VIVIAN CRISTINA SCHORSCHER

**A CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO:
CRÍTICAS PENAIS**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2012

VIVIAN CRISTINA SCHORSCHER

**A CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO:
CRÍTICAS PENAIS**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Titular Sérgio Salomão Shecaira.

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2012**

Parte da pesquisa foi patrocinada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) em convênio com o Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) por meio de uma bolsa de “Doutorado Sanduiche” junto à Johann Wolfgang Goethe-Universität em Frankfurt am Main, Alemanha.

AGRADECIMENTOS

Muitas foram as pessoas que, a seu modo, contribuíram para a realização desse trabalho.

Agradeço em primeiro lugar ao Prof. Sérgio Salomão Shecaira, por ter-me acolhido como orientanda após a prematura perda do meu orientador originário, o Prof. Antonio Luis Chaves Camargo, quando apenas iniciava o programa de doutorado. Sem o apoio que do saudoso professor recebi na concepção do projeto e, do Prof. Salomão, no seu desenvolvimento, esta tese não teria sido possível.

Agradeço também à CAPES e ao DAAD, cujo convênio me proporcionou uma bolsa de “doutorado sanduiche”, sem a qual não poderia ter enriquecido o presente trabalho com os estudos realizados na Johann Wolfgang Goethe-Universität, em Frankfurt, sob a tutela do Prof. Dr. Dr. h.c. Ulfrid Neumann, com quem tive a oportunidade de entreter diversos e construtivos debates sobre temas relevantes para o desenvolvimento dos argumentos ora tecidos.

Agradeço, ainda, à Prof. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara e ao Prof. Eduardo Ferrari Reale, pelos valiosíssimos comentários e críticas tecidos durante e após o exame de qualificação. Inestimável também o continuado apoio do Prof. Renato de Mello Jorge Silveira, orientador de minha Tese de Láurea e precioso amigo.

Também agradeço a todos os integrantes do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, na pessoa de Dalva Veramundo Bizerra de Souza, cuja competência e paciência tornam este um lugar, onde todos os estudantes se sentem acolhidos.

Finalmente, agradeço àqueles sem os quais jamais teria ousado me aventurar nesta empreitada e cujo carinho, compreensão e confiança foram determinantes para que ela fosse concluída: meus pais, Clarissa e Hans, meu irmão e sua esposa, Roman e Paula, assim como os grandes amigos Caroline Tomazoni, Mariana Ciccotti, Patricia Parra, Ana Rüsche, Andreas von Hirsch, Koko Chung, Diana Goldau e Alexander Hevelke.

RESUMO

A legitimidade da criminalização de condutas na legislação brasileira de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, bem como seu tratamento em âmbito internacional, e a dificuldade encontrada em sua adequada delimitação e aplicação eficaz constituem a problemática central desta tese. A justificação, validade, legitimidade e pertinência desta criminalização são analisadas criticamente em aprofundada discussão dos problemas atinentes ao sistema penal e como este pode, ou não, trabalhar com a atual criminalização da lavagem de dinheiro. São idealizados referenciais básicos, almejando, no mínimo, efeitos menos deletérios em uma tipificação tida como exemplo de quão gravemente os princípios fundamentais do direito penal liberal podem ser agredidos no afã criminalizante. Os resultados alcançados neste trabalho se traduzem na conclusão pela ilegitimidade desta tipificação penal na atual forma e na proposição do estabelecimento de contornos nítidos para a delimitação da responsabilidade criminal neste delito. Para além dos estreitos limites do direito penal, outra abordagem é oferecida, visando propiciar uma solução aos conflitos que surgem na sociedade brasileira em decorrência de condutas de lavagem de dinheiro, ultrapassando-se definitivamente o tecnicismo jurídico em favor de um sistema funcional de direito penal e, sobretudo, condizente com os fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: lavagem de dinheiro – legitimidade e criminalização – bem jurídico e “harm principle” – autoria e participação – simbolismo penal

ABSTRACT

The legitimacy of⁷ the criminalization of money laundering conducts in the Brazilian legislation and its treatment in the international forum, as well as the difficulties faced in adequately limiting the extent and effective application of that law constitute the main focus of this doctoral thesis. The justification, validity, legitimacy and pertinence of this criminalization are critically analyzed through detailed discussion of the problems posed in view of the penal system and of whether it could possible work with the contemporary criminalization of money laundering. Basic guidelines are developed with the goal of, at least, containing the negative impact of a criminalization that is seen as an example for how gravely elementary criminal law principles can be hurt in through excessive use of the criminal law. The results reached translate into the conclusion of the illegitimacy of the criminalization of money laundering in its current form and in a suggestion for the stipulation of clear limits to the reach of criminal responsibility for this conduct. Beyond the narrow area of criminal law, another approach is offered, aiming at creating a solution for the conflicts which arise in Brazilian society as a consequence to acts of Money laundering, thereby favoring a systemic approach under observation of the fundamental principles of a democratic State founded on the rule of law.

Keywords: Money laundering – legitimacy and criminalization – “bem jurídico” and harm principle – perpetrator and accomplice – legal symbolism

ZUSAMMENFASSUNG

Die Legitimität der Kriminalisierung der Geldwäsche in der brasilianischen Gesetzgebung, die damit verbundene Diskussion in internationalen Foren, sowie die Schwierigkeit, diesen Tatbestand adäquat zu begrenzen und effektiv durchzusetzen sind die zentrale Problematik dieser Doktorarbeit. Die Begründung, Gültigkeit, Legitimität und Angemessenheit dieser Kriminalisierung werden kritisch mittels einer tiefgründigen Diskussion der vom Strafrechtssystem aufgeworfenen Probleme und mit Hinblick auf die grundsätzliche Frage, ob eine solche Kriminalisierung überhaupt von dem Strafrecht verarbeitet werden kann analysiert. Grundsätzliche Maßstäbe werden mit dem Ziel idealisiert, zumindest weniger negative Auswirkungen dieses Tatbestands, der als Beispiel für die Verletzung von Grundprinzipien des liberalen Strafrechts durch exzessive Kriminalisierungen angesehen wird, zu erreichen. Die Ergebnisse die in dieser Arbeit erreicht werden ergeben die Folgerung, dass der Tatbestand der Geldwäsche in der jetzigen Form illegitim ist, und wenden sich ferner einer klaren Begrenzung der strafrechtlichen Verantwortung für diese Tat. Zudem wird, über die engen Grenzen des Strafrechts hinaus, eine alternative Lösung vorgestellt, mit welcher die von Geldwäschetaten herrührenden Konflikte in der brasilianischen Gesellschaft gelöst werden könnten. Dazu wird eine systemische Auslegung des Strafrechts herbeigezogen, unter Beachtung der Grundsätze eines demokratischen Rechtsstaates.

Schlüsselwörter: Geldwäsche – Legitimität und Kriminalisierung – Rechtsgut und “harm principle” – Täter und Teilnehmer – symbolisches Strafrecht

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. GLOBALIZAÇÃO E A NOVA TUTELA PENAL ECONÔMICA	12
2.1. Escorço histórico da lavagem de dinheiro: do encobrimento do crime antecedente ao financiamento de novos crimes	14
2.2. A superação das tipologias da receptação e do favorecimento	25
2.3. A ideia político-criminal da criminalização da lavagem de dinheiro e a internacionalização do direito penal	35
2.4. Os ditames e orientações internacionais no âmbito da lavagem de dinheiro e sua influência no Brasil	47
2.4.1. Realidade comunitária europeia.....	48
2.4.2. Realidade norte-americana.....	54
2.4.3. Realidade brasileira.....	58
3. A PROBLEMÁTICA DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO OU GARANTIA DAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	69
3.1. Superproteção do bem jurídico do crime antecedente	75
3.2. Proteção da administração da justiça	79
3.3. Proteção da ordem econômica	84
3.4. Direito penal simbólico e pluralidade ofensiva.....	90
3.5. Bem jurídico – proteção de valores ou de funções: as propostas anglo-saxãs	93
4. RESPONSABILIDADE PENAL NA LAVAGEM DE DINHEIRO	103
4.1. Os objetivos da apuração da responsabilidade penal – definição de autor e partícipe.....	106
4.2. A delimitação da responsabilidade penal na lavagem de dinheiro.....	110
4.3. A criminalidade organizada e a dificuldade de apuração da responsabilidade penal – estruturas hierarquizadas de poder	116
4.4. A responsabilidade por equiparação e a autoria mediata	119
4.5. A penalização de ações neutras.....	125

5. A NECESSIDADE DE UMA TUTELA PENAL PARA A LAVAGEM DE DINHEIRO – ALTERNATIVAS	138
5.1. A realidade presente do <i>bis in idem</i> e da falta de bem jurídico protegido – direito penal simbólico	141
5.2. A segurança econômica e a justificativa da criminalização da lavagem de dinheiro.....	146
5.3. A limitação do conceito de lavagem de dinheiro e a busca por um direito penal eficaz	150
5.4. A alternativa do direito administrativo sancionador	155
 6. CONCLUSÕES	 160
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 162

1. INTRODUÇÃO

A legitimidade da criminalização de condutas na legislação brasileira de prevenção e combate à lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998 – doravante mencionada como “Lei nº 9.613/1998”), bem como seu tratamento em âmbito internacional, e a dificuldade encontrada em sua adequada delimitação e aplicação eficaz constituem a problemática central desta tese. A justificação, validade, legitimidade e pertinência desta criminalização, discutida na doutrina sob os mais diferentes aspectos, serão nesta tese analisadas criticamente a partir de alguns pontos considerados como mais problemáticos para, então, propor-se uma revisão da normativa nacional.

Serão estudados, discutidos e integrados, para posterior tomada de posição: a globalização e a nova tutela penal econômica face às ideias políticas que fundam a criminalização da lavagem de dinheiro, assim como em vista da internacionalização do direito penal e da realidade normativa nacional e de países estrangeiros, bem como as raízes e relações teóricas da lavagem de dinheiro no substrato das primeiras criminalizações da receptação e do favorecimento real; o bem jurídico protegido pelo tipo penal da lavagem de dinheiro, sua relação com o direito penal simbólico e com os princípios anglo-saxões derivados do “harm principle”; a atribuição da responsabilidade penal neste delito diante dos obstáculos colocados pela criminalidade organizada, pela dificuldade de identificar e distinguir autor(es) e partícipe(s) e pela ideia da responsabilidade por equiparação de agentes intermediários; a premência de uma tutela penal para este delito a partir da necessidade de segurança econômica e os limites colocados pelo princípio *ne bis in idem*, pela falta de um bem jurídico protegido e pelo perigo de recorrer-se a um direito penal simbólico bem como as possíveis alternativas oferecidas num ambiente funcional de direito.

Com o temário a ser desenvolvido intenta-se uma aprofundada discussão dos problemas atinentes ao sistema penal e como este pode, ou não, trabalhar com a atual criminalização da lavagem de dinheiro. Nesse aspecto, e entendendo que a realidade mundial é favorável a semelhante responsabilização penal, serão idealizados referenciais básicos, almejando, no mínimo, efeitos menos deletérios em uma tipificação que, até o momento, se mostra inadequada e pouco garantista, podendo ser tida como exemplo de quão gravemente os princípios fundamentais do direito penal liberal podem ser

agredidos no afã criminalizante, uma vez que é dificultoso indicar outra tipificação penal que gere maior insegurança jurídica do que esta, tal qual atualmente formulada nos âmbitos nacionais e internacional.

Busca-se, pois, uma análise crítica contextualizada, dogmática e político-criminal, para propor uma reformulação ou, pelo menos, uma mais segura aplicação da realidade que se mostra inexorável, qual seja, a de uma penalização do uso de dinheiro tido como sujo e indesejado. Justifica-se, assim, a relevância da pesquisa empreendida, principalmente em se considerando, de um lado, a pouca abordagem que estes aspectos têm recebido na literatura penal nacional, e, de outro, a necessidade da formulação e aplicação de teorias doutrinárias mais modernas em pontos cruciais do direito penal contemporâneo, cujas limitações apresentam-se nitidamente em vista de criminalizações complexas, qual a lavagem de capitais.

De fato, opiniões críticas ou alinhadas quanto à necessidade e oportunidade da criminalização e subsequente continuada ampliação conceitual da lavagem de dinheiro, bem como sob que aspectos ela, de fato, pode ser tida como válida e legítima diante dos princípios clássicos do direito penal, especialmente o princípio da legalidade, proliferam. Por todo o mundo, a discussão é posta, sendo que embates são sentidos entre ardorosos opositores da repressão da lavagem e seus defensores, cujos esforços lograram referendar largamente a criminalização. No Brasil, isso pode ser verificado exemplarmente na avançada tramitação do Projeto de Lei nº 209, de 2003, iniciado no Senado Federal, que amplia oceanicamente o alcance da Lei nº 9.613/1998. Dessa forma, a mais urgente tarefa no atual contexto parece ser a de tentar minimizar os efeitos negativos percebidos na aplicação dessas leis, bem como limitar a abrangência ou o alcance da punição por meio de noções mais concretas de autoria e participação, na esperança de que ecoem na futura aplicação da Lei nº 9.613/1998, mesmo após sua alteração.

Os resultados e conclusões alcançados neste trabalho, afetos à determinação da legitimidade desta tipificação penal e ao estabelecimento de contornos nítidos para a delimitação da responsabilidade criminal neste delito a partir de sua atual justificação, bem como o oferecimento de outra solução, para além dos estreitos limites do direito penal, apresentam-se como a contribuição original à dogmática jurídico-penal, possibilitando a solução de conflitos que surgem na sociedade brasileira em decorrência de condutas de lavagem de dinheiro, ultrapassando-se definitivamente o

tecnicismo jurídico em favor de um sistema funcional de direito penal e, sobretudo, condizente com os fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

2. GLOBALIZAÇÃO E A NOVA TUTELA PENAL ECONÔMICA

É comum atribuir-se à coordenação entre os Estados voltada ao combate da criminalidade e relacionada ao tráfico de drogas a característica de marco inicial para um novo processo de internacionalização do direito penal, a partir do qual ocorreu crescente influência internacional em ordenamentos penais locais também em outras áreas além daquela diretamente atinente ao narcotráfico, sobretudo, no tocante à chamada criminalidade econômica. Esta, tida como um dos grandes males enfrentados pela sociedade contemporânea globalizada, é mencionada cada vez mais frequentemente na doutrina penal.

Contudo, não se verificou, ainda, uma definição satisfatória ou geralmente aceita para tal forma de criminalidade. Assim, focando-se em seu objeto de proteção, parte da doutrina afirma que atinge primariamente interesses vitais materiais econômicos do Estado e do particular e, secundariamente, interesses relativos à administração pública. Outros partem do pressuposto de que o funcionamento dos sistemas econômicos decorre da confiança neles depositada, tratando-se a criminalidade econômica, portanto, essencialmente, de um abuso de confiança que colocaria em risco parcelas maiores ou menores de todo o sistema econômico afetado.¹

De todo modo, excluindo-se da controvérsia, neste passo, o bem jurídico protegido por este ramo do direito penal, é verdade que todos aqueles delitos que costumam ser mencionados sob a rubrica do direito penal econômico possuem algumas características comuns, tais como, sobretudo, a dificuldade na determinação da autoria, principalmente, quando há o envolvimento de pessoas jurídicas (que é comum), a complexidade das condutas delitivas que, muitas vezes, já basta para impedir ou, pelo menos, dificultar o trabalho dos órgãos de persecução estatal na identificação do que, de fato, é relevante, e a consequente duração excessiva dos processos.² Essas dificuldades estimularam a proliferação de tipificações de perigo abstrato, da previsão legal de condutas

¹DIONYSOPOULOU, Athanassia. *Der Tatbestand der Geldwäsche – eine Analyse der dogmatischen Grundlagen des Paragraphen 261 StGB*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999. p. 15. A autora descreve as principais críticas formuladas às diversas acepções; VOGT, Sabine. Begriff, Phänomen und Erscheinungsformen der Geldwäsche. In: HERZOG, F.; MÜLHAUSEN, D. (Hg.). *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung – Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen*. München: C. H. Beck, 2006. p. 9.

²DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 17.

culposas e da formulação de normas tão genéricas que, dificilmente, se pode dizer que respeitam o princípio da taxatividade penal. Verifica-se, assim, questionável evolução do direito penal, frequentemente promovida em nome da segurança da sociedade e para combater supostos sentimentos de fragilidade e insegurança generalizados, característicos da chamada sociedade de risco,³ e que fundamentariam uma crescente e vigorosa reivindicação popular nesse sentido.⁴

De fato, somente com a globalização econômica a preocupação com lavagem de dinheiro ganhou importância, devido às facilidades criadas para a movimentação internacional de capitais, o que dificulta a análise desse tipo penal. E, devido à crescente preocupação com a lavagem de dinheiro, discute-se cada vez mais o desenvolvimento e a possível implementação mundial de mecanismos de controle para o fluxo internacional de capitais.⁵

Nesse contexto de globalização da economia e da criminalidade econômica emergiu o consenso internacional sobre a inadmissibilidade de locais tolerantes quanto ao fluxo de capitais sem a comprovação de sua origem lícita – o que se associava, sobretudo, aos chamados paraísos fiscais. Novos tipos penais foram criados e, buscando garantir sua eficácia, formularam-se listas negras e proibições de negócios em várias órbitas, sob a aplicação coordenada de diversas áreas do direito, inclusive o direito penal, em âmbito nacional e internacional.

De fato, é impossível desvincular a atuação concertada dos Estados na chamada luta contra as drogas do surgimento da necessidade de um empenho específico contra a criminalidade econômica e organizada e, com o suposto melhor conhecimento do *modus operandi* desta última nas entranhas dos sistemas financeiros, ao combate à

³BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. J. Navarro, D. Jiménez, M. R. Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. p. 25.

⁴Tal evolução preocupa ainda mais diante do posicionamento adotado por parte da magistratura brasileira, *verbis*: “o estágio atual de nossa civilização está a exigir que se criem novos tipos penais, na sua maioria tipos de perigo abstrato, porque facilitam enormemente a tarefa do Estado e do próprio órgão acusatório, visto que exigem simplesmente a comprovação da conduta.” (DE SANCTIS, Fausto Martin. Antecedentes do delito de lavagem de valores e os crimes contra o sistema financeiro nacional. In: BALTAZAR JUNIOR, J. P.; MORO, S. F. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 61).

⁵ALLDRIDGE, Peter. *Money laundering law: forfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime*. Oxford: Hart, 2003. p. 91-92; PIETH, Mark. Die Internationale Entwicklung der Geldwäschekämpfung. In: HERZOG, Felix; MÜLHAUSEN, Dieter (Hrsg.). *Geldwäschekämpfung und Gewinnabschöpfung – Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen*. München: C. H. Beck, 2006. p. 38.

lavagem de dinheiro.⁶ Como dinheiro “limpo” é mais valioso do que dinheiro “sujo”, uma vez que pode ser investido em atividades lucrativas sem risco de incriminação, ao passo que dinheiro sujo, normalmente, não só acaba sendo investido em negócios menos rentáveis, como pode ser sempre utilizado como prova de um crime, é forçoso reconhecer que, virtualmente, todo o lucro oriundo de atividades ilícitas precisa ser dissimulado para poder ser usufruído pelo autor do delito. O processo pelo qual essa dissimulação é alcançada é a lavagem de dinheiro.⁷ Por essa razão, parte da doutrina afirma que a finalidade do próprio tipo penal da lavagem de dinheiro consistiria em impedir a introdução de ativos adquiridos por meios ilegais no circuito econômico legal.⁸

2.1. Escorço histórico da lavagem de dinheiro: do encobrimento do crime antecedente ao financiamento de novos crimes

O escorço histórico-evolutivo da lavagem de dinheiro que será traçado neste trabalho retoma o contexto internacional no qual surgiu a tipificação penal desta conduta, examinando diversos momentos identificados como cruciais para o alcance da presente realidade, sem, no entanto, pretender analisar detalhadamente tudo o quanto se deu nesta evolução.⁹ Trata-se de analisar o motivo ou, ao menos, o processo pelo qual uma conduta que, até 25 anos atrás, atraía relativamente pouca atenção¹⁰ e, quando muito, era

⁶Conforme A. DIONYSOPOULOU, a criminalidade econômica passa a ser citada com crescente frequência em função dos métodos adotados pelos agentes da lavagem de dinheiro e da criminalidade organizada, devido ao perigo que esta coloca para a sociedade e por causa do incremento deste em razão da lavagem de dinheiro. (DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 13.) No mesmo sentido, cf. GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 31.

⁷ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 1.

⁸MAIWALD, Manfred. Auslegungsprobleme im Tatbestand der Geldwäsche. In: WEIGEND, Thomas; KÜPPER, Georg (Eds.). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1999. p. 633; RYDER, Barry. The crusade against money laundering. In: POLÍTICA criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI: volume em homenagem ao Prof. Dr. Pedro R. David, por seu 72º aniversário. Buenos Aires: Depalma, 2001. p. 633-634 e 685.

⁹Para um apanhado mais amplo, v., por exemplo, MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999; BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com Comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004; SCHORSCHER, Vivian Cristina. *Evolução da prevenção à lavagem de dinheiro e a responsabilidade do advogado*. 2005. (Tese de Laurea) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 9-47.

¹⁰De fato, conforme destacado por BLUM, Jack A.; LEVI, Michael; NAYLOR, R. Thomas; WILLIAMS, Phil. op. cit., a conduta hoje tipificada como lavagem de dinheiro pode ser identificada ao longo da história até tempos medievais, quando pessoas que praticavam a usura (então crime e pecado mortal) realizavam diversas operações com o fim de esconder, transferir e dar aparência legítima aos seus lucros, fazendo com

abrangida por tipos penais longamente estabelecidos, foi alçada ao foco da atenção da comunidade internacional mundial, tendo logrado um nível de uniformização espantoso nesse período.¹¹

Com a crescente preocupação dos Estados no que tange à criminalidade organizada voltada ao tráfico de drogas e diante do fracasso mundial no seu combate direto, buscou-se outro modo de extirpar esta conduta criminoso e seus efeitos nocivos da sociedade.¹² Verificou-se, então, que a criminalidade organizada voltada a esta prática delitiva constitui todo um sistema econômico paralelo de proporções apenas vagamente estimadas (possivelmente muito amplas) por diversos organismos internacionais, uma vez que é virtualmente impossível identificar a cifra negra dessa modalidade de delitos.¹³

que os juros ou não pudessem ser identificados como tais, ou desaparecessem completamente. (Cf. BLUM, Jack A.; LEVI, Michael; NAYLOR, R. Thomas; WILLIAMS, Phil. Financial havens, banking secrecy and money laundering. *Crime Prevention and Criminal Justice Newsletter*, n. 8, UNDCP Technical Series, United Nations, 1998, I – The money-laundering cycle in action. Disponível em: <<http://www.imolin.org/imolin/finhaeng.html>>. Acesso em: 27 jan. 2011).

¹¹PIETH, Mark. op. cit., p. 37; NESTLER, Cornelius. Der Straftatbestand der Geldwäsche (§261 StGB). In: HERZOG, Felix; MÜLHAUSEN, Dieter (Hrsg.). *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung – Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen*. München: C. H. Beck, 2006. p. 99.

¹²Para mais detalhes sobre a evolução da criminalidade organizada, ver MAIA, Rodolfo Tigre. op. cit., p. 29; BARROS, Marco Antonio de. op. cit., p. 27 e 37; COSTA, Hekelson Bitencourt Viana da. Lavagem de dinheiro – Lei nº 9.613/98. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 11, p. 118, jul./dez. 2003.

¹³A UNODC e o GAFI adotam a estimativa do Fundo Monetário Internacional, que afirma equivaler o montante de dinheiro lavado em âmbito mundial a algo entre 2% e 5% do Produto Interno Bruto de todos os países, aproximadamente US\$ 800 bilhões a 2 trilhões por ano. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Money-Laundering and Globalization. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/globalization.html>>. Acesso em: 15 abr. 2012 e FATF-GAFI. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/document/29/0,3343,en_32250379_32235720_33659613_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 15 abr. 2012. Contudo, este padrão não é o único encontrado, destacando-se, entre outras, estimativas baseadas na quantidade de drogas apreendidas por ano ou na persecução de outros crimes tidos como graves, ora incluindo, ora excluindo os crimes tributários, assim como variando quanto ao objeto quantificado – o número de transações ou a quantidade de dinheiro e seu produto – o que dificulta não só a comparação das estatísticas, mas também a sua reprodução em outros âmbitos. Ver CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003. p. 76; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 61; SADDI, Jairo. A nova Lei de “Lavagem de Dinheiro” e sua constitucionalidade. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 118, abr./jun. 1998.

P. ALLDRIDGE destaca ser notável que, em nenhuma jurisdição que disponibiliza estatísticas sobre o número de processos, acusados e condenações, ou mesmo de comunicações de operações suspeitas, essas estimativas encontram respaldo. Ademais, se as cifras fossem realistas, os efeitos da lavagem de dinheiro já deveriam ser amplamente sentidos e as consequências, visíveis. (ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 4-5). Cf. também VOGT, Sabine. op. cit., p. 7, 35.

Diante da atual abrangência dos crimes antecedentes, contudo, questiona-se até que ponto esse argumento ainda se presta a conferir legitimidade à criminalização da lavagem de dinheiro.

Dificuldade adicional coloca-se devido à problemática delimitação conceitual da chamada criminalidade organizada. Assim, ainda hoje falta uma definição clara ou pacífica na doutrina,¹⁴ tendo as legislações que já tipificaram o conceito, via de regra, adotado a descrição policial do fenômeno, bastante categórica e criticável por fundar-se em estatísticas pouco confiáveis (tal qual o volume do narcotráfico) e nos objetivos específicos da polícia. Em contraposição, verifica-se continuada reticência por parte de criminólogos para apresentar definições concretas do fenômeno em questão, em respeito à sua natureza inegavelmente multifacetada e mutável, o que os têm levado a restringir-se à formulação de listas de indicadores na tentativa de descrever a criminalidade organizada e delimitar sua dimensão.¹⁵

Em outro passo, é inegável que a criminalidade organizada, sobretudo, quando altamente profissionalizada, gera empregos e renda (por exemplo, às pessoas que trabalham nas plantações de drogas, no seu beneficiamento e transporte etc.), assim como investimentos. Além disso, verificado um grau mínimo de inserção na economia formal, os seus rendimentos passam a ser tributados, o que beneficia o aparato estatal.¹⁶

¹⁴Nesse sentido, ver GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 32, onde afirma: “não é claro o que se deva entender por ‘criminalidade organizada’.” Sem pretender definir o conceito, o autor destaca, exemplificando, as seguintes características: atuação permanente ou contínua, objetivo de lucro ou poder econômico, lógica empresarial ou de mercado, estruturas hierárquicas ou divisão de trabalho, caráter secreto, atuação internacional. (p. 33-34).

¹⁵Na Alemanha, a polícia e o Judiciário adotaram um conceito, segundo o qual a criminalidade organizada caracteriza-se pela realização de delitos que tenham considerável relevância isoladamente ou em seu conjunto, planejados com fins de alcançar ganhos materiais, o poder ou de influenciar a vida pública, dos quais participem, no mínimo duas pessoas, e que (i) envolvam o emprego de estruturas societárias ou comparáveis a estas, (ii) o emprego de violência física ou de ameaça ou (iii) influenciem a política, a mídia, a administração pública, a justiça ou a economia. Cf. VOGT, Sabine. op. cit., p. 5-6; DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 19-20; JEKEWITZ, Jürgen. Nationale Maßnahmen der Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung. In: HERZOG, Felix; MÜLHAUSEN, Dieter (Hrsg.). *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung – Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen*. München: C. H. Beck, 2006. p. 62; TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. Das Geldwäschegesetz – Überblick. In: HERZOG, F.; MÜLHAUSEN, D. (Eds.). *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung – Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen*. München: C. H. Beck, 2006. p. 242.

Nos EUA tampouco há uma definição pacífica, conforme aponta J. S. ALBANESE que, comparando as propostas formuladas na doutrina norte-americana desde a década de 1960, conclui ser, aos poucos, possível identificar um certo consenso em relação a algumas características comumente atribuídas à criminalidade organizada. Estas incluem, via de regra: (i) uma hierarquia organizada e duradoura; (ii) objetivo de lucro através de atividades ilícitas; (iii) emprego de violência e ameaças; (iv) corrupção de autoridades públicas para garantia da imunidade penal; (v) atendimento a uma demanda social. Sintetizando, o autor oferece a seguinte definição: “Organized crime is a continuing criminal enterprise that rationally works to profit from illicit activities that are often in great public demand. Its continuing existence is maintained through the use of force, threats, monopoly control, and/or the corruption of public officials.” Cf. ALBANESE, Jay S. *Organized crime in our times*. 6. ed. New York: Elsevier, 2011. p. 4.

¹⁶Nesse sentido, ver MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la ‘participación’ en el delito. In: BAJO FERNÁNDEZ, M. e BACIGALUPO, S. (Eds.). *Política criminal y blanqueo de*

Argumentando-se, contudo, que a partir do momento em que ocorre a sua “participação” no mercado lícito, o tamanho dos prejuízos que pode causar é inestimável, e imprevisível o momento de sua ocorrência, tanto devido à sua volatilidade, quanto em função da necessária cadeia de delitos para alcançar-se sua mimetização no mercado. Estes relacionam-se, sobretudo, ao aparato de corrupção que precisa ser criado pelas referidas organizações para garantir desde a manutenção de suas atividades, que crescem e avançam naturalmente em acorde com o seu sucesso e sua expansão, até a invisibilidade da própria organização criminosa e de seus membros, formando um círculo vicioso. Por esse efeito – aqui descrito de modo simplificado – é comum afirmar-se que as consequências das atividades da criminalidade organizada, apesar de dificilmente avaliáveis, engendram um custo social (direto e indireto) excessivamente alto, razão pela qual surgiu a idéia político-criminal de combatê-la, não somente com a punição de suas atividades ilícitas principais, mas também por meio do seu estrangulamento financeiro.¹⁷ Essa decisão é compreensível no contexto do chamado primeiro movimento criminalizador da lavagem de dinheiro, preocupado com o tráfico de drogas em larga escala.¹⁸ Na atualidade, diferentemente, afirmar que o estrangulamento financeiro permitiria erradicar a criminalidade organizada é apenas parcialmente correto, na melhor das hipóteses, uma vez que muitos delitos graves hoje tidos como antecedentes à lavagem de dinheiro e tipicamente atribuídos à criminalidade organizada podem ser praticados sem a necessidade de grandes investimentos financeiros iniciais.¹⁹

capitales. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 111-112; ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 29; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española*. 2005. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584062101481851765679/Suarez95.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

¹⁷CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 23-24. CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004. p. 131-132 e 134; BARROS, Marco Antonio de. op. cit., p. 35; DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 24; RYDER, Barry. op. cit., p. 682-683; NESTLER, Cornelius. op. cit., p. 103; SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58.

¹⁸O primeiro movimento iniciou-se com a adoção da Convenção de Viena de 1988.

¹⁹Exemplos podem ser encontrados em relação a todos os incisos que enumeram crimes antecedentes na lei brasileira de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, destacando-se, entre outros: o transporte ou guarda de drogas (Art. 3º, Lei nº 11.343, de 23.08.2006), o favorecimento do tráfico internacional de armas de fogo (Art. 18, Lei nº 10.826, de 22.12.2003), a extorsão mediante sequestro (Art. 159 do Código Penal), o peculato, a concussão, a corrupção passiva e a facilitação de contrabando ou descaminho (respectivamente, Arts. 312, 316, 317 e 318 do Código Penal), a gestão fraudulenta de instituição financeira (Art. 4º, Lei nº 7.492, de 16.06.1986) e o tráfico de influência em transações comerciais internacionais (Art. 337-C do Código Penal). Ver também, quanto ao âmbito europeu, DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 25-26.

As dimensões das organizações criminosas e dos valores envolvidos em suas atividades criminosas principais contribuíram para que a conduta hoje identificada como lavagem de dinheiro se tornasse uma necessidade prática para a gestão e fruição dos lucros auferidos, inclusive quando reinvestidos na atividade (criminosa) principal,²⁰ bem como para a garantia da sua invisibilidade, já que o rastro do dinheiro sujo pode ser utilizado como prova do crime antecedente, além de o dinheiro em si poder ser objeto de investigações e possíveis apreensões.²¹ Contudo, é um erro concluir a partir dessa afirmação que o problema da lavagem de dinheiro apenas se coloca quando verificada a existência de grupos criminosos organizados.²² De fato, criminosos individuais também necessitam e se valem desta forma de asseguramento de seus ganhos ilícitos. Não se deve, portanto, confundir causa e consequência na análise da lavagem de dinheiro: este fenômeno não decorre da existência da criminalidade organizada, que apenas se aproveita da globalização econômica e financeira para garantir a fruição de seus lucros através de tal conduta, entre diversas outras praticadas.

Ainda assim, os Estados mantiveram o foco de suas preocupações sobre essa entidade indefinida, denominada de criminalidade organizada, e diversos dentre eles passaram a basear suas políticas repressivas no que se tem como uma criminalidade cada vez mais complexamente organizada e estruturada, objetivando o isolamento dos criminosos com seus ganhos ilícitos através da proibição de negociação destes e o consequente impedimento de sua reinserção no mercado lícito.²³ Logo passou-se a afirmar que o alcance desse objetivo não se afigurava possível através dos tipos penais de receptação e favorecimento até então tradicionalmente previstos para tanto na maior parte das legislações. Tal conclusão baseou-se no fato de que nem os valores, nem as diferentes técnicas envolvidas no processo de atribuição de feições legítimas aos ganhos oriundos das atividades ilícitas tipicamente desenvolvidas por organizações criminosas (como, originalmente, o tráfico de drogas e, após, também o de armas, o terrorismo, crimes contra

²⁰ Ainda que, para esse uso específico, seja discutível a necessidade da lavagem de dinheiro.

²¹ COSTA, Gerson Godinho. O tipo objetivo da lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JUNIOR, J. P.; MORO, S. F. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*, Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 30; BLUM, Jack A.; LEVI, Michael; NAYLOR, R. Thomas; WILLIAMS, Phil. op. cit.

²² GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 36.

²³ Mesmo que se reconheça que a lavagem de dinheiro somente ganha relevância econômica quando executada por parte de uma organização criminosa e no contexto de sua atividade, uma vez que somente num tal cenário o volume de dinheiro envolvido poderia vir a ocasionar algum impacto na economia de um dado país ou em determinado setor econômico, tal como os tipos penais foram redigidos eles não se limitam a esta esfera e, portanto, resta enfraquecido este argumento, seletivo em sua interpretação da criminalização desta conduta.

a administração pública etc.) haviam sido considerados quando da promulgação dos antigos tipos penais, criados com vistas a situações muito mais simples. Ainda assim, o objetivo de privar o criminoso da fruição de seus lucros ilegítimos não necessariamente justifica a criação de um novo tipo penal, quando possivelmente bastaria confiscar os lucros como produto do crime após a condenação pelo crime antecedente, tal qual geralmente previsto nas legislações penais.²⁴

Assim, uma característica frequentemente apontada como justificativa para a nova tipificação penal costuma ser o objetivo dos criminosos visados: este não se limitaria apenas ao ainda maior afastamento do bem obtido ilicitamente de seu legítimo proprietário (através da sua transferência a terceiros) ou a uma mera ocultação das provas e dos produtos do delito, mas também consistiria em reinvestir os lucros na atividade criminosa ou injetá-los na economia formal, promovendo assim a sua definitiva mimetização material a esta (e empregando-os em benefício próprio).²⁵ Consiste, portanto, numa linha de raciocínio que se pauta mais em argumentos econômicos, e menos nos argumentos que podem ser tidos como morais e que informam outros crimes graves, considerados clássicos (a identificação de uma lesão e a determinação da culpabilidade do autor da mesma como suficientemente sérios para envolver o aparato estatal de persecução penal em busca da inibição de dada conduta).²⁶ Contudo, a sua íntima relação com as condutas da receptação e do favorecimento real e pessoal é inegável, podendo-se afirmar que a lavagem de dinheiro constitui mais um passo na evolução das condutas típicas tradicionais de assistência pós-delitiva.²⁷ Ademais, não se pode deixar de considerar a afirmação recorrente na doutrina estrangeira no sentido de que, se houvesse uma séria intenção de combater as referidas condutas tidas como particularmente graves, isso seria

²⁴Nesse sentido, ver também ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 25, 64.

²⁵BETTI, Francisco de Assis. *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil: comentários às Leis 7.492/86 e 9.613/98*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 37 e 39; CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*, cit., p. 23-26; LIMA, José Antonio Farah Lopes de. Relevância da quebra de sigilo bancário para comprovação de delitos contra a ordem tributária e “lavagem” de dinheiro. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 85, p. 201-202, 2002; MAIA, Rodolfo Tigre. op. cit., p. 23-24; SILVA, Cesar Antonio da. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001. p. 32. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 41-42; COSTA, Gerson Godinho. op. cit., p. 31.

²⁶ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 25, 64.

²⁷Na doutrina espanhola, destaca-se a opinião de M. BAJO FERNÁNDEZ, que vai além, afirmando que o único aspecto que permite atribuir alguma relevância à nova tipificação diz respeito ao grau de participação no crime antecedente, em seu significado de receptação e favorecimento. (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales. In: BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO, S. (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 13). Ver também ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 329.

muito mais eficazmente realizado por meio de alterações das condições do mercado no qual se inserem. Assim, por exemplo, através da legalização das drogas e da prostituição ou do impedimento da realização dos processos de produção dos objetos de tais crimes.²⁸

Por esses motivos, critica-se a reação apressada dos legisladores nacionais de diversos países que, desejando cumprir todas as recomendações de órgãos internacionais como o Grupo de Ação Financeira sobre o Branqueamento de Capitais (GAFI), por exemplo, não observaram que, adotadas em sua literalidade, institucionalizam ampla confusão entre, por um lado, os fins preventivos, políticos e policiais na luta contra a criminalidade organizada e, por outro, a função do direito penal e dos demais instrumentos legais e ramos jurídicos aplicáveis.²⁹

A conduta que, no Brasil, é tida por “lavagem de dinheiro”, também é conhecida como “branqueamento de capitais” (em Portugal), “lavado de activos” ou “blanqueo de capitales” (nos países de língua hispânica), “riciclaggio di denaro” (na Itália), “money laundering” (no Reino Unido e nos Estados Unidos da América), “Geldwäsche” (na Alemanha), “blanchiment des capitaux” (na França), para citar algumas denominações.³⁰ E a primeira crítica posta-se justamente a tal denominação. Sinteticamente, tal expressão representa a conduta pela qual acaba-se por oferecer à tributação bens até então ocultos das autoridades fazendárias, o que, em verdade, é um comportamento desejável e que deveria ser incentivado pelo Estado. Assim, o *nomen juris* é infeliz porque o que se busca punir, de acordo com uma corrente doutrinária,³¹ não é esta conduta específica, mas o comportamento pós-delitivo que supostamente aprofunda a lesão ao bem jurídico ferido pelo crime antecedente.³² Contudo, a dificuldade em encontrar uma

²⁸Ver HASSEMER, Winfried. Aktuelle Perspektiven der Kriminalpolitik. *Strafverteidiger*, ano 14, n. 6, p. 336-337, 1994.

²⁹BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. op. cit., p. 12.

³⁰SANTOS, Priscila Pamela dos. Apontamentos acerca da origem e evolução histórica, terminologia e evolução legislativa do injusto penal da lavagem de capitais. In: SILVA, L. N.; BANDEIRA, G. S. de M. (Coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 112; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JUNIOR, J. P.; MORO, S. F. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*, Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 24-25.

³¹BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Prólogo. In: BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO, S. (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 8.

³²Talvez uma denominação mais adequada pudesse ser inferida a partir do objeto da conduta, por exemplo, ocultação ou dissimulação de produtos de crime. M. BAJO FERNÁNDEZ, a seu turno, propõe a expressão “legitimação de ativos”, mas reconhece que também incide no paradoxo criticado. (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *El desatinado delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 13).

denominação que não engendre semelhante paradoxo é de pequena relevância quando comparada aos demais problemas decorrentes da tipificação penal em foco.

As definições doutrinárias propostas para o crime de lavagem de dinheiro proliferam, o que por si só é um indicativo das dificuldades dogmáticas presentes nesta tipificação penal e, possivelmente, constitui um dos reflexos da tentativa política de associar este delito aos conceitos incertos do direito penal econômico e da criminalidade organizada. No entanto, é possível afirmar que todas possuem como elemento comum o fim específico do autor do crime de ocultar ou dar aparência legítima a ganhos ilicitamente auferidos através de operações realizadas de modo oculto e com a máxima preservação possível de seu valor até que seja proporcionada a sua aceitação na economia formal ou realizado o seu reinvestimento em alguma etapa da atividade criminosa principal.³³ Esta descrição torna evidente a proximidade conceitual em relação aos delitos de receptação e favorecimento, sendo que, conforme já mencionado, vários autores afirmam que a nova criminalização mostrou-se necessária justamente para preencher as lacunas deixadas por aqueles, excessivamente restritos para alcançar a natureza multifacetada da lavagem de dinheiro.³⁴

Em face desta discussão, três características são frequentemente indicadas pela doutrina como ínsitas à lavagem de dinheiro: a ausência do emprego de violência física na execução da conduta, o que é coerente, dado que o seu sucesso depende, sobretudo, da inteligência e criatividade investidas nas estratégias utilizadas; a frequente qualidade “inatingível” do autor do crime em relação à persecução penal, por um lado, por caracterizar-se com frequência como crime do colarinho branco, com todas as dificuldades típicas destes delitos e, por outro lado, devido à dificuldade encontrada na identificação

³³I. BLANCO CORDERO afirma que “el blanqueo de capitales es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita” (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Arazando, 1997. p. 101). M. BAJO FERNÁNDEZ, por seu turno, propõe uma definição vinculada à questão tributária, afirmando que a lavagem de dinheiro constitui “estratagem por la que un sujeto poseedor de dinero sustraído al control de las Haciendas públicas, lo incorpora al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita y, en su caso, el origen delictivo de la riqueza.” (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *El desatinado delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 12.); ver também SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de dinheiro*: comentários à Lei 9.613/98. Curitiba: Juruá, 2001. p. 41; COSTA, Hekelson Bitencourt Viana da. op. cit., p. 125; LIMA, José Antonio Farah Lopes de. op. cit., p. 201; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. op. cit., p. 38; ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. op. cit., p. 11; DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 3; ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 2; VOGT, Sabine. op. cit., p. 2-4; cf. ainda a descrição do FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. United States of American. *Financial Crimes Report to the Public Fiscal Year 2006*. Disponível em: <http://www.fbi.gov/publications/financial/fcs_report2006/financial_crime_2006.htm#Money>. Acesso em: 15 abr. 2012.

³⁴DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 29.

clara dos autores e cúmplices dessa conduta; e a natureza internacional e sobremaneira rápida da consecução do delito, propiciadas pelos modernos meios de comunicação.³⁵

Além dessas qualidades, tradicionalmente, a delimitação conceitual da lavagem de dinheiro permite a identificação de três possíveis fases ou etapas percorridas ao longo de sua realização, apesar de não necessariamente todas precisarem ser empregadas no processo. Assim, do mesmo modo como um ativo pode ser “lavado” com apenas uma conduta e, portanto, em uma etapa, também o pode ser através de uma série de atos, todos característicos da mesma fase, ou mesmo de um entroncamento de ações que percorram algumas ou todas as três fases diversas vezes, sem seguir uma ordem específica.³⁶ Isto posto, a tripartição a seguir resumida pode ser encontrada na explicação simplificada do procedimento típico para a lavagem de capitais em publicações da UNODC e do GAFI, assim como em grande parte da doutrina:³⁷

³⁵ Isso esclarece, pelo menos em parte, a dificuldade encontrada pelos organismos dedicados a identificar com clareza o volume de capital ilícito que circula na economia mundial. CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*, cit., p. 23; COSTA, Hekelson Bitencourt Viana da. op. cit., p. 115, 117-118; BETTI, Francisco de Assis. O sigilo bancário e a nova lei que define o crime de “lavagem de dinheiro”: aspectos tributários e penais. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 194, jan./abr. 1999; A. L. CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 136-137.

Para além destas, M. BAJO FERNÁNDEZ destaca duas outras características como centrais: o fato de constituir uma figura autônoma em relação ao favorecimento real e pessoal, e de sua tipificação, nas muitas jurisdições que criminalizaram a conduta, não mais se vincular exclusivamente aos crimes antecedentes relacionados ao narcotráfico e ao terrorismo. O autor destaca que, no contexto espanhol, também não prevalece mais uma restrição dos crimes antecedentes aos crimes tidos como graves, abrangendo todas as infrações penais. (Bajo Fernández, Miguel. *El desatinado delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 11). Esta evolução também pode ser vislumbrada no Brasil, caso seja sancionado com a atual redação o Projeto de Lei SDC nº 209/2003, que visa definir todas as infrações penais como condutas prévias à lavagem de dinheiro.

³⁶ CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 135; BARROS, Marco Antonio de. op. cit., p. 43; MAIA, Rodolfo Tigre. op. cit., p. 36-37. BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 15; ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 2-3; SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. op. cit., p. 55, 65.

Em sentido contrário, A. S. A. de M. PITOMBO afirma que a lavagem de dinheiro necessariamente ocorre como atividade, sendo, portanto, necessária a realização de diversos atos concatenados entre si para que ela se constitua como tal. (PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. op. cit., p. 36).

³⁷ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. (Nações Unidas - Escritório sobre Drogas e Crime). The Money-Laundering Cycle. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/laundrycycle.html>>. Acesso em: 03 ago. 2009 e FATF-GAFI. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/document/29/0,3343,en_32250379_32235720_33659613_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 15 abr. 2012.

Quanto às etapas da lavagem de dinheiro, na doutrina nacional, entre outros: BARROS, Marco Antonio de. op. cit., p. 43-46; BETTI, Francisco de Assis. *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil: comentários às Leis 7.492/86 e 9.613/98*, cit., p. 42-44; Id. O sigilo bancário e a nova lei que define o crime de “lavagem de dinheiro”: aspectos tributários e penais, cit., p. 197; CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*, cit., p. 47-70; Id. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 139; COSTA, Hekelson Bitencourt Viana da. op. cit., p. 125-126; MAIA, Rodolfo Tigre. op. cit., p. 37-40; SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit., p. 42-43; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. op. cit., p. 36-37; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. op. cit., p. 21; COSTA, Gerson Godinho. op. cit., p. 30-31; CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 81-103 e 320-322, descrevem, inclusive, as condutas que consideram as mais utilizadas em cada uma das fases, as dificuldades

A primeira etapa, de conversão, colocação ou ocultação, ou “placement”, “Unterbringung” ou “Platzierung”, busca estabelecer uma distância física entre o agente e seus lucros para ocultar a origem criminosa dos valores, por exemplo, através da inserção direta de tais valores na economia formal. Devido à proximidade física e temporal entre os valores e o crime antecedente, que aumenta o risco de descobrimento da atividade ilícita, nesta fase, têm precedência negócios usualmente realizados com pagamento em espécie, sendo frequente o envolvimento de várias pessoas, o que já propicia a redução da quantidade de moeda física que cada indivíduo precisará ocultar.³⁸ É nesse momento que ocorre o chamado “smurfing”, conduta por meio da qual são realizados depósitos e outras transações próximos do limite máximo a partir do qual a entidade envolvida é obrigada a fazer uma comunicação de operação suspeita, com base no critério objetivo do valor da operação.³⁹ Entre outras, realizam-se operações simples de câmbio, compras de bens de alto valor (imóveis, jóias, obras de arte etc.), trocas de notas de pequeno valor por notas de valor maior, depósitos, aplicações ou remessas de valores para o exterior por meio de instituições bancárias. Estima-se que o envolvimento de instituições financeiras nesta etapa seja cada vez menor, como reação ao controle crescentemente rigoroso por elas exercido na verificação da origem dos valores transacionados e na identificação das partes envolvidas, sendo reservado a etapas posteriores no processo de lavagem dos valores, quando tais controles podem ser enfrentados com menor risco.⁴⁰

encontradas para sua identificação e os indícios de que algo anormal ou ilícito está sendo realizado, com particular ênfase para o sistema financeiro. E, na doutrina estrangeira o faz, por exemplo, Dionyssopoulou, Athanassia. op. cit., p. 3-9; Godinho, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 39-42.

Interessante notar que, ao contrário da frequente observação doutrinária, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas não introduziu e nem adota expressamente essa tripartição da conduta, tendo ela sido desenvolvida pelas autoridades alfandegárias dos Estados Unidos da América. Outro modelo, mais raramente citado, identifica apenas duas etapas: (i) lavagem de dinheiro em primeiro grau (“money laundering”); e (ii) lavagem de dinheiro em segundo grau (“recycling”), tendo sido proposto por BERNASCONI, Paolo. *Finanzunterwelt - Gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen*. Zürich: Orell Füssli, 1988.

Há ainda outra terminologia, de origem norte-americana, para as três fases, qual seja: “wash, spin and dry”. Cf. GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 39.

³⁸Deve-se ter em mente que, devido à sua origem vinculada ao tráfico de drogas, a lavagem de dinheiro, tradicionalmente, é vista como um processo iniciado com altos valores detidos em moeda física. Mesmo hoje, com a inclusão de outros crimes antecedentes, esta ainda constitui regra geral.

³⁹No Brasil, este valor é de 10 mil reais, nos EUA, de 10 mil dólares, na União Europeia, de 15 mil euros. Cf. VOGT, Sabine. op. cit., p. 11.

⁴⁰O rigor legal no que tange verificações de origem dos valores e identificação de clientes foi incrementado progressivamente e em nível mundial desde a edição da primeira lei (do ano de 1970, nos Estados Unidos da América), que determinava às instituições financeiras registrar diariamente todos os depósitos que excedessem 10 mil dólares. O estabelecimento de limites comparáveis na maior parte dos países industrializados ao longo das décadas de 1980 e 1990, inicialmente, ensejou o surgimento do chamado “smurfing”, método pelo qual eram efetuados depósitos um pouco inferiores a tais valores, até que estes passaram a ser controlados também. Hoje, a pressão internacional para a uniformização de tais controles é

A segunda etapa, de dissimulação ou transformação, ou “layering”, ou “empilage”, “Verteilung” ou “Verwirrspiel”, chamada também de fase de controle ou de estratificação, de fato, constitui a “lavagem” em si. Realizam-se tantas transações econômico-financeiras junto a instituições financeiras locais ou estrangeiras, ou ambas, quantas sejam necessárias para camuflar as ações anteriores. É nessa etapa da lavagem de dinheiro que ocorre a utilização frequente de paraísos fiscais, pessoas jurídicas, bem como o abuso do sigilo profissional de diversas atividades, além da ampla utilização dos meios eletrônicos de transferência bancária que, combinados, garantem a agilidade necessária às transações para que permaneçam “invisíveis”, enquanto a aparência lícita dos valores ainda é frágil. Ademais, a série de operações bancárias e financeiras costuma ser interrompida por meio da realização de saques de partes do capital investido, o que dificulta a identificação do rastro do valor originalmente envolvido.⁴¹ Isso permite um crescente distanciamento entre o crime e os ganhos dele oriundos, e a pulverização destes, culminando no apagamento da “trilha” ou do “rastro” contábil que os vincula à sua origem. Tal percurso proporciona, ao final, sua utilização em operações lícitas, a partir das quais passam a ostentar uma origem reconhecida como legítima.

A terceira fase, de integração ou reciclagem, ou “integration” ou “recycling”, “Legalisierung” ou “Integration”, pode ser tida como verdadeiro exaurimento da conduta da lavagem de dinheiro.⁴² Os valores, agora já com aparência suficientemente legítima, são diretamente injetados na economia formal e no patrimônio legítimo dos agentes através de qualquer atividade econômica lícita. Esta etapa é desnecessária quando o destino do dinheiro é o reinvestimento na atividade delitiva principal do interessado na lavagem de dinheiro, mas, quando realizada, torna praticamente impossível identificar a origem ilícita dos valores.⁴³

Duas características podem, em princípio, ser apontadas como comuns às três fases descritas: por um lado, a utilização de instituições financeiras legítimas e de práticas amplamente difundidas no mercado – desse modo, todas as transações realizadas

tamanha, que todos os países do mundo já os implementaram para evitar que fossem inseridos na chamada “Lista dos Países Não Cooperantes”, atualizada regularmente pelo GAFI, no âmbito internacional, e pelo COAF, no Brasil. A lista foi extinta em 2006, após a exclusão dos últimos países que nela remanesciam (Carta-Circular COAF nº 014/06).

⁴¹VOGT, Sabine. op. cit., p. 12.

⁴²Para os autores que entendem ser a lavagem de dinheiro voltada primordialmente à ocultação ou dissimulação da origem dos valores, esta etapa, em que eles são investidos na economia lícita, já não faz parte da conduta propriamente dita. Nesse sentido, cf. Godinho, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 41.

⁴³VOGT, Sabine. op. cit., p. 12-13.

são, em si, lícitas, somente a origem do capital nelas empregado, não; e por outro lado, como regra, as técnicas utilizadas são transfronteiriças – justamente pelo fato de que o sistema financeiro internacional e o consequente envolvimento de vários sistemas financeiros locais oferecem mais alternativas para a dissimulação do que apenas um único sistema proporcionaria.⁴⁴ Além disso, aponta-se o fato de a lavagem de dinheiro normalmente ser realizada ao longo de tal ciclo trifásico, que lhe é peculiar, como a razão central para que, usualmente, envolva várias jurisdições, o que a seu turno exige e justifica ampla cooperação internacional para a sua prevenção e combate eficaz, tal qual buscado pela comunidade internacional desde a adoção da Convenção das Nações Unidas de 1988.

Deve ser destacado, contudo, que uma das tendências observadas ao longo da última década na análise de condutas de lavagem de dinheiro foi o distanciamento crescente das instituições financeiras, justamente por este setor ser um dos mais rigorosamente controlados. Assim, como a conduta efetivamente pode ser realizada em qualquer mercado – sobretudo, nos mercados internacionais – a lavagem de dinheiro irá procurar aqueles em que ainda encontre maiores brechas regulatórias (o que, por sua vez, redundará na percebida crescente regulamentação de cada vez mais setores econômicos).⁴⁵

2.2. A superação das tipologias da receptação e do favorecimento

O tipo penal da lavagem de dinheiro possui diversas afinidades com os seus precursores históricos: a receptação e o favorecimento, o que justifica o exame destas condutas delitivas, cuja criação se deveu a, pelo menos, uma necessidade apresentada também como justificativa para a criminalização da lavagem de dinheiro, qual seja, impedir o gozo dos lucros ilícitos por parte do criminoso.

Assim, ditados populares da Antiguidade Clássica indicam preocupação com tal problema na Grécia, onde surgiu o provérbio: “ambos são ladrões, tanto quem recebeu quanto quem roubou”; e em Roma, onde Sêneca dizia que “comete o crime quem dele tira proveito”.⁴⁶ Para além do que poderia ser visto como folclore, o próprio termo “receptação” provém da antiga Roma, o que, segundo JOSÉ SOARES DE

⁴⁴DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 9; BLUM, Jack A.; LEVI, Michael; NAYLOR, R. Thomas; WILLIAMS, Phil. op. cit.

⁴⁵ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 3.

⁴⁶MAIA, Rodolfo Tigre. op. cit., p. 21.

MELLO, é comprovado pela existência de um fragmento do Digesto acerca de tal conduta, intitulado *De receptatoribus*. Contudo, ali o termo se reportava ao que hoje é identificado como favorecimento pessoal, não havendo referência específica à receptação ou ao favorecimento real, tal qual hoje definidos.⁴⁷ Uma aproximação a estes pode ser identificada na ação *furti concepti*, que permitia a revista do local em que se desconfiava que determinada coisa anteriormente furtada estivesse escondida.⁴⁸ Encontrada no local, a pessoa que ali residisse era punida pelo furto. Por sua vez, o indivíduo condenado poderia valer-se da ação *furti oblati*, a ser por ele movida contra quem houvesse colocado o objeto em seu poder. Tal regressão era relativamente simples, uma vez que a pena para ambas as condutas era patrimonial.

