

LUISA ANGÉLICA MENDES MESQUITA

Desafios tradicionais e atuais do crime de lavagem de dinheiro

Dissertação de mestrado

Orientador: Professor Associado Luciano Anderson de Souza

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2021

LUISA ANGÉLICA MENDES MESQUITA

Desafios tradicionais e atuais do crime de lavagem de dinheiro

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Penal, sob a orientação do Professor Associado Luciano Anderson de Souza.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2021

Nome: MESQUITA, Luisa Angélica Mendes

Título: Desafios tradicionais e atuais do crime de lavagem de dinheiro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dra. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ao meu pai, Silvio.

“Without trust we cannot stand.”

(Confúcio)

RESUMO

MESQUITA, Luisa Angélica Mendes. *Desafios tradicionais e atuais do crime de lavagem de dinheiro*. 2021. 207 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

A presente dissertação versa sobre o delito de lavagem de dinheiro, enquanto crime desenvolvido no contexto do Direito Penal Econômico que impõe diversos desafios – tradicionais e modernos – para o Direito Penal “clássico”. Para situar o estudo, expõe-se o panorama histórico da criminalização da lavagem de dinheiro desde sua primeira tipificação, na Itália, depois pela influência norte-americana e pelo desenvolvimento do tema por meio da experiência espanhola, chegando até os dias atuais, ressaltando a importância do GAFI e contextualizando a racionalidade legislativa brasileira que oportunizou a tipificação do crime de lavagem de dinheiro por meio da Lei nº 9.613/1998. Assim, para facilitar a contextualização dos desafios a serem estudados, examina-se a Lei de Lavagem de Dinheiro a fim de indicar as modalidades do delito, bem como seus elementos subjetivos e objetivos. Considerando o contexto global em que se desenvolveu o delito, analisa-se também o tratamento conferido ao *money laundering* nos Estados Unidos da América e ao *blanqueo de capitales* na Espanha (países escolhidos justificadamente como paradigmas). Nos capítulos 3 e 4 atinge-se o cerne da investigação, ou seja, passa-se a examinar os denominados desafios da lavagem de dinheiro. No capítulo 3, estuda-se os desafios ditos tradicionais ou clássicos por serem aqueles que já são objeto de estudo por parte da doutrina e de atenção por parte dos tribunais desde a década de 1990: (i) o tratamento conferido à infração penal antecedente no delito de lavagem de dinheiro; (ii) a lavagem de dinheiro e a teoria do bem jurídico; (iii) a lavagem de dinheiro e o princípio da lesividade ou ofensividade penal; (iv) a comparação entre o crime de lavagem de dinheiro com a receptação e o favorecimento real e (v) a lavagem de dinheiro em relação ao seu momento consumativo. No capítulo 4, são observados os desafios atuais ou modernos, ou seja, aqueles oriundos de um mundo globalizado permeado por influxos internacionais, por termos em inglês (como *compliance*, *commingling* e *self-laundering*) e figuras oriundas da *common law* (como *willful blindness*), tais como: (i) a lavagem de dinheiro e a cegueira deliberada; (ii) a autolavagem; (iii) a imputação de responsabilidade penal na lavagem de dinheiro considerando autoria; participação e condutas neutras; (iv) o *commingling* ou a mescla de origens do dinheiro no crime de lavagem e (v) o *compliance* na lavagem de dinheiro. Por fim, no capítulo 5, examina-se a lavagem de dinheiro sob uma perspectiva micro e macro. Portanto, em um primeiro momento, realiza-se a análise individual de cada desafio para averiguar se há problemas e incongruências e, então, sugerir eventuais soluções e refinamentos. Posteriormente, sob o aspecto global, em se tratando a lavagem de dinheiro de crime posto no âmbito do Direito Penal Econômico com demandas globalizadas, de caráter por vezes ilegítimas, ineficientes e expansionistas propõe-se soluções e refinamentos advindos do estudo do Direito Penal Econômico. Desse modo, ao final de tal percurso, pretende-se ter produzido um estudo que aborda ou, ao menos, tangencia (quase) integralmente os temas relacionados ao delito de lavagem de dinheiro sob o aspecto material penal.

