério adotado por BLANCO CORDERO. *Idem*. Cap. IV. 5.5.3.1.4.

economizados pela sonegação podem ser considerados objeto de lavagem. Vale frisar que nesta hipótese só será produto da lavagem a parcela sonegada e não a totalidade do valor que gera a obrigação fiscal.¹⁷

Contudo, é de grande valia lembrar que o artigo 20 da lei 10522/02 estabelece o parâmetro de insignificância nos crimes tributários:

“Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”

Portanto, a sonegação até essa quantia não será objeto de lavagem. Da mesma forma que a regularização da situação fiscal antes do recebimento da denúncia, com efeitos de extinção da punibilidade, retira o caráter ilícito dos bens em questão .

Outro ponto importante para discussão é a natureza dos ganhos delitivos. A doutrina discute se apenas os lucros líquidos do delito são objeto de lavagem, ou se o termo abrange todos os ganhos (brutos) provenientes do delito. Exemplo: Traficante investe mil reais em drogas e as revende por três mil reais, em quanto será o objeto da lavagem? Conforme entendimento de Blanco Cordero (“El delito de blanqueo”, 3 ed. Cap. IV, 3.1.4), pelo fato dos bens lícitos serem investidos em atividades ilícitas, cujo resultado está maculado por completo, os ganhos brutos provenientes do ilícito podem ser objeto da lavagem.

¹⁷ Vale destacar que há estudos que apontam a impropriedade em se considerar o valor economizado como produto da lavagem nos crimes fiscais. Nesse sentido, SALOMÃO NETO em <http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/sonegacao-fiscal-e-lavagem-de-dinheiro-um-casal-disfuncional>

6 Tipo subjetivo

a. Prova do dolo

A lavagem de dinheiro é crime exclusivamente doloso, sendo assim, deve ficar provado que o agente conhecia a procedência ilícita dos bens e agiu com a consciência e vontade de encobri-los. Demonstra-se o dolo por meio de fatos objetivos que provem a existência de uma relação psicológica do agente com a realidade delitiva. Assim, só haverá tipicidade se houver indícios do conhecimento e da vontade da realização típica. Afasta-se assim, a responsabilidade objetiva da seara penal.

Contudo, Rodolfo Tigre Maia (Lavagem de dinheiro. p. 88) afirma que basta a suspeita da origem delitiva do produto (dolo eventual para delito de lavagem) para que se afaste o erro de tipo.¹⁸ Ainda que a exposição de Motivos da lei original admita expressamente o dolo eventual (EM, 609/MJ/96), esta, devida vênua, não parece ser a posição mais adequada. Primeiro vale destacar que a exposição de motivos que acompanha a lei não tem caráter de interpretação vinculante e pode ser suplantada por outras formas de interpretação, como pela interpretação sistemática ou normativa.

Do ponto de vista sistemático, basta analisar que a admissão do dolo eventual é precedida da expressa menção no texto legal pelos termos “deve saber”.

¹⁸ No mesmo sentido, DE CARLI. *Dos crimes*. p. 188; MORO. *Crime de lavagem de dinheiro*. p. 62; PRADO. *Dos crimes: aspectos subjetivos*. p. 228; DELMANTO. *Leis penais especiais comentadas*. p. 62; entre outros.

Do ponto de vista político-criminal, a aceitação do dolo eventual imporia uma carga custosa aos setores sensíveis, vez que sempre é possível duvidar da procedência de determinado capital ou dinheiro.¹⁹

Porém, caso se admita o dolo eventual no âmbito da lavagem, deve-se antes distingui-los da *culpa consciente*, na qual, doravante a estranheza que circunda a origem do bem, o agente tem certeza ou segurança de que eles são lícitos e que qualquer suspeita é improcedente. Desse modo, não são suficientes apenas os indícios objetivos de anormalidade que ronda a origem dos bens.

Ainda na incidência deste âmbito, cabe ressaltar os casos de *cegueira deliberada*, no qual o agente cria mecanismos que o impedem de aperfeiçoar sua representação dos fatos. A hipótese de cegueira deliberada, de acordo com Blanco Cordero (*El delito de blanqueo de capitales*, 3. ed., Cap VII, 3.2) pode ser equiparada ao dolo eventual, desde que o agente tenha criado consciente e deliberadamente as barreiras ao conhecimento e com a intenção de deixar de ter contato com a verdade ilícita. E, por fim, é necessária a dúvida razoável, pela qual o homem mediano desconfiaria da origem dos bens.

b. Erro de tipo

O erro de tipo sobre a infração antecedente pode ser *fático ou valorativo*.²⁰ O agente erra sobre o contexto fático pelo qual se originou o bem. Exemplo: esconde-se, a pedido, um bem, cuja origem não se sabe ser delitiva.

¹⁹ Posição adotada por BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*. p. 98.

²⁰ Tema mais abrangido em CALLEGARI. *O erro de tipo no delito de lavagem de dinheiro*.