Já no período do Império Romano, conheceram-se dois tipos penais de receptação (o *crimen extraordinarium receptatorum*): a receptação pessoal (ou *receptatio latronum*), comparável ao atual favorecimento pessoal na legislação penal brasileira, e a receptação de coisas, que lidava especificamente com a venda e aquisição de bens obtidos por meio do *furtum*.⁴⁹ Esta última não foi tipificada especificamente, mas através da equiparação do receptador ao agente do furto que havia originado os bens negociados. Ambas as modalidades somente podiam ser cometidas dolosamente e as penas cominadas eram, como regra, iguais às do crime principal, em nítida política repressiva.⁵⁰

Durante a Idade Média, verifica-se a existência da tipificação do favorecimento, sendo a receptação por ele abrangida. A punição do agente do favorecimento era a mesma da prevista para o delito prévio, tendo-se originado, nessa época, o ditado alemão: “Der Hehler ist so gut wie der Stehler” (O receptador vale tanto quanto o ladrão).⁵¹

⁴⁷MELLO, José Soares de. *Da receptação*. 1937. Dissertação (Professor de Direito Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1937. p. 6-7; DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 39.

⁴⁸O procedimento para essa revista era cercado de regras que impunham desde a presença de uma testemunha até a obrigação de quase completa nudez da pessoa que realizaria a busca. Posteriormente, acrescentou-se a condição de autorização de um magistrado, assim como do acompanhamento de um auxiliar do tribunal para a busca. Para uma descrição detalhada deste rito, inclusive sua evolução, ver MELLO, José Soares de. op. cit., p. 7-8 e 11.

⁴⁹Segundo J. S. de MELLO, a primeira indicação de uma distinção entre a chamada receptação pessoal e a receptação real pode ser atribuída a TITO LIVIO (59 a.C.-17 d.C.), em cujos escritos são indicadas duas ordens de proibições: a primeira, em relação à compra e venda de coisa por motivo de fuga; a segunda, em relação à prestação de auxílio, sob qualquer forma, a fugitivos. (MELLO, José Soares de. op. cit., p. 11).

⁵⁰MELLO, José Soares de. op. cit., p. 12-13, 16 e 18; MAIA, Rodolfo Tigre. op. cit., p. 22. As exceções a essas regras são expostas detalhadamente por MELLO, José Soares de. op. cit., p. 14-15 e 18.

⁵¹DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 31.

Já no século XIV, contudo, BARTOLO DE SASSOFERRATO (1313-1357) negou a equiparação da conduta do receptador à antecedente, afirmando constituir “um novo facto a que elle mesmo deu vida”, sempre que o delito prévio houvesse sido consumado – caso fosse permanente ou não tivesse sido concluído, tratar-se-ia de alguma modalidade de participação.⁵² Ainda assim, o tratamento igualmente duro de receptadores e agentes do crime principal apenas passou a ser mais amplamente questionado no século XVI, sendo que, a partir do século XVIII, alguns autores franceses começaram a distinguir situações nas quais o receptador deveria ser punido com menor rigor, por exemplo, quando não auferisse lucros com a sua conduta, ou caso houvesse relação de parentesco entre o autor do delito prévio e seu receptador.⁵³ A aplicação de penas diferenciadas a receptadores, em relação aos agentes do crime principal, foi, então, adotada pelos praxistas italianos, com base em teorias relativas à participação delitiva, reportando-se, sobretudo, a situações em que não houvesse acordo prévio quanto à participação nos lucros da conduta delitiva.

Consolida-se, então, a idéia de que o *crimen receptatorium*, que alcançava tanto a receptação quanto o favorecimento pessoal (como hoje definidos), era um *auxilium post delictum*. O chamado “favorecimento do crime” passou a ser tido como um gênero que abrigava formas de participação delitiva, inclusive, a chamada “cumplicidade *a posteriori*”, cuja espécie mais importante era a receptação de produtos de crimes.⁵⁴ Assim, por exemplo, já na *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, o favorecimento é tratado como uma modalidade de participação no ato anteriormente praticado, mantendo-se a receptação como parte do delito de favorecimento.⁵⁵

Somente a partir do século XIX consolidou-se gradualmente uma distinção mais clara entre os delitos. No novo contexto histórico, a receptação passa a prevalecer como gênero, dividindo-se em duas espécies: a pessoal, chamada de favorecimento, e a real, a receptação propriamente dita. O favorecimento, por sua vez, é apresentado sob dois ângulos, de acordo com o seu objeto: quando recaía sobre a pessoa do agente do crime antecedente, denominava-se favorecimento pessoal; quando afetava os objetos utilizados no crime ou oriundos deste, tratava-se de favorecimento real.⁵⁶

⁵²Cf. MELLO, José Soares de. op. cit., p. 36.

⁵³Id. Ibid., p. 27-28.

⁵⁴Id. Ibid., p. 51-52 e 55.

⁵⁵DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 31.

⁵⁶MELLO, José Soares de. op. cit., p. 85.

Diferentemente, o Código Penal da Prússia, de 1851, já estabelecia a separação típica entre o favorecimento e a receptação, tendo esta sido incluída na parte especial do código e aquele, na parte geral. Posteriormente, o Código Penal Alemão de 1871 (“Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich – RStGB”), manteve essa separação, mas incluiu ambas as tipificações em seu Capítulo 21, na parte especial, sendo que o tipo penal do favorecimento passou a ser dividido em favorecimento pessoal e real. Ainda assim, manteve-se vivo o debate doutrinário em torno da possibilidade de ser o favorecimento uma forma de participação delitiva, especialmente, quando verificada a sua promessa anteriormente à prática do delito prévio.⁵⁷

A partir de então, ampliou-se a discussão em torno da distinção entre receptação e favorecimento real. Na doutrina germânica, eram tidos como crimes contra o patrimônio, diferenciando-se apenas pelo fato de que, na receptação, se fazia necessária a cooperação entre o autor desta e o do crime antecedente, o que não se verificava no caso do favorecimento real. Outros autores vêem o favorecimento como um crime contra a administração da justiça, e apenas a receptação como um crime contra a propriedade (nesta linha, podem ser incluídos, entre outros, FRANCESCO CARRARA, KARL BINDING, FRANZ VON LISZT, ERNST L. VON BELING e também JOSÉ SOARES DE MELLO). Ao longo do tempo, para alguns, a distinção entre o favorecimento e a receptação passou a ser tida como fundada no fim de lucro, que apenas é verificado na receptação (por exemplo, GIASONE DE MAINO e PASQUALE TUOZZI); outros afirmam ser possível identificar a diferença no fato de que a atividade daquele que pratica o favorecimento volta-se, sobretudo, ao agente do delito anterior, ao passo que, no caso da receptação, a conduta gira em torno da coisa oriunda daquele delito, que é recebida, adquirida ou escondida (por exemplo, MARCIANO, QUINTO EMILIANO LETO e F. PUGLIA). Finalmente, passou a prevalecer a opinião, segundo a qual a distinção mais adequada entre as condutas tipificadas como favorecimento e como receptação voltava-se à motivação e à finalidade do agente: no favorecimento, seu objetivo seria auxiliar o agente do delito prévio, assegurando os seus ganhos sem que fosse necessária a verificação de uma transferência de patrimônio; na receptação, seu objetivo consistia em beneficiar a si mesmo, perseguindo vantagens de seu interesse individual.⁵⁸

⁵⁷DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 32-33; vide nota de rodapé 125; NIEDERMAIR, Harald. Strafloße Beihilfe durch neutrale Handlungen? *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, n. 107, p. 507, 1995.

⁵⁸A relação entre os autores mencionados e a distinção dos delitos aqui incorporada foi proposta por MELLO, José Soares de. op. cit., p. 90-104 e 114 e 241 (Conclusão III). Tendo em vista essa evolução da discussão doutrinária, não surpreende a ampla controvérsia quanto à terminologia e à denominação que

Em sua formação conceitual, os atuais delitos de receptação e de favorecimento, muito próximos ao que hoje se tem por lavagem de dinheiro, são apontados por alguns representantes da doutrina como possivelmente suficientes para a reprimenda da conduta tipificada como lavagem de dinheiro, uma vez que este delito, do ponto de vista dogmático e tal qual previsto na Convenção de Viena de 1988, possui a mesma estrutura de referidos tipos penais.⁵⁹ Assim, tanto a lavagem de dinheiro quanto aqueles tipos penais tradicionais lidam com condutas relacionadas ao asseguramento da fruição dos ganhos de crimes anteriormente praticados, bem como com a eliminação de suas provas.

No Brasil e em diversos outros países, a conduta tipificada como receptação lida com “coisa” proveniente de crime e é punida – na sua forma simples – com reclusão de um a quatro anos e multa.⁶⁰

Parcela da doutrina afirma que o tipo penal da receptação descreve a conduta que mais se aproxima da lavagem de dinheiro por compartilhar o objetivo central desta, qual seja, impedir que criminosos usufruam os ganhos ilicitamente obtidos.⁶¹ Ademais, o crime antecedente da receptação pode atingir qualquer bem jurídico, desde que o seu produto seja passível de valoração econômica, e a persecução penal do delito prévio também não é pressuposto necessário para a sua punição. Outro ponto comum das tipificações seria o fato de que ambas se realizam por meio de ações que, em si mesmas, são lícitas, repousando a sua ilicitude na origem dos bens sobre os quais recaem.⁶² Já quanto à receptação, ampliou-se o conceito de “coisa” oriunda de crime anteriormente praticado, principalmente, quando ocorresse a sua substituição por dinheiro, ideia reforçada com o desenvolvimento do conceito de dinheiro como mera medida do valor da coisa, e não como uma coisa que, em si, tivesse substituído o produto do crime antecedente.⁶³

deveria ser dada às condutas ora enfocadas, conforme destaca o mesmo autor, sendo que, até a promulgação do Código Penal brasileiro de 1940, não havia sido utilizada a denominação “favorecimento” para esta conduta, que era tratada como uma forma de cumplicidade (p. 54 e 77-80). Ver também DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 39-40.

⁵⁹Nesse sentido, ver CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 134-135; DE SANCTIS, Fausto Martin. op. cit., p. 60; GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 241.

⁶⁰Art. 180 do Código Penal. Na Alemanha, o § 259 StGB fala em “Sache”, em Portugal, o Art. 231 do Código Penal também emprega o termo “coisa”, e a pena prevista em ambos países para a conduta é de reclusão de até 5 anos ou multa; já na Espanha, o Art. 248 do Código Penal emprega o termo mais amplo “efectos”, cominando uma pena de reclusão de 6 meses a 2 anos.

⁶¹CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*, cit., p. 37; MAIA, Rodolfo Tigre. op. cit., p. 21; GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 242.

⁶²DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 34.

⁶³Id. Ibid., p. 37.

De todo modo, tal qual a lavagem de dinheiro, a receptação e o favorecimento dependem do cometimento de um delito que os anteceda. E, por essa razão, originaram vasta discussão doutrinária acerca de sua natureza: assim, ao longo dos anos, debateu-se se seriam crimes autônomos ou acessórios, ou se seriam simples formas de participação do crime antecedente.⁶⁴ Tais problemas, conforme se verá adiante, também se colocam na tipificação da lavagem de dinheiro, motivo pelo qual se justifica uma breve descrição da evolução da discussão em relação aos tipos penais tradicionais ora em análise.⁶⁵

Numa primeira situação possível, o autor individual do crime antecedente é o receptador. Aqui, a doutrina é praticamente unânime ao afirmar que não pode ele ser punido pela receptação, o que prevalece no entendimento jurisprudencial de diversos países ainda hoje. No entanto, se houver o envolvimento e a cumplicidade de terceiro na conduta da receptação, este responde pela receptação sempre que não houver participado do crime antecedente. Já a situação em que a mesma pessoa que, posteriormente, atua como receptador também instiga o crime antecedente, desta forma indiretamente participando deste, determina a sua punição tanto pela instigação quanto pela receptação.⁶⁶ Segundo JOSÉ SOARES DE MELLO, pode-se concluir que são tendencialmente favoráveis à aplicação de pena pela receptação os juristas que a têm como delito autônomo. Isso, contudo, em sua opinião, pode levar a uma dupla punição, caso seja adotado como regra geral, devendo-se proceder a um exame casuístico da efetiva participação do receptador no delito antecedente para decidir sobre a punibilidade da conduta de receptação, tendo em vista as regras e os princípios sobre concurso de crimes.⁶⁷

Ainda de acordo com referido autor, em 1900, a discussão em torno da autonomia típica da receptação ganhou importância em função do debate relativo à competência jurisdicional dos Estados para a persecução penal de delitos praticados além de suas fronteiras, tendo então ocorrido, de modo geral, o reconhecimento desta infração

⁶⁴MELLO, José Soares de. op. cit., p. 116.

⁶⁵Nesse contexto, não se pode perder de vista que, até o passado recente, receptação e favorecimento (pessoal e real) eram discutidos em conjunto, variando ainda a definição conceitual dos termos para o estabelecimento de um como gênero e outro, como espécie, ora em favor de um, ora de outro. Portanto, as discussões aqui apresentadas aplicam-se a ambas as tipificações como existentes na atualidade.

⁶⁶MELLO, José Soares de. op. cit., p. 124, 133-134.

⁶⁷Id. Ibid., p. 136-140.

como delito autônomo, a fim de superar o problema afeto à competência e como modo de impedir a impunidade nestes casos.⁶⁸

Diversas foram as classificações propostas ao longo da história para o delito da receptação. Tida como uma modalidade de participação pelos praxistas italianos, também era vista assim no direito penal brasileiro até a promulgação do Código Penal de 1940, apesar de tal posição já não ser mais comumente aceita na doutrina desde fins do séc. XIX, conforme anteriormente exposto, uma vez que nenhuma ação posterior à consumação de um delito pode ser tida como participação dele. Outra teoria sugeriu o conceito de assistência subsequente, tendo a receptação como delito acessório, apenas verificado após a finalização da conduta precedente por seu autor, sob a forma de participação nos atos posteriores à consumação do delito prévio. A teoria mais frequentemente aceita, contudo, afirma ser a receptação um delito autônomo, com base na idéia da perpetuação e do aprofundamento do injusto patrimonial realizado com o crime antecedente. A partir dela, afirma-se também a natureza patrimonial da receptação.⁶⁹ Evitando o reconhecimento da receptação como crime autônomo, ERNST L. VON BELING afirmou tratar-se a receptação de um caso do que denominou de autoria pós-delitiva (“Nachtäterschaft”), em vista do fato de que tal conduta permite a perpetuação dos efeitos do delito prévio, mas não dispõe de autonomia porque todos, o autor do delito antecedente, seus cúmplices e o autor posterior, da receptação, agem com vistas ao mesmo fim.⁷⁰

No Brasil, atualmente, a receptação é definida como um crime patrimonial e, como tal, encontra-se inserida no Capítulo VII do Título II do Código Penal, que abrange os crimes contra o patrimônio. A doutrina nacional aceita essa classificação em vista do fato de que o objeto do delito prévio é afastado ainda mais da pessoa a quem legitimamente pertence através das condutas que constituem a receptação, o que aumenta a possibilidade de não mais ser reintegrado ao seu patrimônio. Já o favorecimento, dividido em pessoal e real, situa-se no Capítulo III do Título XI do Código Penal, entre os crimes contra a administração da justiça.⁷¹ O primeiro envolve a ajuda ao autor do crime antecedente para fins de dissipação de provas ou ocultação da própria pessoa, e o segundo

⁶⁸MELLO, José Soares de. op. cit., p. 151.

⁶⁹DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 34. J. S. de MELLO se opõe à autonomia do tipo penal da receptação ao argumento de que a receptação depende necessariamente da existência de um crime antecedente, que constitui um verdadeiro elemento típico seu, o que também seria válido para o favorecimento. Ver MELLO, José Soares de. op. cit., p. 172-175 e 177-178.

⁷⁰Cf. MELLO, José Soares de. op. cit., p. 178-181 e 241 (Conclusão IV).

⁷¹Respectivamente, Arts. 348 e 349 do Código Penal.

lida com os atos voltados à garantia da fruição dos ganhos oriundos da prática delituosa principal, desde que não se verifique a receptação e que o autor do favorecimento não seja co-autor do crime antecedente. Ambos os dispositivos foram previstos na redação original do Código Penal de 1940, não tendo sofrido alterações. Interessante notar que um dos fatores expressamente considerados na cominação da pena do favorecimento pessoal é o grau de reprovabilidade do delito antecedente: sendo este punido com reclusão, a pena aplicável é dobrada em relação à pena prevista no caso de delitos prévios aos quais não seja cominada reclusão.

Tal classificação, contudo, não é a única possível. Assim, na Alemanha, por exemplo, os tipos penais correspondentes à receptação e ao favorecimento real e pessoal brasileiros encontram-se inseridos no Capítulo 21 do Código Penal, intitulado “Favorecimento Real e Receptação” (“Begünstigung und Hehlerei”), que abrange os delitos relacionados a um outro ilícito previamente executado por terceiro, os chamados pós-delitos ou crimes de conexão (“Anschlussstaten”)⁷² e abriga, além do favorecimento real (“Begünstigung”, § 257 StGB) e da receptação (“Hehlerei”, § 259 StGB), também o favorecimento pessoal (“Strafvereitelung”, § 258 StGB) e diversas subespécies de tais condutas, bem como a lavagem de dinheiro.⁷³ Tal opção sistemática foi feita em vista de todos os tipos penais desse capítulo pressuporem a existência de uma ação delitiva anterior, à qual sucedem,⁷⁴ sendo o principal motivo para a sua criminalização o reconhecimento de que, caso fosse lícito prestar auxílio a criminosos após a consumação da prática delitiva, tal assistência subsequente poderia vir a servir de incentivo para a conduta delitiva (e sua reiteração), o que colocaria em perigo a administração da justiça.⁷⁵

A doutrina alemã afirma que o “Leitmotiv” da criminalização das três condutas é o mesmo, qual seja, o desejo de intensificar a prevenção geral oriunda da criminalização de todas as demais condutas penais. Assim, nos três casos, pode-se verificar uma forma de “assistência” que obsta a verificação da prevenção geral: no caso do favorecimento real, trata-se do asseguramento da vantagem; no do favorecimento pessoal, do impedimento da punição ou da execução da pena; e, no da receptação, da utilização da

⁷²Neste texto, optou-se pelas expressões encontradas na doutrina portuguesa: “pós-delitos” e “crimes de conexão”. Em espanhol, a expressão é encontrada traduzida como “delitos de fusión”. Cf. BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 160.

⁷³StGB, 21. Abschnitt – Begünstigung und Hehlerei, §§ 257-261.

⁷⁴NESTLER, Cornelius. op. cit., p. 102.

⁷⁵DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 42.

coisa. Apesar desse ponto comum, os três tipos delitivos são autônomos e possuem seus próprios bens jurídicos específicos: o favorecimento real protege, ao lado do bem jurídico afetado pelo delito prévio, também a administração da justiça; o favorecimento pessoal protege, primordialmente, a administração da justiça penal; e a receptação, o patrimônio.⁷⁶

Na Espanha, por sua vez, as figuras da receptação e do favorecimento (real e pessoal) são tidas como formas de participação pós-delitiva elevadas ao status de delitos autônomos, mas próximas à participação, o que é comprovado pelo fato de que não se pune o autor do crime antecedente pela receptação ou favorecimento. Ademais, o delito prévio precisa obrigatoriamente ter sido confirmado através de processo criminal próprio e a pena a este aplicável serve de limite máximo à punição pela receptação ou favorecimento.⁷⁷

Na definição das condutas que passaram a ser agrupadas sob a tipologia da lavagem de dinheiro, de acordo com o Artigo 3º da Convenção de Viena de 1988, percebe-se íntima proximidade à construção típica da receptação e do favorecimento pessoal e real. Destacam-se, nesse sentido, as seguintes formulações das condutas cuja tipificação como lavagem de dinheiro foi assumida como obrigação pelos países signatários daquela Convenção: “a conversão ou a transferência de bens (...) procedentes de (...) delitos (...) com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa (...) fugir das consequências jurídicas de seus atos” (Artigo 3º, “b”, i); “a ocultação (...) dos bens, sabendo que procedem (...) dos delitos mencionados” (Artigo 3º, “b”, ii); “a aquisição (...) de bens (...) que (...) procedem de (...) delitos mencionados” (Artigo 3º, “c”, i).⁷⁸ Da simples leitura desses dispositivos percebe-se que, de fato, as condutas ao depois incluídas nas leis de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, tal qual previstas na Convenção de Viena de 1988, já eram abrangidas pela legislação penal da maior parte dos países signatários.⁷⁹

Assim, não espanta o fato de que as definições típicas das condutas caracterizadas como lavagem de dinheiro em legislações locais e nos instrumentos internacionais aproximam-se tanto das respectivas tipificações da receptação e do favorecimento. É este também o caso da lei brasileira, cujo Artigo 1º descreve modos de

⁷⁶DIONYSSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 47-48.

⁷⁷BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit., p. 14-15.

⁷⁸Decreto nº 154, de 26.06.1991, Art. 3º, I, “b” e “c”.

⁷⁹Nesse sentido, ver CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 137; GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 241.

realização da lavagem de dinheiro que se aproximam claramente da tipologia da receptação e do favorecimento real, sendo possível também verificar a sua identidade com o favorecimento pessoal, quando empreendidas em benefício de terceiro, uma vez que a atuação sobre os bens derivados dos crimes antecedentes se presta a diluir as provas deste e, sobretudo, da relação entre ele e seu autor.⁸⁰ Tampouco surpreende, portanto, a recolocação dos mesmos problemas atinentes à temática da autoria e participação sob o enfoque da nova tipificação e no atual contexto sócio-cultural, este, sim, a colocar novas dificuldades para a solução da já antiga querela.

Apesar de haver autores que justificam a criminalização da lavagem de dinheiro com base em sua especialidade, uns argumentando que esta pode ser tida como formulada para reforçar o combate e criar obstáculos à multiplicação dos crimes graves definidos como antecedentes e em cuja repressão direta os Estados, até o momento, falharam,⁸¹ e outros afirmando que o seu marco específico seria o fato de abranger toda a cadeia de transformações do objeto inicial da conduta,⁸² a única justificativa para o tipo penal específico da lavagem de dinheiro tal qual hoje se apresenta parece ser seu efeito emblemático e simbólico. Assim, sua criação representa a tendência expansiva do direito penal, preenchendo as características desta, verificando-se, na tipificação da lavagem de dinheiro, tanto a criação de tipos penais de perigo abstrato quanto a proteção de bens jurídicos indistinguíveis.⁸³

Ademais, o argumento no sentido de que a tipificação penal se deu em cumprimento a compromissos internacionalmente assumidos pelos Estados é apenas parcialmente correto, uma vez que nem a Diretiva 91/308/CEE, da União Européia, nem as 40 Recomendações do GAFI impõem a criminalização das condutas, mas apenas a sua

⁸⁰Nesse sentido, ver CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 335. A mesma semelhança é verificada também na lei alemã, de acordo com DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 72.

⁸¹PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 218, out./dez. 1998; DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 73.

⁸²ARZT, Gunther. Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall. *Juristenzeitung (JZ)*, ano 48, v. 19, p. 917, 1993, *verbis*: „Erst § 261 macht es erforderlich, die Kette der mittelbaren Vorteile zu verfolgen.“ Nesse sentido, também A. DIONYSOPOULOU afirma que as condutas de lavagem de dinheiro não são alcançadas pelas tipificações da receptação e do favorecimento real e pessoal em função de sua complexidade. (DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 73).

⁸³Nesse sentido, v. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit., p. 14; GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 254.

proibição e punição com sanções “eficazes, proporcionais e dissuasórias”, o que também poderia ser alcançado, por exemplo, através do direito administrativo.⁸⁴

2.3. A ideia político-criminal da criminalização da lavagem de dinheiro e a internacionalização do direito penal

Tendo em vista que a ideia da necessidade de um combate específico à lavagem de dinheiro surgiu em íntima relação ao concerto internacional dos Estados para a prevenção e o combate ao tráfico de drogas e à criminalidade organizada,⁸⁵ não surpreende que a tipificação penal inicial desta conduta tenha ocorrido no âmbito internacional, constituindo a adoção da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, celebrada em Viena, em 19 de dezembro de 1988, o seu principal marco.⁸⁶

Esta Convenção, contudo, não foi o primeiro documento internacional a se preocupar com o problema da lavagem de dinheiro. O estudo da evolução e realidade contemporânea do combate e prevenção à lavagem de dinheiro deve ter em conta que o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, já em 27 de junho de 1980, adotou a Recomendação nº R(80)10.⁸⁷ É esta a primeira a reconhecer a importância da cooperação

⁸⁴O Art. 2º da Primeira Diretiva da União Europeia diz: “Compete aos Estados-membros proibir o branqueamento de capitais, tal como definido na presente directiva.” Ver também BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit., p. 12. Em sentido contrário, vide DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 10.

⁸⁵H. TEICHMANN e G. ACHSNICH afirmam mesmo que um combate a essas formas de criminalidade fundado no direito nacional é vazio de significado, sendo necessário que ocorra a partir de um padrão globalmente reconhecido. (Cf. TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. op. cit., p. 242).

⁸⁶Cf. PIETH, Mark. op. cit., p. 37.

O Brasil ratificou a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, também conhecida como “Convenção de Viena de 1988”, tendo ela sido promulgada através do Decreto nº 154, de 26.06.1991.

Na Inglaterra, o Home Office criou um elenco de características que um delito deve ter para que haja necessidade de internacionalizar a sua repressão penal, conforme aqui resumido: (i) o crime deve ser grave; (ii) em função da natureza do crime, testemunhas e provas provavelmente estarão em outro país; (iii) há consenso internacional de que a conduta é condenável e que ação conjunta é necessária; (iv) a vulnerabilidade da vítima exige que sejam tomadas providências; (v) a ação é necessária à manutenção da reputação da comunidade internacional; (vi) há risco de que o crime não seja punido sem a internacionalização. [Tradução livre] Destes quesitos, a lavagem de dinheiro preencheria possivelmente os itens (i), (ii), (iii), (v) e (vi). Cf. ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 91.

⁸⁷Referida Recomendação resultou dos trabalhos encomendados pelo “Council of Europe’s Committee on Crime Problems – CDPC” para avaliar os graves problemas enfrentados por vários países em função da transferência ilegal de fundos de origem ilícita utilizados para a perpetração de novos crimes. COUNCIL OF EUROPE. *Background information*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/About/Background_MONEYVAL_en.asp>. Acesso em: 16 abr. 2012.

do setor financeiro para a prevenção da lavagem de dinheiro⁸⁸ e, conseqüentemente, enumera alguns procedimentos a serem implementados por tais instituições para garantir a lisura das operações financeiras, entre os quais a identificação adequada de clientes, a utilização exclusiva de cédulas numeradas de moeda (a fim de possibilitar a conferência imediata de conexão com delitos), o treinamento adequado dos empregados de instituições financeiras para a verificação da identidade de clientes e o reconhecimento de comportamentos ilícitos; além disso, enfatiza-se a importância do estabelecimento de íntima cooperação nacional e internacional entre bancos e autoridades regulatórias, inclusive através da INTERPOL. Chama atenção, ademais, que os crimes aos quais o preâmbulo da Recomendação se refere e cuja expansão fundamentou em parte a sua edição não eram relacionados ao tráfico de drogas, mas sim, a assaltos (“hold-ups”) e sequestros (“kidnappings”).⁸⁹

A partir deste documento, inicialmente, os próprios bancos sediados nos Estados-membros do Conselho da Europa passaram a implementar políticas de controles internos e estabelecer convênios e acordos com outros bancos, o que gerou a disseminação dos procedimentos de identificação de clientes. Posteriormente, diversos países passaram a transpor as recomendações do Conselho da Europa para o âmbito normativo administrativo e até penal.⁹⁰ A importância dessa Recomendação torna-se óbvia diante do fato de que, apesar de os Estados não terem legislado imediatamente em sua consequência,⁹¹ através das relações bancárias mantidas com outros países, os bancos ali estabelecidos também passaram a adotar diversas destas regras, tanto para que o fluxo de negócios não fosse prejudicado por diferenças regulatórias quanto em reconhecimento da segurança que as regras proporcionavam.

Ainda assim, o marco internacional de maior impacto quanto à lavagem de dinheiro é a Convenção de Viena de 1988,⁹² em cujo preâmbulo se afirma que o vínculo entre o tráfico de drogas e outros crimes usualmente realizados pela criminalidade organizada corroi a economia formal, ameaçando a soberania dos Estados, sendo essa uma das razões a

⁸⁸ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 96.

⁸⁹Cf. PIETH, Mark. op. cit., p. 40.

⁹⁰Segundo R. CERVINI, as iniciativas autorregulatórias foram tomadas por bancos sediados na Áustria, Bélgica, Itália, em Luxemburgo, nos Países Baixos e na Suíça, normas de cunho administrativo foram promulgadas na França, Inglaterra, Noruega e Suécia, e normas criminalizadoras, na Grécia, em Luxemburgo, na Itália e Suíça. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 125.

⁹¹ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 96.

⁹²Cf., por exemplo, Id. Ibid., p. 94.

justificar a necessidade de impedir que os agentes do tráfico de drogas desfrutem de seus ganhos ilícitos, o que, idealmente, retiraria todo atrativo desta conduta criminosa, que constituía a preocupação central de referida Convenção.⁹³ Seu Artigo 3º descreve as condutas que deveriam ser incluídas nas leis penais nacionais, assim como circunstâncias para a aferição do dolo do agente e de agravantes.⁹⁴ Além disso, é sugerido que a concessão de liberdade ao longo da investigação e do processo, assim como o prazo prescricional sejam mais rigorosos do que a regra, em vista da gravidade do crime antecedente.⁹⁵

Portanto, a partir da adoção da Convenção de Viena de 1988, todos os países signatários assumiram o compromisso de criminalizar a lavagem de ganhos provenientes do tráfico de drogas ou de crimes a ele relacionados. Contudo, tendo em vista a amplitude e vagueza das definições e sugestões insertas no texto da Convenção, além do fato de já existirem tipificações penais voltadas ao objetivo de impedir que criminosos assegurassem e usufríssem os ganhos gerados por suas condutas, conforme anteriormente examinado, é possível afirmar que, do ponto de vista da teoria penal liberal, o maior, senão único aspecto elogiável da Convenção de Viena de 1988 em relação à lavagem de dinheiro é o fato de o rol de crimes antecedentes ser composto pelas tipificações relativamente bem delimitadas afetas ao narcotráfico. Como consequência, pode-se afirmar que as condutas tipificadas como lavagem de dinheiro com base nessa Convenção, em verdade, constituem versões específicas de receptação e favorecimento para tais delitos prévios.

No mesmo período, o Comitê de Supervisão Bancária de Basileia,⁹⁶ criado em 1974 pelos diretores dos Bancos Centrais das dez maiores potências do mundo (o chamado G-10)⁹⁷ com a finalidade de constituir um fórum de cooperação periódica acerca de temas relacionados à supervisão bancária, a partir do reconhecimento do risco que a utilização criminosa do sistema bancário representa para as instituições financeiras,⁹⁸ e a necessidade de estabelecer um parâmetro regulatório internacionalmente válido no

⁹³ Assim também J. A. F. GODINHO afirma que o que se objetiva é “fazer valer o princípio segundo o qual o crime não deve compensar”. (GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 253).

⁹⁴ Decreto nº 154, de 26.06.1991, Art. 3º, § 1º, “b” e “c”, §§ 3º e 5º.

⁹⁵ Decreto nº 154, de 26.06.1991, Art. 3º, §§ 7º e 8º.

⁹⁶ São membros desse Comitê: Alemanha, Bélgica, Canadá, Espanha, Estados Unidos da América, França, Itália, Japão, Luxemburgo, Países Baixos, Reino Unido, Suécia e Suíça.

⁹⁷ Que, de fato, é constituído por representantes de onze países industrializados: Alemanha, Bélgica, Canadá, Estados Unidos da América, França, Itália, Japão, Países Baixos, Reino Unido, Suécia e Suíça. BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/g10.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

⁹⁸ Esse risco, segundo o preâmbulo da Declaração de Princípios da Basileia, é traduzido não somente em perdas financeiras devido às especificidades das transações voltadas para a lavagem de dinheiro, mas também na perda de confiança do mercado em geral quanto ao funcionamento do sistema bancário.

setor financeiro, adotou a Declaração de Princípios de Basileia, em 12 de dezembro de 1988.⁹⁹ Nela são estabelecidos princípios éticos gerais que recomendam a todas as autoridades regulatórias bancárias, essencialmente, a instituição de procedimentos que (i) garantam a identificação adequada de todas as pessoas e entidades que realizam negócios através da rede bancária; (ii) desestimulem a realização de transações aparentemente ilegítimas; e (iii) proporcionem a cooperação com os órgãos responsáveis pela aplicação da lei, visando melhor controlar as operações bancárias para que não sejam usadas como veículo para a lavagem de dinheiro.¹⁰⁰

Nesse contexto, a doutrina aponta que os princípios propostos pelo Comitê de Basileia, apesar de não serem cogentes nem autoaplicáveis, acabaram sendo incorporados como tais, primeiramente, na Europa e, depois, nos Estados Unidos da América e em outros países.¹⁰¹ Assim, repetindo-se o que já havia ocorrido após a edição da Recomendação R(80)10, no início, foi-lhes atribuída força vinculante através de acordos firmados entre as instituições bancárias e do estabelecimento de regras internas das próprias instituições financeiras para, ao depois, serem paulatinamente incorporados (frequentemente de maneira ainda mais abrangente do que a prevista na Declaração de Princípios) em acordos internacionais e nas legislações nacionais, seja como normas administrativas, seja em leis penais, o que, por sua vez, criou situações em que se verifica a responsabilidade objetiva (administrativa e penal) pela ocorrência de resultados indesejados e que sequer podiam ser previstos, em afronta direta ao princípio da culpabilidade.

Diante da ampliação da criminalidade relacionada à lavagem de dinheiro e da ausência de normas nacionais uniformes que previssessem e possibilitassem a cooperação internacional no seu combate, o Conselho da Europa estabeleceu, em 1987, um grupo de trabalho, especialmente, para analisar a aplicabilidade da legislação europeia para a busca e apreensão e o confisco de ganhos originados em condutas criminosas, sem se limitar à questão do narcotráfico, apesar de seus trabalhos terem ocorrido em estreita colaboração com o chamado “Pompidou Group”, grupo de trabalho dedicado a tal

⁹⁹Em inglês, o título do referido documento é “Prevention of Criminal Use of the Banking System for the Purpose of Money-Laundering”.

¹⁰⁰O texto integral da referida Declaração está disponível na página da internet do Comitê de Supervisão Bancária da Basileia. BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. Prevention of criminal use of the Banking System for the Purpose of Money-Laundering, (december 1988). Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbasc137.pdf?noframes=1>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

¹⁰¹Cf. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 84, 125-126. BRANDÃO, Nuno. op. cit., p. 80-81.

manifestação delitiva.¹⁰² Como resultado, foi adotada em Estrasburgo a Convenção sobre o Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, também conhecida como Convenção de Estrasburgo,¹⁰³ em 08 de novembro de 1990.¹⁰⁴

Sinteticamente descrita, essa Convenção foi idealizada com o objetivo de facilitar a cooperação internacional na persecução criminal, na busca e apreensão de ganhos ilícitos de todas as formas de criminalidade, especialmente, dos crimes considerados particularmente graves e, para tanto, dispõe minuciosamente sobre os procedimentos a serem adotados, inclusive, com vistas a superar discrepâncias legislativas até então existentes que impedissem ou dificultassem tal cooperação entre os Estados signatários. Estes, por seu turno, assumiram como principais obrigações a criminalização da lavagem de dinheiro e a apreensão dos instrumentos utilizados para fins ilícitos e ganhos oriundos de atividades criminosas (ou de bens cujo valor corresponda a tais ganhos). No que diz respeito à criminalização da lavagem de dinheiro, tal qual prevista nesse documento, merece destaque o fato de que, apesar de baseada na Convenção de Viena de 1988 e temporalmente muito próxima desta (contam-se pouco menos de dois anos entre a adoção de ambas), já aqui os crimes antecedentes não mais são limitados à criminalidade afeta ao tráfico de drogas, mas abrangem todas as condutas tipificadas

¹⁰² Este grupo de trabalho existe ainda hoje como órgão do Conselho da Europa sob o nome Moneyval, cunhado em 1997, tendo o seu mandato sido consideravelmente ampliado, e exercendo funções equivalentes às do GAFI, tanto para os Estados-membros do Conselho da Europa quanto para outros Estados que desejem associar-se ao Moneyval. É constituído por 28 Estados como membros permanentes: Albânia, Andorra, Armênia, Azerbaijão, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Geórgia, Hungria, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Malta, Moldávia, Polônia, antiga República Iugoslava da Macedônia, República Checa, Romênia, Rússia (que também é membro do GAFI), São Marinho, Sérvia e Ucrânia. Além destes, França e Reino Unido são membros temporários e Israel foi admitido como observador ativo, o que permite seja incluído nas rodadas de avaliação do Moneyval. Ver COUNCIL OF EUROPE. Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism (MONEYVAL). *Annual Report 2008*, p. 12-13, March 2009. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/Activities/MONEYVAL\(2009\)12-annual-rep_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/Activities/MONEYVAL(2009)12-annual-rep_en.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2009.

¹⁰³ A denominação original da Convenção é “Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds of Crime – ETS 141”.

¹⁰⁴ Referida Convenção também foi aberta para assinatura e ratificação por Estados que não fossem membros do Conselho da Europa e entrou em vigor no dia 01.09.1993, com a terceira ratificação. Os seguintes 47 membros do Conselho da Europa assinaram e ratificaram essa Convenção: Albânia, Alemanha, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Moldávia, Mônaco, Montenegro, Noruega, Países Baixos, Polônia, Portugal, antiga República Iugoslava da Macedônia, Reino Unido, República Checa, Romênia, Rússia, São Marinho, Sérvia, Suécia, Suíça, Turquia e Ucrânia. Além deles, a Austrália também assinou e ratificou a Convenção de Estrasburgo. COUNCIL OF EUROPE. Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime CETS No. 141. Disponível em: <<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=141&CM=1&DF=9/9/2008&CL=ENG>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

criminalmente (ressalvando-se a possibilidade de os Estados signatários estabelecerem um rol específico de crimes antecedentes) e, adicionalmente, é previsto que o dolo, enquanto elemento do tipo penal da lavagem de dinheiro, poderá ser inferido a partir das circunstâncias objetivas do caso concreto, sugerindo-se a criminalização da conduta em sua modalidade culposa.¹⁰⁵

Ainda antes da adoção da Convenção de Estrasburgo, durante o 15º Encontro Anual do G-7,¹⁰⁶ realizado entre 14 e 16 de junho de 1989, foi criado um organismo intergovernamental específico para o desenvolvimento e a promoção de políticas para o combate à lavagem de dinheiro tanto em nível nacional quanto internacional, uma vez que o G-7 não acreditava que a Convenção de Viena teria a força necessária para uniformizar a introdução do combate à lavagem de dinheiro em âmbito mundial:¹⁰⁷ o Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) ou Grupo de Ação Financeira sobre o Branqueamento de Capitais (GAFI).¹⁰⁸ Posteriormente, em 2001, sua missão foi ampliada para alcançar também a prevenção e o combate ao terrorismo.¹⁰⁹

No exercício dessa função eminentemente política, o GAFI elaborou um documento com 40 Recomendações, publicado em 20 de junho de 1990, as quais já sofreram diversas alterações desde então, com o fim de manterem-se atualizadas diante das inovações tecnológicas e das mudanças nos padrões de condutas relacionadas à lavagem de dinheiro e ao terrorismo (em 1996, 2001, 2003 e 2004).¹¹⁰ Elas são tidas pelo GAFI como

¹⁰⁵ Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, Cap. I, Art. 1º, “e”; Cap. II, Art. 6º, I-IV.

¹⁰⁶ O G-7, grupo das sete maiores potências industrializadas do mundo reunia, então, os seguintes países: Alemanha, Canadá, Estados Unidos da América, França, Itália, Japão e Reino Unido.

¹⁰⁷ Cf. PIETH, Mark. op. cit., p. 43.

¹⁰⁸ Atualmente são membros do GAFI 34 jurisdições e duas organizações regionais: África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Cingapura, Coreia do Sul, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos da América, Federação Russa, Finlândia, França, Grécia, Hong Kong, Islândia, Índia, Irlanda, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Portugal, Reino dos Países Baixos, Reino Unido, Suécia, Suíça e Turquia; Comissão Europeia e Conselho de Cooperação do Golfo. FATF-GAFI. Members and Observers. *The 36 Members of the FATF*. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32236869_1_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 16 abr. 2012.

¹⁰⁹ Apesar de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo serem condutas conceitualmente distintas, seu tratamento conjunto encontra justificacão no fato de que em ambas as condutas há um objetivo de ocultar a relação entre a origem dos fundos utilizados e o seu destino – e as transações pelas quais isto é alcançado são, fundamentalmente, idênticas.

¹¹⁰ Após a primeira revisão de 1996 foram acrescidas as 8 Recomendações Especiais em 2001, relacionadas especificamente ao terrorismo e seu financiamento. Em 2003, sentiu-se necessidade de nova revisão para atualização das Recomendações até então publicadas e, finalmente, em outubro de 2004, foi editada uma nona Recomendação Especial, atribuindo ainda maior vigor aos padrões internacionais de prevenção à lavagem de dinheiro e ao terrorismo propostos pelo GAFI. Fala-se, desde então, das “40+9 Recomendações”. As 40 Recomendações estão disponíveis em FATF-GAFI. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/document/28/0,3343,en_32250379_32236930_33658140_1_1_1_1,00.html>.

um padrão mínimo, a partir do qual todos os países devem elaborar as minúcias necessárias e conformes à sua legislação nacional para alcançar a máxima eficácia na prevenção à lavagem de dinheiro, tanto através de leis penais quanto administrativas e relativas à cooperação internacional.¹¹¹

Importante notar que as 40 Recomendações elaboradas pelo GAFI ampliaram expressamente o alcance ideal que as leis de prevenção e combate à lavagem de dinheiro deveriam ter em comparação ao previsto inicialmente na Convenção de Viena de 1988.¹¹² Desde a alteração de 1996, o GAFI recomenda que as infrações penais tidas como crimes antecedentes compreendam todas as consideradas graves nas legislações locais, com vistas a incluir o maior número possível de condutas típicas. Assim, estabelece que, caso um Estado opte por não estabelecer todos os ilícitos penais como crimes antecedentes, estes sejam definidos com base na adoção de um ou da combinação de vários dos seguintes critérios: (i) infrações que integrem uma classe identificada de delitos graves; ou (ii) infrações às quais sejam cominadas penas máximas de reclusão maior que um ano ou, no caso de países que não estipulam pena máxima, penas mínimas de mais de seis meses de reclusão; ou (iii) que seja estabelecida uma lista com todos os crimes tidos como delitos prévios. Contudo, a fim de estabelecer um padrão claro de quais deveriam ser os crimes antecedentes, criou uma lista com as chamadas Categorias de Infracções Designadas¹¹³,

Acesso em: 16 abr. 2012 e as 9 Recomendações Especiais em FATF-GAFI. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/document/9/0,3343,en_32250379_32236920_34032073_1_1_1_1,00.html>.

Acesso em: 16 abr. 2012.

¹¹¹Vide a Introdução às 40 Recomendações. FATF-GAFI. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/document/28/0,3343,en_32250379_32236930_33658140_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 16 abr. 2012. O GAFI reconhece a existência de sensíveis diferenças entre os sistemas jurídicos nacionais, razão pela qual não buscou a imposição de um modelo específico de lei, apenas estabelecendo um padrão mínimo como ponto de partida e referência para as atividades legislativas internas. (Cf. TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. op. cit., p. 251).

¹¹²Apesar da onda de políticas regulatórias gerada a partir da publicação das 40 Recomendações do GAFI, o Comitê da Basileia verificou, em 1999, que muitos bancos e até mesmo autoridades regulatórias nacionais não haviam implementado políticas sequer elementares para a identificação de clientes, na aparente expectativa de orientações específicas do Comitê da Basileia. Assim, a fim de precisar as recomendações do GAFI para as instituições financeiras, o Comitê da Basileia publicou, em outubro de 2001, detalhado documento sobre os riscos gerados por uma política pouco rigorosa ou incoerente de identificação de clientes, descrevendo minuciosamente como e em quais circunstâncias deveria ser verificada e confirmada a identidade (e uma série de outras informações) dos clientes bancários, incluindo diversos subitens específicos como, por exemplo, em relação a clientes qualificados como pessoas politicamente expostas. BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. Basel Committee on Banking Supervision. Customer due diligence for banks - final document. Oct. 2001. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbs85.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

¹¹³Tradução oficial de “Designated Categories of Offences” encontrada na edição portuguesa das 40 Recomendações. Constituem Categorias de Infracções Designadas: participação num grupo criminoso organizado e em ações ilegítimas para obtenção de fundos, nomeadamente através de chantagem, intimidação ou outros meios; terrorismo, incluindo o financiamento do terrorismo; tráfico de seres humanos e tráfico ilícito de migrantes; exploração sexual, incluindo a exploração sexual de crianças; tráfico de

recomendando que todos os países deveriam estabelecer como crimes antecedentes, no mínimo, uma gama de condutas típicas que possam ser relacionadas a alguma das 20 categorias.¹¹⁴ O principal objetivo dessa ampliação era aprimorar o sistema de comunicação de operações suspeitas.¹¹⁵

Além desse alargamento típico, o GAFI propôs uma série de recomendações quanto ao controle dos fluxos financeiros que acabaram por tornar-se obrigatórias para todos os países que não desejassem ver-se incluídos na chamada Lista de Países Não-Cooperantes¹¹⁶ por ele elaborada e atualizada periodicamente. De fato, além da sua função política, ao GAFI incumbe acompanhar a implementação das medidas tidas como necessárias para prevenir a lavagem de dinheiro e o terrorismo pelos países-membros, o que é feito através de avaliações periódicas e do incentivo para a adoção das medidas por ele propostas em âmbito mundial, em cooperação com outros organismos internacionais com funções semelhantes.¹¹⁷ Esta tarefa assumida se traduz em um forte elemento de pressão sobre a comunidade internacional, e seu poder de influência foi demonstrado em algumas ocasiões, tanto pela listagem de países não cooperantes, quanto por meio da divulgação de relatórios específicos em relação a determinados países.¹¹⁸

estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; tráfico de armas; tráfico de bens roubados e de outros bens; corrupção e suborno; fraude; contrafacção de moeda; contrafacção e pirataria de produtos; crimes contra o ambiente; homicídio e ofensas corporais graves; rapto, detenção ilegal e tomada de reféns; roubo ou furto; contrabando; extorsão; falsificação; pirataria; e utilização abusiva de informação privilegiada e manipulação do mercado. Ver p. 12 do documento traduzido, em FATF-GAFI. Grupo de Acção Financeira sobre o Branqueamento de Capitais. *As quarenta recomendações*. Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/downloads/40%20Recomendacoes%20-%20GAFI-FAFT.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

¹¹⁴Ver Recomendação 1, em FATF-GAFI. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/document/28/0,3343,en_32250379_32236930_33658140_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 16 abr. 2012.

¹¹⁵Cf. ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 105.

¹¹⁶No relatório anual de 2006-2007 do GAFI (Ver itens 44-46, em FATF-GAFI. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/46/1/39162982.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012) é destacado o sucesso que referida listagem e suas consequências tiveram: em outubro de 2006, os dois últimos países que ainda eram tidos como não-cooperantes lograram livrar-se dessa pecha, em função dos avanços por eles implementados quanto às medidas recomendadas pelo GAFI. Assim, naquele ano foi extinta a Lista de Países Não-Cooperantes, o que se traduziu, no Brasil, através da Carta-Circular nº 14 do COAF, de 22.11.2006.

¹¹⁷Entre os órgãos internacionais semelhantes ao GAFI e com os quais este mantém ativa relação de cooperação, destacam-se, além do já mencionado Moneyval, os seguintes: Asia/Pacific Group on Money Laundering (APG), Caribbean Financial Action Task Force (CFATF), Eurasian Group (EAG), Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group (ESAAMLG), Financial Action Task Force on Money Laundering in South America (GAFISUD), Intergovernmental Action Group against Money-Laundering in Africa (GIABA) e Middle East and North Africa Financial Action Task Force (MENAFATF). FATF-GAFI. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/document/52/0,3343,en_32250379_32237295_34027188_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 16 abr. 2012.

¹¹⁸Trata-se da chamada “peer pressure”. Cf. PIETH, Mark. op. cit., p. 41-42, 48-49.

Por sua vez, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Assembleia Geral decidiu, em 09 de junho de 1990, encomendar um Regulamento Modelo para a prevenção à lavagem de dinheiro à “Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas” (CICAD), que poderia ser adotado como lei em todos os países-membros da OEA. Especialistas de 13 países participaram da sua elaboração, a saber: Argentina, Bahamas, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, EUA, Jamaica, México, Peru, Uruguai e Venezuela; o resultado de seu trabalho foi adotado pela Assembleia da OEA, em 1992, tendo sofrido diversas alterações desde então.¹¹⁹ O texto inicialmente elaborado aproximava-se em muito do disposto na Convenção de Viena de 1988 e, atualmente, reflete os demais instrumentos internacionais adotados desde sua primeira edição. Duas principais diferenças existiram entre o Regulamento Modelo e a Convenção das Nações Unidas desde a sua primeira edição: a ampliação do elemento subjetivo do tipo da lavagem de dinheiro, que passou a abranger também o dolo eventual (Artigo 2º, §§ 1º, 2º e 3º)¹²⁰ e a modalidade culposa do delito (Artigo 2º, §§ 5º e 8º)¹²¹ e a ausência da exigência da finalidade específica da ocultação, prevista na Convenção de Viena de 1988. Além disso, merece destaque o fato de que, apesar de algumas de suas alterações terem sido implementadas após o surgimento e a expansão das chamadas leis de lavagem de dinheiro de terceira geração, o Regulamento Modelo estabelece um rol específico de crimes antecedentes definido em seu Artigo 1º e abrangendo condutas relacionadas a narcotráfico (tal qual definido na Convenção de Viena de 1988), terrorismo e seu financiamento, atos e organizações terroristas, tráfico de armas de fogo, desvio de substâncias químicas, tráfico de seres humanos e órgãos humanos, prostituição, pornografia, sequestro, extorsão, corrupção e fraude.¹²²

Verificou-se, portanto, no exíguo lapso temporal de aproximadamente quatro anos, uma proliferação algo incontida de declarações, acordos e recomendações internacionais acerca do delito em questão sem que, aparentemente, fosse dedicado o

¹¹⁹ Alterações no texto foram adotadas pela CICAD em novembro de 1997, maio de 1999, dezembro de 2002, novembro de 2003, dezembro de 2004 e dezembro de 2005. CICAD - INTER-AMERICAN DRUG ABUSE CONTROL COMMISSION. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/eng/Model_regula_eng12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ING%20neg%20jun%2006.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2012.

¹²⁰ Model Regulations Concerning Laundering Offenses Connected to Illicit Drug Trafficking and Other Serious Offenses, Art. 2º, I-III.

¹²¹ Model Regulations Concerning Laundering Offenses Connected to Illicit Drug Trafficking and Other Serious Offenses, Art. 2º, V e VIII.

¹²² Model Regulations Concerning Laundering Offenses Connected to Illicit Drug Trafficking and Other Serious Offenses, Art. 1º.

tempo necessário ao exame da eficácia e utilidade das normas introduzidas por cada um deles, antes da edição do próximo. Isso, no mínimo, contribuiu para a formação do atual mosaico regulatório, no qual muitas normas e propostas se repetem, às vezes, com redações apenas ligeiramente diferentes, contribuindo para a consolidação da insegurança jurídica neste âmbito.

Na seara das Nações Unidas, ante a ausência de um tratado que lidasse especificamente com o crime organizado transnacional, sentiu-se a necessidade de suprir tal lacuna e, para tanto, foi adotada, em Nova Iorque, no dia 15 de novembro de 2000, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.¹²³ Sua adoção traduz o reconhecimento da gravidade do problema colocado por tal criminalidade e obriga os Estados a implementar uma série de medidas para o seu combate. Tais medidas envolvem desde novas formas de cooperação internacional até a tipificação de determinados ilícitos penais em âmbito doméstico.¹²⁴ O objetivo declarado das Nações Unidas com esta Convenção consiste em fortalecer o combate ao crime organizado transnacional. Para tanto, previu-se a criminalização de diversas condutas relacionadas a tal forma de criminalidade, estabelecendo-se em seu texto o conceito de grupo criminoso organizado como um “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material” (Artigo 2º, “a”).¹²⁵ Por sua vez, infrações graves foram definidas como todas aquelas que, sob a lei nacional, fossem puníveis com pena máxima privativa de liberdade maior ou igual a quatro anos (Artigo 2º, “b”).

Entretanto, a Convenção limita expressamente o seu âmbito de aplicação a tais infrações à condição de terem caráter transnacional, o qual pode ser verificado quando seu preparo, planejamento, controle, sua realização ou seus efeitos se fizerem presentes em mais de um Estado ou se o grupo criminoso em questão, como regra,

¹²³A Convenção entrou em vigor no dia 29.09.2003 com o depósito do 40º instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, conforme disposto em seu Art. 38, contando atualmente com 147 signatários. UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME. New York, 15 Nov. 2000. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XVIII/XVIII-12.en.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

¹²⁴Esta Convenção foi promulgada no Brasil em 12.03.2004, através do Decreto nº 5.015.

¹²⁵Em vista da abrangência desta definição, até mesmo autores em geral filiados a uma tendência doutrinária extremamente rigorosa posicionam-se em favor de uma interpretação restritiva do dispositivo em questão. Cf., por exemplo, DE SANCTIS, Fausto Martin. *Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

atuar em mais de um Estado (Artigo 3º, § 2º). Entre os delitos expressamente previstos na Convenção também encontra-se a lavagem de dinheiro (Artigo 6º), cuja nova tipificação resultou muito mais abrangente do que a originalmente prevista na Convenção de Viena de 1988, através da definição dos delitos antecedentes como todos aqueles alcançados pela definição adotada para a expressão “infração grave” no texto da Convenção. Esta abrange todos os crimes cometidos por grupos organizados transnacionais, corrupção (Artigo 8º) e obstrução à justiça (Artigo 23). Com esta Convenção, portanto, as Nações Unidas adotaram expressamente uma tipificação de lavagem de dinheiro que se aproxima nitidamente das definições estabelecidas nos demais instrumentos internacionais formulados em outros âmbitos, posteriormente à Convenção de Viena de 1988. No mesmo sentido, determinou-se que os Estados criassem mecanismos para o controle de atividades (financeiras e não financeiras) que possam ser utilizadas na lavagem de dinheiro, dispondo-se expressamente que a organização destes mecanismos e órgãos deveria seguir os padrões propostos por outros organismos internacionais dedicados à prevenção e ao combate da lavagem de dinheiro.

No âmbito europeu, por sua vez, o Conselho da Europa decidiu, em 2000, promover a atualização do instrumento vigente, qual seja, a Convenção de Estrasburgo. Dentre os motivos para tanto vale destacar o fato de que, quando elaborada, praticamente inexistia a experiência da cooperação internacional, que se tornava cada vez mais relevante na ausência de regulamentação uniforme das medidas preventivas à lavagem de dinheiro (e ao terrorismo), que passaram a ser implementadas na maior parte dos países ao longo da década de 1990, tal como, por exemplo, através da criação de Unidades de Inteligência Financeira, responsáveis pelo monitoramento de operações suspeitas e dos controles introduzidos em diversos setores da sociedade civil para impedir seu uso para fins ilícitos.

A Convenção de Estrasburgo não foi, contudo, revogada, tendo sido disposto expressamente no texto da nova Convenção que a antiga permaneceria válida entre os Estados que a ratificaram, sendo que a nova Convenção apenas a substituiria quando todos os países envolvidos em determinada questão afeta à lavagem de dinheiro ou ao terrorismo tivessem ratificado a nova Convenção.¹²⁶ Adotou-se, então, a Convenção sobre o Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e sobre o

¹²⁶Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, Cap. VII, Art. 49, VI.

Financiamento do Terrorismo em adição à anterior, em 03 de maio de 2005, em Varsóvia.¹²⁷

Esta foi a primeira convenção internacional a lidar diretamente tanto com o tema da lavagem de dinheiro quanto com os problemas postos pelo financiamento do terrorismo, inclusive com valores originados licitamente. Isso se justificou, fundamentalmente, sob a afirmativa da existência de íntima relação entre ambas as condutas e, particularmente, devido à semelhança verificável de seu *modus operandi*. Nesse sentido, paralelamente à manutenção e reafirmação da estrutura geral da Convenção de Estrasburgo, a importância das Unidades de Inteligência Financeira é destacada, estabelecendo-se um procedimento próprio de cooperação e troca de informações (tanto com outras autoridades locais quanto com Unidades de Inteligência Financeira de outros Estados), possibilitando uma agilidade muito maior no acesso a informações sobre operações (sobretudo, as financeiras) e pessoas suspeitas, agilidade esta que é tida como a chave para o sucesso de medidas preventivas e repressivas para os dois crimes visados na Convenção. No que tange a lavagem de dinheiro, portanto, a principal inovação da Convenção de Varsóvia foi a regulamentação detalhada das Unidades de Inteligência Financeira e de sua atuação em âmbito nacional e internacional.

Estes documentos internacionais exercem grande influência sobre a atividade legislativa da maior parte dos Estados voltada à regulamentação nacional para a prevenção e o combate da lavagem de dinheiro, tanto no momento da criminalização inicial quanto nas posteriores alterações normativas que, invariavelmente, ampliaram o alcance das leis penais ou, pelo menos, do controle de diversas atividades econômicas tidas como passíveis de utilização na realização de tais condutas, o que, de fato, tal qual pretendido pela comunidade internacional, hoje auxilia a cooperação internacional na persecução desses crimes.

¹²⁷A denominação original dessa Convenção é “Council of Europe Convention on the Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism – ETS 198” e ela entrou em vigor em 01.05.2008. Em 16.04.2012, os seguintes Estados haviam ratificado a nova Convenção: Albânia, Armênia, Bósnia e Herzegovina, Chipre, Croácia, Eslováquia, Hungria, Malta, Moldávia, Montenegro, Países Baixos, Polônia, a antiga República Iugoslava da Macedônia, Romênia e Sérvia. Por sua vez, haviam assinado a Convenção, sem ainda tê-la ratificado: Áustria, Bélgica, Bulgária, Eslovênia, Espanha, Finlândia, Grécia, Islândia, Itália, Letônia, Luxemburgo, Portugal, Rússia, São Marinho, Suécia, Turquia, Ucrânia e, entre as organizações internacionais, a União Europeia. COUNCIL OF EUROPE. Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, CETS No. 198. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=198&CM=8&DF=04/08/2009&CL=EN>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

Para além das considerações práticas (quanto à uniformidade da legislação para fins de cooperação, por exemplo), esse movimento de internacionalização do direito penal permitiu que surgisse uma comunidade supranacional, um “nós” em contraposição a “eles”, os criminosos internacionais.¹²⁸

O breve exame aqui realizado evidencia que o estudo da criminalização da lavagem de dinheiro não poderia ser iniciado senão a partir dos instrumentos internacionais que a promoveram, uma vez que foi neste âmbito que se desenvolveram tanto as ideias político-criminais quanto a própria tipificação da conduta. Tais ditames internacionais influenciaram em graus muito semelhantes realidades tão diversas quanto a comunitária europeia, a norte-americana e a brasileira, que serão abordadas nos próximos subtítulos.

2.4. Os ditames e orientações internacionais no âmbito da lavagem de dinheiro e sua influência no Brasil

Em vista das evoluções paralelas do crime organizado e da lavagem de dinheiro, de um lado, e dos diversos acordos e órgãos internacionais para o seu combate, de outro, cada vez mais países passaram a editar leis nacionais voltadas ao combate destas formas de criminalidade, o que ensejou também a criminalização de diversas outras condutas lesivas tidas como frequentemente associadas a tais delitos.¹²⁹

Particularmente interessantes por sua relevância regional e seu impacto na regulamentação nacional de diversos países, inclusive, não submetidos à sua competência normativa, são as evoluções regulatórias nos âmbitos da União Europeia e

¹²⁸ ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 90.

¹²⁹ No Brasil, diversas foram as leis que alternativamente agravaram as penas cominadas ou as regras de persecução criminal, ou tipificaram novas condutas. Assim, vale citar, a título meramente exemplificativo, a introdução no Código Penal do Capítulo II-A no Título XI (Dos Crimes contra a Administração Pública), que define diversos delitos praticados por particular contra a administração pública estrangeira, pela Lei nº 10.467, de 11.06.2002 – doravante mencionada como “Lei nº 10.467/2002”; e a chamada nova Lei de Drogas, que tipifica condutas relacionadas ao tráfico de drogas e seu financiamento (Lei nº 11.343/2006); bem como a introdução de procedimentos específicos na persecução criminal de “ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas”, através da Lei nº 9.034, de 03.05.1995 (desde então, já alterada uma vez, pela Lei nº 10.217, de 11.04.2001, que ampliou a sua aplicabilidade).

Em âmbito internacional a proliferação de Tratados, Convenções e Recomendações foi tal que alguns autores chegam mesmo a falar em uma competição entre os diversos órgãos emanadores de normas, sobretudo, quanto à amplitude conferida à criminalização. Ver TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. op. cit., p. 243.

dos Estados Unidos da América,¹³⁰ que certamente também influem – ainda hoje – nas opções e diretrizes político-criminais brasileiras relativas à lavagem de dinheiro.

De fato, o Brasil não permaneceu imune à tendência repressiva descrita, destacando-se a ratificação das Convenções de Viena de 1988 e das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2003, bem como a sua participação na elaboração do Regulamento-Modelo da CICAD, conforme anteriormente mencionado. Assim, a elaboração, promulgação e diversas alterações da lei brasileira certamente foram influenciadas pelas políticas europeias e norte-americanas, o que justifica o seu breve exame antes da análise da norma brasileira.

2.4.1. Realidade comunitária europeia

Em vista da preocupação demonstrada com a lavagem de dinheiro no âmbito comunitário europeu, já com a Recomendação R(80)10, não surpreende que a União Europeia tenha adotado sucessivas regulamentações para o combate e a prevenção desta conduta.¹³¹ Dentre muitos e diversos instrumentos comunitários destacam-se, por sua importância e abrangência, três Diretivas adotadas a partir de 1991, sendo a primeira de autoria do Conselho das Comunidades Europeias e as duas seguintes, de autoria conjunta do Conselho da União Europeia e do Parlamento Europeu.

A Diretiva 91/308/CEE, de 10 de junho de 1991, (doravante denominada Primeira Diretiva), introduziu a definição típica da lavagem de dinheiro como proposta a ser adotada pelos Estados-membros, baseando-se nitidamente na definição proposta na Convenção de Viena de 1988 e no texto das 40 Recomendações do GAFI.¹³² Um dos objetivos expressos dessa padronização era evitar que os Estados-membros adotassem conceitos díspares, o que seria contrário ao desenvolvimento do mercado

¹³⁰ A influência exercida pelos diversos instrumentos normativos da União Europeia e dos Estados Unidos da América é tal que diversos autores passaram a denunciar verdadeira colonização jurídica, a qual se dá por meio da tradução em leis nacionais de compromissos assumidos em âmbito internacional, sem que estes sejam adequadamente integrados no sistema normativo dos diversos países. Cf. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. op. cit.

¹³¹ Interessante destacar que a jurisdição da União Europeia sobre a lavagem de dinheiro decorre de sua jurisdição sobre mercados e, em face da assunção de que a conduta da lavagem de dinheiro cria um perigo ou risco para mercados europeus, foram editadas as Diretivas aqui analisadas. A União Europeia, contudo, ainda não tem o poder de criar leis penais, razão pela qual os seus países-membros legislaram separadamente sobre o tema. Cf. ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 97.

¹³² Cf. BRANDÃO, Nuno. op. cit., p. 11-12.

comum, e fatalmente ocorreria na ausência de uma regulamentação a todos aplicável. Reconheceu-se que a necessidade de uma uniformização tão ampla quanto possível das leis nacionais era imprescindível para o efetivo combate a esta conduta, facilitando a necessária cooperação internacional, conforme aponta o preâmbulo da Diretiva. Assim, a partir da sua vigência,¹³³ todos os Estados-membros da União Europeia passaram a ter a obrigação de proibir a lavagem de dinheiro nos termos postos até, no máximo, dia 1º de janeiro de 1993.¹³⁴

Merece destaque o fato de que já nesta Diretiva é disposto que devem ser tidos como crimes antecedentes à lavagem de dinheiro os delitos mencionados na Convenção de Viena de 1988 e quaisquer outros que os Estados-membros indicassem como tais. Para além da definição típica do delito, esta Diretiva preocupou-se ainda em estabelecer um sistema de controles das operações financeiras que apresentavam maior risco de serem utilizadas para a lavagem de dinheiro à época, abrangendo e vinculando instituições financeiras e de crédito bem como empresas seguradoras. Previram-se diversas obrigações de identificação de clientes e de informação de operações suspeitas, bem como outras formas de cooperação entre tais instituições e as autoridades competentes para a sua fiscalização e a persecução criminal.¹³⁵ Além disso, a Primeira Diretiva facultava aos Estados-membros a imposição de obrigações de controle dessa natureza para outras atividades que pudessem ser utilizadas na lavagem de dinheiro.

Seu grande mérito foi uniformizar o sistema de prevenção e combate à lavagem de dinheiro em âmbito europeu, numa formatação institucional muito adiantada em relação à época em que foi adotada, sobretudo, em relação à regulação do mercado financeiro, inclusive no que tange à restrição do sigilo bancário.¹³⁶ Ainda assim, essa Diretiva sofreu críticas por sua vagueza quanto à definição dos crimes que deveriam ser tidos como antecedentes e à limitação das obrigações de controle, previstas apenas para instituições financeiras, ambos pontos que permitiam ampla discrepância entre as leis

¹³³ A Primeira Diretiva entrou em vigor no dia 13.06.1991. À época, eram membros da União Europeia: Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Itália, Irlanda, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal e Reino Unido.

¹³⁴ Art. 16 da Primeira Diretiva. De fato, apenas em 1995 todos os Estados-membros haviam introduzido a Diretiva em suas leis nacionais. Ver, também, TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. op. cit., p. 244.

¹³⁵ A sanção para o descumprimento de tais obrigações, contudo, não foi determinada nesta Diretiva, o que gerou alguma discrepância entre os países-membros da União Europeia. Enquanto alguns criminalizaram tal infração (v.g., Reino Unido, Irlanda e Dinamarca), outros previram sanções de outra natureza. Cf. BRANDÃO, Nuno. op. cit., p. 26-27.

¹³⁶ Nesse sentido, TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. op. cit., p. 244; ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 98.

nacionais promulgadas pelos Estados-membros.¹³⁷ Diante da crescente necessidade de superar essas dificuldades, a Primeira Diretiva acabou sendo amplamente alterada pela Diretiva 2001/97/EC e, finalmente, revogada em 14 de dezembro de 2005, com a adoção da Diretiva 2005/60/EC.

A Diretiva 2001/97/EC, adotada em 04 de dezembro de 2001 (doravante denominada Segunda Diretiva), entrou em vigor no dia 28 do mesmo mês e ano, obrigando os Estados-membros da União Europeia a promover alterações substanciais em suas leis nacionais para adaptá-las às novas exigências comunitárias até, no máximo, 15 de junho de 2003.¹³⁸ Os objetivos primordiais desta Diretiva consistiam em dissipar algumas dúvidas relativas à aplicabilidade das regras da Primeira Diretiva, assim como aumentar o rigor normativo na prevenção e persecução da lavagem de dinheiro.

Nesse contexto, o preâmbulo da Segunda Diretiva reconhece a necessidade de atualização da Primeira Diretiva a fim de contemplar as melhores práticas internacionais relativas à lavagem de dinheiro, bem como estabelecer um padrão elevado de proteção de diversas atividades econômicas contra os efeitos perniciosos dos produtos de crimes. Para realizar esse objetivo, a Segunda Diretiva emendou o texto até então vigente, ampliando o rol de delitos tidos como crimes antecedentes, por um lado, e, por outro, o elenco de pessoas naturais e jurídicas obrigadas a manter informações cadastrais de clientes, comunicar operações suspeitas e cooperar com as autoridades responsáveis pela prevenção à lavagem de dinheiro.

Especificamente, os crimes antecedentes passaram a incluir todos aqueles considerados como graves, abarcando, além das infrações penais relacionadas ao tráfico de drogas, todas as condutas praticadas por organizações criminosas (desde que puníveis com pena máxima privativa de liberdade igual ou superior a quatro anos),¹³⁹

¹³⁷Em reação a essa situação, alguns países promulgaram leis que estendiam as obrigações relativas à prevenção deste delito a outros ramos de atividades. V.g. Portugal: Dec.-Lei nº 325/95, de 02.12.1995. Cf. BRANDÃO, Nuno. op. cit., p. 12.

¹³⁸Quando da entrada em vigor desta Diretiva, eram membros da União Europeia: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Itália, Irlanda, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, Reino Unido e Suécia.

¹³⁹Tal qual definidas na Ação Comum 98/733/JHA do Conselho da União Europeia, de 21.12.1998. Definia-se organização criminosa como “a associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista cometer infracções puníveis com pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer essas infracções constituam fins em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a actuação de autoridades públicas”.

fraudes definidas como graves,¹⁴⁰ corrupção, assim como qualquer ilícito a partir do qual fosse possível auferir ganhos substanciais e ao qual se cominasse gravosa pena privativa de liberdade na legislação interna do país afetado.¹⁴¹

A adoção do critério dos crimes definidos como graves justificava-se em face da Ação Comum 98/699/JHA, de 03 de dezembro de 1998, de acordo com a qual todos os Estados-membros já haviam assumido esse compromisso e cujo conceito deveria ser transposto para o direito interno até, no máximo, 15 de dezembro de 2004, a partir da adoção da Segunda Diretiva. De acordo com esta norma, passariam a ser tidos como crimes graves em todos os Estados-membros da União Europeia aqueles aos quais fosse cominada pena (ou medida de segurança) privativa de liberdade máxima superior a um ano ou, no caso de Estados que apenas previssessem penas mínimas, estas deveriam ser maiores que seis meses.¹⁴² Ainda no tocante aos delitos prévios, foi mantida expressamente a liberdade dos Estados-membros de estabelecer que também outras infrações penais fossem tidas como tais.

Apesar dessa introdução oficial de maior rigor relativamente aos crimes antecedentes, contudo, este já se fazia presente em grande parte das legislações nacionais,¹⁴³ de modo que a inovação mais controversa da Segunda Diretiva relacionava-se à ampliação das pessoas obrigadas a implementar rigorosas práticas de identificação de clientes e verificação de suas transações, bem como, quando suspeitos uns ou outras, fossem enviadas informações à autoridade competente. Sob um aspecto, a inovação foi tida como positiva, dado que esclareceu o conceito de instituição financeira, de crédito, de

¹⁴⁰Tal definição encontra-se no Art. 1º da Convenção estabelecida com base no Art. K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias.

¹⁴¹Ver também TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. op. cit., p. 244-245.

¹⁴²Ação Comum de 03.12.1998, relativa ao branqueamento de capitais, identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime (98/699/JAI), Art. 1, § 1º, “b”).

¹⁴³Como exemplos, destacam-se, entre outros: (i) Alemanha, que já previa, desde 1998, como crimes antecedentes, crimes relacionados ao tráfico de drogas e outras manifestações da criminalidade organizada, crimes definidos legalmente como infrações graves, diversas modalidades de fraudes (apropriação indébita, estelionato e outras fraudes), peculato, tráfico de seres humanos, lenocínio, proxenetismo, crimes tributários, fraudes digitais e extorsão, entre outros; (i) a Bélgica, Lei nº 1993.903.046, de 11.01.1993, que em seu Art. 3º já incluía entre os crimes antecedentes os praticados pela criminalidade organizada, o tráfico de drogas, armas e outros bens e mercadorias, de mão-de-obra clandestina, de seres humanos, seus órgãos e tecidos, a exploração da prostituição e fraudes fiscais graves; (ii) a Irlanda, The Criminal Justice Act, 1994, cujo Art. 31 definia como crimes antecedentes todos os crimes relacionados ao tráfico de drogas e quaisquer outras atividades criminosas; (iii) o Reino Unido, The Money Laundering Regulations, 1993, já definia como crimes antecedentes, em seu Art. 2º (3), condutas afetas ao tráfico de drogas, terrorismo e seu financiamento, exploração da prostituição e pornografia e todos os demais crimes graves (“indictable offense”), em que há uma acusação formulada pelo “public prosecutor”, em geral, o “Crown Prosecution Service”, e que é processada perante o “Crown Court”, com julgamento por júri.

investimentos e seguradora, reportando-se a outros instrumentos normativos da União Europeia.¹⁴⁴ Entretanto, a Segunda Diretiva foi além, estabelecendo obrigações equivalentes para pessoas naturais e jurídicas que atuassem profissionalmente como auditores, contadores externos e consultores tributários, agentes imobiliários, notários e outros profissionais do direito, sempre que assistissem, concebessem ou executassem diversas transações comerciais e financeiras em nome de clientes, comerciantes de bens de alto valor e leiloeiros e, finalmente, cassinos.

A maior controvérsia deu-se em torno da imposição de tais obrigações para os profissionais do direito, não só porque a discussão do problema já se impunha na realidade,¹⁴⁵ mas também porque, apesar de a Diretiva prever a possibilidade de as legislações nacionais eximirem tais profissionais dessas obrigações sempre que fossem contratados para representar seus clientes em ações judiciais (em qualquer momento da ação ou antes de sua instauração), e até mesmo assessoria para como evitar situações que pudessem gerar procedimentos judiciais relativamente a informações obtidas antes, durante ou após tais procedimentos, a maior parte dos países não explicitou tais exceções em suas leis, gerando larga insegurança jurídica quanto à situação de tais profissionais.¹⁴⁶

Tal ausência de regulamentação nacional foi duramente criticada pela doutrina,¹⁴⁷ pois acabava por obrigar aqueles profissionais que não queriam correr o risco de se verem acusados do delito em questão a cumprir com as obrigações gerais.

Diante da atualização das 40 Recomendações do GAFI em 2003, sentiu-se novamente a necessidade de atualizar a normativa europeia, com o objetivo de

¹⁴⁴ Destacam-se nesse contexto as Diretivas 93/22/EEC, 97/267/EEC e 2000/12/EC (inclusive seu Anexo I, itens 2 a 12 e 14).

¹⁴⁵ Por exemplo, na Alemanha, destacando-se os seguintes julgados: OLG Hamburg 2 Ws 185/99; BGH 2 StR 513/00; 2 BvR 1520/01.

¹⁴⁶ Alguns países, contudo, regulamentaram explicitamente as obrigações dos profissionais do direito, entre eles Irlanda, Países Baixos, Reino Unido e Alemanha. Assim, na Alemanha, por exemplo, o advogado está isento da obrigação de realizar a comunicação quando houver tomado conhecimento dos fatos que a ensejariam ao longo de consultorias jurídicas ou processos judiciais. Contudo, é obrigado a realizar a comunicação quando for consultado para fins de realizar operações conducentes à lavagem de dinheiro. Ver BRANDÃO, Nuno. op. cit., p. 84; JEKEWITZ, Jürgen. op. cit., p. 86-87.

¹⁴⁷ Nesse sentido, M. COBO DEL ROSAL e C. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, afirmam que “No le vemos mucha razón de se convertir a cualquier persona en perseguidor, denunciante, o delator, de una presunta infracción administrativa, bajo posible sanción en caso de no notificarlo, y lo que es aun peor, en el colmo de la exasperación punitiva, llegar al dislocado entusiasmo represivo y declarar a dichos profesionales responsables penalmente de un delito de blanqueo de capitales.” (COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Blanqueo de capitales*: abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales). Madrid: CESEJ, 2005. p. 35).

manter a coerência entre a norma europeia e as disposições do GAFI. Assim, o Conselho da União Europeia e o Parlamento Europeu publicaram, em 25 de outubro de 2005, a Diretiva 2005/60/EC (doravante denominada Terceira Diretiva), relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.¹⁴⁸

Seu texto, consideravelmente mais minuciosamente formulado do que o das duas diretivas anteriores, manteve a definição da conduta da lavagem de dinheiro em si, e transferiu para o direito comunitário as 40 Recomendações do GAFI, atualizadas em 2003, obrigando os Estados-membros da União Europeia a incorporá-las em seu direito nacional.¹⁴⁹ Assim, ampliou ainda mais o rol dos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro, incluindo expressamente uma série de condutas relacionadas ao terrorismo, e impôs, sem previsão de prazo adicional para a sua adoção pelos Estados-membros, a definição de crime grave, tal qual prevista na Segunda Diretiva,¹⁵⁰ assim como a lista de pessoas (naturais e jurídicas) obrigadas a implementar mecanismos rigorosos de identificação de clientes, manutenção dos seus cadastros e dos registros de suas operações e informação de operações suspeitas, estabeleceu os requisitos mínimos para tais mecanismos, subdivididos em três níveis quanto ao seu rigor, de acordo com o risco estimado em função dos clientes e/ou das operações,¹⁵¹ criou a obrigação para todos os Estados-membros de instituírem uma Unidade de Informação Financeira central, competente para o recebimento e a requisição de informações sobre operações suspeitas e cooperação com outras autoridades locais e estrangeiras, e revogou a Primeira Diretiva¹⁵² (e, conseqüentemente, também a Segunda Diretiva deixou de ser aplicável).¹⁵³

¹⁴⁸A Terceira Diretiva entrou em vigor no dia 15 de dezembro de 2005, tempo ao qual os seguintes Estados eram membros da União Europeia: Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa e Suécia. Posteriormente, com a acessão de Bulgária e Romênia à União Europeia em 2007, estes países naturalmente também passaram a ter que implementar as normas desta Diretiva.

¹⁴⁹Cf. PIETH, Mark. op. cit., p. 58; TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. op. cit., p. 245-246.

¹⁵⁰No mais, foi mantida a listagem introduzida pela Segunda Diretiva, abarcando, portanto, infrações relacionadas ao tráfico de drogas, à atividade de organizações criminosas, fraudes definidas como graves, corrupção e todas as condutas puníveis com pena (ou medida de segurança) privativa de liberdade máxima superior a um ano ou, nos Estados que adotam o sistema da pena mínima, uma pena (ou medida de segurança) privativa de liberdade mínima superior a seis meses. Ver Terceira Diretiva, Art. 3º, §§ 4º e 5º.

¹⁵¹Terceira Diretiva, Arts. 6º a 19. Os Arts. 6º a 10 estabelecem as disposições geralmente aplicáveis, os Arts. 11 e 12, o mecanismo simplificado, o Art. 13, o mecanismo mais rigoroso, e os Arts. 14 a 19, o procedimento a ser seguido quando a identificação dos clientes se dá por meio de terceiros.

¹⁵²Terceira Diretiva, Art. 44.

¹⁵³Ver também TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. op. cit., p. 245-247.

A adoção da Terceira Diretiva (já emendada diversas vezes desde sua entrada em vigor)¹⁵⁴ foi cercada de ainda mais controvérsias do que a anterior, dado que muitos Estados-membros ainda não haviam logrado a completa implementação das alterações introduzidas no âmbito comunitário europeu pela Segunda Diretiva. Apesar dessa dificuldade específica, contudo, a Terceira Diretiva, com seu detalhamento quanto às pessoas e entidades obrigadas à implementação e manutenção de cadastros e, sobretudo, à forma que tais procedimentos deveriam seguir, de fato pode ser tida como um instrumento que esclareceu diversos pontos até então nebulosos na norma comunitária, o que possivelmente facilitou a sua transposição às legislações nacionais. Nesse sentido, também deve ser destacada a adoção da Diretiva 2006/70/CE, de 1º de agosto de 2006, que explicitou as medidas a serem tomadas para a transposição da Terceira Diretiva relativamente a pessoas politicamente expostas e ao procedimento simplificado de identificação de clientes, entre outros.

Verifica-se, portanto, que a União Europeia conferiu crescente importância e prioridade ao combate e prevenção da lavagem de dinheiro nos últimos anos,¹⁵⁵ tendo incorporado todas as recomendações do GAFI na última Diretiva promulgada.

2.4.2. Realidade norte-americana

Nos Estados Unidos da América a institucionalização de controles administrativos ao fluxo de capitais iniciou-se já antes da consolidação do conceito de lavagem de dinheiro, diante dos problemas relacionados ao contrabando enfrentados por este país, particularmente a partir da época de vigência da chamada “Lei Seca”, quando os agentes dedicados a esta prática delitiva se profissionalizaram.

Assim, em 1970, foi editado o “Bank Secrecy Act” que, em paradoxo à sua denominação, impunha a bancos e outras instituições de crédito o registro diário de

¹⁵⁴ Diretiva 2007/64/CE, Diretiva 2008/20/CE, Diretiva 2009/110/EC, Diretiva 2010/78/EU. Além disso, em 16.04.2012, havia mais três propostas para alteração de seu texto em tramitação sob nº 52006PC0906, nº 52008PC0627 e nº 52009PC0576. EUROPEAN UNION LAW. Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing (Text with EEA relevance). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417758:cs&lang=en&list=433533:cs,425613:cs,417758:cs,&pos=3&page=1&nbl=3&pgs=10&hwords=>>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

¹⁵⁵ TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. op. cit., p. 243.

todas transações que ultrapassassem o valor de 10.000 dólares americanos e a comunicação de determinadas operações realizadas com papel-moeda, bem como obrigava os cidadãos a declararem as contas bancárias mantidas no exterior em sua declaração ao imposto de renda (“federal tax return”).¹⁵⁶

Em complemento a esta lei, foi promulgado o “Currency and Foreign Transactions Reporting Act”, instituindo sanções civis e criminais para as instituições financeiras que violassem os deveres introduzidos pelo “Bank Secrecy Act”, bem como regulamentando minuciosamente os requisitos para a realização de transações monetárias internacionais.¹⁵⁷ A reação natural dos criminosos foi, então, passar a não efetuar depósitos bancários acima do limite de 9.999 dólares americanos, utilizando-se de grande número de instituições financeiras para tanto,¹⁵⁸ o que levou à alteração da lei, que passou a abranger também operações propositalmente realizadas de modo a evitar fosse alcançado o patamar de 10 mil dólares.

Após esta regulamentação inicial, contudo, o seu aperfeiçoamento foi promovido através da iniciativa das próprias instituições financeiras, conforme a problemática da lavagem de dinheiro avançava, ora por meio de acordos com instituições financeiras sediadas na Europa, ora em decorrência da instalação nos EUA de filiais de instituições sediadas na Europa (ou de filiais de bancos norte-americanos na Europa).¹⁵⁹ Ainda assim, o país apenas criminalizou a lavagem de dinheiro, em 1986, com o “Money Laundering Control Act”, no qual foi tipificada como crime, inclusive no caso de dolo eventual desde que a transação envolvesse valor superior a dez mil dólares americanos.¹⁶⁰ Em 1988, o “Anti-Drug Abuse Act” ampliou o conceito de instituição financeira para

¹⁵⁶JEKEWITZ, Jürgen. op. cit., p. 61; ALBANESE, Jay S. op. cit., p. 304.

¹⁵⁷PORTELA, Irene Maria. O combate ao branqueamento [d]e capitais e o financiamento do terrorismo à luz do “USA Patriot Act 2001 In: SILVA, L. N.; BANDEIRA, G. S. de M. (Coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 259.

¹⁵⁸A doutrina costuma destacar o “Caso Jurado”, julgado nos EUA, em que o acusado, Franklin Jurado, teria coordenado a lavagem de lucros estimados em US\$ 36 milhões entre os anos 1990 e 1996 através da transferência interbancária de valores de bancos panamenhos para mais de 100 contas de 68 bancos, distribuídos em nove países, sendo que todas as contas sempre mantiveram saldos inferiores a US\$ 10 mil dólares. É notável, ainda, que a atuação do acusado apenas foi descoberta como decorrência da falência de um banco em Mônaco, onde mantinha parte das contas bancárias envolvidas e que foram, então, reveladas. Cf., por exemplo, BARROS, Marco Antonio de. op. cit., p. 38; COSTA, Hekelson Bitencourt Viana da. op. cit., p. 126.

¹⁵⁹O que se deu, sobretudo, em função da Recomendação R(80)10 e posteriores documentos comunitários anteriormente analisados. Ver também CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 125.

¹⁶⁰O primeiro país a criminalizar a lavagem de dinheiro foi, de fato, a Itália, através da introdução do artigo 648bis em seu Código Penal em 21.03.1978. Cf. GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 100-101; JEKEWITZ, Jürgen. op. cit., p. 62; PORTELA, Irene Maria. op. cit., p. 260.

permitir a incidência das normas de controle de transações e de obrigação de informar transações envolvendo altos valores em espécie sobre outros ramos econômicos, tais como o imobiliário e automobilístico. Esta norma também impôs a obrigação de verificação da identidade de potenciais compradores quando a transação envolvesse valores em espécie superiores a US\$ 3.000,00.

Em 1990, foi criado o “Financial Crime and Enforcement Network – FinCEN”, com o objetivo de fortalecer a investigação e persecução de crimes de lavagem de dinheiro. O FinCEN realiza análises estratégicas e dissemina informações financeiras para autoridades judiciais locais, estaduais, federais e estrangeiras.¹⁶¹

No entanto, apenas em 1992 foi promulgada uma lei detalhada para a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro, denominada “Annunzio-Wylie Anti-Money Laundering Act”. Nesta norma, além de serem agravadas as sanções previstas para a violação às normas postas no “Bank Secrecy Act”, de 1970, foram introduzidas as obrigações de comunicação de operações suspeitas para as instituições alcançadas pelo conceito de instituições financeiras, da verificação das informações recebidas para a transferência interbancária de valores, bem como da manutenção destes dados, e criou-se o “Bank Secrecy Act Advisory Group – BSAAG”.¹⁶² Dois anos mais tarde, foi publicado o “Money Laundering Suppression Act”, que expressamente obrigou as instituições ali definidas como financeiras a desenvolver e implementar procedimentos para a prevenção da lavagem de dinheiro e aprimorar o treinamento de seus empregados para a realização de tais controles e a remessa de informações sobre operações suspeitas às autoridades competentes. Foi somente nesta lei que foi proibida a operação de instituições financeiras sem registro junto à autoridade competente, sendo então também sugerido aos Estados federados que uniformizassem as normas aplicáveis a este segmento.

Posteriormente, em 1998, foi promulgado o “Money Laundering and Financial Crimes Strategy Act”, que determinou: às instituições bancárias, que desenvolvessem treinamentos específicos para as pessoas responsáveis pela análise do risco e prevenção à lavagem de dinheiro nas respectivas instituições; e ao “Department of Treasury” e a outras agências, que desenvolvessem uma estratégia nacional contra a lavagem de dinheiro (“National Money Laundering Strategy”). Além disso, foram criadas as “High Intensity Money Laundering and Related Financial Crime Area Task Forces”

¹⁶¹ALBANESE, Jay S. op. cit., p. 305.

¹⁶²PORTELA, Irene Maria. op. cit., p. 260.

(HIFCA), com a função de concentrar a fiscalização do cumprimento das normas em áreas nas quais fosse detectado alto grau de lavagem de dinheiro, em nível nacional, estadual e local.¹⁶³ Previu-se a possibilidade de criar as HIFCAs para determinada região, para um setor econômico específico, para um conjunto de instituições financeiras ou, até mesmo, para uma única instituição financeira.

Outro marco importante na legislação dos EUA foi o “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools to Restrict, Intercept and Obstruct Terrorism Act”, de 2001, promulgado após os ataques terroristas de 11 de setembro daquele ano e mais conhecido como “USA Patriot Act”.¹⁶⁴ O Título III desta lei, também denominado “International Money Laundering Abatement and Financial Anti-Terrorism Act of 2001”, introduziu uma série de normas muito rigorosas e específicas quanto à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo na legislação federal dos EUA. Assim, aprofundaram-se os procedimentos de identificação de clientes no âmbito do Bank Secrecy Act, particularmente, em relação aos clientes das chamadas “private banking accounts” ou se mantidas por estrangeiros. Proibiram-se as instituições financeiras de realizarem negócios com determinados bancos estrangeiros (“Shell Banks”) e buscou-se aprimorar a troca de informações entre o governo dos EUA e as instituições financeiras, assim como entre estas. Ademais, a aplicação das normas de prevenção à lavagem de dinheiro passou a vigorar em face de todas as instituições financeiras, tendo sido facilitado o acesso aos registros mantidos pelas instituições bancárias, que se submeteram, então, à obrigação de atender demandas de informações das autoridades regulatórias em, no máximo, 120 horas. Finalmente, foram agravadas as penas cominadas às infrações (civis e criminais) relacionadas à lavagem de dinheiro, particularmente em casos relacionados a atos de terrorismo.¹⁶⁵

Finalmente, em 2005, promulgou-se nos EUA o “USA Patriot Improvement and Reauthorization Act”, cujo foco é voltado ao combate da lavagem de dinheiro relacionada a atos de terrorismo e no qual, além de ser novamente ampliado o rol

¹⁶³ PORTELA, Irene Maria. op. cit., p. 261.

¹⁶⁴ O “USA Patriot Act”, promulgado semanas após o ataque terrorista a Nova Iorque, é severamente criticado na doutrina internacional, sobretudo por sua falta de sistematicidade, que resultou num documento confuso e excessivamente abrangente. Cf. PORTELA, Irene Maria. op. cit., p. 257, 263-265.

¹⁶⁵ Cf. ALBANESE, Jay S. op. cit., p. 304-308. A evolução da legislação dos EUA quanto ao combate e prevenção da lavagem de dinheiro também pode ser encontrada em resumo no endereço eletrônico do FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK. United States Department of Treasury. *History of Anti-Money Laundering Laws*. Disponível em: <http://www.fincen.gov/news_room/aml_history.html>. Acesso em: 16 abr. 2012. Para uma descrição mais detalhada das normas introduzidas, ver PORTELA, Irene Maria. op. cit., p. 268-287.

de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro,¹⁶⁶ também é regulamentada a persecução da conduta para montantes inferiores a dez mil dólares.

2.4.3. Realidade brasileira

No Brasil, a legislação promulgada para a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro também seguiu a estratégia político-criminal internacional, buscando estabelecer uma regulamentação mais rigorosa do que a já então encontrada na tipificação dos crimes de receptação e favorecimento para aqueles delitos tidos como caracteristicamente transnacionais e particularmente nocivos.

Assim, a tipificação da lavagem de dinheiro, na Lei nº 9.613/1998, deu-se com base e a partir dos compromissos assumidos no âmbito das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, respectivamente, com a adoção da Convenção de Viena, de 1988, e do Regulamento-Modelo da OEA, de 1992, que, por sua vez, já havia sofrido influência das 40 Recomendações do GAFI e do texto da Convenção de Estrasburgo.

A Lei nº 9.613/1998, promulgada com considerável demora em relação aos compromissos internacionais assumidos, dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, institui medidas voltadas a facilitar a investigação delitiva, define obrigações e pessoas a elas vinculadas a fim de prevenir a utilização do sistema financeiro para a lavagem de dinheiro, e cria, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, órgão especializado voltado ao monitoramento e combate aos crimes de lavagem de capitais.

Portanto, não só foi tipificado o crime de lavagem de dinheiro, estabelecendo-se regras específicas para a sua persecução, mas também foram introduzidas obrigações de vigilância para uma série de pessoas e entidades públicas e privadas (o que denota a influência exercida pelos documentos internacionais posteriores à Convenção de Viena de 1988), além da criação da unidade de inteligência financeira nacional responsável

¹⁶⁶ Interessante notar que, até mesmo nos Estados Unidos da América, força motriz em âmbito mundial para a criminalização e punição rigorosa das condutas de lavagem de dinheiro, os crimes antecedentes encontram-se enumerados num rol que, apesar de muito longo, é taxativo e delimita claramente quais os delitos que constituem crimes antecedentes à lavagem de dinheiro naquele país (ver 18 U.S.C. § 1956 – Laundering of Monetary Instruments).

pela fiscalização e pelo monitoramento de condutas possivelmente relacionadas à lavagem de dinheiro e do cumprimento das obrigações administrativas impostas.

A definição adotada para a conduta típica parte de um rol pretensamente taxativo de crimes antecedentes, tidos como particularmente graves e com características transnacionais, passíveis de gerarem lucros que ensejam a lavagem de dinheiro.¹⁶⁷ A intenção legislativa era adotar um sistema fechado de enumeração de crimes antecedentes, de modo a delimitar claramente a incidência do tipo penal sobre os crimes expressamente escolhidos.¹⁶⁸ Contudo, a listagem vigente não evidencia a política criminal que estava sendo seguida, sendo impossível identificar um critério claro adotado para a seleção dos delitos prévios. Por um lado, nitidamente, não foi a gravidade da pena cominada ao crime antecedente o que determinou a seleção desses crimes.¹⁶⁹ Por outro, a enumeração expressa dos crimes antecedentes, cuja grande vantagem seria o incremento da segurança jurídica por sua taxatividade, foi formulada de modo a impedir precisamente que esta se verificasse.

Nesse contexto, ao incluir entre os delitos prévios, genericamente, todos os praticados por organizações criminosas, qualquer crime, desde que praticado por este “agente” específico, é apto a resultar em ativos passíveis de serem lavados, ou seja, desde que reconhecida a existência de uma organização criminosa, qualquer crime por ela praticado (e não somente aqueles elencados nos incisos do Artigo 1º da Lei nº 9.613/1998) passa a ser um delito prévio, gerador de ganhos que podem figurar como objeto da conduta da lavagem de dinheiro.¹⁷⁰ A infelicidade da adoção desta formulação torna-se ainda mais

¹⁶⁷ Lei nº 9.613/1998, Art. 1º, conforme alterado pelas Leis nº 10.467/2002, e nº 10.701, de 09.7.2003.

¹⁶⁸ Ver Exposição de Motivos nº 692, de 18.12.1996, publicada no *Diário do Senado Federal*, de 25.11.1997, p. 25.671, itens 22-24 (doravante mencionada como “Exposição de Motivos nº 692/1996”). A Lei nº 9.613/1998 tipifica como crimes antecedentes o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins, o terrorismo e seu financiamento, o contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, a extorsão mediante sequestro, os praticados contra a administração pública (nacional e estrangeira), contra o sistema financeiro nacional e os praticados por organização criminosa.

¹⁶⁹ Assim, a pena cominada aos crimes antecedentes varia tanto entre aqueles que podem ser agrupados sob um inciso (por exemplo, no caso do inciso I, a Lei nº 11.343/2006 prevê pena privativa de liberdade de 5 a 15 anos para a conduta descrita no Art. 33, e pena privativa de liberdade de 3 a 10 anos, no Art. 35, e de 8 a 20 anos, no Art. 36) quanto entre eles (por exemplo, a ausência de tipificação penal do terrorismo e de organização criminosa, a pena privativa de liberdade de 4 a 8 anos, prevista no Art. 17 da Lei nº 10.826/2003, de 8 a 15 anos, no Art. 159 do Código Penal, de 2 a 12 anos, no Art. 312 do Código Penal, de 3 meses a 1 ano, no Art. 319 do Código Penal, de 1 a 4 anos, no Art. 8º, da Lei nº 7.492/1986). Nesse sentido, A. S. A. DE M. PITOMBO critica duramente a desproporção entre os valores atingidos pelos delitos prévios, ou seja, a discrepância entre a valoração social atribuída aos diversos bens jurídicos tutelados pelos crimes antecedentes, ressaltando que “esse desencontro entre os valores, resguardados pelos respectivos tipos dos delitos prévios, não pode vir a ser desconsiderado pelo aplicador da lei, no plano da tipicidade material da lavagem de dinheiro” (PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. op. cit., p. 95-98).

¹⁷⁰ Nesse sentido, v. SADDI, Jairo. op. cit., p. 26.

evidente ante a ausência de uma definição legal de “organização criminosa” no Brasil, tendo o legislador, portanto, criminalizado as condutas de um ente até hoje desconhecido para a lei penal nacional.¹⁷¹

Outros dispositivos do Artigo 1º também engendram dúvidas e insegurança jurídica. Assim, os incisos V e VI, ao mencionarem respectivamente os crimes contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional, estariam se referindo a todos os delitos que afetam tais bens jurídicos?¹⁷² Caso a resposta seja afirmativa, é de se questionar o motivo da posterior inclusão no rol de crimes antecedentes do inciso VIII, que inclui expressamente entre os delitos prévios os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira e encontram-se previstos no Capítulo II-A do Título XI do Código Penal.¹⁷³ Além disso, tal afirmação teria como consequência o alcance de uma série de crimes que não geram ganhos passíveis de serem lavados.¹⁷⁴ A insegurança jurídica gerada por tal formulação imprecisa é ainda potencializada pelo fato de que – especificamente relativamente a tais bens jurídicos – várias foram as criminalizações recentes e por meio de leis penais especiais, em relação às quais também não raro ainda correm disputas doutrinárias quanto ao bem jurídico protegido.¹⁷⁵

A justificativa apresentada na Exposição de Motivos para a escolha deste rol de crimes antecedentes afirma ter-se visado enquadrar a lei brasileira nas chamadas leis de segunda geração, razão pela qual incluíram-se outros delitos prévios, além do narcotráfico, mas não se teria chegado ao ponto de considerar como delito antecedente qualquer infração penal.¹⁷⁶ No entanto, esse argumento não convence em vista

¹⁷¹COSTA, Gerson Godinho. op. cit., p. 49-50.

¹⁷²Para uma análise mais detalhada das questões postas, cf. COSTA, Gerson Godinho. op. cit., p. 47-49.

¹⁷³Essa inclusão específica, por sinal, também pode gerar polêmicas em torno da possibilidade de os Crimes contra a Administração da Justiça e contra as Finanças Públicas (respectivamente, Capítulos III e IV do Título XI do Código Penal, dedicado aos crimes contra a administração pública) figurarem como crimes antecedentes, mesmo quando geradores de ganhos que, em tese, possam ser objeto da conduta.

¹⁷⁴Como exemplos, ver, entre outros: (i) no caso dos crimes contra a administração pública, apenas no Código Penal, os Arts. 313-B, 314, 318, 320, 329, 330 e 331; e (ii) no caso dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, ainda que se considere apenas a Lei nº 7.492/1986, para fins de delimitação dos crimes antecedentes, os Arts. 3º, 6º, 18 e 23.

¹⁷⁵Assim, por exemplo, no caso das tipificações insertas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990), pelo menos, alguns dos chamados “crimes contra as relações de consumo” poderiam ser tidos como uma subcategoria dos crimes contra a administração pública, como é o caso, por exemplo, dos crimes previstos nos Arts. 63, 64 e 65 deste diploma.

¹⁷⁶Exposição de Motivos nº 692/1996, p. 25.671. Nesse sentido, também ODON, Tiago Ivo. Lavagem de dinheiro: os efeitos macroeconômicos e o bem jurídico tutelado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n. 160, p. 333, oput./dez. 2003.

Ademais, vários projetos de lei já foram apresentados a fim de ampliar o *numerus clausus* dos crimes antecedentes, buscando adicionar determinadas modalidades criminosas, como, entre outras, crimes contra

da análise anteriormente exposta, conforme também reforça a doutrina.¹⁷⁷

Uma análise entretida da conduta típica, por sua vez, demonstra a existência de diferenças bastante grandes entre as condutas descritas no *caput* e nos §§ 1º e 2º do Artigo 1º da Lei nº 9.613/1998. Estas alcançam diversas modalidades de realização da conduta da lavagem de dinheiro, sendo punidas com a mesma severidade dos tipos básicos definidos no *caput*. Através da pluralidade de núcleos verbais e devido à sua vagueza, é possível afirmar que, se o legislador, por um lado, intentou impedir que ocorresse a massificação do novo delito através de uma lista supostamente restrita de crimes antecedentes, por outro lado, ampliou extremamente as formas pelas quais pode se dar a sua prática. Contudo, é louvável a previsão específica da necessidade de conhecimento da origem dos bens ou da atividade ilícita do grupo, associação ou escritório – e, com isso, da demonstração de dolo – por parte do agente, não tendo o Brasil, portanto, adotado a possibilidade de cometimento do delito na sua modalidade culposa.¹⁷⁸

De maneira genérica, podem ser descritos fundamentalmente quatro *modus operandi* elementares que caracterizam a lavagem de dinheiro para fins penais no Brasil: (i) atos que possibilitem a ocultação ou dissimulação de bens de origem ilegal (Artigo 1º, *caput*); (ii) atos que impliquem na conversão, aquisição ou transferência de tais bens, de modo que, ao final de sua realização, restem ocultos ou dissimulados (Artigo 1º, § 1º, I, II, e III); (iii) a utilização consciente de valores oriundos dos crimes antecedentes em atividades econômicas ou financeiras (Artigo 1º, § 2º, I); e (iv) a participação de grupo ou associação voltado à prática da lavagem de dinheiro (Artigo 1º, § 2º, II).¹⁷⁹

Ademais, em conformidade com as políticas internacionais refletidas nos instrumentos multilaterais anteriormente analisados, a legislação brasileira prevê

a ordem econômica e tributária, crimes de tráfico de seres humanos, tráfico de órgãos humanos, exploração sexual, incluído o lenocínio e o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes, crimes de trabalho escravo, receptação, crime de tráfico ilícito de materiais químicos, radioativos ou nucleares, crimes contra o meio ambiente, crimes contra a propriedade intelectual etc.; outros projetos visam mudar a natureza da definição dos crimes antecedentes, de forma que não mais sejam enumerados taxativamente, mas que todos os crimes que atendam a determinados requisitos que os qualifiquem como muito graves possam figurar como crimes antecedentes, conforme recomendado na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, por exemplo. Entre os primeiros, pode-se citar os Projetos de Lei nº 2.500, de 2003, nº 1.471, de 2003, nº 209, de 2003, nº 171, de 2003, nº 6.024, de 2001, etc.

¹⁷⁷COSTA, Gerson Godinho. op. cit., p. 30; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. op. cit., p. 57.

¹⁷⁸Diferentemente, Alemanha e Espanha punem a modalidade culposa da lavagem de dinheiro com penas, respectivamente, de reclusão de até dois anos ou multa (StGB, § 261, 5) e reclusão de seis meses a dois anos e multa (Código Penal, Art. 301, 3).

¹⁷⁹Diferentemente, A. S. A. de M. PITOMBO afirma serem somente três formas, incluindo ambos incisos do parágrafo segundo em uma categoria. Ver PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. op. cit., p. 101-102.

disposições processuais próprias e particularmente severas para a persecução da lavagem de dinheiro como, por exemplo, a não aplicação do Artigo 366 do Código Penal (Artigo 2º, § 2º), a insuscetibilidade de fiança e liberdade provisória (Artigo 3º), a inversão do ônus da prova quanto à demonstração da origem lícita de bens apreendidos ou sequestrados no curso do processo (Artigo 4º, § 2º) e a necessidade de comparecimento pessoal do acusado para tanto (Artigo 4º, § 3º).

Além disso, impuseram-se obrigações de cooperação para diversos setores da sociedade, privados e públicos, alcançando pessoas naturais e jurídicas que pratiquem determinadas atividades, seja em caráter permanente ou eventual, sobretudo, no que diz respeito ao envio de informações relativas a operações ou clientes tidos como “suspeitos” (Artigos 9º a 11 da Lei nº 9.613/1998), que logo foram regulamentadas pelos órgãos responsáveis por seu recebimento e fiscalização.¹⁸⁰ A Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/1998, seguindo a mesma linha dos preâmbulos dos instrumentos internacionais referidos anteriormente, sublinha a importância do “compartilhamento de responsabilidade entre o Estado e os setores da atividade econômica utilizados para a lavagem de dinheiro”¹⁸¹ sob o duplo argumento de que toda a sociedade deve ser envolvida no combate a esse crime e que algumas atividades específicas criam maiores espaços para a realização do delito, tendo, portanto, maior responsabilidade de evitá-lo.

Para fiscalizar o sistema de prevenção e combate à lavagem de dinheiro nesse âmbito e, particularmente, para a análise das denúncias de operações suspeitas, criou-se uma Unidade de Inteligência Financeira central no Brasil, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), vinculado ao Ministério da Fazenda. O COAF, contudo, teve sua intervenção direta limitada àqueles setores econômicos que ainda não estavam submetidos a um órgão regulatório específico e, paralelamente a ele, exercem a mesma função o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários, a Superintendência de Seguros Privados e a Secretaria de Previdência Complementar.

Encontram-se em tramitação no Congresso Nacional diversos projetos de leis que visam alterar a Lei nº 9.613/1998.¹⁸² Dentre tais proposições, merece destaque o

¹⁸⁰MEDAUAR, Odete; AMARAL, Marcos. Responsabilidade administrativa – a legislação de “Lavagem de Dinheiro”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (RDM)*, São Paulo, ano 39, n. 119, p. 86, jul./set. 2000.

¹⁸¹Exposição de Motivos nº 692/1996, p. 25.671.

¹⁸²Destacam-se, por sua relevância, os seguintes: no Senado Federal, os projetos de lei nº 291, de 2003, nº 476, de 2003, nº 51, de 2005, nº 150, de 2006; na Câmara dos Deputados, os projetos de lei nº 1.318, de 2011, nº 216, de 2011 e nº 6.577, de 2009.

Projeto de Lei PLS nº 209, iniciado no Senado Federal em 2003, e aprovado nesta Casa em 2008. Após longa tramitação na Câmara dos Deputados, foi também ali objeto de votação, em 25.10.2011, tendo sido aprovado com diversas alterações (sob o número 3.443/2008) e remetido de volta à Casa de Origem, onde ora tramita o substitutivo aprovado, SCD nº 209/2003.¹⁸³

O texto atualmente sujeito ao crivo das Comissões do Senado Federal, apesar de suprimir a ampliação da pena máxima para 18 (dezoito) anos, exacerbação inicialmente aprovada pelo Senado Federal, bem como revogar o Artigo 3º da Lei nº 9.613/1998, que atualmente veda a concessão de fiança e liberdade provisória em face dos crimes de lavagem de dinheiro, ainda assim visa ampliar o alcance da Lei nº 9.613/1998 de modo extraordinário.

Assim, se aprovado nos atuais termos, o rol atual de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro será revogado, passando a definição típica da modalidade elementar desta conduta a se fundar em qualquer infração penal. Visa-se, com isto, incluir a lei brasileira na chamada terceira geração das leis de prevenção e combate à lavagem de dinheiro. Isso, contudo, decorre de uma leitura apressada das recomendações e dos acordos internacionais, que postulam pela definição dos crimes antecedentes de modo a que estes abranjam todos os crimes graves.¹⁸⁴ Ao incluir todas as infrações penais entre as condutas subjacentes à lavagem de capitais, de fato, o Congresso Nacional contraria os

¹⁸³No presente estudo, a análise detalhada de todas as alterações pretendidas através deste projeto de lei foge do escopo ora pretendido, tendo sido selecionadas as emendas mais relevantes em relação ao foco desta tese de doutorado. No entanto, cumpre destacar que o SCD 209/2003 pretende introduzir ampla gama de alterações na regulamentação da lavagem de dinheiro, entre elas: a alteração do tipo penal (Art. 1º e seus parágrafos), a determinação de regras específicas quanto ao processo penal para a lavagem de dinheiro, inclusive no que tange a medidas assecuratórias e alienação antecipada de bens (Arts. 2º, 4º, 5º, 7º e 8º), as pessoas obrigadas a cooperar no controle administrativo exercido pelo COAF, bem como as obrigações a elas impostas e as sanções previstas em caso de descumprimento (Arts. 9º, 10, 11 e 12), e a estrutura do COAF (Art. 16). Pretende revogar o Art. 3º, bem como inserir os Arts. 4-A e 4-B, que detalham o procedimento a ser seguido no âmbito das medidas assecuratórias, da alienação antecipada e em casos posteriores de condenação ou absolvição; o Art. 11-B, que insere nova norma de comunicação de operações financeiras internacionais e de saques em espécie; o Art. 17-A, que prevê espressamente a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal; o Art. 17-B, que dispõe sobre o encaminhamento de informações por parte de instituições tributárias e financeiras em caso de ordem judicial para tanto; o Art. 17-C, que regulamenta os casos de indiciamento de funcionário público; e o Art. 17-D, que determina o armazenamento dos dados fiscais dos contribuintes pelo prazo de cinco anos à Receita Federal.

¹⁸⁴Recomendação 1 do GAFI. FATF-GAFI. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/38/50/34030817.PDF>>. Acesso em: 16 abr. 2012: “Os países deveriam aplicar o crime de branqueamento de capitais a todos os crimes graves, por forma a abranger o conjunto mais alargado de infracções subjacentes. As infracções subjacentes podem ser definidas por referência a todos os crimes ou por referência a um limiar, ligado ou a uma categoria de infracções graves, ou a uma moldura penal aplicável à infracção subjacente (critério do limiar), ou a uma lista de infracções subjacentes, ou ainda a uma combinação destes critérios.”

objetivos políticos declarados nos diversos documentos nacionais e internacionais dedicados à justificativa do combate e prevenção da lavagem de dinheiro, qual seja: o isolamento econômico dos agentes de crimes particularmente graves.¹⁸⁵ A nova redação proposta, em contramão a este fundamento das leis dedicadas à lavagem de dinheiro, define como lavagem de dinheiro, inclusive as condutas consequentes a infrações de menos potencial ofensivo (tais como definidas na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), bem como até mesmo a meras contravenções penais, banalizando o tipo penal criado originalmente com vistas a proteger a sociedade em face das nocivas influências de agentes criminosos tidos como especialmente perigosos.¹⁸⁶

Ademais, caso se aprove esta redação, a tipificação da lavagem de dinheiro redundará numa nova discussão doutrinária em que se debaterá se a lavagem de dinheiro absorveu os tipos penais dos Artigos 180, 348 e 349 do Código Penal, se é residual em relação a estes ou, genericamente, como se determinarão as fronteiras entre referidos tipos penais. Atualmente, tal discussão é – pelo menos em parte – contornada em função da lavagem de dinheiro somente se verificar em relação a alguns crimes antecedentes, de modo a prevalecer esta tipificação em função da regra de interpretação *lex specialis derogat legi generali*, uma vez que os crimes tipificados no Código Penal se aplicam a todos os demais crimes ou criminosos.

Outra ampliação preocupante pretendida no âmbito do Artigo 1º da Lei nº 9.613/1998 diz respeito à modalidade da prática delitiva prevista no § 2º, inciso I.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Este também parece ser o entendimento dos magistrados brasileiros das varas especializadas da Justiça Federal, *verbis*: “(...) um dos modos mais eficientes para combater a criminalidade grave, especialmente o crime organizado, o tráfico de entorpecentes e a corrupção, é o de buscar punir a lavagem do produto ou dos proventos de tais delitos. Afinal, o crime floresce apenas se tem condições de se autofinanciar. Com a criminalização da lavagem, tem-se a expectativa de impedir que os criminosos possam fruir do produto de sua atividade e, dessa forma, interromper espécie de círculo vicioso.” (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando. Introdução. In: BALTAZAR JUNIOR, J. P.; MORO, S. F. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp, Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 11).