No entanto, o erro de fato deve incidir sobre elemento típico da infração antecedente, descrito no texto legal, não sendo contemplado erro sobre autoria, local, culpabilidade. Ademais, não é suficiente o conhecimento das circunstâncias fáticas, o autor deve também ter ciência do caráter ilícito penal da origem dos bens. Ex. Ocultar dinheiro oriundo de rifa, desconhecendo rifa tratar-se de contravenção penal. Ocorre na hipótese erro de subsunção pela valoração errônea dos fatos.

Vale notar que o erro de tipo em comento é bem similar ao erro de proibição, pois ambos incidem sobre a consciência da ilicitude. No entanto, nos tipos em questão, como o de lavagem, essa consciência é parte integrante do tipo penal, é uma elementar típica. Logo, se trata de erro de tipo em decorrência de erro de subsunção, o que afasta a tipicidade, e não ausência de potencial consciência do ilícito, que exclui apenas a culpabilidade, sem afastar a qualidade do injusto penal de dar azo ao crime de lavagem.

c. **Momento do dolo**

O dolo deve ser atual e acompanhar a execução dos atos de encobrimento, sendo necessário que o agente ponha em prática a empreitada delituosa.

Na hipótese de dolo superveniente, deve ser analisada a natureza jurídica do crime de lavagem. Caso este seja de natureza permanente, o dolo superveniente terá o condão de preencher o elemento subjetivo do tipo penal.

Por outro lado, caso entenda-se o crime de lavagem como instantâneo, o conhecimento posterior da origem delitiva do bem será caracterizado como dolo subsequente e não superveniente, uma vez que o crime já se consumou e a manutenção do erário na conta será

mero efeito de um delito pretérito. Essa conduta será atípica, pois o dolo era necessário no momento de recebimento dos valores, da ocultação, e não em período subsequente. No entanto, caso o titular da conta movimentada, estará configurando nova agressão ao bem tutelado.

d. Elementos subjetivos especiais

Há uma intenção transcendental ao comportamento típico (*ocultar e dissimular*), qual seja, a *vontade de reciclar o capital por operações comerciais ou financeiras aparentemente lícitas*. Não basta a vontade de ocultar ou dissimular, é preciso a vontade de reciclar o capital sujo.

O fato desse elemento subjetivo não constar na redação legal não afasta sua qualidade de elementar típica. Ademais, fosse exigido apenas o dolo de ocultar e dissimular, nenhuma seria a diferença entre lavagem e favorecimento real (artigo 349, CP). E dessa identidade, seria impossível a punição do delito de *autolavagem*, pois a simples ocultação do produto do delito por seu autor, sem demais intenções, é desdobramento natural do ato infracional, e a repressão do agente por essa prática é inviável diante da *inexigibilidade de conduta diversa*, fato que exclui a antijuridicidade do delito.

Parte III Tipos em Espécie

1 Do § 1.º do artigo 1.º

Art. 1º (...)

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

Ao suprimir a expressão “*direta ou indiretamente*”, presente no caput, o legislador quis que o objeto material do §1º fosse restrito aos bens provenientes diretamente de infração penal. Pode-se afirmar, portanto, que os comportamentos típicos do §1º são uma modalidade especial de ocultação ou dissimulação.

Desta forma, no caso de não ser o bem produto direto de crime, caberá a incidência do caput. No entanto, o delito será de natureza instantânea na hipótese de “guardar ou ter em depósito” do inciso II, §1º. Vale ressaltar que o §1º não dispensa o elemento subjetivo especial, que é o dolo de ocultar ou dissimular com a finalidade de reciclagem dos valores.

A conversão dos ativos lícitos, descrita no inciso I, ocorre com a transferência de bens diretamente procedentes de crime em outros passíveis de integrar o patrimônio do agente. Vale ressaltar que esta conduta é punível apenas se houver vontade de reciclar ou ocultar os bens, a compra ou aquisição de um bem para consumo não caracteriza lavagem.

O inciso II é composto de várias condutas, cabendo ressaltar que a prática de mais de uma delas não importa a pluralidade de delitos, mas um único ato criminoso. Analisando por etapas pode-se distinguir um primeiro grupamento de condutas, “*adquire, recebe, ou recebe em garantia*”. Nesses casos, apenas será sujeito ativo do delito aquele que não praticou a infração antecedente, uma vez que não faz sentido que o próprio o adquira, receba ou receba como garantia.

Percebe-se, pois que não se admite a *autolavagem* por razão lógica do próprio texto legal. Nas hipóteses de “trocar, negociar, dar em garantia” é mais provável a identidade entre o agente da infração anterior e do crime em discussão.

Nestas hipóteses o crime é de natureza instantânea. Por sua vez, aquele que “*guarda ou tem em depósito*” comete crime de natureza permanente, por outro lado, esta modalidade não admite *autolavagem*, por entender ser mera consequência natural do delito antecedente o ato de guardar ou ter em depósito.