¹⁸⁶ Nesse sentido, ver também a Manifestação do ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Manifestação do Conselho Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil. *Diário do Senado Federal*, 26.11.2011, p. 48849-48899. Da mesma forma, PEDRO CAEIRO discorre sobre a questão, afirmando que “deve (continuar a) exigir-se um limiar mínimo de dignidade penal da conduta, consubstanciando numa seleção de factos precedentes relevantes. (...) só podem justificar uma punição autónoma quando projectem a frustração da pretensão estadual para níveis intoleráveis de insatisfação comunitária – é dizer, quando suscitem especiais necessidades preventivas”. (Cf. CAEIRO, Pedro. A decisão-Quadro do Conselho de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al (Orgs.). *Direito penal económico e europeu*: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. v. 3, p. 394).

¹⁸⁷ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Manifestação do Conselho Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil., cit., p. 48882-48883.

atualmente, a redação da lei veda a utilização, na atividade econômica ou financeira, de bens, direitos ou valores sobre os quais o agente saiba que são provenientes de um dos crimes antecedentes. A redação aprovado no Senado Federal incluía no texto do dispositivo a locução “deveria saber”, buscando estender o tipo penal também a comportamentos negligentes. Contudo, de acordo com a redação do substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados, passará a constituir lavagem de dinheiro a utilização de bens, direitos ou valores de infração penal, tendo sido eliminada completamente, do dispositivo, a previsão acerca do conhecimento de tal origem por parte da pessoa que os utilize. Chega-se, assim, à injustificável equiparação – do ponto de vista de um direito penal fundado nos princípios liberais de um Estado Democrático de Direito – entre a conduta dolosa e a conduta culposa, ambas sujeitas à pena de 3 (três) a 10 (dez) anos de reclusão, e multa.

Relevante alteração aprovada em ambas as Casas do Congresso Nacional diz respeito ao elenco das chamadas pessoas obrigadas, que devem controlar seus clientes de acordo com diversos regulamentos, bem como comunicar operações neles definidas como suspeitas às autoridades às quais, respectivamente, encontram-se subordinadas. Caso seja sancionado com a atual redação, o parágrafo único passará a enumerar dezoito incisos, sendo que os seis novos incisos previstos alcançam desde juntas comerciais e registros públicos, pessoas físicas e jurídicas que prestem serviços de assessoria e consultoria de qualquer natureza em relação a uma vasta gama de atividades financeiras e comerciais, que atuem em negócios dedicados ao âmbito desportivo e artístico-cultural, empresas de transporte e guarda de valores, pessoas físicas e jurídicas que atuem em negócios envolvendo bens de alto valor de origem rural ou animal, bem como as dependências internacionais de quaisquer empreendimentos cuja matriz, situada no Brasil, esteja sujeita às obrigações definidas na Lei nº 9.613/1998.

Quanto às pessoas físicas e jurídicas que se visa incluir no rol de pessoas obrigadas, chama atenção a inclusão dos serviços de assessoria e consultoria tal qual definidos, posto que o novo Inciso XV do Artigo 11 passaria a incluir os profissionais do direito que orientassem seus clientes no âmbito de seus negócios. Tal inclusão, contudo, ofende diretamente o princípio da ampla defesa, protegido pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental no Artigo 5º, LV, com base no qual a toda pessoa é garantido o direito à defesa técnica, para a qual, por sua vez, é imprescindível que o

acusado possa confiar na relação sigilosa mantida com seu advogado.¹⁸⁸ A previsão de que advogados deveriam comunicar operações suspeitas afronta, ainda, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, que garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório e local de trabalho, bem como os correspondentes instrumentos e correspondências (Artigo 7º, II, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994), ao lado do direito de recusar-se a depor contra um cliente sobre fatos acerca dos quais haja tomado conhecimento no âmbito de seu mister profissional (Artigo 7º, XIX, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994). Não bastassem tais previsões atinentes ao direito fundamental à ampla defesa, o Código Penal criminaliza expressamente a conduta de qualquer pessoa que revele informações prejudiciais sobre alguém, desde que estas tenham sido obtidas no exercício de sua profissão (Artigo 154 do Código Penal) e o Código de Processo Penal proíbe tais pessoas de deporem em juízo, salvo se assim o desejarem uma vez que tenham sido desobrigadas ao sigilo por parte da pessoa afetada (Artigo 207 do Código de Processo Penal).¹⁸⁹

Conforme destacado na Manifestação do Conselho Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil perante o Senado Federal, “se é vedado ao profissional da advocacia revelar fatos de que tenha conhecimento em razão do exercício profissional, sob pena de incorrer em ilícito penal, configurando seu dever guardar segredo sobre fatos que lhe são revelados pelo cliente, não se tem como possível seja ele transformado em pessoa sujeita ao mecanismo de controle (...)”.¹⁹⁰ Ainda que se admita a possibilidade de uma construção interpretativa restritiva do dever de sigilo do profissional do direito, tal qual adotada na União Europeia, esta não se coaduna nem com a Constituição Federal brasileira, nem com a legislação infraconstitucional.¹⁹¹

¹⁸⁸ Para uma detalhada análise dos diversos argumentos e questões que se colocam em torno de uma tal inclusão, ver SCHORSCHER, Vivian Cristina. *Evolução da prevenção à lavagem de dinheiro e a responsabilidade do advogado*, cit., p. 59-85; Id. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96. n. 863, p. 435-459, set. 2007; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia - condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v. 2, n. 2, p. 143-167, 2005.

Em sentido contrário, defendendo a constitucionalidade da imposição de tais obrigações ao profissional do direito, DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de „lavagem“ de dinheiro. In: DI CARLI, C. V. (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 127.

¹⁸⁹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Manifestação do Conselho Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil., cit., p. 48891-48893.

¹⁹⁰ Id. Ibid., p. 48896.

¹⁹¹ Em sentido contrário, ver DE GRANDIS, Rodrigo. op. cit., p. 127-129.

Tampouco se pode afirmar que uma tal inclusão encontra exemplos na legislação comunitária europeia, posto que na Terceira Diretiva, atualmente vigente, apenas se exige que os profissionais do direito comuniquem operações, caso se verifique um dos seguintes pressupostos: (i) o advogado efetivamente participe das atividades de lavagem de dinheiro; (ii) quando a consultoria ou assessoria seja prestada para a realização da lavagem de dinheiro; ou (iii) caso o profissional conheça a intenção de seu cliente de utilizar os serviços para atividades voltadas à lavagem de dinheiro.¹⁹² Jamais deverá ser realizada qualquer comunicação relativa a informações obtidas pelo advogado no exercício de mandato judicial ou de consultoria relativa a investigações ou transações realizadas que possam ser objeto de um processo judicial.

A crítica à ampliação do rol das pessoas obrigadas, contudo, não se restringe à inclusão do profissional do direito. De fato, os redatores da referida proposição não parecem ter considerado o consequente aumento diluvial de comunicações que serão enviadas e necessitarão ser analisadas, avaliadas e armazenadas com vistas à coleta e comparação de dados como fundamento para as investigações de condutas que possam constituir uma situação de lavagem de dinheiro. Caso uma tal consideração houvesse sido realizada, certamente não se teria optado por também alterar a redação do Artigo 11 da Lei nº 9.613/1998, a fim de excluir o seu § 3º, que previa uma divisão da função de controle das pessoas sujeitas aos mecanismos de controle entre as autoridades que já fiscalizavam os diferentes ramos (BACEN, CVM, SUSEP etc.) e o COAF. A redação do SCD nº 209/2003 prevê a supressão dessa divisão de tarefas e a concentração do controle sob o COAF, sem contudo prever correspondente aumento orçamentário ou de pessoal no mencionado órgão.¹⁹³

Adicionalmente, ainda pretende-se criar a obrigação de comunicar ao COAF a não ocorrência de “propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas”. A combinação entre a ampliação das pessoas obrigadas, a concentração de todas as comunicações junto ao COAF e a criação de mais uma modalidade de

¹⁹²CHAVES, Daiane. A complexidade do papel do advogado na luta contra o branqueamento de capitais (mandamentos da Directiva Comunitária e a crise na relação cliente/advogado em razão do sigilo profissional). In: SILVA, L. N.; BANDEIRA, G. S. de M. (Coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 51-53.

¹⁹³Diante desta situação, afigura-se preocupante a aprovação do parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, em 10 de Abril de 2012, e com voto “pela aprovação do Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) nº 209, de 2003”, no qual tampouco foi enfrentada a questão orçamentária, seja no que tange o sistema prisional, seja quanto à ampliação do COAF e das demais estruturas administrativas relacionadas ao controle que deverá ser exercido por este órgão.

comunicação obrigatória acabam por banalizar também o aspecto do controle administrativo da Lei nº 9.613/1998. A previsão de uma multa pecuniária de até vinte milhões de reais (em substituição ao atual limite de duzentos mil reais) sem nenhuma sustentação em cálculos ou estatísticas que demonstrem ser este novo valor justificável por qualquer motivo apenas consubstancia o último elemento das alterações entre os dispositivos de direito administrativo do SCD nº 209/2003 a garantir que o COAF seja inundado com muitíssimo mais comunicações do que será capaz de analisar conseqüentemente ou que sequer poderiam ser tidas como úteis para um eficaz mapeamento dos trajetos percorridos por bens, direitos e valores oriundos de crimes graves na economia brasileira.

Diante do fato noticiado na Agência da Câmara dos Deputados de que em 25 de outubro de 2010 não havia sequer uma pessoa entre os 512 mil detentos do Brasil presa como consequência de uma condenação por lavagem de dinheiro,¹⁹⁴ preocupa a reação do legislador pátrio, que denota claramente a crença em consistir o agravamento de uma lei penal na solução para um problema identificado como extremamente sério na comunidade internacional. Trata-se aqui, indubitavelmente, de mais uma atividade legiferante típica do direito penal de emergência e que redundará, certamente, em mais uma norma penal de cunho estritamente simbólico.

¹⁹⁴ MINISTÉRIO da Justiça: Brasil não tem ninguém preso por lavagem de dinheiro. *Agência Câmara de Notícias*, 25 out. 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/SEGURANCA/204545-MINISTERIO-DA-JUSTICA:-BRASIL-NAO-TEM-NINGUEM-PRESO-POR-LAVAGEM-DE-DINHEIRO.html>>. Acesso em: 26 fev. 2012. Já em 2007 S. F. MORO destacava que “eram raros os inquéritos ou as ações penais propostas relativamente a este crime”. (Cf. MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, J. P.; MORO, S. F. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 91).

De acordo com relatório apresentado pelo Brasil ao GAFI em 2010, até aquele ano havia apenas 11 condenações definitivas em processos por lavagem de dinheiro. Cf. a tabela na página 36 do MUTUAL Evaluation Report. Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism. Federative Republic of Brazil, 25 June 2010. *FATF-GAFI*. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/13/50/45800700.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

3. A PROBLEMÁTICA DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO OU GARANTIA DAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Conforme pode ser inferido do exame evolutivo da tipificação penal da lavagem de dinheiro e dos tipos penais que neste trabalho são vistos como seus antecessores, questão particularmente controversa e relevante para o tipo penal em foco é a determinação do objeto de proteção da norma.¹⁹⁵ É comum propor-se, como tal, desde a ordem econômica (o que constitui um dos pontos de contato entre o crime da lavagem de dinheiro e o direito penal econômico) ou a administração da justiça, até o bem jurídico lesionado pelo crime antecedente, chegando-se, na atualidade, a sugerir a existência de uma idéia simbólica do bem jurídico protegido neste como em outros crimes tidos como relacionados à globalização.¹⁹⁶

O direito penal liberal, de tradição continental europeia, foi construído a partir do pressuposto clássico de que incumbe às suas normas a função de tutela especificamente dirigida à proteção de bens vitais para a sociedade, os bens jurídicos.¹⁹⁷ Estes podem ser definidos como os valores mais importantes para a comunidade à qual se relacionam, sendo tidos como imprescindíveis para a auto-realização do indivíduo e

¹⁹⁵DE GRANDIS, Rodrigo. op. cit., p. 119; CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 389; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. op. cit. Ver ainda GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 38: o autor destaca que a celeuma também depende do foco que os diferentes autores atribuem à conduta: dando maior relevo à dissimulação da origem dos valores ou ao propósito de sua integração na economia lícita.

¹⁹⁶LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. *Blanqueo de capitales: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*. Barcelona: Bosch, 2009. p. 144-145.

¹⁹⁷STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat*. 6. ed. München: Franz Vahlen, 2011. p. 25; LIBERATI, Wilson Donizeti. Bem jurídico-penal e Constituição. In: LOPES, Mauricio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Orgs.). *Direito penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 175; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal e injusto (Política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado). Trad. J. Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal*, n. 29, p. 44-45, jan./jun. 1980; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 31; ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”. In: CORREIA, Eduardo et al (Orgs.). *Direito penal econômico europeu: textos doutrinários: problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. v. 1, p. 389; NESTLER, Cornelius. op. cit., p. 104.

Destaca-se, contudo, que a relevância e especificidade dos bens jurídicos variam conforme a forma de organização adotada pelos diversos países. Assim, a limitação do poder punitivo estatal certamente será diversa, conforme se examine as realidades de estados democráticos, social e democráticos ou autoritários, por exemplo. Nesse sentido, ver R. de SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 52.

derivados dos correspondentes textos constitucionais e de tratados internacionais.¹⁹⁸ Ademais, devem formar eles um elo entre a realidade social e o direito, ser específicos e delimitados e, sobretudo, compreensíveis e claros.¹⁹⁹ Esta é a função do direito penal e dos limites encontrados por tal forma de intervenção estatal. Com a evolução da humanidade, contudo, surgiram diversas situações que ensejaram a edição de novas normas penais criminalizadoras por necessitarem desta que constitui a mais forte proteção estatal, e cuja legitimidade enfrenta questionamentos. As teorias penais de tradição continental europeia buscam determinar essa legitimidade através da identificação de novos bens jurídicos, muitas vezes de difícil apreensão, inclusive devido à dificuldade de adaptação desse conceito clássico às relações sociais progressivamente complexas.²⁰⁰ Por sua vez, as doutrinas fundadas no sistema anglo-saxão o fazem a partir dos princípios derivados do “harm principle”.²⁰¹

No âmbito da linha doutrinária fundada no bem jurídico, uma das consequências da referida dificuldade foi a introdução de normas penais protetoras de bens jurídicos difusos, cuja abstração aumenta em proporção à complexidade social. Para sustentar essa evolução, foi proposta uma teoria atinente a tais bens jurídicos, que passaram a ser reconhecidos com vistas a grupos indefinidos, cuja proteção se faz necessária em face de uma conduta lesiva que não se dirige contra uma pessoa específica, mas contra todos os integrantes da coletividade em questão.²⁰²

Críticas de variada ordem são postas à proteção penal de bens jurídicos difusos. Assim, argumenta-se serem eles excessivamente vagos e amplos, o que poderia redundar no estabelecimento de um direito penal meramente simbólico. Contudo,

¹⁹⁸ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2006. v. 1, p. 14-15; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 56. ed. München: C. H. Beck, 2009. p. 9-10; LAUTERWEIN, Carl Constantin. *The limits of criminal law: a comparative analysis of approaches to legal theorizing*. Surrey: Ashgate, 2010. p. 1-2. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. op. cit., p. 66; PODVAL, Roberto. op. cit., p. 210; DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 65.

De fato, reconhece-se como materialmente inconstitucionais os tipos penais que não tutelam um bem jurídico nitidamente identificado e definido. Cf. GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 122. O autor menciona vasta literatura portuguesa em defesa dessa afirmação.

¹⁹⁹SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, cit., p. 38.

²⁰⁰DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 65. De fato, a principal função da teoria do bem jurídico pode ser descrita como a delimitação do que constitui uma razão legítima para a criminalização de condutas. Ver LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 28.

²⁰¹LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 2.

²⁰²SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, cit., p. 53; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 2010. Tese (Livre-Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 221.

não mais é possível prescindir deles diante da complexidade social contemporânea, sendo que o seu atual maior problema não é a sua natureza, uma vez que podem ser delimitados com bastante precisão de acordo com o objetivo da norma, mas o fato de deles ter sido feito mau uso por parte dos legisladores dos mais diversos Estados, como simples pretextos para diversas tipificações penais nas quais não foram especificados claramente, dando assim margem à criação de tipos penais de difícil apreensão. Esta realidade é atribuída ao delito de lavagem de dinheiro por parcela considerável da doutrina, havendo inclusive afirmativas no sentido de que ao crime de lavagem de dinheiro não corresponderia nenhum bem jurídico.²⁰³ Esta posição, contudo, não pode ser adotada sob pena de afrontar-se diretamente o princípio da ofensividade, essencial ao sistema de direito penal liberal condizente com um Estado democrático.²⁰⁴

Portanto, diante da infeliz situação da introdução de uma tipificação penal sem a prévia determinação clara do bem jurídico a ser protegido pela norma, é imprescindível e urgente estabelecer qual o objeto de proteção que o legislador visou abrigar, o que, no caso da lavagem de dinheiro, implica em considerar também a diversidade dos crimes definidos como antecedentes e de seus respectivos bens jurídicos. Mesmo estando vigente no Brasil há mais de dez anos, a indefinição permanece, uma vez que a abrangência e imprecisão do tipo penal levaram ao surgimento de diversas teorias doutrinárias a esse respeito, sem que nenhuma lograsse apresentar uma solução satisfatória ao problema.

Apesar de parcela da doutrina²⁰⁵ afirmar que, em vários países, o problema da identificação do bem jurídico não se coloca devido ao fato de a criminalização ter-se dado por meio de alterações dos respectivos códigos penais e, portanto, o tipo estar inserido em um capítulo atinente a um bem jurídico específico, esta posição não pode ser

²⁰³ Cf. DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 15, 69-71. A existência de normas penais às quais não corresponde um bem jurídico protegido não é de todo repudiada pela doutrina. Ver, nesse sentido, STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. op. cit., p. 26. Sobre o tema, ver também BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 238-243.

Contrariamente à afirmativa de ausência de bem jurídico no caso do delito de lavagem de dinheiro v. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, cit., p. 48.

²⁰⁴ Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 243.

²⁰⁵ Por exemplo, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 78-79; SVENSON, Gustavo. Branqueamento de capitais e os factos precedentes: análise do acórdão de 22 de março de 2007 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo (Coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 83.

adotada, sob pena de se confundir causa e consequência.²⁰⁶ A localização topográfica de um tipo penal não deve ser vista como mais do que um indício quanto ao bem jurídico por ele protegido,²⁰⁷ o que se evidencia no caso desse delito, uma vez que, não obstante o fato das descrições típicas nacionais serem muito semelhantes, a localização do tipo penal, quando inserido nos Códigos Penais, varia, conforme se verá a seguir, havendo exemplos tanto de criminalizações no âmbito dos crimes contra a administração da justiça²⁰⁸ quanto entre os que afrontam a ordem econômica²⁰⁹.

A maior parte da doutrina limita-se a considerar como possíveis bens jurídicos protegidos pelas leis de prevenção e combate à lavagem de dinheiro: (i) o mesmo bem jurídico protegido pelo tipo penal do crime antecedente, tendo estes sido selecionados por merecerem uma “superproteção”; (ii) a administração da justiça; e (iii) a ordem econômica nacional e/ou internacional.²¹⁰ No âmbito de cada um destes que constituem verdadeiros espectros sociais de proteção, podem ser identificados muitos bens jurídicos mais claramente delimitados e alguns autores optam por um deles ao estabelecerem o foco de proteção da norma. Como consequência, há verdadeira fragmentação doutrinária em

²⁰⁶Nesse sentido, v. COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. op. cit., p. 92.

²⁰⁷Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 194; GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 124; LOMBARDEIRO EXPÓSITO, Luis Manuel. op. cit., p. 150. Este autor, menos categórico, explica que a inserção da norma no Código Penal apenas pode ser vista como uma primeira indicação para a resolução da questão do bem jurídico protegido.

²⁰⁸Por exemplo, Alemanha (StGB § 261), Portugal (Código Penal, Art. 368-A), Suíça (StGB, § 305bis).

²⁰⁹Por exemplo, Espanha (Código Penal, Art. 301).

²¹⁰PODVAL, Roberto. op. cit., p. 212; GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 125-126.

R. HEFENDEHL apresenta uma análise crítica de número maior de possíveis bens jurídicos, além dos ora mencionados, destacando-se, particularmente, a sua análise minuciosa de diversos bens jurídicos que poderiam ser vistos como constitutivos do conceito da “administração da justiça”, e cuja importância varia de acordo com o foco que se atribua às diversas facetas deste bem jurídico genérico, por exemplo, a tarefa estatal nacional de afastar os efeitos de ações delitivas e a segurança interna do Estado. (HEFENDEHL, Roland. *Kann und soll der Allgemeine Teil bzw. das Verfassungsrecht missglückte Regelungen des Besonderen Teils retten?* In: SCHÜNEMANN, B. et al (Eds.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001. p. 150-153).

V. GRECO FILHO, por seu turno, descreve que também há quem defenda ser o patrimônio o bem jurídico atingido pela lavagem de dinheiro, em nítida aproximação à receptação. (V. GRECO FILHO, Vicente. *Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores*. In: COSTA, J. de F.; SILVA, M. A. M. da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 161-162).

M. COBO DEL ROSAL e C. Z. LÓPEZ-GÓMEZ também apresentam algumas outras possíveis teorias sobre quais seriam os bens jurídicos tutelados por este crime, entre as quais a possibilidade de ser o crime de lavagem de capitais pluriofensivo, atingindo, segundo alguns autores, a administração da justiça e a ordem econômica. (COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. op. cit., p. 93); neste sentido, ver também ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. op. cit., p. 335; DE SANCTIS, Fausto Martin. *Antecedentes do delito de lavagem de valores e os crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 58.

Ver também SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão de 22 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b3054e9c1b1eb8b9802573b7003ad380?OpenDocument>>. Acesso em: 30 out. 2011.

torno desta questão, inclusive por ensejar a discussão sobre se o crime de lavagem de dinheiro não constituiria, efetivamente, um *bis in idem*, caso se admita um ou outro bem jurídico como o protegido, assim como sobre a possibilidade de se buscar alternativas que permitam prescindir da teoria do bem jurídico ou ultrapassá-la, pelo menos, no que diz respeito a esta figura delitiva.

A dificuldade da questão não foi ignorada pelo legislador brasileiro, que buscou enfrentá-la no texto da Exposição de Motivos à lei brasileira, onde se lê que um dos objetivos da Lei nº 9.613/1998 consiste na proteção de todos os bens jurídicos dos delitos prévios.²¹¹ O mesmo documento, contudo, afirma em seguida que a defesa do Estado e da Economia constitui objetivo da norma brasileira, bem como os fundamentos para a autonomia da conduta tipificada na Lei nº 9.613/1998.²¹²

De fato, a questão é tão tormentosa que nem mesmo as primeiras tipificações penais da lavagem de dinheiro, que tinham uma única categoria de crimes antecedentes, qual seja, os delitos afetos ao tráfico de drogas, escaparam desta controvérsia, apesar de ser frequente a afirmação em sentido contrário.²¹³ Sequer a própria Convenção de Viena de 1988, apesar de afirmar a necessidade da nova criminalização para o estrangulamento das atividades delitivas relacionadas ao tráfico de drogas, é unívoca a esse respeito. Em seu preâmbulo, principia por afirmar que a tipificação penal é necessária devido aos vínculos verificados entre o narcotráfico e outras condutas usualmente atribuídas à criminalidade organizada, que resultam no enfraquecimento de economias

²¹¹Exposição de Motivos nº 692/1996, p. 25.671.

²¹²É interessante notar que tal ambiguidade do legislador também pode ser verificada em outros países. Assim, de acordo com a transcrição das discussões levadas a cabo na Alemanha quando da edição do § 261 StGB, por um lado, a criminalização da lavagem de dinheiro era tida como necessária para impedir que a criminalidade organizada conseguisse inserir os seus lucros ilegalmente obtidos no circuito econômico lícito, mas, por outro, deveria servir como meio para as autoridades investigatórias combaterem as estruturas da criminalidade organizada. E, quanto ao bem jurídico protegido, afirmava-se que a primeira parte protegia a administração da justiça e a segunda, os bens jurídicos atingidos pelos crimes antecedentes. Ver DEUTSCHER BUNDESTAG, 11. Wahlperiode: Drucksache 11/7663, 10.08.1990, 10.08.1990, p. 24-27; DEUTSCHER BUNDESTAG, 12. Wahlperiode: Drucksache 12/989, 25.07.1991, p. 26-27. Disponíveis respectivamente em: <<http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/BAD11-7663.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012 e <<http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/BAD12-989.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

A mesma intenção pode ser encontrada no preâmbulo ao Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de janeiro, que menciona o “facto de hoje se considerar prioritário o ataque às fortunas ilícitas dos traficantes”. DGPJ – Direcção-Geral da Política de Justiça. Decreto do Presidente da República n. 1/93. *Diário da República*, n. 18, 22 jan. 1993. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/citius/copy_of_livro-iv-leis-criminais/pdf6313/dl-15-1993/downloadFile/file/DL_15_1993.pdf?nocache=1181570488.45>. Acesso em: 07 abr. 2012.

²¹³Cf. PODVAL, Roberto. op. cit., p. 211; LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel. op. cit., p. 150.

lícitas, ameaçando a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados. Posteriormente, justifica a criminalização proposta com base no argumento de que os lucros auferidos no tráfico de drogas permitiriam a seus agentes “invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas”. E, ao final, encontra-se como motivação o objetivo de “privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade”.²¹⁴ Portanto, por mais que a doutrina tenda a afirmar que as chamadas leis de primeira geração – fundadas nessa Convenção – tenham como bem jurídico o mesmo protegido pelo tráfico de drogas, *in casu*, a saúde pública, o seu preâmbulo parece oferecer como foco o estrangulamento financeiro da criminalidade relacionada ao tráfico de drogas como instrumental para a garantia da segurança dos Estados e da ordem econômica.

Mostra-se útil, nesse passo, retomar brevemente as considerações atinentes aos bens jurídicos protegidos pelos delitos aqui vistos como os antecessores da lavagem de dinheiro: a receptação e o favorecimento real e pessoal. Partindo-se da conclusão de que a receptação é um crime contra o patrimônio pelos motivos anteriormente explicitados, logo se percebe ser pouco adequado atribuir tal caráter à lavagem de dinheiro, a não ser numa versão muito tênue, inclusive porque, como regra, a sua caracterização independe da verificação de lucros dela decorrentes por parte do agente, não necessariamente se impondo, ademais, prejuízos a qualquer pessoa durante o processo de lavagem de dinheiro.²¹⁵ De fato, o caráter preventivo geral atribuído às duas espécies de favorecimento em diferentes graus parece ser mais apropriado também quanto à criminalização da lavagem de dinheiro, posto que ela permite tanto a eliminação de provas do delito prévio (contribuindo para a proteção do seu agente em face da justiça) quanto o asseguramento de seus produtos.²¹⁶

Vista nesse contexto, não surpreende a conclusão de MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ no sentido de que o tipo penal da lavagem de dinheiro é desnecessário porque se sobrepõe aos tipos penais da receptação e do favorecimento (real e pessoal) e é preocupante porque, tido de modo autônomo em relação ao crime antecedente, torna-se

²¹⁴Decreto nº 154/1991, Preâmbulo.

²¹⁵Conforme destaca J. A. F. GODINHO: “No branqueamento de capitais trata-se de esconder o lucro; a finalidade primária é a de manter os capitais (...). Na receptação, o objetivo do agente que obteve o bem ilícito é desfazer-se dele, ao passo que o receptor visa o lucro.” (GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 243-244). Ver também DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 39; PODVAL, Roberto. op. cit., p. 219 e 221; LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel. op. cit., p. 143-144; CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 390.

²¹⁶DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 42.

impossível identificar concretamente qual o bem jurídico por ele protegido.²¹⁷ De fato, relativamente às chamadas tipificações modernas do direito penal, afirma-se na doutrina que há apenas um ponto unânime: de que a teoria do bem jurídico enquanto instrumento de legitimação do direito penal encontra-se em crise,²¹⁸ sendo criticada, entre outros, tanto sob a afirmação de não ser apta para tratar os problemas postos pela sociedade contemporânea quanto por não ser o instrumento adequado para lidar com tipos penais de perigo abstrato, especificamente por estes prescindirem de (e, eventualmente, até conscientemente excluírem) uma lesão ao bem jurídico.²¹⁹ Diante desse cenário, não se pode deixar de dar razão a GERHARD SEHER, que afirma não ser o foco da discussão o conceito de bem jurídico em si, mas a extensão que o direito penal pode legitimamente alcançar na sociedade contemporânea.²²⁰

Em vista de tudo até aqui apontado, justifica-se o esforço conseguinte, dedicado à identificação do bem jurídico protegido pelo tipo penal da lavagem de dinheiro, bem como do exame das propostas para a sua superação ou complementação, para que, ao final, possam ser vencidas as dificuldades que hoje se colocam nesse debate.

3.1. Superproteção do bem jurídico do crime antecedente

Uma interpretação encontrada na doutrina afirma que o bem jurídico protegido pela lavagem de dinheiro deve ser deduzido da tipificação penal do delito prévio. De acordo com esse argumento, a incriminação da conduta de quem venha a ocultar bens

²¹⁷BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit., p. 12.

²¹⁸BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 281, 414.

²¹⁹SEHER, Gerhard. Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff. In: HEFENDEHL, R.; HIRSCH, A. von; WOHLERS, W. (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie: legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 39 e 43; LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 6; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal.*, cit., p. 31, 46-47; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 244.

²²⁰O autor argumenta ainda que, na tentativa de traduzir essa discussão em termos conceituais atinentes ao bem jurídico, a doutrina acaba por obscurecer o debate, por um lado, e, por outro, sobrecarrega o conceito do bem jurídico, obrigando-o a abrigar argumentos (ao menos em parte) contraditórios. (SEHER, Gerhard. op. cit., p. 45). Essa situação também leva diversos autores a afirmarem que o bem jurídico se encontra “em seu leito de morte”.

Em sentido contrário, A. E. L. S. BECHARA afirma que “admitir exceções à teoria do bem jurídico, permitindo-se a existência de normas incriminadoras desprovidas destes, ainda que em hipóteses originalmente reduzidas, significa uma ruptura intolerável do sistema, que rapidamente levaria ao alargamento desmesurado da intervenção penal. Assim, a despeito das críticas dirigidas à teoria do bem jurídico, nota-se que seu conceito ainda deve constituir o referencial crítico de um direito penal democrático, voltado à proteção do indivíduo diante do Estado.” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 372-373).

ou valores oriundos de uma das atividades criminosas antecedentes é dirigida abertamente ao combate de tais delitos e, portanto, a lavagem de dinheiro atingiria o mesmo bem jurídico lesionado por aqueles. Logo, conforme essa linha de raciocínio, à conduta tipificada como lavagem de dinheiro não poderia verdadeiramente ser atribuído um bem jurídico, uma vez que este apenas poderia ser conhecido em face do caso concreto, após a identificação do crime prévio e de seu bem jurídico. A função da repressão à lavagem de dinheiro seria, pois, propiciar uma superproteção aos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais definidos como delitos antecedentes através da imposição de dificuldades adicionais na utilização dos ganhos deles derivados, com os quais, idealmente, o agente ficaria isolado.²²¹

Nesse sentido, argumenta-se também que a punição da lavagem de dinheiro constitui um desincentivo adicional ao cometimento dos crimes antecedentes, que seriam cometidos com frequência substancialmente menor diante da maior dificuldade de fruição dos lucros. Isso, contudo, não é evidente, além de depender de uma alegação pouco plausível e improvada. Afinal, os crimes antecedentes, além de já tipificados, uma vez que haja uma condenação, implicam na perda dos lucros auferidos. Qual seria, portanto, o grande diferencial do delito de lavagem de dinheiro, que o tornaria tão mais eficaz? Mais ainda, levando-se em consideração o fato de que a pena prevista para a lavagem de dinheiro é, não raro, inferior à pena prevista para o crime antecedente, não é possível aceitar o argumento de que esta nova tipificação teria um efeito preventivo mais contundente do que a tipificação dos delitos prévios.²²²

Essa era a opinião dominante à época do chamado primeiro movimento de caracterização dos crimes antecedentes,²²³ iniciado com a Convenção de Viena de 1988, ao qual corresponde a primeira geração de leis incriminadoras da lavagem de dinheiro que em geral tinham, como crime antecedente, apenas os relacionados ao

²²¹No Brasil, essa teoria é adotada por V. Greco Filho, para quem a lavagem de dinheiro é apenas mais um ilícito penal praticado numa cadeia formada com os crimes antecedentes, sendo realizado especificamente para ocultar e assegurar os lucros anteriormente auferidos. Assim, devido à vinculação processual relativa à competência para o julgamento da lavagem de dinheiro estabelecida no texto legal, o tipo penal material também acompanharia os delitos prévios, sobretudo, no que concerne ao bem jurídico protegido. Cf. V. GRECO FILHO, Vicente. op. cit., p. 162-163. Na doutrina estrangeira, ver SALDITT, Franz. *Der Tatbestand der Geldwäsche. Strafverteidiger*, v. 1, p. 122, 1992; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 684. Em sentido contrário, ver CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 390.

²²²Cf. ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 65, 68.

²²³PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. op. cit., p. 73.

tráfico de drogas.²²⁴ No caso brasileiro, portanto, caso houvésssemos promulgado uma lei deste tipo, dir-se-ia que o bem jurídico tutelado consistiria na saúde pública. A estranheza causada por essa afirmação apenas se amplia em vista das leis contemporâneas, de segunda e terceira gerações, com base em cujos delitos prévios a doutrina restaria obrigada a afirmar ser a lavagem de dinheiro um crime contra a liberdade e o patrimônio, quando derivada do crime de extorsão mediante sequestro, contra a administração pública ou a ordem econômica ou, mesmo, contra qualquer outro bem jurídico, desde que houvesse sido lesionado por condutas realizadas por organizações criminosas. Uma tal previsão não parece aceitável no contexto de uma teoria liberal do direito penal, pelo menos, enquanto fundado na proteção de bens vitais específicos e claramente delimitados. Ademais, tendo em vista a repetida afirmação feita – em ambientes legislativos nacionais e de políticas internacionais – relativa à íntima relação existente entre a criminalização da lavagem de dinheiro e o combate a todos os âmbitos de atuação da criminalidade organizada, seria contraditório restringir o bem jurídico da norma aos objetos específicos de proteção do delito prévio.²²⁵

A teoria da “superproteção” do bem jurídico atingido pelo crime antecedente como o objetivo das legislações anti-lavagem poderia ainda encontrar uma justificativa válida, caso fosse possível verificar que a conduta da lavagem de dinheiro, no mínimo, aprofunda a lesão anteriormente causada ao bem jurídico em questão. Esta, contudo, não parece ser a regra, sendo de fato difícil imaginar um exemplo em que tal agravamento ocorra sem recorrer-se a graus de abstração tais que impeçam a generalização do tipo penal. Mesmo no caso de lavagem de recursos oriundos do tráfico de drogas, primevo crime antecedente, protetor do bem jurídico saúde pública, não é possível identificar de que forma a lesão causada por condutas relacionadas ao tráfico de drogas é aprofundada pela inserção dos lucros oriundos desses delitos na economia formal.²²⁶ Pelo contrário: resta nítido que a lavagem de dinheiro somente poderia constituir um perigo abstrato e muitíssimo remoto ou antecipado a estes bens jurídicos.²²⁷ Nesse sentido, essa

²²⁴ BRANDÃO, Nuno. op. cit., p. 20.

²²⁵ BURR, Christian. *Geldwäsche: Eine Untersuchung zu § 261 StGB*. Siegburg: Schmitt, 1995. p. 26.

²²⁶ Nesse sentido, v. HEFENDEHL, Roland. op. cit., p. 150-151. O autor utiliza o exemplo ainda mais veemente da lavagem de recursos oriundos do delito de homicídio mediante paga, que, na Alemanha, constitui crime antecedente.

²²⁷ GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 127.

teoria parece confundir a finalidade geralmente aceita das leis que criminalizaram a lavagem de dinheiro com o bem jurídico protegido pela tipificação penal desta conduta.²²⁸

Ainda assim, possivelmente seria admissível afirmar a diversidade do bem jurídico conforme o crime antecedente, desde que a pena cominada à lavagem de dinheiro também variasse em função deste critério, preservando-se a sua proporcionalidade. Isso, contudo, não se verifica, o que também acaba por depor contra essa teoria, ainda mais em vista do fato de que nenhuma Convenção, Recomendação ou legislação prevê uma pena específica para a lavagem de dinheiro de acordo com o crime antecedente do qual se originaram os ganhos ilícitos. Assim, independentemente do crime a partir do qual o objeto da lavagem de dinheiro tenha sido obtido, a pena cominada à conduta da lavagem de dinheiro é a mesma e, não somente no caso brasileiro, via de regra, difere da pena cominada aos delitos prévios. Sob outro ângulo, a comparação das penas cominadas aos delitos prévios e à lavagem de dinheiro permite verificar que esta ora é punida mais severamente, ora de modo mais brando, em comparação com aqueles, o que também indica tratar-se de crimes que atingem bens jurídicos de distinta valoração axiológica.²²⁹

Essa constatação é relevante na medida em que impele a uma consideração das teorias sobre a pena, tanto da linha doutrinária segundo a qual a imposição da penalidade é consequência do valor próprio do bem, aliado à valoração que lhe é atribuída pela sociedade,²³⁰ quanto daquela corrente que afirma que a pena deve refletir o equilíbrio entre necessidade e merecimento, e também das teorias fundadas no princípio da proporcionalidade.

Finalmente, o confronto desta teoria com a pluralidade de crimes antecedentes impõe o exame do concurso de delitos, tal qual já reconhecido por JOSÉ SOARES DE MELLO em seu estudo sobre a receptação. Assim, a conduta da lavagem de dinheiro importaria o reconhecimento da subsidiariedade ou consunção de normas, conforme

²²⁸ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. op. cit., p. 97.

²²⁹Como exemplos da legislação brasileira podem ser citados o crime antecedente da extorsão mediante sequestro, cuja pena cominada é maior do que a pena prevista para o crime de lavagem de dinheiro, ao passo que, no caso do crime de tráfico de armas, a pena prevista é inferior à pena cominada à lavagem de dinheiro. C. J. SUÁREZ GONZÁLEZ destaca o mesmo fenômeno na legislação espanhola. Cf. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. op. cit.

²³⁰PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 21; ODON, Tiago Ivo. op. cit., p. 336-337.

o caso, na relação entre o crime de lavagem de dinheiro e o delito prévio.²³¹ Além disso, não sendo possível identificar nova lesão ao bem jurídico anteriormente agredido, inexorável se tornaria a conclusão no sentido de que a lavagem de dinheiro seria mero e regular exaurimento do tipo penal antecedente.²³² Tal problema, contudo, hoje já não se coloca por ser tido como insustentável afirmar que a atividade do agente do crime de lavagem de dinheiro mantenha ou aprofunde a agressão anterior ao bem jurídico atingido pela conduta prévia. Por essa mesma razão, na atualidade, como regra, não se aceita que autores, cúmplices ou partícipes do crime antecedente sejam punidos também pela execução da lavagem de dinheiro, uma vez que se reconheceu – na doutrina e na jurisprudência – o paralelo existente entre essa situação e a verificada quanto ao crime de receptação.²³³

3.2. Proteção da administração da justiça

Consideravelmente mais expressão doutrinária do que a teoria da superproteção do bem jurídico do crime antecedente encontra a teoria segundo a qual o bem jurídico protegido com a criminalização da lavagem de dinheiro é a administração da justiça. Contudo, quanto a esse grupo cabe, desde já, a seguinte ressalva: muitas definições diferentes do que exatamente deve ser entendido sob a expressão “administração da justiça” no presente contexto são postas e convivem em paralelo umas às outras, sobretudo na doutrina europeia, sendo relativamente raras as posições coincidentes. Ainda assim, é possível afirmar que um amplo número de autores se encontra reunido em torno de um

²³¹ MELLO, José Soares de. op. cit., p. 137, 139-140; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 144.

²³² Segundo A. F. GOMES, o exaurimento apenas poderá ser reconhecido quando “sem qualquer preocupação em ocultar ou dissimular a origem dos recursos, o agente passa a usá-los, diretamente, na finalidade mesma do crime antecedente, que é o lucro e o aumento patrimonial próprio.” (GOMES, Abel Fernandes. *Lavagem de dinheiro* – notas sobre a consumação, tentativa e concurso de crimes. In: BALTAZAR JUNIOR, J. P. e MORO, S. F. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 87). Essa explicação, contudo, não oferece a limitação pretendida pelo autor, uma vez que as atividades integrantes da lavagem de dinheiro constituem condutas socialmente adequadas de investimento de capitais para o seu acúmulo e/ou aumento de seu valor.

²³³ A doutrina destaca a aplicabilidade desta regra também aos tipos penais de favorecimento (real e pessoal). Cf. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. op. cit., p. 75-76; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 146.

conceito bastante abrangente de administração da justiça enquanto bem jurídico, consistente em todas as expressões da justiça para alcançar seus objetivos e finalidades.²³⁴

Dentre as diferentes teorias propostas, apenas algumas serão examinadas em detalhe neste trabalho, em função de sua relevância para o delineamento do problema posto quanto a esta questão. Uma teoria identifica como aspecto tutelado da administração da justiça a garantia do direito do Estado de confiscar bens obtidos através de determinados crimes antecedentes.²³⁵ Outra afirma que não há um bem jurídico diretamente tutelado, sendo que a criminalização da lavagem de dinheiro visa proporcionar, fundamentalmente, o maior número possível de meios para facilitar a identificação do núcleo da organização criminosa e seu posterior desmantelamento pelos órgãos investigatórios.²³⁶ Outra, finalmente, parte do pressuposto da relação entre o tipo penal da lavagem de dinheiro e os demais crimes de conexão, baseando-se no traço comum de intensificação do caráter preventivo geral do direito penal, subjacente em graus específicos a cada uma dessas espécies de delitos.²³⁷

O grande mérito desta última proposta consiste em reconhecer o substrato comum das condutas da lavagem de dinheiro, da receptação e do favorecimento real e pessoal, admitindo expressamente que a tipificação da lavagem de dinheiro se fez necessária para preencher lacunas de impunidade deixadas pelos delitos tradicionais. Nesse

²³⁴ MAIA, Rodolfo Tigre. op. cit., p. 54. Para R. CERVINI, o bem jurídico diretamente tutelado é a administração da justiça e, indiretamente, o bem jurídico tutelado pelo crime antecedente, o que seria mais um indicativo da sobreposição conceitual deste tipo penal com o do favorecimento. Ver CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 136, nota 7. Em aproximação semelhante, F. MOLINA FERNÁNDEZ afirma ser necessário distinguir dois aspectos: o primeiro, amplo tal qual mencionado; o segundo, relativo à concreta administração da justiça, isto é, a solução de controvérsias de acordo com a lei. Cf. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. op. cit., p. 114. I. BLANCO CORDERO afirma que, de fato, também na lei espanhola o bem jurídico protegido seria a administração da justiça. Cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 194-196.; Já para J. A. F. GODINHO, “a administração da justiça não é um bem jurídico mas sim uma categoria de infrações”. Cf. GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 140. Ver também BRANDÃO, Nuno. op. cit., p. 20; SVENSON, Gustavo. op. cit., p. 83.

²³⁵ Nesse sentido, ver ARZT, Gunther. op. cit., p. 913; CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 393; GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 141. ANDRADE, João Costa. Breves considerações sobre a unidade e pluralidade de crimes enquanto problema relevante na análise do crime de branqueamento. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo (Coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 293.

²³⁶ Em paralelo a essa teoria, S. BARTON afirma que quem é punido de fato pela tipificação da lavagem de dinheiro é o agente do crime antecedente, que restaria isolado com os seus ganhos. Contudo, referido autor afirma que o bem jurídico protegido pela lei alemã é a segurança interna, não somente da Alemanha, mas de todos os países, pois a persecução penal da lavagem de dinheiro atingiria as organizações criminosas, impedindo-as de continuarem suas atividades ilícitas e, portanto, garantindo a segurança interna de todos os Estados. (BARTON, Stephan. *Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche* (§ 261 StGB). *Strafverteidiger*, ano 13, v. 3, p. 160, 1993).

²³⁷ DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 72-79.

contexto, a autora examina o tipo penal (alemão) da lavagem de capitais subdividindo-o de acordo com o crime de conexão clássico ao qual mais se aproxima em cada uma de suas diversas formas de execução e, conseqüentemente, em vista do aspecto específico da administração da justiça que protege, com o objetivo de limitar o alcance da norma penal incriminatória – essa aproximação, ademais, culmina no rechaço categórico (e algo contraditório) da possibilidade de se tratar de um delito pluriofensivo.²³⁸

Contudo, ao se prender ao bem jurídico administração da justiça como único protegido (se bem que sob diversas perspectivas), negando que o tipo penal proteja bens jurídicos específicos distintos em suas diversas modalidades de realização, acaba-se por retornar ao ponto de partida, qual seja, o de um bem jurídico excessivamente amplo e insuficientemente específico. Ademais, se a função da norma penal da lavagem de dinheiro fosse meramente suprir as lacunas dos crimes de receptação e favorecimento, teria sido mais adequado e menos problemático proceder a uma mera alteração destes,²³⁹ ainda mais tendo em vista que as penas aplicáveis são quase idênticas, pelo menos no direito penal alemão, onde tal teoria encontra ampla ressonância.²⁴⁰

Já em relação à primeira opinião mencionada, costuma ser oposta a existência de diversos dispositivos tradicionais do direito penal que visam assegurar precisamente tal direito estatal, e o fazem de modo eficaz, como é o caso, por exemplo, da norma que prevê a perda dos produtos do crime como consequência da condenação.²⁴¹ Além disso, a lavagem de dinheiro não impede o exercício desse direito sempre que verificada a sua ocorrência e não se justificaria a sua punição nos casos em que o confisco dos bens coubesse ao Estado em que foi praticado o crime antecedente, e não ao local onde se verificou a lavagem de dinheiro.²⁴²

Por sua vez, a ideia de uma função puramente instrumental da criminalização da lavagem de dinheiro, praticamente como antídoto às dificuldades criadas pelos criminosos para o correto funcionamento da justiça através da ocultação dos bens oriundos da atividade criminosa,²⁴³ exige exame mais entretido. Em regra, os partidários dessa teoria afirmam que o injusto do crime de lavagem de dinheiro decorre de uma

²³⁸DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 78-79.

²³⁹Neste sentido, v. LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel. op. cit., p. 143-145, 151-152.

²⁴⁰O §261 do StGB prevê pena 3 meses a 5 anos para a lavagem de dinheiro; os §§ 257 e 258, pena de até 5 anos.

²⁴¹Nesse sentido, v. HEFENDEHL, Roland. op. cit., p. 151; GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 136. No Brasil, tal previsão encontra-se no Código Penal, Art. 91, II.

²⁴²ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. op. cit., p. 94.

²⁴³COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. op. cit., p. 92.

especial valorização de crimes ou criminosos antecedentes específicos – aqueles relacionados à criminalidade organizada.²⁴⁴ Entendido desse modo, o tipo penal da lavagem de dinheiro teria sido criado como mais um meio pelo qual as autoridades investigatórias podem identificar os centros de organizações criminosas, graças à manutenção do chamado “rastros de papel”.²⁴⁵

Adotada essa interpretação, a tipificação penal em questão seria exclusivamente instrumental e se, por um lado, talvez facilitasse minar o funcionamento das referidas organizações, por outro, deixaria de ser aplicável em todos os casos em que não se verificasse a existência de uma organização criminosa, o que parece resultar em uma interpretação excessivamente restrita da conduta criminalizada nos diversos textos legais, afastando-se dos objetivos proclamados para a prevenção e combate da lavagem de dinheiro tanto em âmbito nacional quanto internacional. Ademais, ainda que se admita tal instrumentalização²⁴⁶ e interpretação restritiva da aplicabilidade do tipo penal, este passaria então a ter, como um seu elemento, a criminalidade organizada, e a conduta restaria atípica sempre que não se lograsse comprovar a existência desta.

Outro problema gerado por essa interpretação relaciona-se ao fato de o foco da lei penal deixar de ser a conduta e passar a girar em torno do seu autor. Assim, deixar-se-ia de punir a ocultação e dissimulação de ganhos oriundos dos crimes antecedentes para punir a realização dessa conduta por agentes vinculados ao crime organizado. Diante dessa alteração, caem por terra diversos argumentos apresentados em favor da criminalização da lavagem de dinheiro, entre os quais o ideal de isolar os agentes dos delitos prévios com os seus lucros ilegítimos, de modo a desestimular aquelas condutas.

²⁴⁴ Cf. HEFENDEHL, Roland. op. cit., p. 151, que afirma evidenciar-se o injusto da lavagem de dinheiro apenas em função de tal relação.

²⁴⁵ Tal expressão, cunhada em inglês como “paper trail” e, em alemão, como “Papierspur”, refere-se à documentação que todo tipo de negócios origina, e que pode ser usada como prova de sua ocorrência ou de sua relação, no caso do tipo penal da lavagem de dinheiro, com delitos anteriormente cometidos. Ver KARGL, Walter. Probleme des Tatbestands der Geldwäsche (§ 261 StGB). *Neue Justiz – Zeitschrift für Rechtsprechung und Rechtsanwendung*, ano 55, v. 2, p. 61, 2001.

Relativamente à utilidade de se ver preservado o rastros de papel, F. MOLINA FERNÁNDEZ indica que esta também existe em relação a qualquer delito que gere grandes lucros financeiros, sem necessariamente relacioná-los à criminalidade organizada. Afirma, contudo, que a conduta daqueles que ocultam esse rastros já se encontrava tipificada sob o favorecimento, o que, no seu entender, é um indício para o fato de que tal preocupação não era a principal por trás da criminalização da lavagem de dinheiro. (MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. op. cit., p. 116).

²⁴⁶ O que não parece condizente com uma teoria liberal do direito penal.

Apesar das diversas objeções postas às teorias examinadas, a opinião segundo a qual o bem jurídico protegido pela lavagem de dinheiro é a administração da justiça (sob uma ou outra acepção) é largamente disseminada, entre outras, nas doutrinas alemã e suíça,²⁴⁷ em cujos códigos penais a tipificação penal da lavagem de dinheiro encontra-se inserida ao lado dos demais crimes de conexão.

No Brasil, a corrente doutrinária preponderante costuma afirmar que o crime de lavagem de dinheiro não induz nenhum ataque ao bem jurídico administração da justiça, o que é utilizado inclusive para fortalecer o argumento de que tal conduta não pode ser confundida com o favorecimento.²⁴⁸ Como exceção, pode ser mencionada a argumentação de ROBERTO PODVAL, que afirma ser a administração da justiça o bem jurídico protegido pela norma brasileira, devido ao fato de a lavagem de dinheiro constituir uma negação da eficácia e do prestígio da justiça.²⁴⁹

No entanto, por mais que o efeito da lavagem de dinheiro sobre a administração da justiça seja relevante, conclui-se ser apenas reflexo e incidental,²⁵⁰ não se podendo perder de vista que há outros caminhos, mais eficientes tanto no combate à obstrução da justiça quanto no incentivo à assistência recíproca entre os países. Aliás, a atividade da comunidade internacional parece denotar uma clara consciência desse fato, o que se traduz nos numerosos tratados e acordos internacionais de cooperação judiciária em

²⁴⁷Sobre a doutrina alemã, ver BOTTKE, Wilfried. Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche (Teil 2). *Zeitschrift für Wirtschaft- Steuer- Strafrecht (WISTRA)*, ano 14, v. 4, p. 123, 1995; DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 72-79. Em relação à doutrina suíça, ver NATTERER, Judith. Money-laundering and forfeiture legislation in Switzerland. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 5, p. 222, 1997; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. op. cit., p. 78-79, que indica a localização topográfica do tipo penal da lavagem de dinheiro sob o Título XVII, atinente aos crimes contra a administração da justiça, no Código Penal Suíço. Esse autor destaca, ademais, a influência suíça na legislação alemã de combate à criminalidade organizada, no âmbito de cuja edição também se discutiu sobre a lavagem de dinheiro, diante do fato de que a comissão encarregada era composta por três juristas suíços e apenas um alemão.

²⁴⁸CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 146-147.

²⁴⁹PODVAL, Roberto. op. cit., p. 220. Esse autor chega até mesmo a defender que o tipo penal da lavagem de dinheiro seria uma espécie de favorecimento real, tendo sido “criado para proteger a administração da justiça, que se encontra incapaz de punir os responsáveis pelos crimes antecedentes, em razão do auxílio prestado aos criminosos” (p. 219). No mesmo sentido, cf. DE GRANDIS, Rodrigo. op. cit., p. 121-122.

²⁵⁰Nesse sentido, C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ afirma: “las conductas de blanqueo no tienen una naturaleza esencialmente encubridora, sino que ese favorecimiento, que efectivamente se produce en algunas ocasiones, tiene un carácter accidental, en cuanto que sólo es resultado inevitable de la realización del interés principal del blanqueador, que es la incorporación de los bienes a la economía legal”. (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. op. cit., p. 95).

matéria penal, tanto gerais quanto especificamente voltados para determinadas infrações, mundiais, regionais ou firmados individualmente entre os diversos Estados.²⁵¹

Do ponto de vista da legislação brasileira, se o bem jurídico administração da justiça fosse admitido como o protegido pelo crime de lavagem de dinheiro, este se aproximaria de tal modo dos tipos penais do favorecimento real e pessoal,²⁵² que praticamente imporia o reconhecimento de dupla criminalização de uma mesma conduta, sobretudo, conforme anteriormente mencionado, quanto aos §§ 1º e 2º do Artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, que guardam maior semelhança típica, respectivamente, com o favorecimento real e pessoal.

3.3. Proteção da ordem econômica

A maior parte da doutrina brasileira, italiana, portuguesa e espanhola²⁵³ inclina-se à aceitação da ordem econômica como bem jurídico protegido pela lavagem de dinheiro.²⁵⁴

Conforme esse entendimento, argumenta-se que, mesmo sendo eventualmente possível identificar uma série de interesses, inclusive individuais, lesados

²⁵¹Entre tais acordos, vale destacar os seguintes, firmados pelo Brasil, como exemplo: com os EUA, o “Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal”, no âmbito do MERCOSUL, o “Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais”, e com a Suíça, o “Tratado De Cooperação Jurídica Em Matéria Penal”, entre outros com diversos países da América Latina e da Europa.

²⁵²Nesse sentido, CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*, cit., p.146. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. op. cit., p. 75-76.

²⁵³Na Espanha, isso se deve em grande parte ao fato de a tipificação penal ter-se dado através da introdução do Art. 301 no Código Penal Espanhol, sob o Título XIII, intitulado “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. Ver MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. op. cit., p. 110; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. op. cit.

L. M. LOMBARDERO EXPÓSITO indica os seguintes autores espanhóis como defensores desta teoria: Gómez Iniesta, Martos Nuñez, Fabián Caparrós, Díez Ripollés, Solans Soteras, Quintero Olivares, Serrano González, Ferré Olivé, Del Carpio Delgado, Muñoz Conde, Álvarez Pastor e Eguidazu Palacios (LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. op. cit., p. 152).