2 Do inciso I do § 2.º

Art. 1.º (...)

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

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

A conduta objetivamente punível é o mero *uso* dos bens de proveniência direta da infração, uma vez que o texto legislativo supre a expressão “direta ou indiretamente”. Trata-se de crime comum – diferente da receptação qualificada, art. 180, p. 1º, pois só pode ser praticado por aquele que exerça com habitualidade a atividade comercial ou industrial –, comissivo e instantâneo.

Na redação anterior o termo “saber da procedência” figurava no tipo, de modo que a sua supressão teve o objetivo de estender a tipicidade àqueles que suspeitam da proveniência infracional dos bens, muito embora, não tenham plena ciência, assumindo os riscos de praticar lavagem de dinheiro. Ou seja, admitiu o dolo eventual.

No entanto, vale ressaltar que o objeto do tipo em comento é diretamente oriundo da infração antecedente, caso não o seja, incorrerá no tipo do *caput*, o qual exige dolo direto

Rodolfo Tigre Maia chama atenção para o caráter subsidiário do inciso em comento (*Lavagem de dinheiro*, p. 100):

“Será muitas vezes subsidiário em relação a outras variantes constantes deste artigo na medida em que (a) aqui não se exige o especial fim de agir de ocultar ou dissimular o produto do crime e em que (b) a utilização dos ativos quase sempre pressupõe a posse ou detenção dos mesmos, o que pode incidir no inc. II do parágrafo anterior, ou (c) pode resultar na ocultação ou dissimulação dos bens, o que caracterizará o tipo do *caput*”.

Merece ser frisado, ainda, que incidirá o elemento subjetivo especial – intenção de mascarar o produto ilícito – sobre a conduta praticada. De sorte que ficará afastada a incidência do artigo 61 do CP (cometer delito para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime), fato que configuraria *bis in idem*.

Não havendo a intenção de mascarar do produto, aquele que recebe o produto do crime antecedente responderá apenas na forma do artigo 180 do CP, referente à receptação. Todavia, caso haja um acordo de repasse posterior deste produto, com aparência de legalidade decorrente do uso econômico ou financeiro, este que o recebeu responderá pelo delito de *lavagem*.

3 Do inciso II do § 2.º

Art. 1.º (...)

§ 2.º (...)

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Trata-se aparentemente da expansão do conceito de participação, pois o mero pertencimento a grupo que pratique tais atos, ainda que em caráter secundário ou eventual, é o bastante para configurar o inciso, não sendo necessário qualquer ato de colaboração efetiva com a lavagem.²¹

Contudo, parte da Doutrina entende ser excessiva a imputação do delito de lavagem a todos os integrantes de empresa que saibam ou tenham ciência dos atos ilícitos ali praticados, independente da concreta contribuição da sua função para prática do delito. Nas palavras de Marco Antonio de Barros (Lavagem de capitais. p. 187):

“é muito arriscada e perigosa esta forma de inculpação. Ela não satisfaz ao bom direito ao se contentar com a mera participação consciente, sem exigira a suficiente comprovação da prática de atos característicos do crime de ‘lavagem’”.

Em razão disso, o dispositivo do inciso II deve ser interpretado com razoabilidade. Para evitar o excesso na incidência da lei, deve-se analisar o dispositivo em comento com as regras de concurso de agentes do art. 29 do CP. Deste modo, será autor/partícipe todo aquele que contribuir para prática do delito, na medida da sua culpabilidade, não bastando para isso que o indivíduo participe da organização e saiba de sua atividade ilícita.²²

Parte IV Da autoria

²¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*. p. 116.

²² SANCTIS. *Crime organizado*. p. 68.

1 Autoria direta

Primeiramente, será autor aquele praticar o delito diretamente e sem coação, com ciência e intenção de realização típica, qualquer dos comportamentos preceituados no art. 1º da Lei, na forma do seu *caput*, do §1º e do inciso I do § 2.

Também será autor aquele que colabore de maneira funcional e essencial com o delito praticado em conjunto, colocando-se em posição chave, desde que tenha o controle consciente de suas atribuições essenciais relacionadas ao curso causal e tenha poder de interrupção de seu desdobramento – *domínio funcional dos fatos*.²³

Por fim, também são autores aqueles que praticam a lavagem de dinheiro valendo-se de coação para influir a vontade de outrem ou de artifícios que induzam outrem a erro, que age sem dolo ou culpabilidade. Nesta hipótese o agente da lavagem usa outrem como instrumento para o ato delitivo (*autoria mediata*). É o que ocorre em estruturas de poder altamente organizadas, como cartéis de tráfico.

2 Da participação

De acordo com a definição de Nilo Batista (*Concurso de agentes*. p. 157), partícipe é aquele que colabora ou auxilia na prática criminosa sem a titularidade do delito, sem executar diretamente qualquer conduta descrita no tipo, sem domínio dos fatos ou da organização delitiva.