²⁵⁴PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. op. cit., p. 77. Outros autores preferem destacar um bem jurídico específico integrante da ordem econômica, a fim de evitar a crítica que pode ser feita quanto à excessiva amplitude deste conceito. Assim, W. BOTTKE, por exemplo, afirma que o bem jurídico protegido pela lavagem de dinheiro é a concorrência, que seria posta em perigo pela acumulação de capitais ilícitos. BOTTKE, Wilfried. op. cit., p. 123-124. Esta posição também defendem, entre outros: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. op. cit., p. 97-102; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro, cit., p. 18.

Em sentido contrário à restrição do bem jurídico à concorrência, ver CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 391-392. O autor afirma que esta posição somente seria defensável se um determinado valor mínimo fosse necessário para a incidência do tipo penal, ou se pelo menos todos os crimes antecedentes fossem aptos a gerar altos ganhos, o que jamais foi previsto.

pela conduta do agente que comete a lavagem de dinheiro, o objetivo dessas normas penais é a proteção dos interesses globais e da finalidade individual de normalidade da ordem social e econômica.²⁵⁵ Esse prisma supra-individual encontrado em grande parte da doutrina fundamenta-se no argumento de que os interesses individuais eventualmente atingidos pela lavagem de dinheiro derivariam todos do mesmo substrato: a ordem econômica.

A lavagem de dinheiro atingiria diretamente a ordem socioeconômica do local em que é realizada, de modo proporcionalmente grave à relação entre o montante envolvido e o volume normal da economia em questão, pois os valores ilícitos imiscuídos na economia formal de determinado Estado gerariam uma falsa aparência de riqueza. Assim, como na realidade nada é produzido, afirma-se que também não seriam gerados novos empregos, investimentos etc., e a aparente expansão econômica beneficiaria apenas poucas pessoas.²⁵⁶ Acrescenta-se a isto a afirmação da ocorrência de inexoráveis consequências deletérias para o regular funcionamento do sistema econômico²⁵⁷ (entre elas, por exemplo, o comprometimento do fluxo regular de capitais, a concorrência desleal, o surgimento de monopólios, a falta de transparência de operações financeiras, o abuso do poder econômico, a facilitação da corrupção).²⁵⁸

²⁵⁵Ver CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 142. P. ALLDRIDGE afirma que a lavagem de dinheiro é o primeiro delito de que se tem notícia que de fato pode ser relacionado diretamente a preocupações atinentes à ordem econômica global, e não de jurisdições específicas. Este seria o motivo pelo qual a conduta ganhou importância com o advento da globalização. Cf. ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 31. H. TEICHMANN e G. ACHSNICH afirmam que o objetivo primeiro das leis de lavagem de dinheiro é proteger a estabilidade e integridade dos mercados financeiros, bem como proteger os sistemas financeiro e bancário de práticas abusivas. Cf. TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. op. cit., p. 243.

²⁵⁶Conforme mencionado anteriormente, esse argumento não é necessariamente verdadeiro, dado que é verificada a criação de novos empregos e é através de investimentos que o dinheiro sujo penetra na economia. O problema, portanto, caso tido como tal, seria muito mais afeto à instabilidade e à possível informalidade desses empregos e à volatilidade de tais investimentos. Nesse sentido, N. BRANDÃO destaca como problema adicional o fato de que o trabalho em tais empregos, ademais, incentiva e possibilita a continuação da atividade criminosa afeta tanto à lavagem de dinheiro quanto aos crimes antecedentes. Cf. BRANDÃO, Nuno. op. cit., p. 22-23.

²⁵⁷Segundo CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 140-141, isso decorreria do fato de os capitais ilícitos arcarem, no total, com menos custos do que os capitais lícitos, que são obrigados a adquirir insumos e realizar investimentos ao custo do mercado, enquanto os capitais ilícitos enfrentam custos notoriamente inferiores. Esta posição também é adotada por W. T. de OLIVEIRA em CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 321. Tal notoriedade, contudo, ainda não foi comprovada. O sistema econômico, de fato, é um instrumento neutro: quaisquer investimentos realizados arcam com os mesmos custos e riscos, sujeitando-se às regras vigentes ao tempo de sua realização.

²⁵⁸Nesse sentido, emerge novamente a relevância da ligação entre a criminalidade organizada e o delito de lavagem de dinheiro, uma vez que “no exercício da atividade empresarial, o crime organizado acaba adotando práticas que atingem a livre-iniciativa, a propriedade, a concorrência, o consumidor, o meio ambiente, o patrimônio histórico, enfim, vários aspectos da ordem socioeconômica”, conforme ressalta PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. op. cit., p. 79. No mesmo sentido, W. T. de OLIVEIRA, que, no entanto, se por um lado afirma que o bem jurídico tutelado “não poderia ser outro senão a própria *ordem*

Contudo, tendo em vista que o objetivo final do agente da lavagem de dinheiro é que os valores por ele integrados na economia assumam caráter legítimo, esta última generalização parece pouco razoável, sobretudo em vista do fato de que alguns dos delitos apontados constituiriam novos crimes antecedentes.²⁵⁹

Ainda em oposição a essa teoria, diversos autores afirmam que os mercados internacionais não repudiam a presença dos ativos ilícitos.²⁶⁰ Além disso, conforme destacado anteriormente, não somente a origem dos valores investidos na economia de um Estado não impõe consequências sociais exclusivamente negativas,²⁶¹ como o fato de valores anteriormente ocultos tornarem-se visíveis coloca tais capitais sob o controle público, sujeitando-os ao pagamento de tributos e ao cumprimento das demais normas aplicáveis,²⁶² não sendo evidente de que forma a conduta de lavagem de dinheiro fere a economia em si. Estes argumentos, contudo, são criticados por seu viés exclusivamente econômico, afirmando-se que a lesividade da lavagem de dinheiro não pode ser quantificada em termos contábeis, uma vez que a origem delitiva dos valores cria uma situação de injustiça do ponto de vista social, precisamente pelo fato de não haver distinção do ponto de vista econômico.²⁶³

socioeconômica”(p. 323), também afirma que “na verdade, tudo dependerá da análise do caso concreto, pois determinada conduta, em razão de sua escassa lesividade ao sistema econômico-financeiro, poderá afetar apenas órbitas individuais e menos genéricas (crimes contra o patrimônio e a administração, falsidades etc.), requerendo um objeto de proteção de menor espectro.”(p. 323) Ver CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 314, 321-323. BRANDÃO, Nuno. op. cit., p. 22.

Diferentemente, C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, apesar de apontar a segurança interna do Estado como bem jurídico protegido, especifica esse conceito limitando-o à liberdade de concorrência, afirmando que, para além da questão meramente econômica, diante do fato de que a Constituição Espanhola identifica a promoção de uma ordem socioeconômica justa, não se pode tolerar a participação de capitais de origem criminosa no mercado. (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. op. cit., p. 97-102).

A identificação da concorrência como o bem jurídico protegido pelo delito em tela, contudo, deve ser rejeitada, já que sua aceitação implicaria em reconhecer que todo crime que gerasse lucros feriria a concorrência. Cf. GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 132.

²⁵⁹ Ademais, a concorrência desleal, os monopólios econômicos, o abuso de poder econômico e todos os demais ilícitos que podem ser promovidos no âmbito econômico não são influenciados pela origem dos valores que permitem ou favorecem a sua realização.

²⁶⁰ MAIWALD, Manfred. op. cit., p. 633; CASTILHO, Ela Wiecko de. Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, v. 47, p. 53-55, mar./abr. 2004. Na doutrina espanhola, M. COBO DEL ROSAL e C. Z. LÓPEZ-GÓMEZ aproximam-se dessa teoria, ao afirmar que “El orden socioeconómico, es lo único que podría, pero no, necesariamente, verse alterado por el delito de blanqueo de capitales aunque no en su conjunto.” Cf. COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. op. cit., p. 94.

²⁶¹ Ver também PODVAL, Roberto. op. cit., p. 215-216.

²⁶² MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. op. cit., p. 111. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. op. cit., p. 86-87, indica que diversos autores destacam que não foram poucos os Estados e nem raras as ocasiões em que se introduziram anistias tributárias, sem grandes controles quanto à origem dos valores “anistiados”, quando isso parecia ser útil do ponto de vista fazendário. Ver também SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. op. cit.

²⁶³ Nesse sentido, ver também ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. op. cit., p. 87-88.

Especificamente com relação às consequências negativas que a introjeção de valores ilícitos na economia formal engendraria, nota-se que, conforme mencionado, os exemplos propostos pela doutrina também encontram-se previstos como ilícitos penais: sua ocorrência independe da lavagem de dinheiro e as tipificações penais em questão não estabeleceram qualquer tipo de vínculo ou condicionante em relação à verificação daquela.²⁶⁴ Nesse sentido, também as justificativas apresentadas para a criminalização de tais condutas não se reportam à lavagem de capitais, mas sim a motivos político-criminais especificamente formulados em vista de tais relações sociais. Ademais, tendo em vista que a execução da lavagem de dinheiro, sobretudo quando envolve montantes realmente significativos, se dá em âmbito internacional, envolvendo grande número de Estados, investimentos e negócios, torna-se difícil estabelecer um procedimento que permita verificar a existência de uma lesão ou de um risco de lesão para ordens econômicas específicas.²⁶⁵

Ainda de acordo com os defensores da ordem econômica como bem jurídico protegido, a atividade do agente da lavagem de dinheiro colocaria em risco interesses individuais e da sociedade em geral, podendo ocorrer grave desestabilização de todo o sistema financeiro e da ordem econômica nacional em decorrência da perda de sua credibilidade, inviabilizando o desenvolvimento de todo um país conforme a dimensão do delito.²⁶⁶ Outro argumento semelhante a esse afirma que a súbita transferência de grandes volumes de capitais de ou para uma economia específica poderia desestabilizar o câmbio e o mercado de capitais.

Contrapondo-se a esta linha de raciocínio, ROLAND HEFENDEHL argumenta que a confiança na ordem econômica (a sua credibilidade) não poderia ser tida como o bem jurídico protegido porque, ao se invocar o conceito de “confiança” para a definição de um dado bem, torna-se necessária a existência da possibilidade de escolha pela sociedade. Em se tratando da ordem econômica, contudo, é impossível vislumbrar a opção da sociedade por alternativas na mesma seara.²⁶⁷ Tal argumento parece mais voltado

²⁶⁴ ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 34.

²⁶⁵ COSTA, José de Faria. O branqueamento de capitais (Algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal). In: CORREIA, E. et al (Coords.). *Direito penal económico europeu: textos doutrinários: problemas especiais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. v. 2, p. 306.

²⁶⁶ BRANDÃO, Nuno. op. cit., p. 22-23.

²⁶⁷ HEFENDEHL, Roland. op. cit., p. 151. Há quem argumente que o risco se coloca para o sistema bancário. Isso, contudo, não encontra suporte fático, mesmo em se considerando a liquidez bancária como em risco devido à volatilidade de capitais em processo de lavagem. De fato, conforme destaca P. ALLDRIDGE, dinheiro “sujo” é mais lucrativo para bancos do que dinheiro “limpo”, uma vez que o interesse de agentes

às instituições financeiras, principais agentes da entidade privada afetada pelos controles impostos pelas leis de prevenção à lavagem de dinheiro e que, estas sim, correm um risco reputacional muito grande caso sejam publicamente associadas a determinadas condutas criminosas.²⁶⁸

Já quanto ao segundo argumento, qual seja, a desestabilização do câmbio e dos mercados de capitais, esta pode ser igualmente feita com a transferência de dinheiro “limpo”, não sendo contudo proibida nesse caso, o que inviabiliza essa linha de raciocínio em prol da criminalização.²⁶⁹ De fato, defensores deste raciocínio tendem a ignorar o fato de que o poder econômico concentrado na mão de poucos agentes oferece sempre este risco, independentemente da sua origem.

Entretanto, particularmente na América Latina, os Estados passaram a associar a ocorrência de condutas relacionadas à lavagem de dinheiro em suas economias à dificuldade para atraírem e manterem investimentos estrangeiros lícitos, cuja presença seria benéfica para o desenvolvimento dos países em questão, afirmando ser possível verificar verdadeira corrosão de seus mercados e sistemas econômicos em decorrência da circulação de capitais ilegítimos.²⁷⁰ A própria Convenção de Viena de 1988 já afirmava que a relação presente entre a criminalidade organizada e o tráfico de drogas constitui um fator determinante para o enfraquecimento das economias lícitas.²⁷¹ Isso importaria a conclusão por sua qualificação como um tipo penal destinado a proteger o bem jurídico supra-individual considerado em campo difuso²⁷² da ordem econômica como o tutelado.

Tendo em vista o fato de que, não raro, a injeção de capitais ilícitos na economia formal principia em países economicamente mais frágeis, uma vez que os agentes contam com o fato de que, ali, não encontrarão tantos obstáculos regulatórios e outros requisitos a preencher, não parece inteiramente claro se a instabilidade econômica

de lavagem de dinheiro não está tanto voltado para lucros e sim para o alcance da completa dissimulação da origem do dinheiro investido. Ademais, a análise dos grandes casos de lavagem de dinheiro envolvendo bancos, nos quais tais instituições tornaram-se insolventes ou faliram, permite verificar que tal consequência se deveu a outras fraudes realizadas, e não à lavagem de dinheiro. Cf. ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 36, 270. Ver também VOGT, Sabine. op. cit., p. 9.

²⁶⁸ Nesse sentido, por exemplo, GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 134-135.

²⁶⁹ ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 32 e 40.

²⁷⁰ Nesse sentido, v. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. op. cit., p. 80-83.

²⁷¹ Decreto nº 154/1991, Preâmbulo.

²⁷² Ressalte-se que, de acordo com R. de M. J. SILVEIRA: “interesses difusos dizem respeito a uma valoração de pessoas e valores genéricos, pessoas e interesses em massa, conflitando entre si. Esses interesses difusos propriamente ditos têm seu vínculo entre pessoas e os fatos conjunturais genéricos. Têm a característica, ainda, de pautarem-se em dados de fato acidentais e mutáveis, pois se referem, no geral, à qualidade de vida.” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, cit., p. 61).

de tais países decorre da lavagem de dinheiro em suas economias ou se é justamente essa instabilidade que atrai os investimentos ilícitos, afastando os demais. Genericamente, os fluxos de capitais envolvidos na lavagem de dinheiro contrariam as leis econômicas, dado que buscam deixar países com políticas econômicas sólidas (e controles rigorosos) para se refugiarem em regiões com políticas econômicas frágeis e taxas de retorno de investimentos mais baixas do que as que poderiam ser obtidas em economias tidas como sólidas.²⁷³

Some-se a isso que, conforme já assinalado, a determinação dos volumes de capitais necessários para gerar a desestabilização de inteiras ordens econômicas é problemática e o argumento resulta ainda mais enfraquecido quando se considera que a conduta também pode ser praticada sem que haja o envolvimento de instituições financeiras em qualquer de suas etapas.²⁷⁴ Além disso, há crimes extremamente graves entre os antecedentes, cujos lucros são demasiado pequenos para que se possa atribuir qualquer efeito sobre dada ordem econômica como consequência de sua ocultação ou infiltração na economia lícita.²⁷⁵ Essa constatação, por sua vez, ainda que indiretamente, leva parcela da doutrina a equiparar essa modalidade de proteção da ordem econômica a uma verdadeira defesa do Estado, afirmando que os crimes tidos como antecedentes à lavagem de dinheiro podem gerar ingerências tão profundas na ordem política que, no limite, poderiam levar a instabilidades de governos.²⁷⁶

Finalmente, também em relação à aceitação desse bem jurídico como o protegido pela lavagem de dinheiro coloca-se o problema enfrentado pela doutrina que lida com o direito penal econômico em geral: o bem jurídico ordem econômica simplesmente é excessivamente vago e abstrato, englobando todos os órgãos públicos, instituições (públicas e privadas) e atividades desenvolvidas no âmbito econômico.²⁷⁷ Caso pudesse ser reconhecido esse conceito como um bem jurídico-penal, no limite, qualquer

²⁷³ BRANDÃO, Nuno. op. cit., p. 20-21; ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 31.

²⁷⁴ HOMBRECHER, Lars. *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafverteidiger? – Eine Untersuchung zur Anwendung des § 261 StGB auf das Honorar des Strafverteidigers*. Aachen: Shaker, 2001. p. 119; ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 33.

²⁷⁵ Nesse sentido, ver BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 195-196.

²⁷⁶ Conforme, por exemplo, T. I. ODON, a “‘defesa de uma economia saudável’ não deixa de ser uma ‘defesa da sociedade civil’, credora do Estado, e, assim, ‘defesa do governo’, ‘defesa da política’. Em última instância, se estamos falando de condutas criminosas que lidam com a moeda, não existe diferença prática entre ‘defesa da economia’ e ‘defesa do Estado’.” (ODON, Tiago Ivo. op. cit., p. 336).

²⁷⁷ DIONYSOPOULOU, Athanassia. op. cit., p. 16; PODVAL, Roberto. op. cit., p. 214-215; GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 138. Destaca-se a opinião de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. op. cit., p. 84, para quem “el orden socioeconómico carece de la concrección necesaria para ser considerado como bien jurídico, pues más bien es una categoría que se articula en distintos intereses”.

conduta tida como indesejada desenvolvida nesse âmbito social poderia ser tipificada penalmente com o objetivo de protegê-lo. Um tal raio de proteção atribuído a uma norma jurídico-penal não pode ser aceito sob pena de se afrontarem diversos princípios clássicos do direito penal.

3.4. Direito penal simbólico e pluralidade ofensiva

Em vista do anteriormente exposto e diante da patente ineficácia da tipificação penal da lavagem de dinheiro, torna-se necessário considerar a possibilidade de que a criminalização ora examinada constitua apenas mais um exemplo do direito penal simbólico.²⁷⁸ Este, tido, pelo menos em parte, como uma evolução em resposta ao crescente clamor popular por mais segurança na realidade posta pelas chamadas sociedades de risco,²⁷⁹ é definido por WINFRIED HASSEMER como caracterizado pela irrefletida extensão de seu âmbito de proteção, traduzida na assunção de tarefas que não pode realizar. Assim, o direito penal superestima sua capacidade para dirigir as condutas que visa e, paralelamente, deixa de enfrentar os decorrentes problemas de sua (in)eficácia, o que resulta num maciço déficit executório e na imposição restrita e seletiva das suas normas. Apesar disso, a edição de normas penais simbólicas gera um ganho político para o legislador, que é visto pela população como presente e capaz de reagir com agilidade em face de novos problemas.²⁸⁰

A partir dessa definição, verifica-se que, especificamente quanto à proteção de bens jurídicos, o direito penal simbólico caracteriza-se por assumir a proteção de tudo o que lhe é proposto pelos sistemas político e social, sem perquirir sobre a sua

²⁷⁸Essa preocupação é evidenciada na doutrina alemã por PRITTWITZ, Cornelius. Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung – oder: Zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik. *Strafverteidiger*, ano 13, v. 9, p. 498-502, 1993. Ver também HASSEMER, Winfried. Das Symbolische am symbolischen Strafrecht. In: SCHÜNEMANN, B. et al (Eds.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001. p. 1002. A literatura anglo-saxã também identifica esse movimento, ali denominado de “public interest”, e igualmente rejeita esse motivo como legitimatário para a tipificação penal. Ver LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 69.

²⁷⁹Ver LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 14. Esse autor enfatiza seu argumento descrevendo a legislação penal simbólica como aquela que serve meramente para demonstrar a capacidade do Estado de intervir contra quaisquer distúrbios na sociedade.

²⁸⁰HASSEMER, Winfried. Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, cit., p. 1004-1006 e 1016-1017. Semelhantemente, ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, cit., p. 25.

capacidade para cumprir as obrigações de controle social assumidas.²⁸¹ Trata-se apenas de encenar uma aparência de proteção a bens jurídicos em geral criados como *novum*, o que é feito através da promulgação de normas penais criminalizadoras ou da ampliação das condutas típicas ou do agravamento das penas já previstas.

Com o objetivo de enfrentar todos os problemas complexos da sociedade contemporânea, portanto, o direito penal simbólico acaba por dedicar-se preponderantemente à formulação vaga e imprecisa de tipos penais de perigo abstrato, antecipando cada vez mais a proteção de bens jurídicos supra-individuais, o que dilui os parâmetros da conduta criminalizada e praticamente impede a crítica de inexistência de um bem jurídico protegido pelas suas normas. Ademais, na ausência de vítimas ou com vítimas não identificáveis, o injusto penal de tais crimes torna-se praticamente imperceptível em decorrência de sua invisibilidade.²⁸²

Esse movimento não só retira legitimidade do direito penal como um todo – uma vez que, em geral, são ignorados os princípios e garantias classicamente estabelecidos – como se omite em resolver de fato os problemas sociais postos pela realidade contemporânea.²⁸³ Além disso, é frequente que as inovações e alterações legislativas se deem em sentidos incoerentes e por vezes contraditórios, o que acarreta crescente corrosão da política criminal estabelecida, a qual se torna cada vez mais obscura. Como reação natural à resultante ineficácia das normas, por sua vez, a população deixa de confiar na justiça penal com o passar do tempo – tanto quando na posição de vítimas quanto na de possíveis agentes – o que resulta na total perda de eficácia do sistema.

Portanto, admitir como possíveis bens jurídicos da lavagem de dinheiro conceitos tão imprecisos como a administração da justiça ou a ordem econômica (ou até mesmo ambos, numa formação pluriofensiva), ou afirmar que a sua criminalização intensifica a prevenção geral exercida pelos demais tipos penais previstos nas diversas legislações nacionais,²⁸⁴ significaria aceitar e abraçar abertamente a função

²⁸¹HASSEMER, Winfried. Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, cit., p. 1002-1004.

²⁸²Nesse sentido, ver HASSEMER, Winfried. Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, cit., p. 1007-1008.

²⁸³Nesse sentido, ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*, cit., p. 170; HASSEMER, Winfried. Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, cit., p. 1008-1009.

²⁸⁴Nesse contexto, por exemplo, C. BURR, que afirma não possuir a lavagem de dinheiro um bem jurídico próprio, servindo exclusivamente à intensificação da proteção dos bens jurídicos dos demais tipos penais. Cf. BURR, Christian. op. cit., p. 27.

quase integralmente simbólica das leis de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, pelo menos, no que toca os seus dispositivos penais.

Nesse contexto, merece destaque parcela crescente da doutrina que, afirmando ser impossível identificar um único bem jurídico sob a proteção da norma penal em questão, e possivelmente com o fim de especificar o âmbito de proteção da norma numa infeliz tentativa de escapar ao direito penal simbólico, recorre à afirmação de que haveria uma pluralidade ofensiva na lavagem de dinheiro.²⁸⁵ Essa conduta seria, portanto, apta a ferir vários interesses, individuais e coletivos, sempre que realizada e conforme os bens jurídicos conferidos à sua proteção. LUIS MANUEL LOMBARDEO EXPÓSITO afirma estarem protegidos pela tipificação da lavagem de dinheiro os seguintes bens jurídicos: a administração da justiça, a ordem socioeconômica e o bem jurídico protegido pelo tipo penal correspondente ao crime antecedente.²⁸⁶ Diversas outras combinações de bens jurídicos são propostas como objeto de tutela da lavagem de dinheiro, por exemplo: o patrimônio, a administração pública e a ordem econômica,²⁸⁷ a administração da justiça e a ordem econômica,²⁸⁸ a administração da justiça e os bens jurídicos protegidos pelos crimes antecedentes,²⁸⁹ entre outros.²⁹⁰

Tal esforço doutrinário, contudo, resulta inócuo, uma vez que, na medida em que não só são atribuídos vários bens jurídicos ao tipo penal, também se verifica, entre eles, bens jurídicos supra-individuais e extremamente vagos. Conforme anteriormente explicitado, a conclusão à qual se chega também aqui é igual àquela já verificada durante a análise dos possíveis bens jurídicos administração da justiça e ordem econômica.

²⁸⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. op. cit., p. 90; L. M. LOMBARDEO EXPÓSITO afirma tratar-se já da opinião majoritária na doutrina, destacando os seguintes representantes da doutrina espanhola: Abel Souto, Álvarez-Sala Walter, Calderón Cerezo, Del Carpio Delgado, Fabián Caparrós e Vidales Rodríguez (LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel. op. cit., p. 154); ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. op. cit., p. 336.

²⁸⁶ LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel. op. cit., p. 149-154.

²⁸⁷ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 322.

²⁸⁸ Atribui-se a Vidales Rodríguez a afirmação no sentido de que a lavagem de capitais seria um delito “pluriofensivo, por lesionar simultaneamente diversos bens jurídicos, dentre eles a administração da justiça, a transparência do sistema financeiro, a legitimidade da atividade econômica, bem como a incolumidade pública”. (Cf. PODVAL, Roberto. op. cit., p. 212. Cf. também COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. op. cit., p. 93; Cf. ainda ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. op. cit., p. 91).

²⁸⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. op. cit., p. 116 e 120-122.

²⁹⁰ Uma discussão doutrinária detalhada de várias propostas é oferecida por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. op. cit., p. 89-94. Entre as combinações de bens jurídicos que esse autor analisa, estão: a ordem socioeconômica e a administração da justiça (p. 90-91), a ordem socioeconômica e a estabilidade democrática (p. 92), a ordem socioeconômica e o bem jurídico do crime antecedente (p. 93), a administração da justiça e o bem jurídico do crime antecedente (p. 93-94).

Essa forte conotação simbólica da criminalização da lavagem de dinheiro é particularmente preocupante,²⁹¹ se não necessariamente pelos efeitos da conduta sem si, ainda pouco conhecidos em função de sua invisibilidade, então pela possibilidade muito real da ocorrência do reflexo direto desse simbolismo negativo em relação aos delitos prévios, que, destaque-se, são aqueles tidos como particularmente graves e em relação aos quais os Estados praticamente declararam, abertamente, serem incapazes de exercer o controle imediato previsto nas tipificações correspondentes.

3.5. Bem jurídico – proteção de valores ou de funções: as propostas anglo-saxãs

Diante das dificuldades encontradas na determinação do bem jurídico protegido pela tipificação penal de diversas condutas do chamado direito penal moderno, a doutrina europeia continental passou a procurar por teorias e conceitos desenvolvidos em outros sistemas jurídicos que talvez permitissem complementar a teoria do bem jurídico.²⁹² Assim, em vista do caráter internacional de muitas destas recentes criminalizações, iniciou-se na Alemanha um movimento doutrinário para a compreensão da forma pela qual Estados de tradições jurídico-penais diversas da continental europeia lidam com a justificação da criação de tais delitos.

Nesse contexto, constatou-se que nos países de tradição anglo-saxã não existe um conceito comparável ao do bem jurídico, apesar do fato de a teoria do “harm principle”, tal como originalmente proposta por JOHN STUART MILL, apresentar diversas características que a aproximam do conceito tradicional de bem jurídico, tanto no que toca aos seus fundamentos quanto no que diz respeito às conclusões que alcança.²⁹³ De fato, o idioma inglês sequer oferece uma expressão que traduza a idéia tradicional do

²⁹¹Conforme destaca, na doutrina americana, B. Ryder, ao identificar a existência de uma onda criminalizante que pode ser denominada de “crusade against money laundering”. Ver RYDER, Barry. op. cit., p. 681.

Semelhantemente, J. A. F. GODINHO formula sua crítica afirmando: “A decisão de criminalização do branqueamento de capitais parece, tal como outras decisões no âmbito do combate à droga, ter sido tomada num contexto argumentativo que não pode fugir à suspeita de demagogia.” (Cf. GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 156).

²⁹²SEHER, Gerhard. op. cit., p. 39; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, cit., p. 50; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 286-287.

²⁹³LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 2; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 289-292. Esta autora, contudo, restringe a semelhança ao âmbito do direito penal nuclear clássico (p. 291).

“Rechtsgut”.²⁹⁴ Fundamental no discurso atinente à legitimação de normas penais é a sua referência a princípios desenvolvidos como pressupostos para justificá-las.²⁹⁵ Dentre estes, o mais incontroverso e, portanto, central, é denominado “harm principle”, originalmente proposto por JOHN STUART MILL em 1859.²⁹⁶ Esta proposta foi posteriormente aprofundada por JOEL FEINBERG na década de 1980, a partir de cuja teoria se passou a distinguir dois motivos legítimos para a criminalização de condutas: “harm to others” e “offence to others”; e dois motivos tidos como ilegítimos, que não poderiam ser invocados pelo Estado para a criação de tipos penais: “legal paternalism” e “legal moralism”.²⁹⁷

Em simplificada síntese pode-se afirmar que, enquanto no caso do “harm principle” original ou da idéia de “harm to others” (ou “princípio de dano a terceiros”) é necessário que se verifique a ocorrência de uma lesão ou dano injusto (doloso ou culposos) a um interesse válido de terceiro²⁹⁸ em decorrência da conduta do agente, quando se trata de uma situação classificada como “offence to others” (ou “ofensa a terceiros”), verifica-se justamente uma ausência de resultado lesivo concreto. Em seu lugar, identifica-se um distúrbio ou aborrecimento momentâneo (isto é, sem consequências duradouras ou permanentes), o qual, no entanto, deve ser suficientemente intenso e comum às pessoas de uma sociedade que se vissem expostas à sua causa, assim como realizado de um modo e sob circunstâncias tais que impossibilitem escapar dessa exposição.²⁹⁹ Ambos, de todo modo, implicam na ocorrência de consequências negativas para terceiros (não se

²⁹⁴HIRSCH, Andrew von. Der Rechtsgutsbegriff und das ‘Harm Principle’. In: HEFENDEHL, R.; HIRSCH, A. von; WOHLERS, W. (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie: legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 13; KAHLO, Michael. Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht. In: HEFENDEHL, R.; HIRSCH, A. von; WOHLERS, W. (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie: legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 32; SEHER, Gerhard. op. cit., p. 45.

²⁹⁵SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, dcit., p. 50.

²⁹⁶MILL, John Stuart. *On liberty*. 15. Tir. Harmondsworth: Penguin, 1987, *verbis*: “The maxims are, first, that the individual is not accountable to society for his actions in so far as these concern the interests of no person but himself. (...) Secondly, that for such actions as are prejudicial to the interests of others, the individual is accountable and may be subjected either to social or to legal punishment if society is of the opinion that the one or other is requisite for its protection.” (p. 163).

²⁹⁷Cf. HIRSCH, Andrew von. op. cit., p. 14.

²⁹⁸referência ao interesse de terceiros não exclui, de acordo com a teoria desenvolvida por Joel Feinberg, a eventual necessidade de se proibir a criação de um risco da ocorrência de uma lesão futura. Uma tal proibição, contudo, sempre deveria ater-se à probabilidade e à gravidade do eventual dano futuro. Além disso, apesar de sua formulação individualista, também permite legitimar a criminalização de condutas lesivas a coletividades, desde que possa ser relacionada à proteção de interesses individuais das pessoas integrantes destas. Cf. HIRSCH, Andrew von. op. cit., p. 15 e 19.

²⁹⁹O aborrecimento pode relacionar-se aos sentidos (por exemplo, mau cheiro ou barulho), ao sistema nervoso autônomo (por exemplo, nojo), sensibilidades (por exemplo, religiosas) ou à tranquilidade ou paz interior (por exemplo, por atemorização ou humilhação). Ver SEHER, Gerhard. op. cit., p. 46-47, 49-50; Ver também HIRSCH, Andrew von. op. cit., p. 14-15, 18, 22; KAHLO, Michael. op. cit., p. 31; LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 63.

dirigindo, portanto, a condutas prejudiciais ao próprio agente). O “legal moralism” (ou “moralismo jurídico”), a seu turno, abrange todas as condutas que não acarretam consequências, mas que possuem um desvalor intrínseco, ao passo que o “legal paternalism” (ou “paternalismo jurídico”) objetiva evitar consequências negativas para o próprio agente.³⁰⁰

O grande valor dos princípios anteriormente mencionados decorre do fato de que, tomados em conjunto, formam uma trama legitimatória (“Legitimationsraster”)³⁰¹ que alcança todas as normas penais num patamar comum, e cujo ponto de partida constitui o fato de que qualquer conduta apenas poderá ser considerada digna de pena desde que traduza um injusto. Este, por sua vez, pode-se relacionar às consequências da conduta ou situar-se na conduta em si, ou mesmo na atitude do agente em relação ao seu comportamento. Contudo, deve ser destacado que todos esses princípios apenas são vistos como justa causa (“good reasons”) para uma norma penal – não oferecem condições necessárias nem obrigam a uma criminalização,³⁰² pois sempre pode haver também uma justa causa para que seja tida como desnecessária,³⁰³ e nem se excluem reciprocamente.

Portanto, a trama de princípios anglo-saxões reflete toda a gama de motivos que pode levar a uma criminalização ou justificar uma já existente; diferentemente, a teoria do bem jurídico tem como função primordial estabelecer se uma tipificação penal existente é legítima ou não. Esta é, certamente, uma diferença fundamental em relação ao debate em torno da teoria do bem jurídico. De acordo com esta, identificado um bem jurídico carente de tutela penal, este obrigatoriamente deve ser protegido por uma norma criminal, o que, cada vez mais, gerou uma sobrecarga para o conceito.³⁰⁴

Assim, de acordo com a teoria do “harm principle”, a legitimação de normas penais sempre é realizada no âmbito dessa trama de princípios e tendo como parâmetro os princípios em si.³⁰⁵ Por essa razão, a discussão da questão passa a girar em

³⁰⁰SEHER, Gerhard. op. cit., p. 45-46; LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 70; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 287.

³⁰¹SEHER, Gerhard. op. cit., p. 45.

³⁰²LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 52.

³⁰³ Por exemplo, em decorrência da adoção de determinada política criminal ou pela proibição de excesso.

³⁰⁴GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 148; LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 73; SEHER, Gerhard. op. cit., p. 54.

³⁰⁵SEHER, Gerhard. op. cit., p. 46.

torno da adequação da norma ao princípio e dos motivos que fundamentam este, o que permite identificar diversos motivos legítimos para a criminalização de uma conduta, mas não oferece um instrumento claramente limitador do alcance do direito penal.³⁰⁶ Para se chegar à conclusão de que determinada criminalização é legítima com base na trama derivada do “harm principle”, torna-se necessário identificar se o conteúdo do princípio tido como justa causa é legítimo, ou seja, se pode, de fato, ser tido como uma justa causa para a tipificação penal da conduta em questão. Coloca-se, portanto, a questão se a discussão que isso ensejaria poderia gerar uma precisão científica mais rica do que o exclusivo emprego do conceito do bem jurídico, que acaba por ser utilizado, não raro, como limite à discussão e análise das dificuldades encontradas na tipificação penal de uma conduta.

Quanto à definição do “interesse” aqui mencionado, encontram-se algumas propostas na doutrina. Ainda assim, a explicação mais clara permanece sendo a de JOEL FEINBERG, segundo o qual consiste em escolhas voluntárias de uma pessoa, respectivamente, atadas a uma teia de interesses individualmente criada, e no âmbito da qual se sustentam e complementam, assegurando os pressupostos fundamentais para a vida e possibilitando a realização de objetivos de vida mais elevados. Esse enraizamento da definição na escolha do indivíduo permite estabelecer uma importante barreira a eventuais arbítrios do legislador: nenhuma norma pode contrariar o que realmente é desejado pelas pessoas. Ademais, tendo em vista a composição da realidade por conflitos entre esses interesses, faz-se necessária uma hierarquização deles, comparável à hierarquização entre os bens jurídicos definidos na doutrina continental europeia.³⁰⁷

Apesar dos distintos pontos de partida e enfoques, parcela da doutrina afirma que os princípios anglo-saxões decorrentes do “harm principle” e a teoria do bem jurídico podem ser vistos como próximos, exercendo a mesma função de imposição de limites à criação legítima de novos tipos penais.³⁰⁸ A aplicação conjunta dos quatro princípios mencionados, e da teoria do bem jurídico, por sua vez, renderia frutos para ambas as linhas teóricas. Em sentido contrário, contudo, pode-se identificar no pragmatismo característico da análise principiológica a possibilidade de ampliação

³⁰⁶ LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 52-53.

³⁰⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to others: the moral limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1984. v. 1, p. 34, 37-38, 61-62. SEHER, Gerhard. op. cit., p. 47.

³⁰⁸ HIRSCH, Andrew von. op. cit., p. 17.

desmesurada do direito penal, de acordo com o ideário político ou conjuntural com maior expressão política em dado momento histórico.³⁰⁹

Ainda assim, no que tange ao chamado núcleo duro do direito penal clássico, o “harm principle” parece constituir um fundamento legitimatório para a sua tipificação equiparável ao conceito do bem jurídico, sendo que, mesmo nesse âmbito, já se nota a complementaridade de ambas as teorias – trata-se, essencialmente, de proibir da maneira mais contundente possível condutas lesivas a interesses de terceiros considerados particularmente valiosos.³¹⁰ Para além de referido núcleo, podem ser identificadas várias condutas cuja incriminação – ao menos, aparentemente – só se justifica de modo claro a partir do “harm principle”, apesar de não se enquadrarem automaticamente na estrutura da lesão de interesses. Dentre elas, a doutrina destaca, sobretudo, os crimes de perigo abstrato e de mera conduta.³¹¹

Quanto ao aborrecimento a terceiros, este pode ser identificado em diversas tipificações penais, caracterizando-se por sua natureza grave e inevitável para os terceiros afetados.³¹²

O paternalismo normativo, por sua vez, pode ser identificado em todas as normas que visam proteger o indivíduo contra comportamentos autolesivos.³¹³ Tal noção parece contradizer abertamente a teoria liberal do direito penal e, até mesmo, os direitos fundamentais de autodeterminação e respeito à dignidade humana. Contudo, essa vertente pode ser identificada em diversas normas – penais e de outros ramos do direito.³¹⁴

³⁰⁹ Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 292.

³¹⁰ FEINBERG, Joel. op. cit., p. 26.

³¹¹ No direito penal brasileiro, pode-se mencionar como exemplos a fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro (Art. 171, V, do Código Penal), caso em que, uma vez praticada a ação autolesiva, o agente vê-se praticamente obrigado a realizar a conduta lesiva para terceiros, de apresentação do sinistro, para não ensejar suspeitas; e os crimes de poluição (Art. 54, Lei nº 9.605/1998), onde, apesar da ausência de uma lesão direta, é possível afirmar que a alteração ambiental causada resultará em prejuízo para o ser humano com grande probabilidade. Ver também SEHER, Gerhard. op. cit., p. 48.

³¹² FEINBERG, Joel. op. cit., p. 26. Destacam-se como exemplos os seguintes delitos: ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo (Art. 208 do Código Penal) e impedimento ou perturbação de cerimônia funerária (Art. 209 do Código Penal) – ambos sem emprego de violência, pois, do contrário, verifica-se a lesão, ainda que eventualmente em relação à integridade física das pessoas presentes ou ao patrimônio, por exemplo. Vozes críticas a esse princípio afirmam que é frágil devido às mudanças históricas dos valores sociais. Isto é, muito do que no passado se enquadraria nele hoje não mais encontra guarida, bem como várias condutas hoje criminalizadas com sustentação nele, no futuro, poderão ser tidas como aceitáveis. Cf. LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 64-65.

³¹³ FEINBERG, Joel. op. cit., p. 26-27.

³¹⁴ Por exemplo, as normas administrativas atinentes ao uso de cinto de segurança em veículos ou capacete em motocicletas (Arts. 167 e 244, da Lei nº 9.503, de 23.09.1997), bem como o crime de condução de veículo em condição alcoolizada (Art. 306, da Lei nº 9.503, de 23.09.1997) ou de porte de drogas (Art. 28, da Lei nº 11.343/2006).

Finalmente, o moralismo normativo apresenta-se como um conceito tradicionalmente repellido na doutrina. Assim, movimentos legislativos moralizantes, há tempos, são vistos como ilegítimos. Contudo, o conceito merece ser retomado na atualidade, tendo em vista que diversas tipificações penais modernas – em âmbitos apenas recentemente alcançados pelo direito penal – voltam-se a condutas nas quais não se verificam vítimas e que são fortemente marcadas pela sua referência a valores morais, seja buscando a proteção moral do agente, seja de terceiros, ou até mesmo considerados em abstrato.³¹⁵ A relação entre tais tipificações e bens jurídicos apenas pode ser construída por meio de penoso esforço argumentativo, o que ocorre, por exemplo, na tipificação penal de maus tratos a animais.³¹⁶

Em sentido amplo, “moralismo normativo” significa a proteção jurídica de valores. Em si, isso não contradiz o direito numa sociedade democrática, uma vez que este, fundamentalmente, pode ser descrito como uma normatização de um recorte dos valores sociais. Por isso, também é incorreto contrapor categoricamente o liberalismo ao moralismo sob a afirmação de que o liberalismo protege pessoas contra lesões, ao passo que o moralismo pretende proteger valores. De fato, o liberalismo também objetiva proteger valores (por exemplo, a liberdade individual). A questão que se coloca, portanto, não é *se* valores são protegidos, mas sim *quais* os valores protegidos.³¹⁷

A especificidade das normas moralistas consiste na ausência de uma relação autor-vítima. Não se trata de punir devido à causação de lesões, mas sim de proteger valores comportamentais (“Verhaltenswerte”) em si. De acordo com GERHARD SEHER, podem ser identificadas diversas vertentes do moralismo:³¹⁸

- i.o moralismo rigoroso objetiva a proteção de uma ordem moral (religiosa ou tradicional) tida como a correta e cujo desrespeito é visto como um malefício inerentemente imoral;³¹⁹
- ii. o chamado conservadorismo moral (“moralischer Konservatismus”) objetiva abertamente a preservação de determinados valores tradicionais culturais, sem, contudo, tê-los como os únicos corretos do ponto de vista moral;

³¹⁵Cf. FEINBERG, Joel. op. cit., p. 27.

³¹⁶Artigo 32, da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (doravante Lei nº 9.605/1998).

³¹⁷Cf. SEHER, Gerhard. op. cit., p. 52-53.

³¹⁸Id. Ibid., p. 53-54.

³¹⁹FEINBERG, Joel. op. cit., p. 27.

iii.o chamado perfeccionismo promove a proteção penal de valores com vistas ao desenvolvimento ético e moral dos cidadãos ou de um segmento específico da sociedade (“sittliche Entwicklung” ou “improvement of character”),³²⁰

iv.a versão decorrente do chamado princípio de exploração (“Ausnützungsprinzip”), que alberga a proibição de aferimento de ganhos imorais, é tida como apoiada na ideia de que ninguém deve ser beneficiado em decorrência de uma situação de necessidade pessoal de terceiros ou de uma fragilidade do sistema social.³²¹

Enquanto as duas primeiras modalidades descritas encontram-se quase extintas na maior parte dos sistemas de direito penal que seguem a tradição continental europeia, a terceira pode ser vislumbrada, por exemplo, nas discussões em torno da possibilidade de proibição de jogos de computadores tidos como excessivamente violentos, ao passo que a última encontra-se refletida nitidamente em algumas criminalizações modernas, tal qual, por exemplo, na tipificação do delito de uso indevido de informação privilegiada (Artigo 27-D, da Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976).

As quatro vertentes detalhadas podem ser tidas, ademais, em duas modalidades: a forma pura, na qual distinguem-se claramente do “harm principle” porque protegem exclusivamente os valores em si mesmos, e a forma mista, na qual os valores são protegidos para evitar a ocorrência de possíveis lesões ou aborrecimentos decorrentes do desrespeito a tais valores. Nesta última variante, de fato, trata-se de uma antecipação da tutela do ponto de vista dos princípios de “harm to others” e de “offence to others”. Esse aspecto é particularmente importante para algumas tipificações penais tidas como modernas, entre as quais a doutrina destaca delitos ambientais de poluição, relacionando condutas que colocam em perigo a saúde humana e a mortandade de animais, assim como danos à flora.³²² Esse tipo penal seria misto no que tange aos possíveis efeitos deletérios

³²⁰FEINBERG, Joel. op. cit., p. 27.

³²¹SEHER, Gerhard. op. cit., p. 54.

³²²Artigo 54, da Lei nº 9.605/1998.

para a saúde humana, mas puramente moralista em relação aos valores atinentes aos animais e à flora.³²³

O que pode ser inferido do exame precedente é que os princípios anglo-saxões permitem uma legitimação crítica do direito penal, fundada no pressuposto que se adote e nos princípios que, como consequência, serão vistos como aplicáveis ou não. A decisão quanto ao pressuposto adotado poderia ser tendencialmente filosófica – por exemplo, a adoção do liberalismo implicaria na rejeição de normas penais fundadas no paternalismo ou no moralismo – ou poderia basear-se, no caso de um Estado Democrático de Direito, na Constituição, buscando integrar os princípios aos fundamentos que buscam delimitar a atuação do legislador penal. No debate que se pode formar com base nos princípios anglo-saxões, portanto, identificam-se três questões centrais: (i) a aceitabilidade dos princípios em si; (ii) a determinação de um conteúdo plausível para os princípios aceitos; e (iii) a legitimação de normas penais específicas através de princípios aceitos e formulados em termos razoáveis.³²⁴

A partir dessa análise, GERHARD SEHER afirma ser possível inverter a lógica da legitimação de normas penais sem abandonar a idéia do bem jurídico: uma vez identificado “algo” que necessite de proteção jurídico-penal, deve-se comprovar tal necessidade com base nos princípios éticos e críticos formulados; preenchido este requisito, decorre logicamente que o “algo” protegido constitui um bem jurídico para fins jurídico-penais. O conceito do bem jurídico deixa, então, de ser o instrumento primário da legitimação das normas penais, sendo deduzido dos princípios, o que, de acordo com o referido autor, não lhe retira valor, mas permite que seja mais bem precisado. Bens jurídicos, nessa base, legitimamente passariam a poder ser quaisquer bens, interesses ou valores que tenham sido reconhecidos como necessitados de proteção penal a partir do debate principiológico. O status de bem jurídico eleva tais bens, interesses ou valores a um patamar especial, ao mesmo tempo em que mantém o seu conteúdo crítico por deitar raízes nos princípios aceitos.³²⁵

Esta inversão exige intensa dedicação à formulação dos princípios, com base nas três questões centrais acima referidas. Cria-se, contudo, uma abertura do direito penal com a introdução da possibilidade de legitimação de suas normas por meio de

³²³SEHER, Gerhard. op. cit., p. 54. O autor menciona o § 324a StGB (“Bodenverunreinigung”). No Brasil, este argumento se aplica ao Art. 54 da Lei nº 9.605/1998.

³²⁴Id. Ibid., p. 56.

³²⁵Id., loc. cit.

princípios cujo conteúdo precisa ser formulado. E isso não somente no momento da introdução de determinada nova norma penal, mas também ao longo da evolução da sociedade. Destaca-se, ademais, que a ausência de uma definição reconhecida dos princípios muitas vezes impede que exerçam a função de limitar o escopo do direito penal e, possivelmente, até promove a sua expansão.³²⁶ Nesse contexto, o conceito de “harm principle”, originalmente proposto por JOHN STUART MILL, não tinha como objetivo identificar se uma dada conduta deveria ou não ser criminalizada, mas sim, se a intervenção estatal em determinado caso pode ser tida como legítima.³²⁷

Voltando-se o foco para a criminalização da lavagem de dinheiro, a questão que se impõe a partir dos termos formulados por GERHARD SEHER é se é possível identificar “algo útil” que legitimamente – isto é, a partir de fundamentos principiológicos (uma nova trama) – necessite de proteção penal. Aparentemente, a conduta aqui analisada aproxima-se da quarta variante do moralismo penal, o que obriga a uma decisão sobre se esta é aceitável ou desejável na sociedade contemporânea.

Tal aproximação pode ser verificada no argumento anteriormente discutido de que, como a ordem econômica não distingue os valores nela introduzidos em função de sua origem, isso engendra uma situação de injustiça social, dado que as pessoas beneficiadas diretamente pelos investimentos alcançaram sua posição de vantagem econômico-social através de práticas lesivas à sociedade.

Diante dessa eventual possibilidade de legitimação da criminalização da conduta da lavagem de dinheiro, impõe-se considerar quais as vantagens e os riscos da aceitação de tal construto. De fato, se, por um lado, justifica a atual legislação, por outro, não logra resolver os problemas dela decorrentes. Assim, não evidencia de que maneira as penas aplicáveis à conduta incriminada se justificam em relação aos delitos prévios. E, quanto a estes, tampouco se afigura claro com base em que parâmetro são selecionados, isto é, por que alguns crimes gerariam a vantagem injusta e outros não. Ademais, o moralismo jurídico tampouco é capaz de resolver a problemática relacionada ao *bis in idem*, cuja superação é necessária caso se queira preservar legitimamente a tipificação penal da lavagem de dinheiro.

³²⁶BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 292; LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 57-58.

³²⁷LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 62-63.

Em vista desta análise, conclui-se que, ainda buscando apoio na teoria anglo-saxã, nada parece justificar a criminalização da lavagem de dinheiro. De fato, quanto mais entretidamente se analisa essa questão, menos aceitável parece a tipificação penal desta conduta, não se afigurando como admissível a perda do referencial do bem jurídico nesse delito, diante da necessidade de uma delimitação clara da intervenção do Estado na vida dos seus cidadãos.³²⁸

³²⁸ Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, cit., p. 54-55.

4. RESPONSABILIDADE PENAL NA LAVAGEM DE DINHEIRO

Uma decorrência do apuro existente na identificação dos contornos do tipo penal da lavagem de dinheiro reflete-se na dificuldade para estabelecer e delimitar a atribuição de responsabilidade penal por esta conduta. Entretanto, pouca atenção doutrinária foi até o momento despendida à questão da determinação das pessoas e atividades que podem, efetivamente, ser sujeitos ativos ou possibilitar o cometimento do crime de lavagem de dinheiro.

Para além da definição da autoria e participação regulares nesse delito, devido à criticável, embora já tradicional vinculação da lavagem de dinheiro com a criminalidade organizada – verificada tanto no âmbito internacional, nos preâmbulos de tratados e nas publicações do GAFI, quanto nos nacionais, entre as justificativas apresentadas para a criminalização dessa conduta nos mais diversos países – é necessário verificar se há um método que permita distinguir e avaliar o grau de responsabilidade de cada um dos indivíduos envolvidos no cometimento do fato típico, inclusive quando realizado no âmbito de uma tal estrutura organizada.

Tradicionalmente, a atribuição de responsabilidade por uma conduta no direito penal liberal baseia-se na possibilidade de imputar a causação de um dano a uma pessoa culpável, isto é, na demonstração de que o Agente A, dolosamente, causou o dano D à vítima V (ou culposamente, nas leis que o preveem expressamente). Posteriormente, passou-se a reconhecer como bastante a prova de que A, conscientemente, assumiu o risco de causar o dano D a V. Também aceita-se como suficiente para a responsabilização penal, na atualidade, que o dano D (ou o risco de sua ocorrência) seja incrementado pela conduta de A com relação a alguns delitos. No caso do crime de lavagem de dinheiro, por sua vez, verifica-se um distanciamento crescente entre o (suposto) dano causado pelo autor e a sua culpabilidade em relação a esse dano.³²⁹ Isso encontra-se refletido, por exemplo, em recentes desenvolvimentos das leis que regem a matéria, as quais ampliaram a responsabilidade criminal e as possibilidades de participação delitiva de modo a alcançar até mesmo intermediários, por cujas mãos o dinheiro passou em qualquer momento do processo de lavagem de dinheiro.

³²⁹ ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 25.

Para a imputação da responsabilidade penal é necessário demonstrar uma relação entre o agente e o resultado ilícito, isto é, somente se a “lavagem” foi causada pelo agente (ou se o risco de sua ocorrência foi por ele assumido ou incrementado) e pode ser imputada objetivamente a uma atuação sua, é possível tê-lo como culpado pelo delito. Isso torna necessário distinguir as situações em que o agente apenas causou um risco permitido de ocorrência da lavagem de dinheiro, por exemplo, através da realização de investimentos de acordo com todas as normas financeiras e bancárias aplicáveis, quando não poderá ser punido, pois suas ações se deram dentro dos limites do risco inerente e até mesmo típico de tal atividade.³³⁰ Nesse âmbito, contudo, coloca-se o problema atinente à questão do limite entre ações neutras e social ou profissionalmente adequadas bem como o concurso de agentes no delito.

Se o agente da lavagem de dinheiro deve ser punido não tanto pelo fato de negociar com produtos do crime antecedente, ou pela lesão concreta que ele causa à ordem econômica ou política, mas por aumentar o risco da ocorrência de uma grave lesão a tais setores da vida social (assumindo-se aqui para os fins desta análise os dois bens jurídicos mais frequentemente defendidos pela doutrina), então faz-se necessário quantificar nitidamente em que medida a sua atuação contribui para esse risco. Se uma pessoa é acusada do crime de lavagem de dinheiro e resta demonstrado que o dinheiro transacionado, apesar de sujo, equivale a um montante negligenciável em comparação com o volume total lavado por ano na jurisdição em questão, e ainda que se reconheça a lógica da teoria dos delitos cumulativos,³³¹ seria necessário demonstrar claramente de que modo a sua atuação específica incrementou o risco da ocorrência do resultado dramático projetado,

³³⁰Cf. LAUTERWEIN, Carl Constantin. op. cit., p. 36-37. (“(...) the offence of negligent arson as an example. This offence is generally considered to be an offence of abstract endangerment with the protected *Rechtsgut* being the life and limb of the dwellers. Accordingly, the offence does not require a concrete danger to the life and limb of people. However (...) it still requires the determination of causation and attribution – not with respect to the endangerment of the protected *Rechtsgüter*, but regarding the concrete object of action; in this case, the building, ship, hut or other premises which serves as a dwelling for human beings. Only if the catching of fire was caused and can be objectively attributed to an act of the accused can he or she be guilty of the offence. With respect to negligence, this leads to the result that in cases where a person only caused a permitted risk (for example, indoor welding in compliance with all regulations), which lead to a dwelling catching fire, he or she is not punishable for negligent arson because the fire cannot be attributed to the person’s actions since they were within the permitted risk.”

³³¹Conforme descreve A. E. L. S. BECHARA, os delitos cumulativos caracterizam-se por, considerados individualmente, não representarem um perigo importante para o bem jurídico em questão, mas, tidos (hipoteticamente) em conjunto, lograrem “efetiva ofensa ao bem jurídico” (p. 257). A autora conclui, contudo, contra uma possível legitimidade penal desse construto ideal, dado que implicaria na flexibilização de “institutos e princípios fundamentais, a começar pela função do direito penal da proteção de bens jurídicos” (p. 264). (Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 257, 262-265).

sobretudo, em vista da gravidade das penas previstas para tal conduta.³³² Nesse contexto, a ausência de uma nítida identificação quanto ao bem jurídico protegido introduz uma dificuldade adicional à análise, posto que sua determinação é necessária para uma adequada mensuração da gravidade da conduta e, conseqüentemente, à justa individualização de uma possível pena.

Tendo em vista o método negocial pelo qual se dá a lavagem de dinheiro e a dificuldade de conceituação enfrentada no tocante à criminalidade organizada, é imprescindível diferenciar claramente autores e cúmplices. Por sua vez, o envolvimento de terceiros na execução delitiva, bem como a criação de deveres de vigilância para diversos setores da sociedade, torna fundamental a percepção de como se justifica a responsabilidade dos chamados intermediários (ou “gate keepers”), entre os quais se incluem todas as pessoas obrigadas pelas leis de lavagem de dinheiro a controlar a idoneidade de seus clientes e denunciar operações suspeitas, por exemplo, agentes financeiros, comerciantes de determinados bens, representantes de entes estrangeiros e, em algumas jurisdições, até mesmo advogados e outros profissionais do direito.³³³

Nesse contexto, a regulamentação e o controle de tais atividades avançou a um tal passo que, na atualidade, verifica-se ampla discussão em torno da admissibilidade e legalidade de diversas ações cotidianas – as chamadas ações neutras. Criminologicamente, entretanto, é altamente problemático rotular como desviante a conduta daquele que, simplesmente, atuou dentro de seu mister profissional, razão pela qual a análise de tal discussão também se faz necessária para a delimitação da responsabilidade penal no âmbito da lavagem de dinheiro.

³³²Cf. ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 68-69.

³³³Ver amplo estudo sobre os riscos envolvidos para advogados e profissionais do direito em: MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES STRAFRECHT. *Gefährdung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Notaren und Wirtschaftsprüfern durch Geldwäsche – Forschungsprojekt im Auftrag der Bundesministerien der Justiz und des Innern – ENDBERICHT*. Freiburg i. Br., Okt. 2004. Disponível em: <http://www.wpk.de/pdf/wpk-bekaempfung_der_geldwaesche-gefaehrung.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2012.

4.1. Os objetivos da apuração da responsabilidade penal – definição de autor e partícipe

Na seara do estabelecimento da responsabilidade penal há que se distinguir entre diversos graus de envolvimento na ação delitiva. A participação de várias pessoas no cometimento de crimes é conhecida sob diversas modalidades, pelo menos, desde o direito romano, distinguindo-se então entre a cooperação, a sugestão e a assistência, a seu tempo sendo, como regra, todos os *socii* punidos igualmente, não se reconhecendo, historicamente, o auxílio pós-delitivo como espécie de cumplicidade.³³⁴ Apenas no século XVI iniciou-se a discussão em torno da possibilidade de se identificarem diversos graus de responsabilidade pessoal na realização do ilícito, tendo JULIO CLARO pugnado pela aplicação de penas diferenciadas, de acordo com a relevância do envolvimento individual na empreitada criminosa. O autor afirmava, genericamente, que aquele que apenas prestasse algum auxílio ao agente principal teria menor responsabilidade do que este, e sua pena deveria refletir a qualidade e os efeitos de sua atuação.³³⁵ Atribui-se ao mesmo praxista italiano a identificação de três momentos distintos nos quais poderia se dar a participação: *ante delictum*, *in ipso delictum*, *post delictum consummatum*, o que gerou o início do desenvolvimento de teorias que diferenciam a assistência prestada em função do momento em que ela se verificou em relação ao cometimento do delito principal, consolidando-se pouco a pouco a aplicação de penas menores nos casos em que o auxílio fosse prestado após a consecução do delito prévio.³³⁶

Nesse contexto, o chamado *crimen receptatorium* era definido como um *auxilium post delictum*,³³⁷ tendo permanecido subordinado à regulamentação da participação delitiva na legislação de vários países, inclusive o Brasil, até o século XX.³³⁸ Já no final do século XIX, contudo, ao mesmo tempo em que esse tratamento era

³³⁴Cf. MELLO, José Soares de. op. cit., p. 16-17.

³³⁵A pena deveria ser menor do que a do agente principal nos casos em que se estabelecesse que a importância do auxílio prestado para a realização do delito fora secundária e igual quando se verificasse que, sem ele, o crime não teria sido praticado, sobretudo quando houvesse acordo prévio para a sua realização. Cf. Id. Ibid., p. 37.

³³⁶Id. Ibid., p. 37-38.

³³⁷Tal categoria delitiva abrangia tanto a receptação quanto o favorecimento pessoal tais como atualmente definidos na legislação brasileira. Cf. Id. Ibid., p. 40.

³³⁸No Brasil, o Código Criminal do Império previa tal definição no Art. 6º; posteriormente, o Código Penal de 1890, Art. 21, definia como cúmplices os receptadores e aqueles que conscientemente abrigassem infratores. Semelhante regulamentação era encontrada no Código Penal da França (Art. 61) e no Código Penal espanhol de 1822 (Arts. 12 e 17). Cf. BATISTA, Nilo. op. cit., p. 5.

amplamente criticado na doutrina, diante da reconhecida impossibilidade física de cooperação num delito que já houvesse sido consumado, também se admitia o caráter acessório de tais condutas, que deveriam, portanto, não somente seguir o destino do delito prévio (por exemplo, caso este fosse considerado atípico) como também ser apenados de forma mais branda.³³⁹

A discussão em torno da autonomia dos crimes de receptação e de favorecimento real e pessoal, por sua vez, levou ao questionamento acerca da punibilidade das pessoas que participassem na execução do delito prévio também pelos atos posteriores (receptação e favorecimento) diante da perspectiva de que isso poderia engendrar uma dupla punição do cúmplice. Assim, JOSÉ SOARES DE MELLO afirmou que apenas seria possível decidir sobre a punição daquele que participasse do delito prévio como instigador (*ante delictum*) ou cúmplice (*in ipso delictum*) a partir de uma análise individual de cada caso concreto e tendo em vista as normas sobre a chamada concorrência legal e criminosa.³⁴⁰

Por seu turno, NILO BATISTA afirma que, em se tratando da receptação ou do favorecimento (real e pessoal), devem ser aplicadas as regras da participação delitiva, ao argumento de que, enquanto o crime antecedente não houver sido exaurido, as formas de participação prevalecem sobre os crimes de conexão. O autor destaca, contudo, que se, por um lado, não há unanimidade a esse respeito, sendo que parcela da doutrina toma como ponto de referência a consumação delitiva, é pacífico que qualquer acordo firmado quanto à prestação de assistência, ainda que posterior à consumação, implica na participação no crime antecedente, excluindo os crimes de conexão.³⁴¹

Apenas com a promulgação do Código Penal de 1940 as condutas de receptação e favorecimento real e pessoal deixaram de ser previstas legalmente como modalidades de participação delitiva, ao mesmo passo em que as normas atinentes a esta foram reformuladas com o objetivo declarado na Exposição de Motivos de eliminar do direito penal brasileiro “a ilógica e insuficiente ficção segundo a qual (...) o cúmplice acede à criminalidade do autor principal”.³⁴² Para tanto, o Art. 25 daquele diploma equiparava

³³⁹BATISTA, Nilo. op. cit., p. 6, 9-10.

³⁴⁰A primeira, orientada pelos princípios da subsidiariedade e da absorção, permite a determinação da norma aplicável ao caso concreto em que, com uma única ação, o agente infringiu várias, ou quando realizou um delito como meio para a consecução do crime efetivamente pretendido; a segunda, quando há pluralidade de ações e de condutas tipificadas. Cf. MELLO, José Soares de. op. cit., p. 136-140.

³⁴¹BATISTA, Nilo. op. cit., p. 160.

³⁴²Exposição de Motivos ao Código Penal de 1940, nº 22.

cúmplices e autores, adotando a clássica (e problemática) teoria causal de autoria, regra que apenas foi temperada com a reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, a partir da qual se impõe a consideração da culpabilidade dos participantes do delito na aplicação das penas (Art. 29 do Código Penal).

Muitos são os problemas identificados pela doutrina no texto legal atinente à participação delitiva, em cujos pormenores não se adentrará aqui. Basta indicar que, na atualidade, predomina o entendimento de que o Artigo 29 do Código Penal Brasileiro determina que qualquer pessoa que concorra dolosamente para a realização de um ilícito penal doloso (seja por uma das diversas formas de autoria, seja através de uma modalidade de participação) incidirá nas penas a ele cominadas, o que permite identificar uma equiparação da punição relativa às distintas formas de concurso. Ainda assim, tal nivelamento das penas cederá no momento de sua aplicação concreta, em respeito à culpabilidade verificada para cada uma das pessoas condenadas.³⁴³

O critério para a determinação da autoria delitiva tampouco é pacífico na doutrina. Assim como a teoria causal é insuficiente para a identificação da participação delitiva, também não basta para a da autoria. Sua adoção tradicional, fundada na aplicação literal da norma, resultou em crescente inchaço do conceito de autoria, em detrimento da participação delitiva. Por seu turno, a proposta fundamentada no elemento subjetivo – o agente deveria atuar com vontade de autor para ser considerado como tal – é de quase impossível verificação.

Portanto, será adotado, como linha reitora na análise que se segue, o conceito de domínio do fato (ou “Tatherrschaft”³⁴⁴), de acordo com o qual é autor (ou co-autor) do delito aquela pessoa que, ao longo de sua realização, conscientemente o determina, podendo interferir no modo de sua realização ou mesmo interromper o seu curso.³⁴⁵ A participação delitiva, por sua vez, pode ser definida como a livre e dolosa

³⁴³Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 315. As críticas postas pela doutrina a esta posição clássica e uma sua discussão minuciosa são oferecidas por N. BATISTA. Ver BATISTA, Nilo. op. cit., p. 40-45.

³⁴⁴O conceito “Tatherrschaft” pode ser encontrado na literatura penal pela primeira vez na obra de H. Welzel. Cf. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8. ed. Berlin: de Gruyter, 2006. p. 64; STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. op. cit., p. 223.

³⁴⁵Nesse sentido, ver REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit., p. 316; BATISTA, Nilo. op. cit., p. 65-69, 77 e 101-102. Para um aprofundamento da teoria do domínio do fato, ver ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. O autor rejeita a ideia de empregar uma definição fechada do domínio do fato, adotando um método descritivo, com base na distinção entre “Handlungsherrschaft”, “Willensherrschaft” e “funktionelle Tatherrschaft”. Assim, a análise principia com o exame do domínio de um agente sobre a execução do delito (“Handlungsherrschaft”), para em seguida enfrentar a questão sobre se e em quais casos

colaboração no delito doloso de outrem, prestada sem que o agente detenha o domínio do fato.³⁴⁶ A verificação da existência do elemento subjetivo do partícipe, genericamente, é fundada tanto em sua intenção de colaborar com a ação do autor quanto em sua adesão ao objetivo do mesmo. Apesar de bastar a verificação de dolo eventual para restar caracterizada a participação delitiva,³⁴⁷ deve ser destacado que sempre é necessário que se demonstre o encontro de vontades entre autor e partícipe. Portanto, deve haver um acordo mínimo tanto quanto ao objetivo comum quanto no que toca o modo de execução do delito.³⁴⁸

Diversas são as nuances apontadas na doutrina para a justificação da atribuição ou exclusão da responsabilidade em situações concretas. Assim, baseando-se na liberdade de ação, HERIBERT SCHUMANN afirma que a participação de terceiro somente poderia ser punida desde que este se solidarizasse com a ação principal, adotando-a desse modo como sua.³⁴⁹ Contudo, é necessário verificar até que ponto o cúmplice estava, de fato, comprometido com a consecução do delito: nesse sentido, a assistência prestada à conduta de outrem somente deve ser punida quando o auxílio é dado sabendo-se que o beneficiado objetiva exclusivamente realizar um delito; quando o auxílio se dá sem que o assistente saiba qual a finalidade perseguida pelo agente principal, meramente, portanto, com a consciência de que sua ajuda pode ser utilizada para o cometimento de um delito, via de regra, sua atuação não pode ser vista como auxílio punível, ressalvados os casos em que o risco por ele reconhecido, do cometimento de um delito, seja tão alto que sua atuação caracterize um apoio à inclinação criminoso do autor potencial.³⁵⁰

Predomina na atualidade, contudo, uma teoria menos dependente do elemento subjetivo, desenvolvida pela doutrina alemã, segundo a qual o injusto da conduta do assistente é derivado do injusto da conduta do autor e, portanto, depende de sua

uma pessoa pode ser autor do delito em função do domínio sobre a vontade alheia (“Willensherrschaft”), mas sem envolver-se pessoal e diretamente na realização da conduta, e finaliza com o exame sobre até que ponto um agente que não execute a conduta nem exerça domínio sobre a vontade de terceiros pode ser uma figura central pela simples colaboração com os demais (“funktionelle Tatherrschaft”). Esse estudo estende-se fundamentalmente ao longo de três capítulos da obra em referência, entre p. 127 e 305.

³⁴⁶Conforme destaca M. REALE JÚNIOR: “o cúmplice não tem o domínio sobre o fato, nem participa da formação da vontade comum de realizá-lo, malgrado o desejo, ou tenha mesmo interesse no fato.” (REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit., p. 317).

³⁴⁷BATISTA, Nilo. op. cit., p. 157; TOLSMA, Joris. *Beihilfe durch neutrale Handlungen*. München: Grin, 2006. p. 7-8, 16; ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. op. cit., p. 349.

³⁴⁸Cf. STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. op. cit., p. 239-241; ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 285.

³⁴⁹SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*. Tübingen: Mohr, 1986. p. 57.

³⁵⁰Cf. HEFENDEHL, Roland. op. cit., p. 148.

ocorrência e da lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal em questão. A punibilidade do auxílio, assim, decorre da colaboração na lesão da norma por parte do agente principal.³⁵¹

Quanto ao momento da prestação do auxílio, este pode se dar já anteriormente à realização delitiva, durante seu planejamento ou preparo (consistente na colaboração espiritual), ou como cumplicidade (através da colaboração material no ilícito). Questão controversa gira em torno da necessidade da demonstração da relação de causalidade entre a colaboração e o sucesso do fato típico, refletindo-se, sobretudo, na delimitação da tentativa da participação no delito, predominando, na literatura europeia, a opinião segundo a qual a punibilidade da colaboração delitiva deve ser delimitada nos termos da imputação objetiva. Nesse contexto, a colaboração punível implica um aumento do risco causal e proibido que incrementa o risco para o bem jurídico protegido pela norma penal e pressupõe uma melhora das chances de sucesso do agente do crime.³⁵²

4.2. A delimitação da responsabilidade penal na lavagem de dinheiro

A dificuldade encontrada no estabelecimento da responsabilidade penal em condutas atinentes à lavagem de dinheiro decorre, fundamentalmente, de duas fontes de problemas específicos deste tipo penal: a primeira diz respeito à relação entre lavagem de dinheiro e o crime antecedente; a segunda, ao efetivo controle sobre a produção do resultado.

Segundo WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA, um dos primeiros autores a tratar do tema na doutrina brasileira, sempre que o autor da lavagem for também o autor do crime antecedente haverá concurso material de crimes, pois seriam distintas as objetividades jurídicas atingidas.³⁵³ A doutrina indica como argumentos para essa solução a diversidade de bens jurídicos atingidos e a possibilidade de a pena cominada à lavagem de dinheiro ser maior do que a prevista para o crime antecedente, argumentando ainda que, mesmo no que tange à impunibilidade do favorecimento em benefício próprio, esta é

³⁵¹ Nesse sentido, ver KÜHL, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6. ed. München: Vahlen, 2008. p. 701-703; OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht – allgemeine Strafrechtslehre*. 7. ed. Berlin: de Gruyter, 2004. p. 335-336.

³⁵² TOLSMA, Joris. op. cit., p. 13-15; LOMBARDEIRO EXPÓSITO, Luis Manuel. op. cit., p. 189.

³⁵³ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 324. No mesmo sentido, GOMES, Abel Fernandes. op. cit., p. 79.

superada quando o autor do crime antecedente pratica outro delito no ato relativo ao favorecimento, o que restaria caracterizado no caso da lavagem de dinheiro. A isso, contudo, poderia ser oposto que as condutas que concretizam a lavagem de dinheiro, em si, não são ilícitas, apenas sendo como tal qualificadas em função de seu objeto.³⁵⁴ Nesse sentido, a legislação sobre lavagem de dinheiro introduziu profundas alterações quanto à determinação de autoria e participação: não foi tão longe a ponto de criar um tipo penal de “ser criminoso”, mas afastou o foco da conduta delitiva, concentrando-o na determinação do destino dos lucros auferidos através de condutas anteriores.³⁵⁵

Doutrina e legislações sobre o temário conhecem, em princípio, duas soluções: nas jurisdições afines à tradição penal continental europeia prevalece a norma e o entendimento doutrinário de que crime prévio e lavagem de dinheiro não podem ser imputados à mesma pessoa.³⁵⁶ O direito norte-americano, por sua vez, prevê expressamente a punição da mesma pessoa tanto pelo crime antecedente quanto pela “lavagem” de seus frutos.³⁵⁷

Nesse contexto, MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, por exemplo, destaca que o pensamento conducente à dupla punição pode ser tido como ancorado no fato de ter sido criminalizada esta conduta em apartado em relação às demais infrações penais pós-delitivas, o que leva muitos a ignorarem o princípio da impunidade da realização delitiva em proveito próprio (“impunidad del autoencubrimiento”). Referido autor menciona, ainda, que na doutrina espanhola contemporânea, aqueles que, como ele, defendem a interpretação da lavagem de dinheiro como modalidade de favorecimento, tendem a

³⁵⁴ COSTA, Gerson Godinho. op. cit., p. 29.

³⁵⁵ ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 181; BLUM, Jack A.; LEVI, Michael; NAYLOR, R. Thomas; WILLIAMS, Phil. op. cit. J. A. F. GODINHO afirma, nesse contexto, que a criminalização da lavagem de dinheiro traduz o atual investida dos Estados contra o aspecto patrimonial da criminalidade, a qual também fundamenta a persecução criminal de “sinais exteriores de riqueza não justificados”. Cf. GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 18.

³⁵⁶ No caso europeu, ainda é mencionado o fato de que, diante da possibilidade expressamente prevista na Convenção de Estrasburgo de os Estados preverem a impossibilidade de tal dupla punição, não o fizeram. Este argumento, contudo, não convence, dado que as normas de receptação tampouco preveem esse impedimento e, ainda assim, ele foi construído pela jurisprudência. Ver BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit., p. 16 e nota de rodapé 8.

Em sentido contrário, CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 408.

³⁵⁷ Interessante destacar que também nos Estados Unidos da América a receptação e o favorecimento não podem ser imputados àquele que de qualquer forma atuou na execução do crime antecedente. Ver, nesse sentido, LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. op. cit., p. 166.

afirmar que, para que haja a condenação pela lavagem de dinheiro, o agente desta não pode ter atuado de nenhuma forma no crime antecedente.³⁵⁸

Conforme destaca referido autor, a jurisprudência espanhola ainda não se consolidou quanto à questão.³⁵⁹ Assim, há decisões em que se exige que o autor da lavagem de dinheiro não tenha atuado no crime antecedente, invocando-se tanto a ideia de que a legislação parece referir-se sempre a terceiros na tipificação da lavagem de dinheiro, quanto a teoria do ato posterior copenado, segundo a qual “quien es castigado por el delito anterior realiza, con el lavado de dinero, un acto posterior copenado y se invoca concurso de normas a resolver con el principio de absorción y consunción”.³⁶⁰ Por outro lado, há também decisões pela dupla punição do agente a partir da teoria do concurso material delitivo.³⁶¹ Assim, por exemplo, deve ser destacado que na Alemanha a legislação penal foi alterada em 1998 precisamente para excluir, do *caput* do § 261 do Código Penal daquele país, a expressão que determinava que o crime antecedente deveria ter sido praticado por outrem, permitindo-se assim em princípio a punição de pessoa envolvida no cometimento do delito prévio também pela lavagem de dinheiro.³⁶²

Além disso, devido ao fato de constituir o tipo penal da lavagem de dinheiro um tipo alternativo, há várias formas pelas quais o crime pode ser cometido e, caso um agente realize – para uma lavagem de dinheiro específica – várias das condutas descritas, ainda assim praticará somente um crime. Tampouco é necessário que o agente

³⁵⁸BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit., p. 16. Esta também é a opinião de COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. op. cit., p. 57, 96-97.

Contrariamente, defendendo a punição tanto pelo crime antecedente quanto pela lavagem de dinheiro quando demonstrado o envolvimento do agente em ambas as condutas, LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. op. cit., p. 200-201.

³⁵⁹Também a jurisprudência portuguesa não é uniforme nesse ponto, conforme destaca CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 408.

³⁶⁰Ver Sala Segunda del Tribunal Supremo – SSTS de 23.05.1997, 18.09.2001, 19.02.2002 e 17.06.2005. Especificamente em relação a crimes antecedentes afetos ao narcotráfico, a SSTS concretizou em sua jurisdição o “Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006”, segundo o qual somente se exclui a punição pela lavagem de dinheiro quando houver condenação do crime antecedente com a identificação detalhada de todos os seus frutos, os quais devem necessariamente coincidir exatamente com os objetos da conduta de lavagem de dinheiro para que esta não seja punida separadamente.

³⁶¹Ver Sala Segunda del Tribunal Supremo – SSTS de 28.07.2001, 19.12.2003 e 21.12.2005.

³⁶²A dupla penalização, contudo, permanece excluída pela lei alemã, em função do item 9 do § 261 StGB, que impede a punição de uma pessoa concreta e comprovadamente sujeita às penas do crime antecedente, independentemente da pena prevista para este (mais grave ou não em relação à pena estipulada para o crime de lavagem de dinheiro). Assim, introduziu-se uma regra de concurso de crimes específica para a lavagem de dinheiro que impede a ocorrência de *bis in idem*. Cf. JEKEWITZ, Jürgen. op. cit., p. 71, 79; NESTLER, Cornelius. op. cit., p. 135-136. A lei que promoveu essa alteração foi a “Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität”. BUNDESANZEIGER VERLAG. Disponível em: <http://www.bgbl.de/Xaver/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl>. Acesso em: 28 jan. 2011.

alcance o objetivo de lavar o dinheiro, uma vez que não se estabeleceu nenhum fim especial de agir nem se previu a necessidade de ser alcançado determinado grau de consumação da lavagem de dinheiro para a sua punição na lei brasileira de prevenção e combate à lavagem de dinheiro ou nas convenções e recomendações internacionais. Portanto, o delito se aperfeiçoa com a prática de qualquer um dos atos enumerados no tipo penal, independentemente da verificação da ocorrência de um resultado lesivo, tratando-se de um crime de mera atividade.³⁶³

De fato, em função dessa característica, a tentativa é, na prática, impossível de ser verificada, já que qualquer ato que possa ser integrado no processo de lavagem basta para a verificação da ocorrência do tipo penal.³⁶⁴ Adotada essa interpretação, a previsão legal da punibilidade da tentativa apresenta-se como desnecessária e até mesmo como fonte de insegurança na norma penal. Isso porque, interpretada por outro ângulo, poder-se-ia argumentar que todos os casos de lavagem de dinheiro que chegam aos tribunais são apenas tentativas e, conseqüentemente, devem ser punidos como tais, uma vez que a conduta, quando consumada com êxito, normalmente não seria mais passível de verificação.

No âmbito dos crimes de mera conduta, de perigo abstrato e omissivos, por sua vez, a definição da autoria delitiva não pode ser resolvida através da simples aplicação da teoria causal (também adotada no Código Penal brasileiro). Isso porque, na ausência de um resultado concreto, como se poderia estabelecer a causalidade entre este e uma ação?³⁶⁵ Ou, como afirma ROLAND HEFENDEHL, o próprio bem jurídico?³⁶⁶

³⁶³ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 326; LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. op. cit., p. 169.

Contrariamente, R. HEFENDEHL afirma não se tratar a lavagem de dinheiro de crime de mera atividade, para os quais o autor aceita a possível ausência de bens jurídicos pré-definidos, argumentando ser este tipo penal rigorosamente funcional, *in casu* antecipando de forma extrema a proteção de bens jurídicos individuais, tal qual o fazem também os §§ 129 e 129a StGB (tipificações penais da formação de organização criminosa e da formação de organização criminosa terrorista). Cf. HEFENDEHL, Roland. op. cit., p. 153.

Também há quem afirme tratar-se de um crime formal, defendendo haver a previsão de ocorrência de um resultado na tipificação penal da lavagem de dinheiro. Cf. GOMES, Abel Fernandes. op. cit., p. 76-77.

³⁶⁴ Nesse sentido, ver LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. op. cit., p. 203-204.

Em sentido contrário, por entender que a lavagem de dinheiro é um crime formal, GOMES, Abel Fernandes. op. cit., p. 78.

³⁶⁵ BATISTA, Nilo. op. cit., p. 46-48.

³⁶⁶ HEFENDEHL, Roland. op. cit., p. 152.

Segundo WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA, o Art. 1º, §2º, II, da lei brasileira descreve uma “forma especial de participação, ou, por assim dizer, da *ampliação do conceito de autoria*”,³⁶⁷ destacando a existência de uma dilatação da autoria de modo a englobar condutas meramente acessórias ou concorrentes praticadas por pessoas que, no entanto, optaram por aderir aos planos de terceiros voltados à lavagem de dinheiro. O objetivo de tal ampliação é tido, pelo autor, como voltado a desestimular a criminalidade organizada. Tal dispositivo, contudo, evidencia ainda mais a problemática ora enfocada, uma vez que nele, nitidamente, não é possível aplicar a regra geral do Código Penal para determinar a autoria, resultando na ampliação desmedida da responsabilidade penal.

Nesse contexto inserem-se também os problemas decorrentes para as profissões atinentes aos diversos setores da iniciativa privada obrigados a cooperar com os mecanismos estatais de controle da lavagem de dinheiro através do recolhimento e manutenção de informações sobre clientes da comunicação de operações suspeitas (e dos diversos tipos de responsabilidade – administrativa, civil e/ou penal³⁶⁸ – e graus de penas a que se sujeitam em casos de descumprimento).

Com a introdução das regulamentações normativas das leis de lavagem de dinheiro, a natureza da relação entre diversos profissionais e seus clientes sofreu profundo impacto. As imposições de identificação e realização de comunicações de operações suspeitas justificam-se como único meio de comunicação de tais transações pelas autoridades estatais. No entanto, atualmente já se argumenta que as inúmeras regras criadas constituem apenas mais uma invasão desnecessária, custos adicionais e distúrbio das relações profissionais, que pouco contribui para aumentar o número de condenações por lavagem de dinheiro ou reduzir o montante lavado genericamente.³⁶⁹ Adicionalmente, por mais que as regras atinentes ao sigilo bancário e ao acesso a informações bancárias tenham sido alteradas de tal forma que a sua obtenção seja relativamente simples quando haja suspeita de lavagem de dinheiro, a dificuldade principal das autoridades investigativas é determinar precisamente em qual instituição está ocorrendo o delito. De fato, a lavagem de dinheiro não depende da existência do sigilo bancário, havendo autores que afirmam que, na atualidade, possivelmente os agentes da lavagem de dinheiro evitem jurisdições onde ainda haja amplo sigilo, já que, no momento de uma transação com um país que tenha

³⁶⁷ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 337.

³⁶⁸ Interessante destacar que a Suíça criminalizou no Art. 305ter do seu Código Penal a infração às obrigações administrativas impostas, sobretudo quanto à identificação dos clientes de instituições financeiras.

³⁶⁹ ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 255.

regras diferentes, o sigilo existente na primeira exercerá a função de um sinal de alerta para a comunicação de operações suspeitas.³⁷⁰

Atribui-se a CLAUS ROXIN a delimitação clara de uma autoria específica relacionada ao que ele denominou de delitos de dever (ou “Pflichtdelikte”), a qual se afasta das teorizações desenvolvidas em torno da ideia do domínio do fato.³⁷¹ Tais infrações penais, em oposição aos chamados delitos de domínio (de resultado e de mera atividade), caracterizam-se por implicarem numa violação de deveres específicos do agente. Estes deveres, por sua vez, são derivados de normas extrapenais ou decorrem de situações socialmente reconhecidas como geradoras dos mesmos; não alcançam a generalidade dos destinatários das normas jurídicas.³⁷²

Constituem crimes de dever, por excelência, os crimes omissivos, nos quais, por um lado, é impossível, por sua própria natureza, falar-se em domínio do fato e, por outro lado, o seu autor sempre será aquele sujeito que violou um dever de atuação que a ele se impunha.³⁷³ Atualmente, a maior parte das leis de lavagem de dinheiro não contempla crimes de dever, já que apenas raramente o descumprimento das chamadas obrigações administrativas implica em uma pena criminal. Contudo, aqui se coloca uma das possibilidades de participação por omissão, nas situações em que se verifica um dever especial de agir. Este, de fato, é o que distingue a participação por omissão da mera convivência. Uma pessoa conivente não favorece e nem deseja favorecer a realização do delito de qualquer modo, independentemente do que pense a respeito em foro íntimo; já o cúmplice por omissão colabora conscientemente com a sua inatividade – ainda que apenas com dolo eventual – para a execução delitiva.³⁷⁴ Tal situação poderia ser vislumbrada nos casos em que determinada pessoa obrigada a comunicar operações suspeitas deixa de fazê-lo, sabendo ou assumindo o risco de que a transação não informada constitui parte de um processo de lavagem de dinheiro.

Não se pode perder de vista, no entanto, a ideia geralmente aceita de que aquela pessoa que meramente disponibiliza os meios para a execução de um delito,

³⁷⁰BLUM, Jack A.; LEVI, Michael; NAYLOR, R. Thomas; WILLIAMS, Phil. op. cit.

³⁷¹Cf. BATISTA, Nilo. op. cit., p. 78-79.

³⁷²ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 352-355. Na literatura brasileira, ver BATISTA, Nilo. op. cit., p. 94-95.

³⁷³ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 384-388. BATISTA, Nilo. op. cit., p. 84-85.

³⁷⁴No entanto, caso se verifique a existência de um dever específico de evitar determinado resultado lesivo, não se poderá cogitar de mera participação, tratando-se de autoria colateral, na modalidade omissiva do delito, praticado na modalidade comissiva pelo terceiro que não se viu impedido por quem deveria fazê-lo. Cf. BATISTA, Nilo. op. cit., p. 171, 173-175.

como regra, não detém o domínio do fato – razão pela qual poderá ser considerada, quando muito, cúmplice do delito. Contudo, esta afirmativa não pode ser tida como absoluta, devendo-se sempre, nessas situações, analisar o curso da ação desenvolvida no contexto específico. Assim, haverá situações em que o fornecimento de tais meios poderá dar margem à coautoria ou à autoria colateral, de acordo com o que se possa inferir acerca da existência de um acordo (expresso ou tácito) entre os agentes para a realização do delito.³⁷⁵ Esta seria a situação, por exemplo, do profissional do direito que disponibilize seus serviços para a criação de toda uma estrutura societária que sabe virá a ser utilizada para a realização das operações integrantes de um processo de lavagem de dinheiro. Evidencia-se, assim, o quão problemática é a questão atinente à atribuição da responsabilidade penal ao tratar-se do delito em foco, sendo esta dificuldade ainda agravada em função do frequente envolvimento de múltiplos agentes e inteiras organizações criminosas, conforme se verá a seguir.

4.3. A criminalidade organizada e a dificuldade de apuração da responsabilidade penal – estruturas hierarquizadas de poder

Um argumento frequentemente apresentado para a criminalização da lavagem de dinheiro consiste no fato de que, sobretudo os crimes antecedentes mais graves – tráfico de drogas e armas e terrorismo, por exemplo – via de regra, são cometidos por organizações criminosas, controladas por um “chefe” que, no entanto, não se envolve ativamente nos crimes dos quais a organização criminosa frui. Seu envolvimento seria restrito à etapa mais relevante e complexa, a lavagem do dinheiro,³⁷⁶ momento em que se tornaria visível para as autoridades.

Assim, pouco se alcançaria no combate aos delitos prévios com a punição dos “executores” dos delitos “cotidianos” da organização criminosa. A tipificação da lavagem de dinheiro seria necessária a fim de se dismantelar a organização criminosa, pois apenas assim se puniria o verdadeiro autor da série de infrações penais cometidas.³⁷⁷ Uma tal justificação para a criminalização da lavagem de dinheiro é preocupante, dado que constitui mais um indício de que – ao elaborar-se este tipo penal – não se buscava

³⁷⁵BATISTA, Nilo. op. cit., p. 113-114.

³⁷⁶ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 66.

³⁷⁷GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 32; ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 67.

proscrever uma conduta específica particularmente ofensiva a determinado bem jurídico, mas sim introduzir verdadeiro direito penal do autor, em afronta aos princípios basilares do direito penal ancorado na racionalidade do Estado Democrático de Direito.³⁷⁸

Ainda que se afaste tal crítica, e aceitando-se o estereótipo descrito, mesmo assim a conclusão sobre a necessidade da novel criminalização parece falha: se, de fato, há um “chefe” por trás de toda a organização, quando houver provas de que o dinheiro por ele utilizado é oriundo de determinado crime antecedente, ele também sempre poderá ser vinculado a este, no mínimo, como partícipe, mas, via de regra, como seu autor, adotando-se a teoria do domínio do fato. Ao contrário, na ausência de provas que determinem a relação entre o dinheiro supostamente sujo e um crime antecedente, também não será possível proceder com a ação penal de lavagem de dinheiro.

Além disso, esse argumento resta enfraquecido ao se ultrapassar o referido estereótipo romantizado e mitológico da criminalidade organizada.³⁷⁹ De fato, é possível verificar-se a existência de pelo menos três nítidas e diferenciadas estruturas: (i) o modelo hierárquico, caracterizado por sua ampla estrutura, centralmente controlada, altamente organizada internamente, com base numa lógica “familiar” ou “militar”;³⁸⁰ (ii) o modelo local ou étnico, baseado em vínculos de amizade e culturais, assim como econômicos, e não hierárquicos;³⁸¹ e (iii) o modelo empresarial, cuja identificação resulta de uma mudança do foco da análise, não mais voltado à estrutura interna do grupo, mas sim às suas atividades. Verifica-se que tais organizações criminosas operam com o objetivo de manter e ampliar sua participação no mercado ilícito em que atuam.³⁸² Portanto, o vínculo interno do grupo deixa o âmbito pessoal, para fundar-se no interesse econômico comum e nas vantagens econômicas que a atuação conjunta pode oferecer.

³⁷⁸ Cf. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 299-300. O autor destaca, ainda, que o mero fato de uma pessoa ser o líder de um grupo de pessoas dedicadas à prática de crimes, não implica em que haja atuado na concepção ou execução de todos os delitos de forma suficientemente intensa para caracterizar-se invariavelmente o seu domínio sobre os fatos.

³⁷⁹ Desde que surgiram os primeiros relatos sobre organizações criminosas, estas passaram a gerar peculiar fascinação na sociedade, conforme comprovam o sucesso de livros, filmes e séries de televisão dedicados ao tema, dificultando a distinção entre realidade e ficção, bem como a obtenção de informações objetivas sobre o fenômeno. Apenas a partir da década de 1960 aumentaram em número os estudos aprofundados sobre organizações criminosas. Cf. ALBANESE, Jay S. op. cit., p. 1-2; GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 36.

³⁸⁰ Este é o modelo mais comumente encontrado, o que, no entanto, apenas atesta a consequência principal de sua ampla estrutura, qual seja, a sua maior visibilidade. Cf. ALBANESE, Jay S. op. cit., p. 107, 220, 246.

³⁸¹ Cf. ALBANESE, Jay S. op. cit., p. 111-112.

³⁸² Nesse sentido, ver também SHIMIZU, Bruno. *Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas*: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas. São Paulo: IBCCRIM, 2011. p. 148, 152.

Preocupações econômicas passam a ser determinantes para a gênese do grupo, com o que laços culturais ou hierarquias são deslocados para um plano de menor importância.³⁸³

Cumpra considerar também até que ponto a conceituação de organizações criminosas é propícia ou até mesmo necessária. Isso decorre das mais recentes evoluções no âmbito dessa categoria: a crescente internacionalização de todos os setores de atividades – inclusive o criminoso – e o emprego das tecnologias atuais minaram a necessidade de manutenção de estruturas fixas e burocráticas, que, além de implicarem lentidão para a tomada de decisões, tornam as atividades dos envolvidos mais visíveis. A tendência observada na atualidade é a criação de verdadeiras redes informais de contatos e serviços, através das quais criminosos se aliam e operam em conjunto fluidamente, conforme suas necessidades e seus interesses momentâneos, sem hierarquias e tampouco com relações ou estruturas duradouras.³⁸⁴ Apenas visam explorar oportunidades com os melhores parceiros, sem que tais parcerias perdurem no tempo, a ponto de gerarem um vínculo ou uma organização específica. Trata-se apenas de criminosos organizados e bem relacionados, e não de organizações criminosas.³⁸⁵

Diante da difusão deste modelo, constituído por referidas redes informais, de fato, a conceituação e o enfrentamento sistemático da categoria “organização criminosa” resultam cada vez mais desnecessários³⁸⁶ e afastada resta a possibilidade de sua conceituação típica – neste novo cenário, os conceitos relativos à autoria e diversas modalidades de participação resolveriam o problema de maneira muito menos controversa.

De fato, o que se verifica no direito brasileiro é que, até o momento, não se encontra tipificada uma definição da categoria em questão. A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada no Brasil através do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, apesar de ter introduzido na legislação pátria uma definição de “grupo criminoso organizado”, não é apta a suprir tal lacuna por dois

³⁸³ ALBANESE, Jay S. op. cit., p. 113-115; COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. In: RODRIGUES, A. M. et al (Coords.). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. v. 3, p. 103.

³⁸⁴ J. de F. COSTA compara essa nova estrutura com uma teia de relações com três cabeças que assumem carácter simbólico para indicar a divisão entre os grupos que têm “como finalidade principal levar a cabo o aprovisionamento, o transporte e a distribuição dos bens ilegais”, os que se dedicam a “servir de proteção institucional” e os que realizam a lavagem de dinheiro. Cf. COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o direito penal económico, cit., p. 103. Ver também ALBANESE, Jay S. op. cit., p. 215; GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 34-35.

³⁸⁵ Cf. ALBANESE, Jay S. op. cit., p. 216.

³⁸⁶ Cf. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social*, cit., p. 8.

motivos. Primeiro, porque, de acordo com a Constituição Federal, apenas leis em sentido formal, promulgadas pelo Congresso Nacional, podem tipificar crimes no Brasil (Constituição Federal, Arts. 5º, XXXIX, 22 e 48); segundo, porque, ainda que fosse possível ultrapassar referido obstáculo formal de competência legislativa, tratando-se de uma tipificação penal, não se pode aplicar o conceito de grupo criminoso organizado analogicamente para definir também organizações criminosas.³⁸⁷ Disso resulta a inaplicabilidade dos Artigos 1º, VII, e §4º (no que toca as organizações criminosas) da Lei nº 9.613/1998.

4.4. A responsabilidade por equiparação e a autoria mediata

Para a análise da possível responsabilização por equiparação pela lavagem de dinheiro são relevantes as normas que tipificaram, como crimes equiparados à lavagem de dinheiro, condutas como o recebimento de bens, direitos ou valores provenientes dos crimes antecedentes, desde que tal recebimento se dê com a finalidade específica de ocultar referidos bens ou dissimular a sua utilização (Lei nº 9.613/1998, Art. 1º, § 1º, II), e a participação consciente de grupo, associação ou escritório, cuja atividade seja dirigida à prática da lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/1998, Art. 1º, § 2º, II).

O estabelecimento da responsabilidade por equiparação exige que se determine até que ponto a demonstração do vínculo entre determinados bens ou valores e um crime antecedente é possível e justificável, ou seja, é necessário estabelecer uma ligação econômica entre uma conduta definida como crime antecedente e o bem ou valor em questão. Nesse aspecto, a doutrina majoritária afirma que devem ser considerados como ganhos oriundos do crime antecedente e, portanto, como a ele vinculados

³⁸⁷ A Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, frequentemente citada nesse contexto, tampouco encontra aplicabilidade, posto que nela também não foi definido o conceito de organizações criminosas, tendo o legislador apenas definido e regulado os “meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo” (Art. 1º), sem contudo definir estas últimas. Ademais, tampouco é possível recorrer à tipificação de quadrilha, positivada no Código Penal. Conforme destaca G. G. COSTA: “o legislador [da Lei nº 9.034/1995], (...) distinguiu expressamente os institutos quadrilha, bando, organização e associação criminosa, evidenciando, a partir de então, a impropriedade da evocação do tipo previsto no art. 288 para fins de definição de organização criminosa.” (COSTA, Gerson Godinho. op. cit., p. 50).

economicamente, tanto os bens, direitos e valores diretamente dele auferidos, quanto aqueles que sejam adquiridos através do emprego destes.³⁸⁸

Por sua vez, a autoria é tida como mediata quando o autor do delito se vale de um terceiro, utilizado como verdadeiro instrumento para execução do crime. O domínio do fato, nesse cenário, traduz-se no domínio da vontade (do terceiro) pelo autor do ilícito.³⁸⁹ A fim de afastar a responsabilidade penal do terceiro manipulado, é importante estabelecer que este desconhecia a finalidade para a qual atuava – caso se verifique que agia conscientemente, tratar-se-á de uma situação de participação ou mesmo coautoria ou autoria colateral, conforme o caso.³⁹⁰

Outro problema que se coloca diz respeito à identificação e delimitação da ideia de participação de grupos, associações ou escritórios em si. Do texto legal brasileiro infere-se que somente se verificará tal participação quando presentes duas características: a participação deverá ser específica e dolosa. A especificidade resulta do conhecimento que o “participante” deverá ter quanto aos objetivos criminosos (primordiais ou secundários) definidos na Lei nº 9.613/1998 do grupo, associação ou escritório de que participa, quando esta não for sua atividade principal. Já o seu dolo pessoal poderá ser auferido desde que, em vista desse conhecimento, ainda assim opte deliberadamente por “participar”, contribuindo – de qualquer forma – com os seus esforços para o alcance de tais fins delitivos. Adicionalmente, o Art. 29 do Código Penal Brasileiro determina que somente se poderá falar em participação quando esta se der através da intervenção dolosa do agente em um fato tipificado como crime, visando, de qualquer maneira, portanto, à sua realização.

Na Terceira Diretiva da União Europeia encontra-se um dispositivo que tipifica a lavagem de dinheiro comparável ao brasileiro. Contudo, tal norma penal é consideravelmente mais específica e, portanto, restritiva do que a brasileira. Segundo o Art. 1º, §2º, “d”, deste instrumento, é considerada como lavagem de dinheiro a dolosa participação nas demais condutas tipificadas como lavagem de dinheiro, a associação para a sua realização, as tentativas de execução, ou mesmo, o fato de auxiliar, incitar ou aconselhar outrem a praticá-las ou facilitar a sua execução. A mesma previsão pode ser

³⁸⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. op. cit., p. 108.

³⁸⁹ Conforme destaca N. BATISTA, não se pode confundir a autoria mediata com a instigação, uma vez que, nesta última, ocorre “a corrupção do homem livre”, ao passo que, na primeira, há o “abuso do homem não-livre”, sendo controlada a sua vontade pelo autor mediato. Cf. BATISTA, Nilo. op. cit., p. 130. Ver também REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit., p. 316.

³⁹⁰ BATISTA, Nilo. op. cit., p. 131.

encontrada, com redação praticamente idêntica, na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, à qual o GAFI se refere em sua Recomendação 1 como parâmetro para a tipificação penal em nível nacional da lavagem de dinheiro.³⁹¹

Apesar de ser tal comparação com a lei brasileira bastante frágil, em ambos os casos é possível afirmar que a intenção do redator dos referidos dispositivos era desestimular qualquer forma de auxílio ou participação no delito em questão. Não se parece tratar tanto de punir o agente das condutas aqui descritas, mas sim, de dificultar a busca por colaboração para o autor principal da lavagem de dinheiro. Ainda assim, mencionado dispositivo da Lei nº 9.613/1998 amplia a responsabilidade criminal pela lavagem de dinheiro de modo excessivo – contrariando princípios basilares do direito penal brasileiro.

Conforme descrito anteriormente, o início da progressiva transferência da responsabilidade de vigilância estatal no âmbito financeiro para as instituições nele atuantes delineia-se já na Recomendação nº R(80)10 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Essa tendência foi mantida e reforçada nos instrumentos internacionais consequentes, tanto naqueles voltados exclusivamente para o setor bancário e financeiro (por exemplo, através da Declaração de Princípios de Basileia) quanto nos recentes tratados voltados ao combate da criminalidade organizada (por exemplo, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), aplicáveis a cada vez mais pessoas e entes de diversos setores não financeiros e, nitidamente, nas 40 Recomendações do GAFI. No âmbito nacional, por sua vez, tal transferência também é encontrada, sobretudo, nas leis atinentes à prevenção e ao controle da lavagem de dinheiro.

Com isso, as instituições financeiras (e demais agentes do mercado que foram progressivamente incluídos na lista das chamadas “pessoas obrigadas”³⁹²) passaram a ter uma série de deveres cujo cumprimento, idealmente, impediria a ocorrência do delito visado no seu respectivo âmbito de atuação, permitindo, ademais, a identificação dos agentes que tentassem realizar qualquer conduta a ele relacionado.

De fato, verifica-se uma verdadeira delegação de funções do Estado para essas entidades e pessoas obrigadas: diante do reconhecimento de sua incapacidade

³⁹¹Terceira Diretiva, Art. 1º, § 2º, “d”; Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, Art. 6º, § 1º, “b”, (ii); Recomendação 1 do GAFI. FATF-GAFI. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/38/50/34030817.PDF>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

³⁹²Esta é terminologia é adotada pela Lei nº 9.613/1998.

para realizar o controle da circulação de bens nessas esferas e da posição privilegiada em que se encontram, sobretudo, as instituições financeiras, bem como do fato de elas mesmas terem tomado tal iniciativa em determinado momento (independentemente das suas motivações), o Estado delegou tal responsabilidade a determinadas instituições e pessoas sob o argumento de que toda a sociedade tem o dever de impedir a ocorrência de crimes e que tais pessoas, relativamente à lavagem de dinheiro, teriam um dever maior devido ao fato de que a conduta frequentemente se dá no âmbito de suas atividades.

Essa crescente delegação de funções de controle foi questionada por diversos motivos, entre os quais o fato de gerarem possíveis conflitos com normas atinentes ao sigilo bancário e os custos adicionais que tais controles impingem à atividade econômica e que, invariavelmente, são transferidos aos clientes ou consumidores. No entanto, tendo em vista a reconhecida ineficácia da resposta repressiva do Estado³⁹³ à conduta da lavagem de dinheiro, torna-se evidente a necessidade de uma rede preventiva de controles uniformes. Estes, por um lado, devem ser determinados pelo Estado; por outro lado, agentes particulares encontram-se em uma posição privilegiada para realizá-los. Com esse argumento justifica-se a exigência de colaboração dos particulares. No entanto, é imprescindível que as obrigações impostas não onerem excessivamente a atividade econômica.

Referida delegação de funções impôs-se através da cominação de penas aplicáveis em caso de descumprimento. Estas, por sua vez, englobam tanto sanções administrativas quanto penais, de acordo com o estipulado nas diversas leis.³⁹⁴

O Regulamento Modelo da OEA (Art. 20, § 3º) define como infração penal a conduta dos agentes financeiros (e das próprias instituições financeiras) que

³⁹³Em Portugal, por exemplo, 19 pessoas foram arguidas em processos de lavagem de dinheiro entre os anos 1994 e 1997, das quais 10 foram condenadas. No mesmo período, houve milhares de processos afetos ao tráfico de drogas e, frequentemente, surgiu a suspeita da ocorrência de lavagem de dinheiro ao longo da investigação da conduta de tráfico, e não ao contrário, como descrito nos argumentos que justificam a tipificação penal da lavagem de dinheiro. Cf. BRANDÃO, Nuno. op. cit., p. 32, NR 43. No Brasil, conforme anteriormente destacado, apenas 11 condenações haviam transitado em julgado até o ano de 2010. Cf. a tabela na página 36 do MUTUAL Evaluation Report. Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism. Federative Republic of Brazil, 25 June 2010. *FATF-GAFI*. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/13/50/45800700.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

³⁹⁴Um exemplo interessante é oferecido pela legislação alemã e sua interpretação doutrinária: a lei que definiu as obrigações administrativas dos intermediários (“Geldwäschegesetz”) prevê sanções pecuniárias (não penais) e mesmo estas são dirigidas contra as instituições, e não contra os indivíduos que nelas trabalham. Contudo, a doutrina destaca que o descumprimento de uma dessas obrigações que gerasse a responsabilização da instituição poderia ser tido como motivo para iniciar uma investigação criminal voltada contra o indivíduo que, com seu comportamento, tenha eventualmente permitido a ocorrência da lavagem de dinheiro. Cf. NESTLER, Cornelius. op. cit., p. 102.

intencionalmente deixem de cumprir as obrigações previstas (entre outras, a identificação, manutenção e eventual disponibilização do registro de clientes, de transações feitas em dinheiro acima do valor legalmente estipulado e de notificações de operações suspeitas). Diferentemente, na União Europeia apenas foi determinado que o descumprimento de tais obrigações deveria ser punido com sanções administrativas efetivas, proporcionais e dissuasivas, independentemente da cominação de penas criminais, em relação a cuja conveniência cada Estado pôde decidir livremente.³⁹⁵ O GAFI tampouco impôs a criminalização de tais infrações, recomendando apenas a implementação de “sanções eficazes, proporcionadas e dissuasivas, de natureza criminal, civil ou administrativa, aplicáveis às pessoas singulares ou colectivas”,³⁹⁶ sendo que o organismo internacional parece inclinar-se à adoção de penalidades administrativas, pois as recomendações atinentes às chamadas autoridades de supervisão das pessoas obrigadas incluem a atribuição de competência a elas para o controle do cumprimento das obrigações aplicáveis e para a aplicação de sanções em caso de sua violação.³⁹⁷

A imposição desses deveres, contudo, gerou uma série de questões problemáticas em relação à delimitação da responsabilidade desses profissionais quanto ao delito de lavagem de dinheiro. Assim, numa interpretação extremamente rigorosa, pode-se afirmar que tais pessoas obrigadas passaram a deter uma posição de garante em relação a essa conduta.³⁹⁸ De modo menos radical e mais amplamente difundido, contudo, coloca-se o problema de serem eles vistos como partícipes do delito, por exemplo, ao se omitirem no cumprimento das obrigações criadas.

Sobretudo, verifica-se a real possibilidade da intervenção na execução delitiva por omissão, seja na modalidade de mera cumplicidade ou da autoria, o que coloca o problema dos crimes omissivos próprios e impróprios no contexto da lavagem de dinheiro. Nem todas as condutas que poderiam ser realizadas por tais agentes, contudo, são

³⁹⁵ Terceira Diretiva da União Europeia, Preâmbulo, item 41, e Art. 39, parágrafo único.

³⁹⁶ Ver Recomendação 17 em FATF-GAFI. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/38/50/34030817.PDF>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

³⁹⁷ Ver Recomendação 29 em FATF-GAFI. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/38/50/34030817.PDF>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

³⁹⁸ No Brasil, ao menos, isso se deve à redação do Artigo 12 da Lei nº 9.613/1998, em que as penalidades para o descumprimento das obrigações administrativas são estipuladas tanto para as pessoas jurídicas obrigadas a cumpri-las quanto para as pessoas físicas que atuem como seus administradores. Diferentemente, na Alemanha, por exemplo, a lei obriga apenas as entidades jurídicas, e as penas previstas igualmente não alcançam pessoas físicas. Dessa maneira, naquele país não houve a criação de novos garantes. Cf. NESTLER, Cornelius. op. cit., p. 127.

omissivas,³⁹⁹ como, por exemplo, a manutenção de contas inominadas ou sob um nome fictício, ou a revelação ao cliente de que autoridades solicitaram informações a seu respeito.

Tradicionalmente afirma-se que a posição de garante apenas pode ser fundadamente atribuída a uma pessoa quando há uma estreita relação entre esta e o bem jurídico protegido.⁴⁰⁰ Diante das dificuldades encontradas para a determinação deste no caso da lavagem de dinheiro, ganha em relevância a posição doutrinária que afirma não ser necessário estabelecer referido vínculo nos casos em que a pessoa tida por garante tenha o dever jurídico de vigiar determinada fonte de perigo. Tal situação, por sua vez, costuma ser ilustrada com os exemplos daquele que detenha coisas materialmente perigosas, ou que gere o perigo com sua conduta antecedente, ou que se encontre nessa posição devido ao fato de ser o único responsável pela vigilância de certas fontes de perigo na sociedade (por exemplo, bombeiros). A questão, portanto, também envolve a controvérsia sobre se é admissível que o Estado delegue o seu monopólio de controle de determinada fonte de perigo por meio de leis e em função da política criminal adotada em dado contexto histórico a pessoas que, normalmente, não possuem nenhuma função de controle social ou proteção de bens jurídicos.⁴⁰¹ Contudo, também é problemática a determinação da “fonte de perigo” no caso das pessoas obrigadas a efetuar controles quanto à lavagem de dinheiro e comunicar operações suspeitas, sobretudo posto que a definição de tais “fontes de perigo” é fundada largamente em sua relação com bens jurídicos clássicos. A multiplicidade de modos pelos quais a conduta pode ser realizada dificulta ainda mais uma tal identificação. Em vista da impossibilidade de se identificar o bem jurídico protegido pela lavagem de dinheiro, finalmente, a atribuição da posição de garante às pessoas obrigadas no caso deste delito implica num exercício de abstração dificilmente justificável em acordo com a racionalidade de um sistema de direito penal inserido num Estado Democrático.

Diante das alternativas anteriormente traçadas, RAUL CERVINI afirma que as pessoas obrigadas somente poderiam vir a responder criminalmente pela lavagem de dinheiro quando, com a sua conduta, tivessem criado um risco concreto para o bem jurídico protegido pela lavagem de dinheiro, o que geraria a obrigação de evitar o

³⁹⁹CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 175.

⁴⁰⁰Id. Ibid., p. 170 e 173.

⁴⁰¹Id. Ibid., p. 170-171.

resultado. No entanto, conforme o mesmo autor destaca, a conduta protetiva de tais agentes serve unicamente à prevenção de um risco possível e não necessário, o que impossibilitaria a determinação de uma relação direta entre a infração a tais deveres e o resultado de lesão ao bem jurídico.⁴⁰² Tendo-se em vista que, para este autor, o bem jurídico diretamente atingido pela conduta da lavagem de dinheiro é a administração da justiça, coloca-se mesmo a pergunta sobre como, com o descumprimento (comissivo ou omissivo) das obrigações administrativas, tal bem jurídico poderia ver-se concretamente colocado em risco. De fato, a partir do seu raciocínio, ou toda e qualquer infração às obrigações de vigilância seria apta a tanto, num formato típico de crime de perigo abstrato, ou nenhuma poderia criar um tal risco.⁴⁰³

Relativamente à posição de agentes financeiros e demais pessoas obrigadas, contudo, deve-se destacar que dificilmente sua conduta será omissiva. Assim, ainda que se possa falar em omissão no caso em que deixem de comunicar operações suspeitas, esta necessariamente será acompanhada de uma ação, por seu turno mais relevante para a conduta da lavagem de dinheiro, qual seja, a realização da transação financeira solicitada e que não teria sido efetivada se o agente houvesse realizado a comunicação de operação suspeita. Portanto, a questão quanto à possibilidade de cometimento da lavagem de dinheiro por omissão é de limitada importância, já que sempre será acompanhada por um atuar positivo a partir do qual a persecução penal poderá ser iniciada.⁴⁰⁴

4.5. A penalização de ações neutras

A questão atinente à valoração jurídica de “ações neutras” foi primeiramente levantada em 1840 pelo processualista austríaco JOSEPH KITKA, a partir da construção de um exemplo teórico, em que o autor A compra um revólver e, durante a compra, explica ao Comerciante C que, de fato, está comprando o revólver para matar a vítima V, sendo que C não pretendia matar V, mas objetivava com a transação apenas o

⁴⁰² CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 174-175.

⁴⁰³ A possibilidade de se aceitar crimes de perigo abstrato, contudo, é radicalmente rechaçada pelo autor em referência. Id. Ibid., p. 176.