²³

Mais sobre o tema em BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*.

Ainda que o CP, não faça distinção direta de autor e partícipe, indica que cada um será punido *na medida de sua culpabilidade*, e também, no § 1º do artigo 29, indica causa de diminuição para a participação de menor importância. Há, ainda, a indicação da dualidade autor-partícipe no CPP que, ao tratar da pronúncia do Tribunal do Júri, indica que o juiz só o fará se “*convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*” (art. 413 do CPP).

Por esses motivos entende-se pela concepção dualista do concurso de agentes, pelo qual, no crime praticado por mais de uma pessoa, é possível a distinção entre autores e partícipes, conforme a natureza do comportamento de cada um.

De acordo com a doutrina a participação se dá pela colaboração moral ou pela colaboração material.²⁴ A *colaboração moral* acontece pela *indução*, quando o agente faz nascer no outro a idéia da prática do crime, ou pela *instigação*, quando o agente reforça na disposição já existente (em geral, participação de menor importância). Aquele que induz ou instiga alguém à prática de lavagem de dinheiro responde pela participação no delito, desde que a execução do mascaramento tenha se iniciado (CP, art. 31).

Participa materialmente do delito aquele que contribui materialmente para sua realização sem, no entanto, ter o domínio dos fatos ou da organização. Há controvérsia acerca do seu limite punível. Para o delito de lavagem de dinheiro critérios de imputação objetiva determinam os limites da abrangência da norma sobre o comportamento. A conduta penalmente relevante é aquela que cria o *risco não permitido*, que se reflete no resultado.²⁵ O risco não permitido é verificado quando o comportamento tem potencial para efetivamente

²⁴ FRANCO. *Do concurso de pessoas*. p. 229.

²⁵ Teoria da Imputação objetiva. ROXIN. *Derecho penal*. p. 364; Estudos. p. 109.

colocar em perigo concreto ou lesionar o bem jurídico. A conduta deve ser adequada para produzir o resultado e ultrapassar a fronteira do risco comum, do tolerável.

O comportamento, no âmbito da lavagem, estará dentro do risco permitido nos casos em que o agente respeita as *normas de cuidado*. Estas normas estão previstas em normas ou atos normativos expedidos pelo Poder Público; extraídas do conjunto de regras técnicas ou costumeiras que regem determinadas atividades profissionais; ou do *dever normal de cautela* sob o prisma da experiência geral da vida (compostas pela previsibilidade e exigibilidade).

Por fim, em se tratando de um crime de resultado, para imputação objetiva da participação não basta a criação do risco não permitido. É necessário que o risco criado, em contradição com as normas, atos administrativos e regras técnicas profissionais de cuidado, violando o dever de cautela exigível do homem médio, contribua causalmente para o resultado, previsível, de escamoteamento.

Ainda assim, os elementos que configuram a participação objetiva só serão puníveis quando acompanhados do dolo, ou seja, conhecimento e vontade do resultado.

A título de limites da participação punível, o legislador elaborou uma lista de setores sensíveis à lavagem de dinheiro (artigo 9º, da Lei), cujos profissionais devem colaborar com o combate ao crime. Este dever de colaboração compreende diversas obrigações como compilar e sistematizar dados sobre os usuários de seus serviços (art. 10, da Lei), bem como de comunicar às autoridades atividades suspeitas de lavagem (art. 11, da Lei).

Aqui merece destaque a figura do advogado. Pela sua atividade pode ser considerado setor sensível, sem afetar a substância última do exercício da atividade: a confiança da relação advogado-cliente?

Ao arrolar os setores sensíveis, o Legislador apontou no inciso XIV, do artigo 9º da Lei o seguinte traslado:

“XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; ”

O conceito amplo de assessoria e consultoria de qualquer natureza engloba a atividade de advocacia. No entanto, a atividade do advogado pressupõe uma estrita confiança entre ele e seu cliente, sem a qual a prestação profissional é esvaziada. Para dirimir dúvidas deve-se analisar como a imposição do dispositivo mencionado afeta as quatro espécies de serviços de advocacia sugeridos.

O *advogado togado* – aquele que representa alguém em litígio – está dispensado do dever de comunicar, uma vez que não exerce atividade de *assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência*. Atua como representante, categoria distinta, pois não orienta, mas *fala pela parte no processo*. A exigibilidade do dever de comunicar nesta situação comprometeria o direito de defesa, vez que a ausência de transparência e confiança comprometeria qualquer orientação advinda do advogado e, por vez a linha de defesa e argumentação.²⁶

²⁶

DE GRANDIS. *O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro*. p. 128.

O *advogado de consultoria jurídica para litígios* – aquele que presta consultoria ou profere pareceres voltados especificamente para litígios judiciais ou extrajudiciais atuais ou futuros – não está obrigado a comunicar. Os serviços prestados por este serão usados para a definição de uma estratégia em um litígio, mesmo que futuro, sendo, portanto, íntimos do direito à defesa. Estaria, pois, debilitada a defesa caso se exigisse o comprometimento de informar deste.

O *advogado de consultoria ou assessoria jurídica estrita* – aquele que se limita a analisar a situação jurídica do cliente ou da operação por ele pretendida, sem relação direta com um litígio – deve comunicar. Nesse caso, como não há uma relação clara com o direito de defesa, o advogado fica sujeito ao dever de comunicar. No entanto, ainda que essa posição esteja indicada em diversos documentos internacionais, não tem repercussão na perspectiva da legislação brasileira. Mesmo na consultoria desvinculada do contencioso é possível antever um litígio, senão, seria dispensável a assessoria jurídica naquela seara. Ademais *Estatuto da Advocacia*, de mesma hierarquia que a lei de lavagem, estabelece em seu artigo 1º que as atribuições sobre as quais incidem o seu texto são as “atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”. Dessa forma, o exercício destas atividades – pela regra da especialidade – é regido por este diploma legal, que exige o sigilo e prega a inviolabilidade do escritório, local de trabalho, instrumentos e correspondência.

Por fim, há o advogado cuja atividade vai além daquela prevista em lei específica, extraprocessuais, eles assessoram e ou colaboram materialmente para operações financeiras, comerciais, tributárias ou similares, sem que tal se limite a análise jurídica. Uma vez que tais atividades extrapolam a âmbito daquelas previstas no Estatuto dos Advogados, eles têm os deveres impostos pela Lei de Lavagem.

No entanto, o advogado, como qualquer outro profissional, deve abster-se de participar ou contribuir com atos ilícitos. Caso colabore, intelectual ou materialmente com o

escamoteamento de bens e tenha dolo em fazê-lo, será punido ao menos a título de participação.

3 Omissão penalmente relevante

Nos crimes de lavagem, nota-se uma grande utilização da *omissão imprópria* – art 13, § 2.º, CP, agente tem o dever de impedir o resultado, *dever de garante*, e capacidade de fazê-lo, no entanto não evita – como forma de atribuir aos dirigentes de instituições financeiras e empresas a responsabilidade penal pela prática do delito.

O agente possui dever de garante quando: tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; de outra forma, assumiu a responsabilidade de evitar o resultado; com seu comportamento anterior, criou o risco de ocorrência do resultado.

No primeiro caso, a fonte do dever do agente é a lei. Assim se a lei impõe que determinado profissional tem o dever de evitar a lavagem de dinheiro, ele deverá agir para impedir o resultado nessa seara, sob pena de responder pela prática do crime.

Outra fonte do dever de garante é o agente ter assumido voluntária e conscientemente o dever de evitar o resultado. Nesse caso, deve ser inequívoca a consciência do agente sobre sua assunção. Só há, nesta hipótese, o dever, quando previsto expressamente em estatuto, regimento ou ato normativo interno, e não existir ato formal de delegação do mesmo a terceiros.

A terceira fonte do dever de garantia é a criação do risco de resultado. Isso ocorre na hipótese já discutida em que o agente cria o risco não permitido, pelo descumprimento das normas institucionais ou técnicas de cuidado ou do dever normal de diligência.

Além do dever de garantia, é necessário, para que se configure a omissão imprópria, que o resultado seja previsível e que sua evitação seja possível.

Embora a Lei de lavagem imponha aos profissionais e entidades que operem em setores sensíveis uma série de obrigações de caráter administrativo, isso não necessariamente significa atribuição expressa do dever de garantia, pois a norma estabelece a obrigação de informar e não de impedir lavagem.

Nas palavras de De Grandis (*O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro*. p. 132):

“forçoso é reconhecer, ao contrário do que ocorre com a União Européia, por exemplo, a lei 9.613/1998 não impõe às pessoas relacionadas em seu art. 9.º o dever de abstenção de conduta que possa caracterizar o branqueamento de ativos, limitando-se a exigir que elas procedam à identificação adequada de seus clientes, mantenham registros de transações que realizaram e comuniquem às autoridades competentes a ocorrência de operações suspeitas”.

Ainda que o novo texto legal institua o dever de *compliance* para as pessoas obrigadas, nos termos do art. 10, III, vale notar que a determinação normativa não busca instituir mecanismos internos para evitar a prática de lavagem de dinheiro. Portanto, não parece que o descumprimento de qualquer das normas administrativas da lei 9613 atraia o dever de garantia e seja suficiente para omissão imprópria.

Parte V Da pena

A pena varia de três a dez anos e multa. Muito embora não se aplique o rito dos Juizados Especiais, é possível a substituição da pena por restritiva de direitos.