⁴⁰⁴ NESTLER, Cornelius. op. cit., p. 127; TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. op. cit., p. 297.

ganho dos lucros de seu negócio.⁴⁰⁵ O autor defendia a opinião de que o participante que atuasse por meio de ações neutras somente poderia responder criminalmente, caso tivesse a intenção de contribuir para a realização do delito. Nessa época, literatura e jurisprudência eram unívocas no critério usado para delimitar a medida da imputação penal no caso de ações neutras, identificando o problema como uma questão atinente ao elemento subjetivo do tipo penal.⁴⁰⁶

A partir de 1904, apenas, a jurisprudência alemã passou a trabalhar com o conceito da “vontade de promover a ação” (“Tatförderungswille”), de acordo com o qual não basta que o partícipe tenha conhecimento dos objetivos perseguidos pelo autor, sendo ademais necessário que sua participação se tenha dado orientada pela consciência e determinação de promover a ação delitiva.⁴⁰⁷ Na doutrina e jurisprudência alemã atuais predomina o entendimento segundo o qual a participação por meio de condutas neutras não pode ser avaliada com base nas regras gerais sobre o concurso de pessoas. Assim, destaca-se que tal forma de atuação se caracteriza pelo fato de não permitir que seja externamente reconhecida como auxílio delitivo, inserindo-se no contexto social primariamente como condutas social ou profissionalmente adequadas.⁴⁰⁸ Nesse sentido, faltaria ao agente uma nítida intenção delitiva, já que não visaria em primeira linha à promoção de delitos alheios, ainda que reconheça tal efeito como uma das consequências de sua conduta focada em interesses próprios.⁴⁰⁹

As chamadas ações neutras, portanto, abarcam as ações cotidianas, ações neutras do ponto de vista externo, ações profissionalmente típicas ou adequadas, ações socialmente adequadas e negócios “standard” – e diversas propostas para a definição de cada uma das modalidades podem ser encontradas na doutrina.

A teoria da adequação social, inaugurada na Alemanha por HANS WELZEL, determina que são socialmente adequadas e, portanto, lícitas, todas as condutas tidas como normais ou comuns e largamente aceitas em determinado meio social, no âmbito do qual se tenham imposto ao longo da história e da organização da vida comum, e desde que não extrapolem os limites assim definidos. Essa afirmação é tradicionalmente

⁴⁰⁵KITKA, Joseph. *Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bey einem Verbrechen und deren Strafbarkeit*. Wien: Mösl, 1840. (Cf. TOLSMA, Joris. op. cit., p. 2).

⁴⁰⁶TOLSMA, Joris. op. cit., p. 2.

⁴⁰⁷Id., loc. cit.

⁴⁰⁸Id. Ibid., p. 24.

⁴⁰⁹NIEDERMAIR, Harald. op. cit., p. 507.

tida como válida, ainda que, em decorrência de uma conduta socialmente adequada – ou com base nela – seja praticado um crime.⁴¹⁰ Pode-se afirmar, portanto, que a conduta socialmente adequada não constitui uma conduta exemplar, sendo simplesmente uma conduta realizada dentro dos limites da liberdade de ação que cada indivíduo possui na sociedade, ainda que venha a afetar negativamente um bem jurídico protegido por normas penais.⁴¹¹

A imprecisão dessa definição, contudo, evidencia a dificuldade para o emprego da adequação social como justificante ou exculpante⁴¹² em seu aspecto literal, pois, em última instância, isso implicaria elevar ao status de normativamente lícito tudo quanto fosse aceito e usual em sociedade.⁴¹³ Ainda assim, sobrevive a afirmativa doutrinal no sentido de que não se pode inferir a conduta típica da lavagem de dinheiro num comportamento condizente com a atividade ordinariamente realizada por determinada pessoa sob condições específicas.⁴¹⁴ Um exemplo para tanto seria o uso de dinheiro sujo para o pagamento da compra de pães numa padaria. O padeiro, apesar de receber dinheiro de origem criminosa, não conhecendo esse fato, não pode ser incriminado pela lavagem de dinheiro. E nem interessaria ao Estado perseguir esses casos, dado que o volume de dinheiro envolvido é irrelevante comparado com as cifras estimadas para a lavagem de dinheiro. Adicionalmente, seria virtualmente impossível comprovar que o padeiro (no exemplo acima) tinha conhecimento sobre a origem do dinheiro que recebeu.⁴¹⁵

Do caso banal descrito nesse exemplo, contudo, resulta a necessidade de especificar em quais situações o mesmo raciocínio poderia ser empregado. Assim, como estabelecer para quais serviços este entendimento é aplicável? Ou tal limitação seria dada pelo valor envolvido? Contudo, justamente no caso da lavagem de dinheiro e das cifras estimadas envolvidas, a partir de qual valor o pagamento de um serviço se tornaria

⁴¹⁰Cf. OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens. *Juristenzeitung* (JZ), Tübingen, ano 56, n. 9, p. 436, 05.05.2001; TOLSMA, Joris. op. cit., p. 26-27.

⁴¹¹SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, cit., p. 23-24; CALLEGARI, André Luís. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 815, p. 467, set. 2003.

⁴¹²SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, cit., p. 29-30, 145. O autor destaca, na nota de rodapé 23 que, tida a adequação social como justificante, restaria afastada a tipicidade; se tomada como exculpante, ficaria excluída a culpabilidade.

⁴¹³Nesse aspecto, L. GRECO afirma que a maior parte da doutrina não aceita essa teoria, atribuindo-lhe, quando muito, a qualidade de princípio interpretativo (GRECO, Luis. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 22-23); TOLSMA, Joris. op. cit., p. 28; para mais argumentos críticos à teoria da adequação social, v. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, cit., p. 233-244.

⁴¹⁴BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit., p. 19.

⁴¹⁵NESTLER, Cornelius. op. cit., p. 124.

relevante para o direito penal? E, abordando o tema por outra vertente, se o serviço ou a conduta são neutros, por que o fato de serem remunerados mudaria a sua natureza?

Amparada na teoria da adequação social, a teoria da adequação profissional foi desenvolvida para este âmbito de relações na sociedade e, buscando superar a crítica relativa à imprecisão posta à adequação social, visa concretizar sua normalidade a partir das regras de conduta e normas aplicáveis a cada atividade profissional.⁴¹⁶ Seriam impuníveis, portanto, as ações que, executadas no âmbito do mister profissional do agente, estivessem em conformidade com o código profissional, mesmo que restasse comprovado que determinado delito foi possibilitado com base ou mesmo através delas.⁴¹⁷

Assim, a conduta profissionalmente adequada foi definida por WINFRIED HASSEMER como a atuação profissional normal, neutra, socialmente aceita e regida por normas, a qual não precisa evitar uma sua análise ou avaliação pelo direito, já que complementa as normas penais, conferindo-lhes nítidos contornos e limites em relação à atividade em questão, sem neutralizar ou contradizer a legislação penal.⁴¹⁸ Torna-se, assim, evidente a impunidade do agente quando ele tenha cumprido todas as normas e obrigações que regulam sua profissão, o que se afigura como muito útil para a verificação *in concreto* sobre a punibilidade de uma conduta que, em outro contexto, poderia ser tida como participação delitiva, sendo que parcela da doutrina defende que a impunibilidade, nesses casos, persistiria ainda que o profissional conheça as intenções de seu cliente.⁴¹⁹

Isso fica particularmente claro no caso dos agentes financeiros que, tendo realizado todos os cadastros e verificações prescritos pelas normas bancárias, por exemplo, realizam uma transferência de dinheiro para uma conta de investimentos situada

⁴¹⁶TOLSMA, Joris. op. cit., p. 28.

⁴¹⁷Cf. OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens, cit., p. 436; TOLSMA, Joris. op. cit., p. 29.

⁴¹⁸*Verbis*: “Professionell adequates Verhalten ist nach seinem Verständnis ‘normales, neutrales, sozial akzeptiertes und regelgeleitetes berufliches Handeln, welches sich nicht zu verstecken braucht, weil es Strafrechtsnormen nicht neutralisiert, sondern ergänzt, konturiert, konkretisiert und auf bestimmte Handlungsfelder bezieht, ohne dabei strafrechtlichen Verboten zu widersprechen’.” Cf. OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens, cit., p. 436. Nesse sentido, também, CALLEGARI, André Luís. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro, cit., p. 471. O mesmo também é defendido por GRECO, Luis. op. cit., p. 51.

⁴¹⁹Tal argumentação decorre da relação entre a teoria da adequação social e a teoria de adequação profissional. Esta herdou a subjetividade daquela antes de evoluir ao ponto de originar a teoria dos negócios “standard”, que procura ser mais objetiva do que as duas primeiras ao manter seu parâmetro fixado com base nas regras de classe das diversas profissões. Nesse sentido, v. CALLEGARI, André Luís. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro, cit., p. 471.

num paraíso fiscal, ou seja, quando fornecem um serviço em conformidade com os padrões e condições, segundo os quais seu cliente os poderia solicitar a qualquer outro profissional sem levantar suspeitas.⁴²⁰ No caso dos profissionais do direito, a mesma situação se verifica, sendo que o GAFI aponta diversos serviços por tais profissionais regularmente prestados e que podem ser utilizados para facilitar a lavagem de dinheiro, entre os quais: a criação de sociedades e grupos societários, transações financeiras e imobiliárias, consultorias tributárias etc. Nesse sentido, também MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ afirma que quaisquer profissionais apenas podem ser tidos como agentes ou partícipes da lavagem de dinheiro quando “son solidarios con el injusto, con los fines del lavado”.⁴²¹

HARRO OTTO delimita a responsabilidade penal por ações neutras distinguindo entre a atuação adequada na vida privada (adequação social) e na vida profissional (adequação profissional). Assim, a responsabilidade penal no âmbito profissional dependeria do *animus* do prestador do auxílio em relação ao cometimento do delito. Nesse contexto, este agente somente seria punível desde que conhecesse positivamente o perigo do cometimento do delito. Enquanto o profissional apenas suspeitasse acerca da possibilidade de influir na realização do delito, ainda que assumindo conscientemente tal risco, não poderia ser punido pela participação criminosa. Assim, a distinção entre as duas vertentes da adequação decorreria da liberdade de ofício incidente sobre a adequação profissional, na qual o dolo eventual não bastaria para uma imputação penal. Diferentemente, na adequação social, aplicável à vida privada, o dolo eventual bastaria para determinar a participação criminosa, restringindo a liberdade individual em favor da proteção dos bens jurídicos penais.⁴²²

Um tal rigor maior quanto à adequação social parece fazer sentido quando se tem em vista que, da realização de sua atividade profissional, lícita e regulamentada o sujeito deriva seu sustento, não podendo ser o objetivo das normas atinentes à lavagem de dinheiro impedir sua consecução, pelo menos enquanto tais atividades forem tidas como úteis e necessárias à vida em sociedade.

Em sentido oposto, pode-se afirmar que isentar condutas profissionalmente adequadas da responsabilidade penal equivaleria à criação de lacunas na

⁴²⁰Nesse sentido, v. OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens, cit., p. 436; CALLEGARI, André Luís. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro, cit., p. 466; NESTLER, Cornelius. op. cit., p. 124.

⁴²¹BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit., p. 19.

⁴²²OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht – allgemeine Strafrechtslehre*, cit., p. 74-75, 335-337; TOLSMA, Joris. op. cit., p. 42.

lei penal quanto a áreas particularmente propícias e convidativas à participação criminosa justamente por seu caráter lucrativo, posto que os serviços utilizados como apoio ao cometimento do delito são remunerados.⁴²³ Ademais, coloca-se o problema de que nem todas as profissões encontram-se regulamentadas legalmente e, mesmo entre as que o são, tal regulamentação não necessariamente leva em conta os interesses da coletividade, sobretudo, quando as regras são estabelecidas no âmbito da própria corporação, e não pelo legislador comum, razão pela qual a sua observância não poderia ser tida necessariamente como um indício da licitude da atuação do profissional.⁴²⁴ Dessa forma, a punição do concurso por meio de condutas profissionalmente adequadas também não infringiria o direito constitucional da liberdade de ofício, uma vez que essa garantia não permite que se promovam condutas criminosas com a atividade profissional, bastando a verificação do dolo eventual do partícipe.⁴²⁵

Dificuldade maior parece derivar da necessidade de se estabelecer o grau de encontro de vontades necessário para a verificação de uma participação punível daquele indivíduo que atuou no âmbito de seu mister profissional.

Especificamente quanto à cobrança de honorários por parte de advogados, MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ afirma que esta conduta nunca poderia ser tida como de participação na lavagem de dinheiro do cliente por não ser possível verificar, aqui, a coincidência de objetivos: o advogado objetiva receber o pagamento que lhe é devido por seus serviços e não, dar aparência legítima a ganhos de origem delitiva, que seria o objetivo de seu cliente. Nesse contexto, o autor destaca que os próprios requisitos subjetivos postos pelas leis de lavagem excluem a responsabilização penal destes profissionais nesses casos, uma vez que devem não somente conhecer a origem ilegal dos valores recebidos como também que sua transferência seja realizada para ocultar ou

⁴²³NIEDERMAIR, Harald. op. cit., p. 540, 544.

⁴²⁴Esta a posição do BVerfG alemão de 14.07.1987, 1 BvR 537/81. STANDESRICHTLINIEN. Disponível em: <<http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintText&Name=bv076171>>. Acesso em: 17 mar. 2011. *Verbis*: „Die Verfassung gebietet nicht, daß Einschränkungen der Berufsfreiheit ausschließlich durch den staatlichen Gesetzgeber (...) angeordnet werden müssen. Vielmehr sind solche Regelungen innerhalb bestimmter Grenzen auch in Gestalt von Satzungen zulässig, die von einer mit Autonomie ausgestatteten Körperschaft erlassen werden. Der Gesetzgeber muß dabei aber (...) berücksichtigen, daß die Rechtssetzung durch Berufsverbände besondere Gefahren für die Betroffenen und die Allgemeinheit mit sich bringen kann; (...) Im einzelnen hängt die Abgrenzung von der Intensität des Eingriffs in das Grundrecht der Berufsfreiheit ab, wobei die Anforderungen an die Bestimmtheit der erforderlichen gesetzlichen Ermächtigung um so höher sind, je empfindlicher der Berufsangehörige in seiner freien beruflichen Betätigung beeinträchtigt wird und je stärker die Interessen der Allgemeinheit an der Art und Weise der Tätigkeit berührt werden (vgl. BVerfGE 33, 125 [155 ff.]; ferner BVerfGE 71, 162 [172] m. w. N.).“

⁴²⁵NIEDERMAIR, Harald. op. cit., p. 543.

dissimular tal origem, o que não se verifica na medida em que o objetivo do profissional do direito seja a defesa de seu cliente ou o fornecimento de informações sobre as normas legais financeiras, por exemplo, a serem cumpridas em determinada situação.⁴²⁶

GÜNTHER JAKOBS, por sua vez, afirma que aquelas pessoas que meramente oferecem serviços ou bens cotidianos com os quais mediatamente são cometidos delitos não poderiam ser alcançadas pela responsabilidade criminal, uma vez que podem ser vistas como fungíveis. Isto é, tendo em vista que o autor do delito pode facilmente buscar os mesmos serviços ou bens junto a outras pessoas na sociedade, ou até mesmo substituí-los por serviços ou bens similares, a proibição de sua atividade não resultaria em maior expectativa de segurança para os demais cidadãos.⁴²⁷ Assim, argumenta ainda que deveria ser impedido o alcance penal daquelas pessoas cuja atividade, ao tempo de sua execução, não dependia da – e nem visava a – realização da ação delitiva pelo criminoso principal.⁴²⁸

A responsabilidade do participante deve ser excluída quando sua atividade encerra apenas a entrega de determinado bem ou serviço, não existindo uma união de desígnios entre ele e o autor do crime principal e, portanto, podendo a sua conduta ser distanciada do delito cometido. A ação do “participante”, aqui, é conjunta à do agente; entretanto, enquadra-se no âmbito de uma intervenção não delitiva na conduta da pessoa que desnatura essa atuação para a realização da ação criminosa.⁴²⁹ Diferentemente, deve responder como partícipe quando for possível verificar que suas ações foram formatadas especificamente com vistas à promoção dos delitos de terceiro.⁴³⁰

⁴²⁶BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit., p. 19-20.

⁴²⁷NIEDERMAIR, Harald. op. cit., p. 512.

⁴²⁸De acordo com referido autor, “Se o comportamento se contempla de forma isolada, na maioria dos casos deverá ser considerado socialmente adequado, pela simples razão de que, no âmbito dos delitos de resultado, o comportamento, quando privado de sua referência ao resultado, carece de toda vinculação a algo delitivo, isto é, não resulta possível constatar que esteja proibido, e também é completamente insípido em relação ao critério das ‘ordens historicamente geradas’. Se, ao contrário, amplia-se o contexto que se leva em conta, ao menos, para as circunstâncias a cuja presença cabe deduzir a produção do resultado (e só então tem interesse jurídico-penal o conceito de adequação social), nos casos que estão estereotipados (e, portanto, não podem ser resolvidos pelo risco permitido), falta toda concreção minimamente clara de dita ordem, de modo que, neste contexto, o contexto de adequação social nada aporta à averiguação dos princípios de imputação, mas tampouco impede chegar a uma determinada conclusão.” JAKOBS, Günther. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñarada Ramos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996. p. 129-130. V., também, OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens, cit., p. 437.

⁴²⁹CALLEGARI, André Luís. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro, cit., p. 468; TOLSMA, Joris. op. cit., p. 32-33.

⁴³⁰TOLSMA, Joris. op. cit., p. 33.

Similarmente, HERIBERT SCHUMANN também volta o foco da sua análise desse problema para a união de desígnios entre o agente principal do delito e o possível cúmplice por ações neutras. A proximidade da atuação neutra ou adequada do delito ou injusto é por ele identificada como um indício de solidarização entre o agente supostamente neutro e o autor do crime. Imprescindível, nesse caso, analisar qual o aspecto da ação delitiva que é apoiado pela conduta: a responsabilidade penal somente caberia quando este fosse próximo do cerne do injusto. Desse modo, o autor baseia a responsabilidade penal por ações neutras no critério mais objetivo da análise da medida da promoção do injusto. Esta deve ser identificada como principal razão para a atuação “neutra”.⁴³¹

Em oposição a essa teoria coloca-se o argumento de que a proximidade temporal da ação neutra ou adequada ao cometimento do delito não oferece uma delimitação nítida ao alcance da responsabilidade criminal. Assim, não resta claro porque o momento do auxílio deve ser determinante no estabelecimento da participação delitiva quando a escolha do momento da execução do delito não interfere no caráter patrocinador da ação do possível partícipe.⁴³² Ademais, o critério da “solidarização” não poderia ser visto como único determinante dado que, no limite, levaria à conclusão da desnecessidade de verificação de uma relação causal entre a ação neutra e o delito ou até mesmo a ampliação do risco para o bem jurídico.⁴³³

A teoria proposta por CLAUS ROXIN para a solução desse problema combina elementos subjetivos e objetivos. Conforme propõe o autor de Munique, a promoção de um ato típico doloso de terceiro quedaria impune sempre que a conduta em questão continuasse útil para o autor do delito, mesmo que afastada a finalidade delitiva principal.⁴³⁴ Ademais, o estabelecimento da participação punível dependeria da análise da intenção do prestador do auxílio em relação ao delito. Conforme fosse verificável a presença de alguma modalidade de dolo (direto ou eventual), a imputação objetiva ocorreria sob diferentes condições. No âmbito das ações neutras, mesmo que o autor neutro tivesse pleno conhecimento das intenções do autor principal do crime, a participação não

⁴³¹SCHUMANN, Heribert. op. cit., p. 57-60. V., também, NIEDERMAIR, Harald. op. cit., p. 513; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Comares, 2001. p. 54; OTTO, Harro. *Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens*, cit., p. 437; GRECO, Luis. op. cit., p. 42-50.

⁴³²TOLSMA, Joris. op. cit., p. 30-31.

⁴³³NIEDERMAIR, Harald. op. cit., p. 514.

⁴³⁴Id. Ibid., p. 528.

seria punível quando não fosse possível verificar um ataque próprio do partícipe ao bem jurídico protegido.⁴³⁵ A contribuição somente seria punível quando a sua conduta perdesse o sentido ao ser examinada em apartado da conduta criminosa. A finalidade delitiva, aqui, equivale a um desvalor que extrapola os limites da acessoriedade e da ampliação do risco decorrente do mero auxílio. Isso se coaduna com a teoria da imputação objetiva, pois, não sendo possível verificar a finalidade delitiva e em se tratando de um risco permitido, impossível identificar a existência de ataque a um bem jurídico. De acordo com o princípio da confiança (“Vertrauensgrundsatz”), todos podem confiar em que outros não cometam crimes dolosamente. Consequentemente, o limite do risco permitido para o participante que atua com dolo eventual somente é ultrapassado quando for prestado a um agente nitidamente disposto à prática delitiva (“erkennbar tatgeneigten Täter”), caso em que também os conhecimentos especiais do participante devem ser levados em consideração para sua responsabilização penal.⁴³⁶

Essa delimitação, contudo, acaba por equiparar a situação do dolo eventual à do dolo direto: afinal, quem se dispõe a apoiar uma pessoa em sua conduta tendente a lesionar um bem jurídico protegido, de fato adere ao objetivo do autor principal, pois tem consciência da ampliação das chances de sucesso deste em função do apoio prestado.⁴³⁷

Verifica-se, portanto, que, apesar de os diversos autores estabelecerem fundamentos para as suas respectivas teorias em pressupostos distintos, alcançam a mesma conclusão no que tange a condição decisiva para que se configure a participação delitiva por meio de ações neutras, qual seja, a união de desígnios (criminosos). Ainda aqui, no entanto, deve ser distinguida a conduta daqueles que prestam serviços tendo consciência sobre o fim criminoso de seus clientes, e aqueles que meramente realizam suas atividades sabendo que podem vir a ser desvirtuadas para o alcance de uma finalidade delituosa.⁴³⁸ No primeiro caso, é necessário demonstrar que o profissional também aderiu à intenção

⁴³⁵NIEDERMAIR, Harald. op. cit., p. 543. Nesse sentido, ver também as explicações sobre a delimitação traçada por Claus Roxin em relação aos riscos juridicamente permitidos e proibidos. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, cit., p. 159.

⁴³⁶TOLSMA, Joris. op. cit., p. 39-40; NIEDERMAIR, Harald. op. cit., p. 533.

⁴³⁷NIEDERMAIR, Harald. op. cit., p. 533-534.

⁴³⁸Cf. OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens, cit., p. 437.

criminosa de seu cliente; no segundo, deverá ser comprovado que sua conduta extrapolou o risco permitido face à existência de uma aparente disposição criminosa do cliente.⁴³⁹

Exatamente esse ponto em comum pode ser identificado como a maior dificuldade das teorias acima referidas, uma vez que, no final das contas, o que determina a punibilidade da conduta é a consciência da ilicitude do ato e a vontade de praticá-lo ainda assim por parte da pessoa cuja conduta é analisada.⁴⁴⁰ Em busca de uma solução para tal problema, alguns autores afirmam que a participação criminosa através de ações neutras pode ocorrer na condução usual dos negócios, devendo ser verificada a existência de conhecimento de desígnios ou, mesmo, de coincidência de desígnios para o estabelecimento da responsabilidade criminal nesses casos.⁴⁴¹

Trata-se, aqui, daquelas atividades que, aos olhos de terceiros imparciais, aparentam ser legítimas, e que somente quando conhecidos os demais fatores que as circundam e determinam, podem vir a evidenciar seu caráter ilícito.⁴⁴² Constituem as chamadas “ações neutras”, justamente por seu caráter normal, regular ou cotidiano, condutas lícitas cuja realização não necessita de quaisquer explicações na sociedade. Apenas ganham relevância penal em função de sua contextualização em dado cenário delitivo. Ademais, não perdem o seu sentido no contexto social quando descartada a finalidade criminosa específica do agente e seriam realizadas pelo agente neutro também em face de outras pessoas, que não o autor do crime.⁴⁴³ Também aqui, portanto, a maior dificuldade que se coloca é a caracterização da participação criminosa em função do

⁴³⁹Nesse sentido, ver também CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 419. Consideravelmente mais restritiva é a posição de M. REALE JÚNIOR no que toca a cumplicidade por ações neutras: o autor afirma que apenas se poderá falar de uma participação por meio de ações neutras quando restar configurada a vontade comum entre o agente principal e o autor neutro. Isso porque, na ausência da vontade comum, a atuação seria um “ato unilateral, que na corrente causal importa a um regresso ilimitado”. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit., p. 322-323.

⁴⁴⁰Nesse sentido, v. OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens, cit., p. 441.

⁴⁴¹Entre outros, BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, cit., p. 8. Diferentemente, a Corte Constitucional alemã (Bundesverfassungsgericht) estabeleceu, num julgamento de 2004, que ao defensor criminal poderia ser imputado o crime de lavagem de dinheiro desde que conhecesse a origem ilícita do dinheiro com o qual ocorresse o pagamento de seus honorários. Cf. NESTLER, Cornelius. op. cit., p. 125, 133; TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. op. cit., p. 290.

⁴⁴²Nesse sentido, W. HASSEMER afirma denominar como atividades neutras aquelas atividades que preenchem os pressupostos da participação sem, no entanto, configurarem uma participação objetiva. *Verbis*: “Ich nenne – in sehr allgemeiner Begriffsbestimmung – diejenigen Handlungen, welche die traditionellen Voraussetzungen des Unrechts der Beihilfe erfüllen, am Ende aber kein objektives Beihilfeunrecht sind, “neutrale” Handlungen.” Cf. HASSEMER, Winfried. *Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung. Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Strafrecht (WISTRA)*, Heidelberg, ano 14, n. 2, p. 42, 1995.

⁴⁴³SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. op. cit., p. 35, 153; MEYER-ARNDT, Lüder. Beihilfe durch neutrale Handlungen? *Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Strafrecht (WISTRA)*, Heidelberg, ano 8, p. 281-287, 1989; WOHLLEBEN, Marcus. *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*. München: C.H. Beck, 1997. p. 4.

conhecimento da intenção do criminoso principal e da vontade do partícipe de a ela se unir, ou seja, da determinação do elemento subjetivo.⁴⁴⁴

Em vista disso, faz-se cada vez mais necessário delimitar claramente a responsabilidade criminal no caso das ações neutras. Para tanto, contudo, imprescindível estabelecer uma definição clara do conceito do que sejam ações neutras, a fim de então proceder à determinação dos limites entre as ações neutras puníveis e as impuníveis.

Buscando atribuir contornos mais objetivos à teoria das ações neutras como possível limitadora da responsabilidade criminal no âmbito da participação delitiva, parcela da doutrina defende que a aplicação desta teoria deve ter em conta tanto a proteção do bem jurídico quanto os critérios da imputação objetiva. Assim, deve ser analisado se a conduta possivelmente neutra expõe o bem jurídico protegido a uma lesão proibida pela lei penal, bem como, em um segundo momento, se a ação neutra é perigosa.⁴⁴⁵

Nesse contexto, o que se deveria considerar é se determinada conduta é objetivamente proibida pelo ordenamento jurídico com vistas à proteção do bem jurídico por ela colocado em risco, ou se é permitida, em nome do direito fundamental da liberdade.⁴⁴⁶ HARALD NIEDERMAIR propõe a proibição de uma ação neutra sempre que verificada a presença de dois elementos: (i) o aumento do risco da ocorrência de um delito, e (ii) o reconhecimento desse aumento pelo prestador do auxílio.⁴⁴⁷ Na maior parte das condutas neutras, contudo, não será possível reconhecer os dois elementos – ainda que somente em função da astúcia do autor principal que souber esconder suas intenções delitivas do agente neutro –, razão pela qual não poderão ser punidas criminalmente.⁴⁴⁸

⁴⁴⁴Conforme destaca M. REALE JÚNIOR, trata-se de elemento essencial para a própria tipificação do concurso de pessoas: “a intenção de atuar em conjunto é elemento integrante e definidor do concurso de pessoas, pois é a convergência de vontades na realização do ilícito penal que marca a ocorrência do concurso.” Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit., p. 315. Nesse sentido I. BLANCO CORDERO afirma que, no direito espanhol, “toda cooperación al hecho antijurídico de otro constituye siempre una participación punible en forma de cooperación necesaria o de complicidad. En esta línea, las acciones neutrales suponen también una cooperación al delito de otro, aunque se desenvuelvan en el marco de la normalidad diaria. La venta de herramientas por el ferretero a un cliente, de quien casualmente conoce que se va de servir de ellas para cometer un robo, la venta de panecillos por el panadero a sabiendas de que el cliente pretende envenenarlos y servirse a su mujer, etc., son actuaciones cotidianas para el ferretero y para el panadero. Sin embargo, todas ellas contribuyen al posterior delito del cliente, quedando formalmente abarcadas por los tipos de la cooperación necesaria o de la complicidad.” BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, cit., p. 8; TOLSMA, Joris. op. cit., p. 6.

⁴⁴⁵GRECO, Luis. op. cit., p. 117; NIEDERMAIR, Harald. op. cit., p. 508.

⁴⁴⁶Nesse sentido, ver GRECO, Luis. op. cit., p. 119-121.

⁴⁴⁷NIEDERMAIR, Harald. op. cit., p. 539.

⁴⁴⁸Id., loc. cit.

Segundo MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, a exclusão das chamadas ações neutras, normais ou socialmente adequadas se dá a partir dos princípios da imputação objetiva, permitindo que se evitem condenações verdadeiramente absurdas. Assim, verifica-se a atipicidade da conduta a partir das teorias do risco permitido, da confiança e da proibição de regresso.⁴⁴⁹

A teoria do risco permitido, pela qual se parte do pressuposto de que na sociedade complexa pós-industrial e globalizada existem algumas atividades que, apesar de acarretarem certo risco para bens juridicamente relevantes, são indispensáveis para a comunidade, permite identificar certas atividades como toleradas, por mais que não sejam bem-vindas, desde que observados os deveres de zelo e as regras especificamente aplicáveis às diversas situações.⁴⁵⁰ O problema enfrentado na definição e delimitação dessa teoria encontra-se, sobretudo, nos limites imprecisos entre ela e a teoria da adequação social, uma vez que sua origem encontra-se nos riscos de vida modernos que acarretam consequências até o momento desconhecidas em sua plenitude.⁴⁵¹

A definição do que vem a ser o risco permitido torna-se mais complicada quando transposta para a atividade profissional pura. Assim, na vida privada, um indivíduo pode reconhecer que está sendo envolvido – ainda que indiretamente – numa atividade criminosa e dela se esquivar, ao passo que na vida profissional, por exemplo, quando a pessoa trabalhar num grande banco de investimentos, nem sempre terá o poder, a liberdade ou a independência – inclusive financeira – para poder evitar sua contribuição, de qualquer maneira, ou para poder influenciar na tomada de decisão que levará a prática da ação delitiva.⁴⁵²

⁴⁴⁹BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit., p. 19.

⁴⁵⁰Nesse sentido, v. HASSEMER, Winfried. Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung, cit., p. 45; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, cit., p. 159.

⁴⁵¹Nesse sentido, U. KINDHÄUSER afirma que o risco permitido parte da aceitação pela sociedade de interações sociais potencialmente perigosas em determinados setores da vida, interações essas em que tanto a vítima quanto o agente desconhecem as consequências de suas atitudes. *Verbis*: “Das erlaubte Risiko geht vielmehr aus einer gesellschaftlichen Akzeptation von (abstrakt) gefährlichen Interaktionen in bestimmten Lebensbereichen hervor, und zwar von Interaktionen, bei denen künftige Täter und Opfer vom Schleier des Nichtwissens bedeckt sind.” Cf. HASSEMER, Winfried. Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung, cit., p. 46.

De fato, menciona-se que o risco permitido muitas vezes é tido como base para a determinação da adequação social de uma conduta. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*, cit., p. 273-274.

⁴⁵²Nesse sentido, v. OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens, cit., p. 441.

Para WOLFGANG FRISCH, a atuação que de qualquer forma venha a promover a realização de um delito por um terceiro somente pode ser tida como participação delitiva e, portanto, punida, quando for possível demonstrar que a restrição da liberdade se justifica como remédio necessário e adequado para a proteção de determinado bem jurídico. Com base no princípio da proporcionalidade, o autor pretende excluir do âmbito da participação delitiva aquelas formas de assistência que o autor do crime poderia facilmente obter de outro modo, sem prejuízo para sua empreitada criminoso.⁴⁵³

Transposta a teoria do risco permitido para a seara profissional, e tendo em vista a ponderação sugerida por WOLFGANG FRISCH, especificamente com vistas à lavagem de dinheiro, pode-se afirmar que, como regra, a realização de determinadas atividades que, teoricamente, poderiam ser enquadradas no tipo penal em foco, não deve ser proscrita criminalmente. Conforme já anteriormente destacado, em geral, as transações e demais atividades realizadas no ínterim e com o objetivo de lavar ganhos de origem criminoso são, em si, lícitas, não por último em razão do fato de que, se fossem ilegais, não se prestariam a dar aparência legítima ao seu objeto.

Esta é a dificuldade central na persecução da lavagem de dinheiro: trata-se de um delito cuja execução tendencialmente envolve quase que exclusivamente condutas lícitas, regulamentadas nos âmbitos em que se realizam, razão pela qual não somente não precisam ocultar-se da sociedade, como apenas chamariam a atenção se o fizessem. Ademais, conforme anteriormente exposto, impossível determinar o risco criado para um bem jurídico que sequer pôde ser identificado como protegido pelo tipo penal em questão. Sua única mácula consiste na origem do seu objeto e na intenção dos envolvidos.

⁴⁵³FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg: C. F. Müller, 1988. p. 29, 70, 247-250, 293-241, 311-313; FRISCH, Wolfgang. *Beihilfe durch neutrale Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe*. In PRITTWITZ, C., BAURMANN, M., GÜNTHER, K., KUHLEN, L. et al (Eds.). *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Baden-Baden: Nomos, 2002. p. 539-550; TOLSMA, Joris. op. cit., p. 37-38.

5. A NECESSIDADE DE UMA TUTELA PENAL PARA A LAVAGEM DE DINHEIRO – ALTERNATIVAS

Um dos possíveis processos pelos quais se produzem leis segue uma lógica racional deliberativa. Nesse modelo, o legislador procura determinar a dimensão do novo “problema” que se apresenta no contexto social para então analisar as diversas alternativas possíveis para o seu enfrentamento, levando em consideração os respectivos efeitos (projetados) bem como o valor que pode ser atribuído legitimamente aos diversos fatores envolvidos. Apenas então decide-se sobre a medida legislativa a ser implementada.⁴⁵⁴ Esse método raramente parece ter sido seguido na promulgação do direito penal brasileiro, sobretudo, desde o início da década de 1990.

A atividade legislativa brasileira no âmbito do direito penal moderno, sobretudo no que tange os delitos mais comumente relacionados à criminalidade organizada, qualifica-se primordialmente por uma nítida filiação ao chamado direito penal de emergência. Este é formulado e promulgado às pressas e em face de algum acontecimento com particular ressonância na opinião pública, sem atenção a alternativas regulatórias oferecidas por outros ramos do direito e, muito menos, sob a consideração da possibilidade de inércia legislativa.⁴⁵⁵ Via de regra, o direito penal de emergência caracteriza-se pela tentativa de introduzir uma série de exceções em relação aos mandamentos constitucionais e princípios basilares do direito penal, ao argumento de que determinados delitos seriam tão mais graves por sua magnitude do que os demais, que necessitariam ser enfrentados com maior rigor.⁴⁵⁶ Assim, restringem-se direitos fundamentais, através, por exemplo, da introdução de inversões de ônus probatórios, regras específicas (e mais restritivas) relativamente a temas como fiança e liberdade ao longo do processo, entre outras tantas que podem ser tidas como de (no mínimo) dúbia constitucionalidade. Tal cerceamento de direitos é ampliado cada vez mais por meio da equiparação de outros comportamentos à conduta originalmente atacada, ao argumento de que somente assim pode ser preservada a consistência entre as normas penais, e afastando

⁴⁵⁴ ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 7.

⁴⁵⁵ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 23-24, 32, 72-74; ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 7-8. Este autor indica a existência da mesma tendência em diversas outras jurisdições.

⁴⁵⁶ ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 10.

o direito penal do ideal liberal que norteou a criação das garantias ainda existentes.⁴⁵⁷ Tudo isso, sem que seja feita uma comparação entre os benefícios e os custos correspondentes à nova legislação.

A flexibilização das garantias constitucionais, no entanto, não pode ser aceita em circunstâncias diversas daquelas previstas expressamente na própria Constituição, sob pena de regresso a um sistema medieval de direito penal, em que a intervenção punitiva estatal era incontida por qualquer mecanismo legal. Medidas que visam maior eficácia penal às custas da segurança jurídica não podem ser admitidas no direito penal de nenhum Estado Democrático de Direito contemporâneo.⁴⁵⁸

Nesse sentido, ANA ELISA LIBERATORE SILVA BECHARA identifica duas tendências paralelas no direito penal brasileiro contemporâneo:⁴⁵⁹ de um lado, a elevação de quaisquer situações ao status de bem jurídico legitimatório de novas leis criminais, de outro, a crescente aceitação da penalização de infrações de dever na esfera supraindividual, em mesmo passo prescindindo-se da teoria do bem jurídico.

A atividade legiferante voltada à proteção penal da economia⁴⁶⁰ deveria dar-se com particular cuidado e especial observância das regras de tipificação fechada, evitando ao máximo a promulgação de tipos penais em branco para impedir a intervenção excessiva do aparato administrativo na tipificação penal, e com observância dos princípios da legalidade e culpabilidade, limitadores que são da atividade punitiva estatal.⁴⁶¹

Do mesmo modo, jamais poderiam ser ignorados os princípios limitadores da ofensividade ao bem jurídico, da subsidiariedade e da fragmentariedade penal. No entanto, o que se verifica no âmbito do direito penal econômico é, frequentemente, o contrário: assim, diante da dificuldade de delimitar claramente o bem jurídico protegido, adotou-se como tal genericamente a ordem econômica, que constitui, em verdade, ampla gama de relações e interesses sequer limitados ao âmbito do alcance

⁴⁵⁷Na legislação brasileira, esse movimento já pôde ser acompanhado pelo menos uma vez nitidamente, com a promulgação da Lei nº 8.072, de 25.07.1990, sucessivamente alterada a fim de ampliar o seu alcance.

⁴⁵⁸Cf. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 33.

⁴⁵⁹BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 372.

⁴⁶⁰Foco que aqui se adota em função de ser este o âmbito mais frequentemente defendido como aquele em que a lavagem de dinheiro se enquadraria, pelo menos, de acordo com a doutrina majoritária brasileira.

⁴⁶¹Nesse sentido, ver CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 73-75. Na literatura anglo-saxã, semelhantemente, fala-se em “sufficiently serious harm” e “sufficiently culpable mental state”, cf. ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 25.

das normas penais nacionais. Esta também é uma explicação para o fato de proliferarem neste campo as tipificações de crimes de perigo. Deixou-se de tratar o direito penal como último recurso para a inibição de condutas indesejadas nesse âmbito, passando-se a recorrer à criminalização quase como por um reflexo,⁴⁶² como se, com isso, os problemas fossem resolvidos.

Especificamente, quanto à lavagem de dinheiro, a doutrina destaca que, no afã punitivista, acabou-se por abarcar na tipificação também a “lavagem” de valores que não necessariamente provêm de condutas cujo combate tal legislação havia estipulado como objetivo.⁴⁶³ Imagine-se, por exemplo, no caso brasileiro, o mero recebimento de herança no exterior que não houvesse sido declarado às autoridades fazendárias e cujo estado de sonegação se perpetuasse ao longo de gerações – já antes da introdução do tipo penal em questão.⁴⁶⁴

Para MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, esse fenômeno desaconselha a criminalização da conduta da lavagem de dinheiro à margem dos delitos de favorecimento e receptação.⁴⁶⁵ O autor afirma que a criminalização da conduta é falaciosa, evidenciando a crença das autoridades legiferantes na melhor eficácia das leis penais (em contraposição aos demais ramos do direito) para o combate à delinquência, seguindo-se com a disseminação da ideia de que o direito penal é o instrumento ideal para erradicar a criminalidade. Assim, discorre sobre o avanço histórico da consciência de que condutas ilícitas deveriam ser combatidas com as medidas menos gravosas possíveis, e apenas em última instância por meio do direito penal. Este, afinal, apoia-se nas sanções mais lesivas para o indivíduo, aplicáveis após a ocorrência de um delito e, por esse motivo, não tem como objetivo a extinção de tal fenômeno, mas persegue outra finalidade.⁴⁶⁶ Portanto, a prevenção de comportamentos indesejados deve ser buscada por outros meios, adequados

⁴⁶²P. ALLDRIDGE descreve a atividade legiferante nesse contexto como “a knee-jerk response”. (Cf. ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 68).

⁴⁶³Nesse sentido, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit., p. 14.

⁴⁶⁴Tal conduta encontra-se criminalizada na Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, no parágrafo único do seu Art. 22 e constituiria um crime antecedente de acordo com o inciso VI da Lei nº 9.613/1998 por ser um crime praticado contra o Sistema Financeiro Nacional. M. BAJO FERNÁNDEZ destaca as atividades lícitas realizadas à margem da economia formal, tal como “el autoconsumo, abundante en los grupos agrarios, e el trueque, fenómeno que se viene desarrollando en los países industrializados entre profesionales” como exemplos para essa situação. (Id. Ibid., p. 14). Ainda mais dramática será a situação da legislação brasileira, caso a alteração da dicção do Art. 1º da Lei nº 9.613/1998 seja aprovada como pretende o Congresso Nacional através do SCD 209, de 2003, ao incluir entre as condutas prévias todas as infrações penais.

⁴⁶⁵Id. Ibid., p. 12.

⁴⁶⁶Id. Ibid., p. 15.

para tanto e eficazes na persecução desse objetivo, que não é alcançado pela atual criminalização inflacionária de condutas.

De fato, a necessidade da criminalização da lavagem de dinheiro é um ponto muito controverso na doutrina. Assim, CARLOS ARÁNGUEZ SÁNCHEZ destaca que, ao mesmo tempo em que se fazem ouvir vozes doutrinárias no sentido de que a tipificação penal da lavagem de dinheiro corresponderia a necessidades político-criminais de primeira grandeza, outras negam a existência de uma necessidade de proteção específica, identificando-a como uma conduta que apenas mantém a lesão já causada pelo crime antecedente a determinado bem jurídico, sem, contudo, agravá-la, razão pela qual uma simples modificação dos tipos penais de receptação e favorecimento (real e pessoal) bastaria para alcançar com eficácia o que hoje se busca com o tipo penal da lavagem de dinheiro.⁴⁶⁷

5.1. A realidade presente do *bis in idem* e da falta de bem jurídico protegido – direito penal simbólico

Conforme já indicado, uma crítica recorrente ao tipo penal da lavagem de dinheiro consiste na dúvida acerca da configuração de *bis in idem* sempre que a pessoa a quem se imputa a lavagem de dinheiro também tenha atuado – de qualquer forma – na realização do crime antecedente. Tal questionamento decorre do fato de que a maior parte das leis de lavagem de dinheiro é omissa nesse aspecto; por sua vez, as leis que o regulamentam explicitamente fomentam o debate, posto que o fazem em sentido variado.⁴⁶⁸ A solução defendida pela doutrina, em geral, acompanha a posição dos autores no que toca as questões atinentes à proximidade entre a lavagem de dinheiro e outros crimes de conexão, ou seja, a receptação e o favorecimento real e pessoal.

Diante deste cenário, a defesa da punição de um indivíduo pelo crime antecedente e pela lavagem de dinheiro ancora-se no argumento de que a vedação existente no caso dos de receptação e de favorecimento decorre do fato de que a sua realização seria

⁴⁶⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. op. cit., p. 77-78.

⁴⁶⁸ P. CAEIRO destaca que (em 2009) o Código Penal belga prevê expressamente esta possibilidade, ao passo que os códigos penais espanhol, francês, suíço e português silenciam quanto à questão e os códigos penais austríaco e italiano vedam uma tal imputação dupla. Cf. CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 408. O Código Penal alemão, que também proibia tal imputação, foi recentemente alterado para a possibilitar, conforme anteriormente mencionado.

uma consequência tida como normal e alcançada pela pena cominada ao delito prévio, o que não se verificaria no caso da lavagem de dinheiro.⁴⁶⁹ Ao contrário, os defensores da impossibilidade de se imputar ambos os fatos ao mesmo agente argumentam existir justamente esse nexo, ao lado da defesa da aplicabilidade das regras de consunção de normas penais.⁴⁷⁰

Afirma-se também que, nos casos em que o autor da lavagem de dinheiro seja o mesmo do crime antecedente, deveria ser excluída a sua culpabilidade pela lavagem de dinheiro com base na teoria da inexigibilidade da conduta diversa.⁴⁷¹ Esta decorreria das garantias fundamentais de presunção de inocência e do direito de permanecer calado do acusado,⁴⁷² bem como do direito de não produzir provas contra si mesmo, respaldado pela Convenção de Direitos Humanos de 1969.⁴⁷³

O exercício de tais direitos tornaria a execução das condutas tendentes a ocultar ou dissimular a origem do produto de um delito imprescindível e até mesmo uma consequência natural, consubstanciando verdadeira causa supralegal de exclusão de punibilidade.⁴⁷⁴ De fato, a maior parte das situações delitivas englobam várias condutas ilícitas sobre as quais poderia pairar a possível aplicação de várias normas penais, exigindo entretida análise para a determinação de seu enquadramento adequado.⁴⁷⁵ A diferença no caso do delito tipificado pelas leis de prevenção e combate à lavagem de dinheiro reside tão somente no fato de ser este um cenário ainda pouco conhecido e cuja difícil apreensão leva os aplicadores do direito a recorrer a todos os instrumentos oferecidos pelo ordenamento jurídico, muitas vezes olvidando a análise acerca de sua adequabilidade para a conduta em questão.

⁴⁶⁹CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 410, 412. Este autor, contudo, esclarece que deveriam ser expressamente excluídas da imputação por lavagem de dinheiro as condutas que “corresponda[m] apenas a uma utilização ou aproveitamento normal das vantagens obtidas e deva[m], por isso, considerar-se abrangida[s] pela punição daquele facto” (p. 412). Na ausência da previsão legal, as regras de consunção deveriam ser aplicadas. No mesmo sentido, GOMES, Abel Fernandes. op. cit., p. 87.

⁴⁷⁰PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. op. cit., p. 75-76; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 144-146.

⁴⁷¹SILVA JÚNIOR, Délio Lins e; PAULA, Marco Aurélio Borges de. Da inexigibilidade de conduta diversa no crime de lavagem de dinheiro praticado pelo mesmo autor do crime antecedente. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo (Coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 61-62.

⁴⁷²Previstos na Constituição Federal brasileira nos incisos LVII e LXIII do Art. 5º, respectivamente.

⁴⁷³Também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

⁴⁷⁴SILVA JÚNIOR, Délio Lins e; PAULA, Marco Aurélio Borges de. op. cit., p. 65, 69-70.

Em sentido contrário, ver ANDRADE, João Costa. op. cit., p. 294.

⁴⁷⁵ANDRADE, João Costa. op. cit., p. 298-299.

Buscando contornar este problema, e voltando seu foco para a relação entre a lavagem de dinheiro e os crimes antecedentes, JOÃO COSTA ANDRADE afirma que forçosa seria a conclusão pela pluralidade de delitos no caso em tela e, conseqüentemente, pelo concurso real entre eles. Isto decorreria do fato de que a tipificação da lavagem de dinheiro, apesar de especificar os objetos possíveis da conduta, não subsume o crime antecedente em sua realização típica, diferentemente do que se verifica, por exemplo, no crime de roubo.⁴⁷⁶ Este autor, contudo, inverte a análise justamente em relação ao delito com o qual realiza a comparação. Assim, tal qual no exemplo do roubo, utilizado pelo autor, no qual é este que absorve a receptação, o crime antecedente absorveria a conduta de lavagem de dinheiro, sendo incabível e injustificável do ponto de vista lógico a análise em sentido contrário.

Apesar desta incongruência, este parece ser o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que se pronunciou, no Acórdão de Fixação de Jurisprudência de 22 de março de 2007, determinando que o autor do crime antecedente que também viesse a praticar a conduta de lavagem de dinheiro comete ambos os crimes, em concurso real.⁴⁷⁷ O tribunal português fundamentou sua decisão primordialmente com base no argumento de que a conduta de lavagem de dinheiro afetaria bem jurídico diverso do ofendido pelo crime antecedente, a concorrência, afastando ademais a teoria segundo a qual a lavagem de dinheiro seria o prolongamento natural do delito prévio e, com isso, estaria abrangida pela pena prevista para este.

A possibilidade do concurso real entre as condutas de lavagem de dinheiro e os crimes antecedentes é frequentemente referendada na doutrina por autores que entendem ser diverso o bem jurídico lesionado, independentemente do fato de que não haja consenso sobre qual seria o bem jurídico afetado pela lavagem de dinheiro, razão pela qual não se verificaria violação do princípio *ne bis in idem*. A celeuma doutrinária decorrente da inexistência de um bem jurídico nitidamente protegido pelo delito de lavagem de dinheiro, por sua vez, também é apontada como um dos fatores que causam o

⁴⁷⁶ ANDRADE, João Costa. op. cit., p. 300.

⁴⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão de 22 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b3054e9c1b1eb8b9802573b7003ad380?OpenDocument>>. Acesso em: 30 out. 2011. Tal posição também é referendada por SVENSON, Gustavo. op. cit., p. 83.

debate em torno da questão relativa à imputação da lavagem de dinheiro ao autor do crime antecedente.⁴⁷⁸

Argumenta-se também que deve ser admitido como autor da lavagem de dinheiro o autor do crime antecedente, pois entendimento diverso seria contraditório aos objetivos político-criminais que orientaram a tipificação da lavagem de dinheiro, além de restringir demasiadamente o alcance da norma penal em questão.⁴⁷⁹ Nesse sentido, a lavagem de dinheiro teria um sentido autônomo em relação ao crime antecedente, devendo ser enquadrada como uma conduta criminosa concorrente, mesmo quando praticada pelo mesmo autor do feito antecedente.⁴⁸⁰ Isto, contudo, parece questionável, posto que o principal argumento político-criminal consiste no objetivo de isolar financeiramente os autores de determinados crimes tidos como particularmente graves, ao mesmo tempo impedindo que usufruam os seus lucros e que recebam auxílio para investí-los nos circuitos econômicos lícitos.

Enfrentando essa questão por outro ângulo, JOSÉ LOBO MOUTINHO afirma que a extensão de um delito somente pode ser concretamente aferida tendo-se em vista a situação real e concreta de sua realização, concluindo pela unidade das condutas, sendo a lavagem de dinheiro o “pós-facto” natural dos delitos prévios. Ao lado dos elementos essenciais do tipo penal, o autor defende a consideração do que denomina de elementos acidentais, quais sejam as circunstâncias antecedentes (ou “antefacto”) e posteriores (ou “pós-facto”) ao fato típico. Segundo o raciocínio que desenvolve, estes também exercem influência decisiva na fixação concreta da pena pelo delito cometido.⁴⁸¹

De fato, ainda que se afaste a argumentação tecida por referido autor, não se pode negar que o autor do crime antecedente não possa ser punido também pela conduta da lavagem de dinheiro por força da regra de consunção, posto que o fato típico descrito na lei de lavagem de dinheiro, ao menos, em sua forma simples, certamente corresponde a “uma utilização ou aproveitamento normal das vantagens obtidas”⁴⁸². E o argumento no sentido de que a “utilização ou aproveitamento normal” não bastam para o preenchimento típico da lavagem de dinheiro não prospera, uma vez que é precisamente

⁴⁷⁸CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 389.

⁴⁷⁹Cf. ANDRADE, João Costa. op. cit., p. 294.

⁴⁸⁰Cf. Id. Ibid., p. 310.

⁴⁸¹MOUTINHO, José Lobo. *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português*. Lisboa: Universidade Católica, 2005. p. 425-426.

⁴⁸²CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 412.

esta que as leis de lavagem de dinheiro visam impedir – buscando isolar o agente do crime antecedente com os seus ganhos ilegítimos, de modo a minar a rentabilidade dos crimes tidos como particularmente graves e nocivos à sociedade.⁴⁸³ Igualmente, não se pode ignorar que o primeiro instinto de qualquer agente criminoso é esconder os lucros auferidos, seja para não descobrirem o cometimento do delito dos quais se originaram, seja para impedir o seu confisco pelo Estado, razão pela qual a lavagem de dinheiro, quando praticada pelo autor ou partícipe do crime antecedente, há de ser considerada um pós-fato impune.⁴⁸⁴

O que frequentemente é ignorado pela doutrina na discussão sobre a possibilidade de punição do autor do crime antecedente também pela lavagem de dinheiro é a gênese desta criminalização. Analisando-se esta, verifica-se que a necessidade de uma tal tipificação penal surgiu a partir das insuperáveis dificuldades em se alcançarem os autores dos crimes antecedentes, sobretudo, quando se pensa na “guerra contra as drogas” ou na “guerra contra o terrorismo”. Assim, a punição de uma pessoa pela lavagem de dinheiro prescinde da prova de seu envolvimento nos crimes que verdadeiramente se visa combater com esta tipificação penal. Portanto, a consequência lógica impõe a subsidiariedade da lavagem de dinheiro em relação ao crime principal – o delito prévio – uma vez que se possa comprovar este, não por último devido ao fato de as penas para tais condutas, via de regra, serem mais graves do que as previstas para a lavagem de dinheiro, exprimindo portanto também o desvalor de todo o comportamento abrangido. E a pena concretamente aplicada deverá levar em consideração todos os fatos e circunstâncias inerentes ao comportamento global sub judice, a fim de cumprir o “mandato da esgotante valoração da matéria proibida”,⁴⁸⁵ incluindo, portanto, as condutas direcionadas à ocultação dos frutos delitivos.

Trata-se, assim, de um concurso aparente de normas. E a punição do autor da conduta prévia também pelo delito de lavagem consubstanciaria nítida violação da proibição de dupla valoração penal da conduta, em afronta ao princípio constitucional *ne bis in idem*.

⁴⁸³ Em sentido contrário, ver ANDRADE, João Costa. op. cit., p. 312.

⁴⁸⁴ Cf. GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 238-240.

⁴⁸⁵ ANDRADE, João Costa. op. cit., p. 321.

5.2. A segurança econômica e a justificativa da criminalização da lavagem de dinheiro

Historicamente restou demonstrado que a ampliação do número de tipos penais voltados à proteção do sistema econômico, sobretudo através da repressão da economia informal, além de resultar na sua inaplicação, acaba por gerar situações que deslegitimam este âmbito de aplicação do direito como um todo, e não somente da lei penal.⁴⁸⁶

Por sua vez, a análise da lavagem de dinheiro com vistas à ordem econômica justifica-se, por mais que não se reconheça tal conceito vago como bem jurídico, dado que, como regra, a realização das condutas que consubstanciam este delito ocorrem majoritariamente neste âmbito, sobretudo no mercado financeiro, através de operações lícitas, pelos motivos anteriormente expostos, e a sua prevenção e mesmo repressão também têm sido promovidas primordialmente neste ambiente, principalmente por meio da crescente regulamentação e imposição de diversos ônus aos agentes do setor financeiro.⁴⁸⁷ Diante dessa realidade, inegável que a economia é afetada pela lavagem de dinheiro em duas frentes: pela sua instrumentalização, por parte dos agentes da lavagem de dinheiro, e pela sua crescente regulamentação e controle, por parte dos Estados e da comunidade internacional.

Segundo PETER ALLDRIDGE, contudo, há pelo menos duas alternativas evidentes ao atual quadro legislativo. De um lado, poder-se-ia reduzir o volume de dinheiro “sujo” na economia mundial através da descriminalização dos delitos prévios (por exemplo, aqueles relacionados ao tráfico e consumo de entorpecentes). De outro, uma análise objetiva do custo-benefício do sistema regulatório contemporâneo indica a sua excessiva onerosidade, tanto para as pessoas obrigadas a implementar e cumprir as suas regras, quanto para o Estado, no âmbito do qual foram criadas estruturas especializadas para a análise das informações recebidas e para o controle das entidades e pessoas obrigadas pela regulamentação. Isso, afirma o autor, poderia ser neutralizado por meio da derrogação das normas regulatórias de aspiração universal, o que permitiria que o fluxo de

⁴⁸⁶ Isto verificou-se, por exemplo, em diversos países membros da extinta U.R.S.S., onde se buscou extinguir o mercado negro, sem que isso jamais se concretizasse e sendo este, finalmente, controlado, utilizado e manipulado pelo próprio Estado. Cf. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.*, p. 39.