Para muitos autores a pena prevista pela Lei – de três a dez anos e multa – afronta o princípio da proporcionalidade. Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence (rel. Min. Sepúlveda Pertence, RHC 80.816-6/SP, 1.ª T., j. 18.06.2011):

“cuida-se de uma das mais severas penas mínimas de todo o Código Penal (...) se – como me parece a mais convincente das posturas, na discussão a respeito – se identifica na Administração da Justiça o bem jurídico protegido por sua incriminação – a pena mínima de reclusão cominada será a mais alta de todos os delitos que recebem no Código essa classificação”.

Deste modo, pode ser corrigida pelo controle de constitucionalidade, já admitido pelo STF.²⁷

1 Causas de aumento

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

a. Reiteração delitiva

Fixada a pena-base nas circunstâncias judiciais e nas agravantes e atenuantes – excetuando-se a prescrita no art. 61, II, b, que prevê o agravamento se o agente comete o

²⁷ Ver decisão monocrática do Min. Celso de Mello no HC 92.525-1/RJ em 31.03.2008 e voto do Min. Gilmar Mendes em ADIn 3112/DF em 02.05.2007.

crime para facilitar ou assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime, visto tratar-se de elementar do próprio delito de lavagem – devem ser aplicadas as causas de aumento previstas no § 4º.

Conforme a redação do § 4º aumenta-se de um a dois terços da pena se os crimes forem cometidos de forma reiterada, sendo certo que basta que se comprove que o agente praticou o crime mais de uma vez, sem necessidade da averiguação da habitualidade. No entanto, essa aplicação abrangente parece excessiva. Aplicar a causa de aumento de pena àquele que simplesmente reiterou – ainda que por uma vez – a conduta típica, equiparando-o aos que fazem da lavagem um meio de vida parece injusto e desproporcional.

Ademais, do ponto de vista dogmático a aplicação da reiteração como causa de aumento de pena gera um conflito aparente de normas com as regras do crime continuado (art. 71, CP). O instituto do crime continuado especifica e particulariza uma forma de reiteração: aquela com um *nexo de continuidade* pelas *condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes*, ao contrário do que faz o § 4.º da legislação especial, que trata da reiteração genérica, sem menção a um nexo de continuidade. Desta forma, caso haja nexo de causalidade na reiteração do delito de lavagem aplica-se a regra do crime continuado (aumento de 1/6 a 2/3), e a causa de aumento do § 4.º para reiteração da lavagem sem o nexo de continuidade (1/3 a 2/3).

Resta ainda um problema a ser superado. Nos casos em que não haja o nexo de continuidade, onde é aplicada a causa de aumento do § 4.º, incidirá também a regra do concurso material? Calcular o aumento em cima da soma das diversas lavagens seria *bis in idem*, uma vez que se puniria os diversos fatos típicos cumulativamente e ainda os utilizaria como justificção para a causa de aumento de pena. Em suma, utilizar-se-ia o mesmo elemento (crimes de lavagem) para duas punições. Ademais, pode-se incorrer ainda em duplo *bis in idem*, uma vez que os crimes de lavagem também justificariam a agravante da reincidência.

Destarte, a solução apontada por Bottini (Lavagem de dinheiro. p. 162) é de que a causa de aumento de pena pela reiteração não parece ser aplicável a caso algum, pois nos casos em que houver nexos de continuidade incidirá a regra do crime continuado e, quando não houver nexos de continuidade, será reconhecida a acumulação própria do concurso material, sem a aplicação da majorante, em respeito ao *ne bis in idem*.

b. **Organização criminosa**

A definição de organização criminosa só ganhou contorno menos nebuloso após 16.09.2013 através da lei 12.850, que, em seu art. 1.º, definiu o conceito como:

“Art. 1º (...)

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

Inicialmente, há de se distinguir o conceito de grupo criminoso do concurso simples de agentes. No concurso simples de pessoas os agentes se reúnem em caráter eventual, sem institucionalidade ou organização. Quanto ao grupo criminoso, pressupõe-se certa institucionalização, uma estabilidade temporal na relação entre seus membros.

A forma mais simples de grupo criminoso é o bando ou quadrilha (artigo 288, CP), contudo não se constata organização complexa ou bem estruturada e não há referência à gravidade do crime almejado. A mera associação com elemento subjetivo especial de cometer crimes de quatro ou mais pessoas já configura o crime de quadrilha.

Há também a associação criminosa para o tráfico (Lei 11.343/2006, art. 35) que é caracterizada pelo conjunto de duas ou mais pessoas para prática, reiterada ou não, dos crimes previstos no artigo 33, caput e §1.º, 34 e 36 da Lei de Drogas.

Por fim, a estrutura mais elaborada de associação criminosa que é a organização criminosa. Trata-se da formação de grupo estruturado, organizado, hierarquizado, voltado para prática de crimes graves e com estabilidade consolidada.

Contudo, o conceito de organização criminosa, muito embora preconizado pela Convenção de Palermo (incorporada em 2004 pelo Decreto 5.015) só foi definida no plano legal nacional através da lei específica sobre organizações criminosas em 16.09.2013. Acerca da data em que o conceito de organização criminosa deverá incidir surge uma confusão temporal (2004 ou 2013?).

Bottini (*Lavagem de dinheiro*. p. 165) propõe que a melhor solução é considerar a lei específica de 2013 como marco para se falar em organização criminosa, vez que à época não existia uma definição legal vinculante de organização criminosa. A definição da Convenção de Palermo é uma recomendação que só possuiria efeitos legais se transformada em norma de determinação. Desta posição comunga o STF em HC 96.007, rel Min. Marco Aurélio, j. 10.11.2009.

Portanto, apenas para os crimes de lavagem praticados a partir de 16.09.2013 que incide a causa de aumento de pena pela organização criminosa.

Parte VI Delação premiada

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

à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

O primeiro dos requisitos legais da delação é o seu caráter espontâneo. Conforme aponta o autor Luiz Flávio Gomes (*Lei de Lavagem de capitais*, p. 344), “não basta que a colaboração seja ‘voluntária’ (ato livre) – requer-se um *plus*, que é a espontaneidade”. Portanto, não pode ser provocada por terceiros, mas deve ser de iniciativa do delator²⁸. Não importa, porém, o propósito do delator, sendo irrelevantes os motivos que o levaram a delação (Ex. vingança, vantagem, etc). Embora a lei não diga, é evidente que a delação realizada na fase extrajudicial deve ser sustentada em juízo²⁹.

A delação deve produzir três efeitos: “esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”. A conjunção alternativa *ou* indica que basta a realização de um dos efeitos para que seus benefícios sejam aproveitados pelo delator.

Com relação ao primeiro dos efeitos – apuração das infrações penais – não há referência a qual das infrações deve a colaboração permitir apuração. Não havendo nenhum esclarecimento ou restrição por parte do legislador, é de se concluir que se trata de apuração de ambas as infrações, isto é, tanto das infrações antecedentes como da infração de lavagem. Porém, tendo em vista a autonomia do crime de lavagem, se o colaborador participou somente da infração antecedente, não tendo sido denunciado por lavagem, ou somente atuou no delito

²⁸ MAIA, Lavagem de dinheiro, p. 106

²⁹ ³⁰ O STJ decidiu que: “Correta a não aplicação do art. 14 da Lei 9.807/1999 (delação premiada), uma vez que, segundo o acórdão impugnado, o primeiro paciente contradisse em juízo toda a sua confissão policial, não indicando o correu D. como coautor do roubo, bem como suas informações não foram imprescindíveis à localização do correu. Precedentes” (STJ, HC186.566/SP, 5.ª T., j. 15.02.2011, v.u., rel. Min. Napoleão Nunes Mais Filho).

de lavagem, não tendo participação nas infrações antecedentes, é de se admitir que, os benefícios da delação premiada se produzam apenas em relação à infração pela qual é investigado ou foi denunciado.

O segundo efeito da delação é a identificação dos autores, coautores e partícipes. Note-se o uso da conjunção aditiva *e*, deste modo não basta a identificação apenas dos autores, ou somente dos coautores, ou ainda, exclusivamente dos partícipes.

Por fim, a colaboração deverá contribuir com a localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime.

Em relação aos sujeitos participantes da delação premiada, ainda que a lei não ofereça mais detalhes sobre o procedimento, em regra, trata-se de um acordo entre o réu e o MP, posteriormente levado ao magistrado para apreciação e aplicação do benefício. O juiz não deve presenciar ou participar das negociações da delação, pois caso o julgador presencie as negociações, colocará em risco a sua imparcialidade objetiva³⁰.

Do ponto de vista probatório, a delação não pode ser equiparada à prova testemunhal, uma vez que não se pode presumir a mesma liberdade moral no imputado que se pressupõe da testemunha, muito embora prevaleça entendimento diverso. Para que seja equiparada à prova testemunhal – possua validade contra o delatado – é necessário que a delação seja produzida em contraditório, dando inclusive oportunidade ao defensor do acusado para que formule perguntas ao delator, como se tratasse de uma testemunha arrolada pela acusação (CPP,

³⁰ BOTTINI e BADARÓ, *Lavagem de Dinheiro*, p. 170

212).³¹ Assim é o entendimento do STF (STF, HC 94.016/SP, 2.ª T., j. 16.09.2008, v.u., rel. Min. Celso Mello):

“Possibilidade jurídica de um dos litisconsortes penais passivos, invocando a garantia do *‘due process of law’*, ver assegurado o seu direito de formular reperfuntas aos corréus, quando do respectivo interrogatório judicial. Assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito – fundado em cláusulas constitucionais (CF/1998, art. 5.º, LIV e LV) – de formular reperfuntas aos demais corréus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face de prerrogativa contra autoincriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperfuntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedentes do STF.”