⁴⁸⁷ DIONYSOPOULOU, Athanassia. *op. cit.*, p. 13.

capitais voltasse a ser regido exclusivamente pela racionalidade econômica.⁴⁸⁸ Assim, PETER ALLDRIDGE argumenta em favor da abolição das leis de lavagem de dinheiro, que se tornariam desnecessárias na ausência de algumas das atuais proibições.

Interessante destacar que, conforme comprova o foco do incremento regulatório sustentado pela repressão à lavagem de dinheiro, voltado quase integralmente ao controle da circulação de capitais na economia globalizada, todo o combate à lavagem de dinheiro foi, desde a Convenção de Viena de 1988, marcado pelo objetivo de retomar o domínio sobre o fluxo de capitais, em contraposição à ampla liberalização ocorrida no período antecedente.⁴⁸⁹ Evidencia-se, pois, uma larga instrumentalização do direito penal, tendo a criminalização da conduta aparentemente sido realizada com o objetivo de permitir tal controle, o que também esclarece porque os defensores dessa regulamentação se mostram pouco impressionados pelas desalentadoras estatísticas relativas a processos fundados e condenações decorrentes do crime de lavagem de dinheiro.

Recorreu-se à utilização do direito penal para a (re)introdução do controle verdadeiramente almejado porque este se oferecia como o caminho mais fácil. Por um lado, por conta da clara preferência do Estado protagonista do desenvolvimento das normas por este ramo do direito para lidar com tais questões (trata-se da cultura de criminalização dos Estados Unidos da América). Por outro, porque todos os Estados têm um direito penal, o que facilitou o preenchimento do objetivo simbólico da criminalização, plenamente alcançado através da tipificação mundial da conduta.⁴⁹⁰ Um tal emprego utilitarista do direito penal causa repulsa à teoria penal que adota a concepção de proteção de um bem jurídico e é amplamente criticado em países de tradição continental europeia, da mesma forma como a contradição que uma tal criminalização apresenta em relação ao princípio da *ultima ratio*.

⁴⁸⁸ Como exemplo, o autor menciona as leis proibitivas do sigilo bancário. Restaurado este em qualquer jurisdição que assim o desejasse, quedaria extinto o principal argumento econômico hoje empregado para a manutenção das leis da lavagem de dinheiro, no sentido de que o dinheiro não flui para os locais economicamente mais rentáveis. O equilíbrio no fluxo de capitais pode ser buscado tanto através da proibição absoluta de sigilo – notoriamente difícil de ser alcançada, conforme amplamente demonstrado pela prática contemporânea – quanto através da permissão de sigilo para aqueles que o desejam. Cf. ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 43.

⁴⁸⁹ Cf. PIETH, Mark. op. cit., p. 38-39. O autor destaca que, já nas discussões para a celebração da Convenção de Viena, era possível identificar a existência de uma “segunda agenda”, para o controle transnacional do fluxo de capitais. Ver também GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 52.

De fato, há vozes na doutrina que indicam justamente o modelo liberal da economia de mercado como um dos fatores responsáveis pelo incremento das condutas de lavagem de dinheiro. Cf. por exemplo, SVENSON, Gustavo. op. cit., p. 74.

⁴⁹⁰ Cf. PIETH, Mark. op. cit., p. 41.

Sob o argumento de que apenas pelo estrangulamento financeiro das organizações criminosas se poderia verdadeiramente enfrentar uma série de crimes tidos como particularmente graves – sendo o narcotráfico, o terrorismo e a criminalidade organizada em geral os mais frequentemente mencionados – resta claro que a criminalização da lavagem de dinheiro insere-se nitidamente no modelo punitivo do direito penal de risco. Neste, justifica-se a crescente expansão do direito penal com a antecipação da tutela e a redução dos pressupostos para a atribuição de responsabilidade criminal a partir da identificação (frequentemente vaga) de novos riscos, aos quais correspondem bens jurídicos de difícil apreensão.⁴⁹¹

No caso das leis que tipificaram a lavagem de dinheiro, isto pode ser identificado de modo exemplar: criminalizou-se uma conduta que se realiza por meio de ações socialmente adequadas em função de seu objeto, cujo emprego é considerado antiético, e de seu autor, suposto responsável pelos mais graves ataques à sociedade.⁴⁹² E, por mais que tal populismo legislativo seja acolhido pela sociedade, seu repetido emprego retira a legitimidade de todo o sistema penal, fragilizando-o crescentemente.

Assim, não se pode deixar de dar razão à preocupação expressa por MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, ao afirmar que a introdução deste tipo penal nos ordenamentos constitui apenas mais um exemplo da expansão do direito penal no mundo moderno, e apresenta os atributos que geralmente o compõem, quais sejam, a propensão à formulação de crimes de perigo abstrato e a proteção de bens jurídicos indiferenciados.⁴⁹³ Nesse sentido, o autor destaca que o delito é concebido como de perigo abstrato ao ser desvinculado das outras condutas pós-delitivas autônomas, apenas se justificando pelo perigo presumido no comportamento tipificado, não devido a uma lesão concreta, nem mesmo distante, a qualquer bem jurídico.⁴⁹⁴

Esta tendência expansiva também é criticada por PEDRO CAEIRO, que destaca o afastamento da política criminal que originalmente fundamentou a criminalização da lavagem de dinheiro, o que amplia cada vez mais a polêmica em torno

⁴⁹¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. op. cit., p. 219-220.

⁴⁹² No mesmo sentido, ver GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 156 (nota 355).

⁴⁹³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit., p. 14 e nota de rodapé 5.

⁴⁹⁴ Tal argumento é reforçado pela menção de uma decisão da SSTS de 21.12.2005, segundo a qual “incide en otros bienes jurídicos ya que los autores no sólo obtienen ingentes ganancias sino incluso un poder de corrupción que es un *peligro* evidente para la estabilidad de los sistemas políticos y para la adecuada estructuración de la sociedad a la que se envía un mensaje demolidor que afecta a los valores éticos”. Ver BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit., p. 14-15.

da indefinição do bem jurídico protegido por tal tipificação penal. Tal dificuldade, por sua vez, reflete-se nitidamente na desorientação legislativa, ao promulgar alterações normativas na persecução desse delito, desorientação que também resta evidente no âmbito internacional, haja visto o curto espaço de tempo no qual, por exemplo, a União Europeia, vem alterando suas Diretivas e incrementando o quadro regulatório com outras medidas normativas no âmbito comunitário europeu. As sucessivas “fugas para a frente” resultaram numa “maximização da intervenção penal, desprezando com ligeireza os custos (sociais, económicos e de justiça material) que daí advêm.”⁴⁹⁵

Por seu turno, CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ afirma que, adicionalmente às dificuldades encontradas na busca do bem jurídico protegido pelo tipo penal em questão, tampouco o merecimento de pena encontra-se satisfatoriamente demonstrado.⁴⁹⁶ Em face do princípio da personalidade da pena, garantia fundamental também amparada na Constituição Federal brasileira no Artigo 5º, XLV, constitui tarefa difícil justificar por que uma pessoa deve ser punida para prevenir que outro sujeito realize um dos crimes antecedentes. Nesse sentido, o autor argumenta que, ainda que se descreva o injusto da lavagem de dinheiro como fundado no injusto do crime antecedente, cuja prática seria estimulada diante da perspectiva de assistência durante o seu exaurimento, prestada pelo agente da lavagem de dinheiro, a punição deste não se encontraria justificada. E isto porque os crimes antecedentes lesionam bens jurídicos específicos, que devem ser protegidos, mas que não justificam a punição do agente pela sua motivação econômica de lucro financeiro.

Os crimes tidos como antecedentes à lavagem de dinheiro são punidos pela lesão que causam aos bens jurídicos respectivamente protegidos pelas tipificações penais em questão, e não pelo objetivo de lucro que frequentemente norteia o seu cometimento. Este, por si só, não pode fundamentar a intervenção do direito penal, ainda mais instrumentalizada por uma tipificação penal vaga e excessivamente ampla. De fato, a inibição do fator criminógeno que a circulação de produtos de crimes pode ter encontra-se abrangido pelos tipos penais de receptação e favorecimento.

⁴⁹⁵CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 383, 389.

⁴⁹⁶SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. op. cit.

5.3. A limitação do conceito de lavagem de dinheiro e a busca por um direito penal eficaz

As inovações penais realizadas nas últimas décadas – não só, mas também e especialmente quanto à lavagem de dinheiro – evidenciam uma tendência preocupante: ocorre uma crescente ampliação da conduta típica e dos conceitos de autoria e coautoria em afronta ao princípio da taxatividade penal e em detrimento do conceito da participação delitiva, cristalizando-se numa difusão das estruturas de responsabilidade penal que alcança cada vez mais pessoas no entorno do delito. Essa ampliação pode ser verificada tanto no âmbito do tipo penal, por meio de alterações ou inovações legislativas quanto no momento de aplicação da lei penal, por meio da sua interpretação.

A limitação do alcance do tipo penal da lavagem de dinheiro – tal qual atualmente vigente – necessariamente depende da possibilidade de se identificar claramente qual o bem jurídico que se visa proteger, para então verificar-se quais as condutas que o podem agredir.⁴⁹⁷ A ausência desta definição permitiu uma tal ampliação do tipo, tanto por obra legislativa quanto no âmbito doutrinal e jurisprudencial que, hoje em dia, ele se encontra completamente esvaziado de sentido.

De fato, da identificação do bem jurídico protegido depende não somente a determinação das condutas abrangidas pelo tipo penal, mas também a identificação das diversas formas de autoria e participação, bem como da tentativa quanto a este delito. Diante do atual cenário, não surpreende a completa ineficácia da legislação penal neste âmbito. Afinal de contas, sendo desconhecido o bem jurídico agredido (ou posto em perigo), sendo duvidosa qual a ação que se prestaria para criar um tal perigo ou agressão, não se podendo identificar quem se envolveu na conduta, nem de que maneira e com qual intensidade o fez, como calcular uma pena para sancioná-lo? E mais: como sequer formular uma denúncia coerente?

Nesse contexto, PEDRO CAEIRO, autor que defende a criminalização da lavagem de dinheiro, identifica diversos problemas na atual legislação portuguesa que

⁴⁹⁷CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 389. Também nesse sentido, P. ALLDRIDGE argumenta que o formato da tipificação a ser adotada depende precisamente da justificativa de sua introdução, por sua vez influenciada pela política criminal vigente. Ante a ausência de um motivo que explique claramente por que a lavagem de dinheiro deve constituir-se num tipo penal autônomo, torna-se muito difícil a atividade de investigação e persecução penal, uma vez que aos agentes estatais não é oferecida uma descrição clara do mal vislumbrado na conduta proibida. Isso também explica a aplicação indiferenciada da lei e de suas sanções a casos extremamente díspares. (ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 64).

precisariam ser solucionados para uma adequada persecução penal da conduta em tela, os quais entretanto também podem ser encontrados nas leis de outros países, inclusive na brasileira.⁴⁹⁸ Destacam-se, entre eles:

- i. A (in)definição de critérios para a escolha dos crimes antecedentes e a falta de listagem clara e coerente destes, que, no caso brasileiro, abrange desde crimes claramente identificados (v. g. extorsão mediante sequestro) até condutas que ainda não se encontram tipificadas em nossa legislação penal (v. g. terrorismo e seu financiamento), passando por inteiros espectros de condutas possíveis (v. g. crimes contra a administração pública) e baseando-se até mesmo no sujeito ativo para caracterizar um crime como antecedente (*i. e.* organização criminosa).⁴⁹⁹
- ii. A determinação sobre se o delito prévio sempre deverá ser um crime *stricto sensu* ou se basta que configure um ilícito tipificado, problema que se colocará no Brasil em face da provável aprovação do SCD nº 209/2003, desde que mantida a atual redação proposta, conforme anteriormente enfocado.⁵⁰⁰
- iii. A disposição clara sobre a possibilidade de punir agentes do crime antecedente também pela lavagem de dinheiro, assunto que já ocupa doutrina e jurisprudência, e na qual as opiniões e soluções propostas divergem largamente, conforme já analisado.⁵⁰¹
- iv. Quanto ao tipo subjetivo, o esclarecimento sobre a necessidade de um dolo específico sobre a origem dos bens e sobre o regime do erro, questão que também necessitará de uma solução no Brasil, em face da atual redação do SCD nº 209/2003.⁵⁰²
- v. A limitação da pena aplicável pelo delito de lavagem de dinheiro em função da pena prevista para o crime antecedente, que se imporia em paralelo à regra adotada para os demais delitos de

⁴⁹⁸Cf. CAEIRO, Pedro. op. cit., p. 389.

⁴⁹⁹Ver Itens 2.1. e 2.4., *supra*.

⁵⁰⁰Ver Item 2.4.3., *supra*.

⁵⁰¹Ver Capítulo 4. e Item 5.2., *supra*.

⁵⁰²Ver Item 2.4.3., *supra*.

conexão e em respeito aos princípios da proporcionalidade e do merecimento de pena, diante dos objetivos político-criminais que embasam a criminalização da lavagem de dinheiro.

A delimitação do tipo penal em questão depende diretamente de uma reavaliação dos crimes antecedentes bem como de uma clara escolha legislativa quanto à sua relação com a conduta da lavagem de dinheiro em si. No atual cenário, a sua abrangência e as questões que dela derivam retiram a legitimidade da criminalização da lavagem de dinheiro, não por último uma vez que, se todos os ilícitos (conforme pretendido pelo SCD nº 209/2003) podem ser antecedentes e se todas as pessoas tangencialmente envolvidas nas condutas podem ser autoras da lavagem de dinheiro, então naturalmente o volume da lavagem de dinheiro assume proporções imensuráveis no sistema econômico global e o efeito criminógeno da legislação em questão resulta num inaceitável simbolismo da mesma.⁵⁰³

Neste sentido, também MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ destaca a incoerência entre as penas abstratamente previstas para os crimes antecedentes e para a conduta da lavagem de dinheiro. Vários são os casos na lei espanhola em que a pena aplicável ao crime de lavagem de dinheiro é mais gravosa do que a prevista para a conduta que permitiu fosse realizado em primeiro lugar,⁵⁰⁴ e o mesmo pode ser verificado também na legislação brasileira.⁵⁰⁵ Conforme anteriormente exposto, isso contradiz, no mínimo, uma das justificativas centrais apresentadas para a tipificação dessa conduta, tanto no âmbito internacional quanto nas leis nacionais. Tal contradição decorre do fato de que, dessa maneira, o autor do delito prévio, tido como particularmente grave, seria punido em medida mais branda do que o agente da lavagem de dinheiro.

Inescapável, diante de todo exposto, o retorno à possibilidade crescentemente plausível de se tratar, a criminalização da lavagem de dinheiro, de uma legislação simbólica apoiada na criação de um “inimigo comum” tão assustador que permite justificar poderes de investigação mais invasivos do que os aceitáveis para crimes graves e até mesmo hediondos, bem como inversões de ônus probatórios e outras restrições

⁵⁰³Tal crítica ganha ainda maior importância em vista do SCD nº 209, de 2003, cuja definição fundada em quaisquer infrações penais empreende uma ampliação dramática, conforme anteriormente analisado.

⁵⁰⁴BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales, cit., p. 16.

⁵⁰⁵Ver Item 2.4.3, *supra*.

rigorosas dos direitos do investigado. A lavagem de dinheiro em si não necessariamente engendra uma identificação da população com o problema ou com os agentes da conduta em questão, dada a impossibilidade de apreender diretamente o dano causado ou uma sua vítima e, portanto, de condenação moral da conduta.⁵⁰⁶ Por essa razão, o foco das argumentações oficiais e da propaganda midiática não é a conduta proibida por essa legislação, mas sim algumas das condutas tidas como crimes antecedentes, v.g. o tráfico de drogas e o terrorismo, mais adequados como “inimigos comuns”.⁵⁰⁷

Tais retóricas, empregadas como justificativa para a criminalização da lavagem de dinheiro, levam a assumir que, uma vez extinta a lavagem de dinheiro, ou reduzida substancialmente, isso consubstanciaria o alcance de um importante objetivo. Estabelecido que não há razão para acreditar que os “inimigos comuns” serão vencidos, torna-se necessário buscar por outras explicações para tal criminalização.⁵⁰⁸ Sobretudo, quando se conclui que, do modo como estabelecida no presente, a legislação atinente à lavagem de dinheiro acarreta enormes gastos (para Estado e iniciativa privada), é criminógena (tanto pela sua ampla tipificação quanto pelo fato de que, se eficazmente aplicada, incrementa outros delitos, v.g. se o preço de determinada droga aumenta porque o traficante tem mais dificuldade e corre mais risco para lavar os seus lucros, o usuário vai cometer mais crimes para conseguir manter o vício) e recupera pouco dinheiro em comparação com as estimativas do montante que circula ilegalmente.⁵⁰⁹

As explicações encontradas, frequentemente baseiam-se em alguns malefícios atribuídos à lavagem de dinheiro e tidos como genericamente aceitos como justificantes para a criminalização da conduta.⁵¹⁰ São recorrentemente apontados, entre eles, (i) que a ausência de um conjunto de normas rigorosas contra a lavagem de dinheiro propicia o desenvolvimento de corrupção, (ii) que a fama de “paraíso fiscal” prejudica a imagem do país, (iii) uma imagem negativa do país pode afetar gravemente a sua

⁵⁰⁶ ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 13.

⁵⁰⁷ Interessante observar o impacto que a menção ao terrorismo faz no Brasil, dado que o país não foi alvo de ataques terroristas e, até o presente, não tipificou a conduta do terrorismo. Nesse sentido, ver COSTA, Gerson Godinho. op. cit., p. 42-44.

⁵⁰⁸ Conforme destaca J. A. F. GODINHO: “A criminalização do branqueamento de capitais, operada em múltiplos sistemas jurídicos a partir da segunda metade da década de oitenta, deve-se a dois factores fundamentais. Em primeiro lugar, deve-se à ‘guerra à droga’ ou, mais precisamente, à ‘inoperância’ ou ‘eficácia limitada’ da estratégia de criminalização das drogas (...). Naturalmente que se a ‘guerra à droga’ tivesse obtido sucesso, os traficantes não disporiam das fabulosas fortunas referidas por grande número de autores e entidades e, como tal, não surgiria a percepção da necessidade de editar medidas especificamente dirigidas ao confisco desses valores.” (Cf. GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 49-50).

⁵⁰⁹ ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 17.

⁵¹⁰ VOGT, Sabine. op. cit., p. 9.

economia, (iv) a economia também seria afetada pela concorrência desleal de empresas financiadas (ainda que parcialmente) por dinheiro sujo; (v) que poderia haver influência sobre processos de privatização nos países em que organizações criminosas tivessem maior poder econômico do que outras empresas. Essas razões, contudo, não convencem, uma vez que, quanto a (i) pode-se contrapor que a corrupção é uma conduta ainda mais antiga do que os delitos precursores da lavagem de dinheiro; quanto a (ii) e (iii), que a imagem dos países é afetada também por outras atividades ou costumes, que nem por isso são proibidos, além de não parecer haver essa ligação direta, em vista das (parcas) estatísticas que são conhecidas; (iv) diz respeito a outra classe de delitos, os delitos contra o mercado, nos quais a concorrência desleal é tipificada e através dos quais deve ser punida, quando ocorrer, independentemente da origem do dinheiro investido. Quanto ao item (v), não se vislumbra por qual razão a influência de dinheiro sujo em privatizações seria necessariamente um mal – o mal poderia estar em como a organização criminosa por trás da privatização irá guiar a empresa, mas este risco existe independentemente da origem do dinheiro.

Conforme se verifica, é frequente o recurso a argumentos voltados ao sistema econômico, alegando-se a sua suposta fragilidade derivada de uma conduta que, reitere-se o anteriormente demonstrado: não é recente e, até o momento, não pôde ser relacionada comprovadamente a nenhum dano na economia. Resulta claro, portanto, que o foco da persecução penal e cooperação internacional, na prevenção e no combate aos crimes particularmente graves, originalmente tidos como antecedentes à lavagem de dinheiro, deveria voltar-se para estes mesmos, cuja lesividade e nocividade sociais já foram amplamente comprovadas e documentadas. A insistência na criminalização crescentemente abrangente da lavagem de dinheiro, no atual contexto, é incompreensível e preocupante, uma vez que leva os Estados e a comunidade internacional a retirar o foco de seus esforços e investimentos da solução de problemas vastamente conhecidos para empreender verdadeira perseguição simbólica de agentes e condutas inidentificáveis e danos desconhecidos.

5.4. A alternativa do direito administrativo sancionador

Diante dos diversos problemas apontados no que tange o combate e a prevenção à lavagem de dinheiro por meio de sua criminalização e persecução penal, e reconhecendo-se como legítimo o objetivo de isolar economicamente os autores de crimes graves para impedir que usufruam de seus ganhos ilícitos, largamente referendado na doutrina nacional e estrangeira,⁵¹¹ e, com isso, retirar um dos incentivos para a prática delitiva, coloca-se a questão acerca da possibilidade de alcançar-se tal objetivo por meio de outros ramos do direito, especificamente, o direito administrativo.

Este se oferece como alternativa natural para assumir tal papel por diversos motivos. Assim, destaca-se, de um lado, o fato de já estar envolvido na atual regulamentação, seja pelos controles específicos introduzidos nas legislações nacionais juntamente com as normas criminalizadoras da lavagem de dinheiro, seja em decorrência de sua função reguladora da ordem econômica em geral. De outro lado, oferece toda uma estrutura sancionatória comprovadamente eficaz para a infração dos controles necessários ao regular o funcionamento do sistema econômico.

Tendo-se evidenciado que a aplicação do direito penal quanto a esta conduta depende diretamente dos controles administrativos exercidos paralelamente, estes deveriam ser fortalecidos de modo a permitir o isolamento econômico dos autores dos crimes verdadeira e comprovadamente graves, impedindo a fruição de seus ganhos, o que efetivamente não é alcançado pelo direito penal, mas sim pelas possibilidades de controlar os fluxos de capitais nos diversos circuitos econômicos lícitos.

E, por mais que se alerte para os acrescidos custos que um tal controle engendra para as pessoas e as instituições designadas pelo Estado para a realização de tais controles,⁵¹² desde que se reconheça como legítima a intenção política-criminal de impedir

⁵¹¹Nesse sentido, os seguintes autores, entre outros, demonstram esse entendimento, mencionando ainda outros representantes da doutrina nacional e estrangeira: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. op. cit., p. 193-194; CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*, cit., p. 37; MAIA, Rodolfo Tigre. op. cit., p. 21; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando. Introdução, cit., p. 11; GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 242; ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 25, 64; TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. op. cit., p. 255, destacam ademais que as leis de lavagem de dinheiro caracterizam-se fundamentalmente por seu enfoque preventivo e regulamentador voltado ao impedimento do ingresso de dinheiro sujo na economia lícita.

⁵¹²GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 24. O autor destaca que estes custos sempre acabam sendo transferidos para o consumidor dos serviços sujeitos a tais obrigações de controle, traduzindo-se em gastos com o treinamento dos empregados, a adaptação dos sistemas e estruturas internos, incluindo desde o armazenamento de dados até a programação adequada dos sistemas informáticos utilizados até a contratação de maior número de empregados para que seja possível atender a todas as obrigações.

que rendimentos frutos de atividades criminosas não logrem imiscuir-se na economia, tais custos devem ser enfrentados.

Conforme demonstrado anteriormente,⁵¹³ historicamente as normas voltadas à detecção de movimentações financeiras baseadas em valores de origem espúria foram introduzidas antes da criminalização da lavagem de dinheiro. Esta, ademais, não costuma ser justificada sob a alegação de uma eventual ineficácia das regras existentes no âmbito econômico, mas com referência às dificuldades encontradas na persecução do crime antecedente originário, o tráfico de entorpecentes.⁵¹⁴

Em respeito ao princípio da subsidiariedade do direito penal, que determina sua utilização apenas quando os demais ramos do direito mostrarem-se insuficientes para a regulamentação de uma determinada esfera social e diante da ausência de uma tal demonstração quanto ao controle administrativo dos circuitos econômicos, coloca-se a questão quanto à legitimidade da intervenção penal no que toca a lavagem de dinheiro também por este ângulo multidisciplinar.⁵¹⁵

As sucessivas alterações nos instrumentos normativos voltados à prevenção e ao combate da lavagem de dinheiro não lograram resolver o conflito de interesses entre o enfoque tradicional repressivo do direito penal (voltado à identificação e à persecução dos rastros de papel até que se chegue à responsabilidade individual penal) e o objetivo preventivo das normas administrativas aplicáveis aos diversos setores de atividades com fins de proteção contra o influxo de dinheiro sujo nos mercados financeiros.⁵¹⁶ Diante do (in)sucesso das normas penais adotadas, contudo, coloca-se a pergunta sobre a necessidade do envolvimento do direito penal para que se alcancem os objetivos divulgados.

⁵¹³Ver Item 2.1., *supra*.

⁵¹⁴Esta reação já enfrenta questionamentos por parte da doutrina há muitos anos. Assim, pouco após a introdução do tipo penal em Portugal, J. A. F. GODINHO ponderava: “(...) no plano dos efeitos, será o branqueamento de capitais uma incriminação eficaz no combate à criminalidade em geral e ao crime organizado em particular, a começar pelo tráfico de droga? Esta é, afinal, a questão básica. (...) Contrariamente á forte insistência com que as instâncias internacionais referem a importância desta criminalização, estamos em crer que não foi com ela que se encontrou a chave que permitirá resolver os problemas colocados.” (GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. *op. cit.*, p. 155-156).

⁵¹⁵Simplemente não se pode aceitar a posição defendida por F. M. DE SANCTIS, que afirma: “aquela ideia de Direito como *ultima ratio* está sendo repensada, principalmente na questão da criminalidade moderna, em que o Direito passa a constituir-se em *prima ratio*.” (DE SANCTIS, Fausto Martin. *Antecedentes do delito de lavagem de valores e os crimes contra o sistema financeiro nacional*, cit., p. 61).

⁵¹⁶Cf. TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. *op. cit.*, p. 254.

De fato, o argumento de que o direito penal teria maior âmbito de aplicação e, conseqüentemente, asseguraria a proibição do uso de todos os circuitos econômicos para a lavagem de dinheiro, para além do sistema financeiro,⁵¹⁷ não prospera.

Isso porque, se inicialmente era possível partir do pressuposto de que a maior parte das transações realizadas no processo de lavagem de dinheiro se dava no setor bancário, razão pela qual o foco das normas administrativas que vedavam a realização de determinadas operações e impunham a identificação de clientes e comunicação de operações suspeitas então voltava-se para ele, isto já não mais equivale ao cenário atual. No presente, é inegável que a conduta pode-se dar em “qualquer transação que envolva a transferência de fundos”,⁵¹⁸ abrangendo um sem-número de atividades, portanto. Isso explica a sucessiva ampliação do rol de pessoas obrigadas por lei a controlar seus clientes e comunicar operações tidas como suspeitas.⁵¹⁹

De fato, as Unidades de Inteligência Financeira dos diversos países passaram a regulamentar – direta ou indiretamente – todas as atividades pelas quais dinheiro tido como sujo poderia ingressar na economia lícita.

Visto por outro ângulo, impressiona a frequência com a qual se recorreu ao direito penal para regulamentar o setor econômico nas últimas décadas. As diversas possibilidades alternativas de controle e inibição de condutas indesejadas nesta seara parecem ter sido ignoradas no afã criminalizante. Ou apenas recordadas posteriormente, o que gerou um sem-número de regulamentos e normas dos mais diversos órgãos, resultando num emaranhado normativo de proporções de difícil transposição.

De todo o exposto decorre que a criminalização da lavagem de dinheiro é dificilmente justificável, mas as exigências de comunicações de operações suspeitas e as demais obrigações administrativas são legítimas e necessárias, enquanto for reconhecido como desejável que criminosos não possam usufruir de seus ganhos ilícitos na economia legítima. No entanto, segundo PETER ALLDRIDGE, se há a obrigação de comunicar operações suspeitas, a suspeita obrigatoriamente deve fundar-se em *algo*. Se isto não constitui um crime, então (i) é difícil compreender porque pessoas específicas devam trabalhar para realizar tais comunicações sem serem pagas para tanto; e (ii) a

⁵¹⁷GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. op. cit., p. 152.

⁵¹⁸ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 256.

⁵¹⁹Por exemplo, auditores, contadores, advogados, notários, comerciantes de bens de alto valor ou de luxo, casinos, agentes imobiliários, entre outros.

omissão no cumprimento das obrigações de comunicação provavelmente não será tida como algo sério. O autor propõe como solução possível para esse cenário a manutenção do crime de lavagem na legislação como fundamento para as obrigações administrativas, mas sem ou com apenas poucas perseguições penais.⁵²⁰

Essa solução, contudo, não convence. Primeiro, porque mesmo com todo o atual esforço das autoridades nas mais diversas jurisdições, o número de investigações e processos relacionados à lavagem de dinheiro continua muito baixo em relação ao volume estimado de dinheiro que seria lavado ao ano.⁵²¹ Segundo, porque aceitar uma norma penal como mera alavanca para o cumprimento de obrigações em outros ramos do direito contradiz o princípio de *ultima ratio* do direito penal, além de constituir um perigoso passo rumo à aceitação de normas meramente simbólicas neste ramo do direito. E, terceiro, porque o fundamento para as obrigações administrativas poderia ser identificado diretamente nos crimes graves, hoje tidos como antecedentes, os quais verdadeiramente se visa sufocar economicamente.

Argumenta-se, ainda, que o fortalecimento do controle das obrigações administrativas resultaria numa indevida restrição do sigilo de todos os participantes dos circuitos econômicos afetados. Isso, de fato, procede. Contudo, é reconhecido que a liberdade de agir de qualquer pessoa pode ser restringida desde que, por um lado, o comportamento em questão incremente o risco para determinado bem jurídico; e, por outro, tal aumento do risco não seja compensado por benefícios que o mesmo

⁵²⁰ ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 69.

⁵²¹ Na Inglaterra e no país de Gales o número total de condenações entre os anos de 1991 e 2000 foi de 213; na Bélgica, entre 1994 e 1999, 182; na Dinamarca, entre 1994 e 1999, 88; na Alemanha, entre 1994 e 1996, 31; na Itália, entre 1994 e 1996, 125; na Irlanda, entre 1995 e 1999, 11. Financial Action Task Force. *HC Debates 9 Nov 2001*. In ALLDRIDGE, Peter. op. cit., p. 69. Conforme anteriormente destacado, em Portugal houve 10 condenações entre os anos 1994 e 1997 (Cf. BRANDÃO, Nuno. op. cit., p. 32, NR 43) e, no Brasil, houve 11 condenações definitivas até 2010 (Cf. a tabela na página 36 do MUTUAL Evaluation Report. Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism. Federative Republic of Brazil, 25 June 2010. *FATF-GAFI*. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/13/50/45800700.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

Considerando o rigor legislativo e o amplo aparato de combate à lavagem de dinheiro introduzido tanto em nível nacional quanto internacional, é surpreendente que a análise das mais diversas jurisdições resulte sempre na conclusão de que há poucos processos por lavagem de dinheiro e ainda menos condenações. Ademais, contrariando um dos argumentos para a introdução legal deste tipo penal, como regra, é através do descobrimento do crime antecedente (na maior parte das vezes, um crime relacionado ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes) que se chega a indícios da lavagem de dinheiro. Portanto, a lógica que informou a criminalização, segundo a qual a descoberta e perseguição da lavagem de dinheiro levaria as autoridades aos grandes criminosos, foi comprovada falha. Cf. NESTLER, Cornelius. op. cit., p. 107).

Por este motivo não surpreende que M. COBO DEL ROSAL e C. Z. LÓPEZ-GÓMEZ defendam que a lavagem de dinheiro deveria ser tratada como uma infração administrativa. Cf. COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. op. cit., p. 94.

comportamento crie para outros bens jurídicos relevantes.⁵²² Nesse contexto, os bens jurídicos em confronto seriam, de um lado, todos aqueles afetados por crimes graves e, do outro lado, o direito ao sigilo.

Também deve ser levada em consideração a intensidade da limitação da liberdade do indivíduo. Quanto mais elevado o desvalor do delito que se queira reprimir com a norma, tanto maior poderá ser a limitação da liberdade individual (podendo alcançar condutas de pequena importância) e, ao contrário, quanto menor a relevância penal da infração, tanto menor deverá ser a restrição da liberdade individual (devendo ater-se a condutas determinantes para a ocorrência do ilícito principal). Disto resulta nítido que a restrição do sigilo em determinadas situações pré-estabelecidas normativamente constitui-se justificável diante dos delitos que visa inibir.

Portanto, a maneira pela qual verdadeiramente se poderia isolar criminosos seria fortalecer os órgãos administrativos incumbidos de zelar pela lisura da origem dos capitais investidos na economia, de modo a garantir recursos humanos e tecnológicos bem como treinamento nas proporções necessárias para fazer frente às novas tarefas acumuladas, relacionadas à identificação das operações relevantes, a coleta e conservação de informações, bem como a sua análise eficiente de modo a permitir impedir a sua ocorrência.

⁵²²Um dos precursores dessa teoria foi KLAUS LÜDERSEEN (cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, cit., p. 99-100).

⁵²²CALLEGARI, André Luís. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro, cit., p. 468.

6. CONCLUSÕES

1. A conduta na atualidade denominada de “lavagem de dinheiro” não é recente, estando abrangida pelos tradicionais crimes de conexão, particularmente pelo favorecimento real, cujo objetivo também constitui-se em assegurar a manutenção e fruição dos produtos delitivos.

2. A criminalização da lavagem de dinheiro ganhou força nos âmbitos internacional e nacionais diante da ineficácia ressentida pelos mais diversos países na persecução dos crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes e, com o passar do tempo, de outros crimes tidos como especialmente graves.

3. A ineficácia da criminalização da conduta da lavagem de dinheiro levou ao progressivo alargamento das tipificações penais, tanto no que tange o tipo penal da conduta em si quanto no que diz respeito aos seus sujeitos ativos, sem que isso resultasse em mais condenações ou na redução das cifras estatísticas de cometimento dos crimes definidos como antecedentes.

4. A tipificação penal da conduta não resultou da identificação de um bem jurídico claro e delimitado, digno e carente de proteção penal, e sua busca *a posteriori* resulta infrutífera.

5. Diante da ausência de um bem jurídico claramente identificado e delimitado, forçosa a conclusão de tratar-se, a criminalização da lavagem de dinheiro, de um típico exemplo do chamado direito penal de emergência, em que se evidenciam diversos marcos do direito penal simbólico.

6. A característica simbólica da criminalização é reforçada pelo fato de que também a sua análise a partir do sistema de princípios anglo-saxão, fundado no “harm principle”, resulta na conclusão de tratar-se de uma tipificação penal baseada no moralismo jurídico (ou “legal moralism”), justificativa tida como ilegítima para a introdução de novos tipos penais nos sistemas jurídicos que adotam o sistema de princípios do “harm principle”.

7. As ampliações promovidas quanto aos sujeitos ativos da conduta, inclusive no que tange ao elemento subjetivo da conduta, resultaram num excessivo

alargamento da figura da autoria penal, em detrimento das diversas modalidades de participação delitiva.

8. As dificuldades contemporâneas enfrentadas pelos Estados na persecução penal das mais diversas condutas, decorrentes das diferentes formas de “organização criminosa”, tampouco justificam a criminalização da lavagem de dinheiro, ainda mais diante do fato de que o conceito de “organização criminosa” é extremamente fluido e ambíguo, até mesmo nas jurisdições que já o tipificaram, o que ainda não é o caso no direito penal brasileiro.

9. Os problemas encontrados na valoração penal da conduta dos chamados intermediários ou “gate keepers” (por meio de ações neutras, social ou profissionalmente adequadas) também depõem contra o excessivo alargamento do conceito de autoria na tipificação da lavagem de dinheiro.

10. O argumento fundado na segurança econômica não justifica a atual figura penal, por mais que se reconheça como legítimo o objetivo de isolar economicamente os agentes de crimes graves para impedir a sua fruição de seus ganhos espúrios.

11. Caso seja mantido o tipo penal da lavagem de dinheiro e suas condutas equiparadas, sua persecução deveria pautar-se nos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e do Direito Penal liberal. Assim, deveria ser mantida a exigência de prova do dolo dos sujeitos ativos (pelo menos quanto ao conhecimento da origem ilícita dos valores envolvidos), impedir a punição do autor e do partícipe do crime antecedente pela lavagem de dinheiro (em respeito às regras de consunção e ao princípio *ne bis in idem*) e buscar estabelecer uma relação de proporcionalidade entre a pena prevista para o crime antecedente e a pena aplicada ao agente da lavagem de dinheiro.

12. Em vista da ausência de um bem jurídico protegido pelo tipo penal da lavagem de dinheiro e dos demais problemas apontados nesta tese, contudo, a melhor solução seria a descriminalização da conduta da lavagem de dinheiro (que, repita-se, é abrangida em suas diversas facetas pelos tradicionais crimes de conexão). O objetivo legítimo de isolar economicamente os agentes de crimes graves poderia ser muito melhor atingido através de investimentos dirigidos ao desenvolvimento e fortalecimento dos controles administrativos voltados a impedir o ingresso de valores de origem ilícita nos circuitos econômicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBANESE, Jay S. *Organized crime in our times*. 6. ed. New York: Elsevier, 2011.

ALLDRIDGE, Peter. *Money laundering law: forfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime*. Oxford: Hart, 2003.

ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ANDRADE, João Costa. Breves considerações sobre a unidade e pluralidade de crimes enquanto problema relevante na análise do crime de branqueamento. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo (Coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 291-322.

ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”. In: CORREIA, Eduardo et al (Orgs.). *Direito penal económico europeu: textos doutrinários: problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. v. 1, p. 387-411.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ARZT, Gunther. Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall. *Juristenzeitung (JZ)*, ano 48, v. 19, p. 913-917, 1993.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales. In: BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO, S. (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 11-20.

_____. Prólogo. In: BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO, S. (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 7-9.

_____; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JUNIOR, J. P.; MORO, S. F. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*, Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 15-28.

_____; MORO, Sergio Fernando. Introdução. In: BALTAZAR JUNIOR, J. P.; MORO, S. F. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*, Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 11-13.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com Comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

BARTON, Stephan. Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB). *Strafverteidiger*, ano 13, v. 3, p. 156-163, 1993.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. 2010. Tese (Livre-Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. J. Navarro, D. Jiménez, M. R. Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BERNASCONI, Paolo. *Finanzunterwelt - Gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen*. Zürich: Orell Füssli, 1988.

BETTI, Francisco de Assis. *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil: comentários às Leis 7.492/86 e 9.613/98*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. O sigilo bancário e a nova lei que define o crime de “lavagem de dinheiro”: aspectos tributários e penais. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./abr. 1999.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Arazando, 1997.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Comares, 2001.

BLUM, Jack A.; LEVI, Michael; NAYLOR, R. Thomas; WILLIAMS, Phil. Financial havens, banking secrecy and money laundering. *Crime Prevention and Criminal Justice Newsletter*, n. 8, UNDCP Technical Series, United Nations, 1998, I – The money-laundering cycle in action. Disponível em: <<http://www.imolin.org/imolin/finhaeng.html>>. Acesso em: 27 jan. 2011.

BOTTKE, Wilfried. Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche (Teil 2). *Zeitschrift für Wirtschaft- Steuer- Strafrecht (WISTRA)*, ano 14, v. 4, p. 121-130, 1995.

BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

BURR, Christian. *Geldwäsche: Eine Untersuchung zu § 261 StGB*. Siegburg: Schmitt, 1995.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal e injusto (Política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado). Trad. J. Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal*, n. 29, p. 38-54, jan./jun. 1980.

CAEIRO, Pedro. A decisão-Quadro do Conselho de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al (Orgs.). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. v. 3, p. 377-431.

CALLEGARI, André Luís. *Direito penal económico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003.

_____. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004.

_____. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 815, p. 464-475, set. 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko de. Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, v. 47, p. 46-59, mar./abr. 2004.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

CHAVES, Daiane. A complexidade do papel do advogado na luta contra o branqueamento de capitais (mandamentos da Directiva Comunitária e a crise na relação cliente/advogado em razão do sigilo profissional). In: SILVA, L. N.; BANDEIRA, G. S. de M. (Coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 41-57.

COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Blanqueo de capitales: abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales)*. Madrid: CESEJ, 2005.

COSTA, Gerson Godinho. O tipo objetivo da lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JUNIOR, J. P. e MORO, S. F. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*, Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 29-54.

COSTA, Hekelson Bitencourt Viana da. Lavagem de dinheiro – Lei nº 9.613/98. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 11, jul./dez. 2003.

COSTA, José de Faria. O branqueamento de capitais (Algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal). In: CORREIA, E. et al (Coords.). *Direito penal económico europeu: textos doutrinários: problemas especiais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. v. 2, p. 301-320.

_____. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. In: RODRIGUES, A. M. et al (Coords.). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. v. 3, p. 95-111.

DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de „lavagem“ de dinheiro. In: DI CARLI, C. V. (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 115-146.

DE SANCTIS, Fausto Martin. Antecedentes do delito de lavagem de valores e os crimes contra o sistema financeiro nacional. In: BALTAZAR JUNIOR, J. P.; MORO, S. F. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 55-74.

_____. *Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIONYSSOPOULOU, Athanassia. *Der Tatbestand der Geldwäsche – eine Analyse der dogmatischen Grundlagen des Paragraphen 261 StGB*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999.

FEINBERG, Joel. *Harm to others: the moral limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 1984. v. 1.

FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 56. ed. München: C. H. Beck, 2009.

FRISCH, Wolfgang. Beihilfe durch neutrale Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe. In: PRITTWITZ, C., BAURMANN, M., GÜNTHER, K., KUHLEN, L. et al (Eds.). *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Baden-Baden: Nomos, 2002. p. 539-558.

_____. *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg: C. F. Müller, 1988.

GODINHO, Jorge Alexander Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001.

GOMES, Abel Fernandes. Lavagem de dinheiro – notas sobre a consumação, tentativa e concurso de crimes. In: BALTAZAR JUNIOR, J. P. e MORO, S. F. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 75-90.

GRECO, Luis. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: COSTA, J. de F.; SILVA, M. A. M. da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 147-169.

GRECO, Luis. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HASSEMER, Winfried. Aktuelle Perspektiven der Kriminalpolitik. *Strafverteidiger*, ano 14, n. 6, p. 333-337, 1994.

_____. Das Symbolische am symbolischen Strafrecht. In: SCHÜNEMANN, B. et al (Eds.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001. p. 1001-1019.

_____. Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung. *Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Strafrecht (WISTRA)*, Heidelberg, ano 14, n. 2, p. 41-47, 81-87, 1995.

HEFENDEHL, Roland. Kann und soll der Allgemeine Teil bzw. das Verfassungsrecht missglückte Regelungen des Besonderen Teils retten? In: SCHÜNEMANN, B. et al (Eds.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001. p. 145-169.

HIRSCH, Andrew von. Der Rechtsgutsbegriff und das ‘Harm Principle’. In: HEFENDEHL, R.; HIRSCH, A. von; WOHLERS, W. (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie: legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 13-25.

HOMBRECHER, Lars. *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafverteidiger? – Eine Untersuchung zur Anwendung des § 261 StGB auf das Honorar des Strafverteidigers*. Aachen: Shaker, 2001.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñarada Ramos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

JEKEWITZ, Jürgen. Nationale Maßnahmen der Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung. In: HERZOG, Felix; MÜLHAUSEN, Dieter (Hrsg.). *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung – Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen*. München: C. H. Beck, 2006. p. 59-96.

JOHNIGK, Frank. Geldwäscheregelungen: Umsetzung bei Rechtsanwälten, Notaren, Patentanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern. In: HERZOG, Felix; MÜLHAUSEN, Dieter (Hrsg.). *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung – Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen*. München: C. H. Beck, 2006. p. 592-628.

KAHLO, Michael. Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht. In: HEFENDEHL, R.; HIRSCH, A. von; WOHLERS, W. (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie: legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 26-38.

KARGL, Walter. Probleme des Tatbestands der Geldwäsche (§ 261 StGB). *Neue Justiz – Zeitschrift für Rechtsprechung und Rechtsanwendung*, ano 55, v. 2, p. 57-63, 2001.

KITKA, Joseph. *Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bey einem Verbrechen und deren Strafbarkeit*. Wien: Mösl, 1840.

KÜHL, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6. ed. München: Vahlen, 2008.

LAUTERWEIN, Carl Constantin. *The limits of criminal law: a comparative analysis of approaches to legal theorizing*. Surrey: Ashgate, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Bem jurídico-penal e Constituição. In: LOPES, Mauricio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Orgs.). *Direito penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 157-210.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. Relevância da quebra de sigilo bancário para comprovação de delitos contra a ordem tributária e “lavagem” de dinheiro. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 85, p. 193-223, 2002.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras*. Curitiba: Juruá, 2009.

LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. *Blanqueo de capitales: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*. Barcelona: Bosch, 2009.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

MAIWALD, Manfred. Auslegungsprobleme im Tatbestand der Geldwäsche. In: WEIGEND, Thomas; KÜPPER, Georg (Eds.). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1999. p. 631-649.

MEDAUAR, Odete; AMARAL, Marcos. Responsabilidade administrativa – a legislação de “Lavagem de Dinheiro”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (RDM)*, São Paulo, ano 39, n. 119, p. 86-93, jul./set. 2000.

MELLO, José Soares de. *Da receptação*. 1937. Dissertação (Professor de Direito Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1937.

MEYER-ARNDT, Lüder. Beihilfe durch neutrale Handlungen? *Zeitschrift für Wirtschaft-, Steuer- und Strafrecht (WISTRA)*, Heidelberg, ano 8, p. 281-287, 1989.

MILL, John Stuart. *On liberty*. 15. Tir. Harmondsworth: Penguin, 1987.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la ‘participación’ en el delito. In: BAJO FERNÁNDEZ, M. e BACIGALUPO, S. (Eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 92-123.

MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, J. P.; MORO, S. F. (Orgs.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 91-112.

MOUTINHO, José Lobo. *Da unidade à pluralidade dos crimes no direito penal português*. Lisboa: Universidade Católica, 2005.

NATTERER, Judith. Money-laundering and forfeiture legislation in Switzerland. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 5, p. 220-227, 1997.

NESTLER, Cornelius. Der Straftatbestand der Geldwäsche (§261 StGB). In: HERZOG, Felix; MÜLHAUSEN, Dieter (Hrsg.). *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung – Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen*. München: C. H. Beck, 2006. p. 97-141.

NIEDERMAIR, Harald. Strafloße Beihilfe durch neutrale Handlungen? *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, n. 107, p. 507-544, 1995.

ODON, Tiago Ivo. Lavagem de dinheiro: os efeitos macroeconômicos e o bem jurídico tutelado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n. 160, p. 333-349, oput./dez. 2003.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Manifestação do Conselho Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil. *Diário do Senado Federal*, 26.11.2011, p. 48849-48899.

OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens. *Juristenzeitung (JZ)*, Tübingen, ano 56, n. 9, p. 436-444, 05.05.2001.

_____. *Grundkurs Strafrecht – allgemeine Strafrechtslehre*. 7. ed. Berlin: de Gruyter, 2004.

PIETH, Mark. Die Internationale Entwicklung der Geldwäschebekämpfung. In: HERZOG, Felix; MÜLHAUSEN, Dieter (Hrsg.). *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung – Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen*. München: C. H. Beck, 2006. p. 36-58.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 209-222, out./dez. 1998.

PORTELA, Irene Maria. O combate ao branqueamento [d]e capitais e o financiamento do terrorismo à luz do “USA Patriot Act 2001 In: SILVA, L. N.; BANDEIRA, G. S. de M. (Coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 255-290.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

PRITTWITZ, Cornelius. Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung – oder: Zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik. *Strafverteidiger*, ano 13, v. 9, p. 498-502, 1993.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2006. v. 1.

_____. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8. ed. Berlin: de Gruyter, 2006.

RYDER, Barry. The crusade against money laundering. In: *POLÍTICA criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI: volume em homenagem ao Prof. Dr. Pedro R. David, por seu 72º aniversário*. Buenos Aires: Depalma, 2001. p. 681-713.

SADDI, Jairo. A nova Lei de “Lavagem de Dinheiro” e sua constitucionalidade. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 25-31, abr./jun. 1998.

SALDITT, Franz. Der Tatbestand der Geldwäsche. *Strafverteidiger*, v. 1, p. 121-136, 1992.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Priscila Pamela dos. Apontamentos acerca da origem e evolução histórica, terminologia e evolução legislativa do injusto penal da lavagem de capitais. In: SILVA, L. N.; BANDEIRA, G. S. de M. (Coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 105-123.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. O bem jurídico protegido pela Lei nº 9.613 de 19[9]8 – primeiras críticas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 889-910, 2007.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. Comentários ao Projeto de Lei n. 6.413/2005 em face do direito à ampla defesa do acusado e ao exercício da advocacia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 14, n. 162, p. 11-12, 2006.

_____. *Evolução da prevenção à lavagem de dinheiro e a responsabilidade do advogado*. 2005. (Tese de Laurea) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

_____. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96. n. 863, p. 435-459, set. 2007.

SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*. Tübingen: Mohr, 1986.

SEHER, Gerhard. Prinzipien gestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff. In: HEFENDEHL, R.; HIRSCH, A. von; WOHLERS, W. (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie: legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 39-56.

SHIMIZU, Bruno. *Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas*. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

SILVA, Cesar Antonio da. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e; PAULA, Marco Aurélio Borges de. Da inexigibilidade de conduta diversa no crime de lavagem de dinheiro praticado pelo mesmo autor do crime antecedente. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo (Coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 59-71.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia - condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, v. 2, n. 2, p. 143-167, 2005.

SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de dinheiro: comentários à Lei 9.613/98*. Curitiba: Juruá, 2001.

STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat*. 6. ed. München: Franz Vahlen, 2011.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española*. 2005. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584062101481851765679/Suarez95.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

SVENSON, Gustavo. Branqueamento de capitais e os factos precedentes: análise do acórdão de 22 de março de 2007 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo (Coords.). *Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 73-84.

TEICHMANN, Helmut; ACHSNICH, Gernot. Das Geldwäschegesetz – Überblick. In: HERZOG, F.; MÜLHAUSEN, D. (Eds.). *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung – Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen*. München: C. H. Beck, 2006. p. 239-314.

TOLSMA, Joris. *Beihilfe durch neutrale Handlungen*. München: Grin, 2006.

VOGT, Sabine. Begriff, Phänomen und Erscheinungsformen der Geldwäsche. In: HERZOG, F.; MÜLHAUSEN, D. (Hg.). *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung – Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen*. München: C. H. Beck, 2006. p. 1-35.

WOHLLEBEN, Marcus. *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*. München: C.H. Beck, 1997.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. Basel Committee on Banking Supervision. Customer due diligence for banks - final document. Oct. 2001. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbs85.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

_____. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/g10.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

_____. Prevention of criminal use of the Banking System for the Purpose of Money-Laundering, (december 1988). Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbssc137.pdf?noframes=1>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

BUNDESANZEIGER VERLAG. Disponível em: <http://www.bgb1.de/Xaver/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB1>. Acesso em: 28 jan. 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

CICAD - INTER-AMERICAN DRUG ABUSE CONTROL COMMISSION. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/eng/Model_regula_eng12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ING%20neg%20jun%2006.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2012.

COUNCIL OF EUROPE. *Background information*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/About/Background_MONEYVAL_en.asp>. Acesso em: 16 abr. 2012.

_____. Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism (MONEYVAL). *Annual Report 2008*, March 2009. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/Activities/MONEYVAL\(2009\)12-annual-rep_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/Activities/MONEYVAL(2009)12-annual-rep_en.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2009.

COUNCIL OF EUROPE. Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime CETS No. 141. Disponível em: <<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=141&CM=1&DF=9/9/2008&CL=ENG>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

_____. Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism CETS No. 198. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=198&CM=8&DF=04/08/2009&CL=ENG>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

DEUTSCHER BUNDESTAG, 11. Wahlperiode: Drucksache 11/7663, 10.08.1990. Disponível em: <<http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/BAD11-7663.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

_____, 12. Wahlperiode: Drucksache 12/989, 25.07.1991. Disponível em: <<http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/BAD12-989.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

DGPJ – Direcção-Geral da Política de Justiça. Decreto do Presidente da República n. 1/93. *Diário da República*, n. 18, 22 jan. 1993. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/citius/copy_of_livro-iv-leis-criminais/pdf6313/dl-15-1993/downloadFile/file/DL_15_1993.pdf?nocache=1181570488.45>. Acesso em: 07 abr. 2012.

EUROPEAN UNION LAW. Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing (Text with EEA relevance). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=417758:cs&lang=en&list=433533:cs,425613:cs,417758:cs,&pos=3&page=1&nbl=3&pgs=10&hwords=>>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

FATF-GAFI. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/38/50/34030817.PDF>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

FATF-GAFI. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/46/1/39162982.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

_____. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/document/28/0,3343,en_32250379_32236930_33658140_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 16 abr. 2012.

_____. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/document/29/0,3343,en_32250379_32235720_33659613_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 15 abr. 2012.

_____. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/document/52/0,3343,en_32250379_32237295_34027188_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 16 abr. 2012.

_____. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/document/9/0,3343,en_32250379_32236920_34032073_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 16 abr. 2012.

_____. Grupo de Ação Financeira sobre o Branqueamento de Capitais. *As quarenta recomendações*. Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/downloads/40%20Recomendacoes%20-%20GAFI-FAFT.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

_____. Members and Observers. *The 36 Members of the FATF*. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32236869_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 16 abr. 2012.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. United States of American. *Financial Crimes Report to the Public Fiscal Year 2006*. Disponível em: <http://www.fbi.gov/publications/financial/fcs_report2006/financial_crime_2006.htm#Money>. Acesso em: 15 abr. 2012.

FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK. United States Department of Treasury. *History of Anti-Money Laundering Laws*. Disponível em: <http://www.fincen.gov/news_room/aml_history.html>. Acesso em: 16 abr. 2012.

MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES STRAFRECHT. *Gefährdung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Notaren und Wirtschaftsprüfern durch Geldwäsche – Forschungsprojekt im Auftrag der Bundesministerien der Justiz und des Innern – ENDBERICHT*. Freiburg i. Br., Okt. 2004. Disponível em: <http://www.wpk.de/pdf/wpk-bekaempfung_der_geldwaesche--gefaehrdung.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2012.

MINISTÉRIO da Justiça: Brasil não tem ninguém preso por lavagem de dinheiro. *Agência Câmara de Notícias*, 25 out. 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/SEGURANCA/204545-MINISTERIO-DA-JUSTICA:-BRASIL-NAO-TEM-NINGUEM-PRESO-POR-LAVAGEM-DE-DINHEIRO.html>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

MUTUAL Evaluation Report. Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism. Federative Republic of Brazil, 25 June 2010. *FATF-GAFI*. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/13/50/45800700.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2012.

PLANALTO. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

STANDESRICHTLINIEN. Disponível em: <<http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintText&Name=bv076171>>. Acesso em: 17 mar. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão de 22 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b3054e9c1b1eb8b9802573b7003ad380?OpenDocument>>. Acesso em: 30 out. 2011.

UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME. New York, 15 Nov. 2000. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XVIII/XVIII-12.en.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Money-Laundering and Globalization. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/globalization.html>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

_____. The Money-Laundering Cycle. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/laundrycycle.html>>. Acesso em: 03 ago. 2009.