De qualquer forma, para que possa ser considerada meio de prova a delação deve ter três requisitos preenchidos: (1) o correu que fez a delação tenha confessado sua participação no crime; (2) a delação encontre amparo em outros elementos probatórios existentes no autos; (3) no caso da delação extrajudicial, que ela persista em juízo. Ausente algum destes requisitos, ou o contraditório, a delação não tem qualquer efeito jurídico.

Parte VII Efeitos da condenação

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

³¹ GRINOVER, MAGALHÃES GOMES FILHO, E SCARANCA FERNANDES, *As nulidades no processo penal*, p. 347

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;

II - a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

§ 1º A União e os Estados, no âmbito de suas competências, regulamentarão a forma de destinação dos bens, direitos e valores cuja perda houver sido declarada, assegurada, quanto aos processos de competência da Justiça Federal, a sua utilização pelos órgãos federais encarregados da prevenção, do combate, da ação penal e do julgamento dos crimes previstos nesta Lei, e, quanto aos processos de competência da Justiça Estadual, a preferência dos órgãos locais com idêntica função.

§ 2º Os instrumentos do crime sem valor econômico cuja perda em favor da União ou do Estado for decretada serão inutilizados ou doados a museu criminal ou a entidade pública, se houver interesse na sua conservação.”

1 Da perda do produto ou proveito do crime

O CP, em seu art. 91, prevê como efeitos automáticos da condenação a obrigação de indenizar pelo dano causado e a perda, em favor da União, dos instrumentos do crime e do produto ou proveito do crime. A Nova lei de lavagem dá redação similar, mas com algumas distinções.

Os direitos e valores que serão perdidos na lei de lavagem podem ser relacionados direta e indiretamente ao delito de lavagem, enquanto o CP fala em produto e proveito. O objeto da perda na lei de Lavagem não é o produto ou ganho com a prática do crime, mas o objeto *do crime*. A perda, portanto, incide não apenas sobre aquilo que se ganha com a lavagem, mas sobre todo o capital oriundo da infração antecedente.

A Lei de Lavagem ainda estipula o destino dos bens: a União, nos casos de competência da JF, ou Estados, nos casos de competência da Justiça Comum (art. 7.º, § 2.º, da Lei de Lavagem).

2 Das interdições

Trata-se, em verdade, de algo próximo à pena de interdição do direito de atuar em determinados setores (art 47, I e II, CP). Por isso, o entendimento é de que sua incidência não deve ser automática. A extensão da afetação de direitos exige motivação judicial conforme o caso concreto e a culpabilidade do autor da *lavagem*.³²

Vale destacar, ainda, que a previsão expressa dos efeitos da condenação por lavagem não afasta a aplicação dos demais previstos no CP, em especial da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, quando for aplicada a pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos.

Parte VIII Da prescrição

Aplica-se a regra da Parte Geral do CP (artigo 109, II). Dessa forma, a prescrição da pretensão punitiva da lavagem é de dezesseis anos.

Entendo-se o crime como instantâneo de efeitos permanentes o prazo prescricional terá como marco inicial o momento da sua consumação. Contudo, caso seja adotado o

³² MAIA, Lavagem de Dinheiro, p. 140

entendimento de que se trata de crime permanente, o marco inicial da prescrição só se dará quando cessada a permanência.

Conforme o entendimento majoritário – crime instantâneo de efeitos permanentes – o início do prazo prescricional ocorrerá no momento da realização do ato típico, com exceção da modalidade de lavagem do art. 1.º, § 1.º, II, na forma de “guardar ou ter em depósito”.

Entretanto, a cada novo ato de lavagem, ainda que sobre os mesmos bens, haverá nova consumação delitiva. Deflagra-se, dessa forma, nova contagem do prazo prescricional.

Conclusão

Através do presente estudo dogmático percebe-se a complexidade do delito de Lavagem. Ao ser adotada uma corrente doutrinária em detrimento de outra, pode-se, de efeito, alterar o direcionamento e abrangência de sua incidência. Vale apontar, a título ilustrativo, o resultado prático que ocorre ao adotar um bem jurídico como lesado pelo delito de lavagem e suas consequências na esfera de outros institutos, tais como prescrição, momento consumativo, incidência do princípio da insignificância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. Concurso de agentes. 4. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 2. Ed. São Paulo: ED. RT, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DE GRANDIS, Rodrigo. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividades suspeitas de lavagem de dinheiro. *Boletim IBCCrim*. Vol. 20. N. 237. P.9-10, ago. 2012.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini; **MIRABETE**, Renato Fabbrini. **Código Penal interpretado**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PITOMBO, Antônio Sergio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Ed. RT, 2003.

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

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. Vol. 2.

ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte General**. 2. Ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2006. T. I.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Combate à lavagem de dinheiro. Teoria e Prática**. Campinas: Millennium, 2008.