Palavras-chaves: Lavagem de dinheiro. Direito Penal Econômico. Criminalização. Ordem econômica. Modalidades.

ABSTRACT

MESQUITA, Luisa Angélica Mendes. *Traditional and Current Challenges for the Money Laundering Offense*. 2021. 207 f. Dissertation (Master) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

In this dissertation I study the money laundering offense, as a crime developed in the context of White-Collar Crimes that imposes several challenges - traditional and current - for the classic Criminal Law approach. To contextualize this research, I review the history of the criminalization of money laundering since its first typification, in Italy, then the U.S. influence and the development of the issue through the Spanish experience, finally reaching the present day, highlighting the importance of FATF and contextualizing the Brazilian legislative rationality that criminalized money laundering through Law No. 9,613/1998. Thus, to give a more comprehensive context of the challenges studied, I examine the Brazilian Money Laundering Law to describe the modalities of the offense, as well as its mental and objective elements. Considering the global context in which the money laundering offense developed, I also analyze the Money Laundering Control Act in the United States of America and the *blanqueo of capitals* in Spain (countries justifiably chosen as paradigms). In chapters 3 and 4, I reach the core of the research as I review the so-called challenges for the money laundering offense. In chapter 3, I study the traditional or classic challenges – issues that are already studied by scholars and discussed by the courts since the 1990s – (i) specified unlawful activities in the money laundering offense; (ii) money laundering and *teoria do bem jurídico*; (iii) money laundering and harm; (iv) the comparison between the crime of money laundering with the receipt of stolen property and (v) the nature of money laundering in relation to its consummation. In chapter 4, I examine the current or modern challenges – issues emerged from a globalized world infused by international inflows, by terms in English (such as compliance, commingling and self-laundering) and figures from common law (such as willful blindness), such as: (i) money laundering and willful blindness; (ii) self-laundering; (iii) criminal liability in money laundering considering authorship, participation and neutral conducts; (iv) commingling and (v) money laundering and criminal compliance.

Finally, in chapter 5, I study the money laundering offense from a micro and macro perspective. First, I will suggest possible solutions and improvements to each challenge studied. Then, from a global perspective, since the money laundering offense is a crime placed within the scope of White-Collar crime with globalized demands I will propose global solutions and enhancements. Thus, at the end of this path, I intend to deliver a study that addresses or, at least, (almost) entirely touches upon issues related to the crime of money laundering under the material criminal aspect.

Keywords: Money Laundering. White-collar crimes. Criminalization. Economic order. Modalities.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PANORAMA DA CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO	12
1.1. Da primeira tipificação do delito ao neoliberalismo.....	13
1.2. Do neoliberalismo ao contexto de globalização: Convenções, Recomendações e esforços internacionais.....	19
1.2.1. <i>GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL</i>	24
1.3. Breve contexto europeu e o panorama da criminalização do <i>blanqueo de capitales</i> na Espanha.....	27
1.4. Do contexto e racionalidade da produção legislativa brasileira até os dias atuais.....	30
2. O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	34
2.1. Lei nº 9.613/1998: os tipos penais e seus elementos subjetivos e objetivos.	34
2.1.1. <i>INFRAÇÕES PENAIS ANTECEDENTES</i>	36
2.1.2. <i>O TIPO CLÁSSICO (ARTIGO 1º, CAPUT)</i>	38
2.1.3. <i>MODALIDADES DE OCULTAÇÃO OU DISSIMULAÇÃO DOS BENS (ARTIGO 1º, PARÁGRAFO 1º)</i>	40
2.1.4. <i>A UTILIZAÇÃO DOS DIREITOS OU VALORES EM ATIVIDADES ECONÔMICAS (ARTIGO 1º, PARÁGRAFO 2º, INCISO I)</i>	41
2.1.5. <i>A PARTICIPAÇÃO DE GRUPO, ASSOCIAÇÃO OU ESCRITÓRIO (ARTIGO 1º, PARÁGRAFO 2º, INCISO II)</i>	42
2.2. Legislações estrangeiras paradigmáticas selecionadas: Estados Unidos da América e Espanha	45
2.2.1. <i>O MONEY LAUNDERING NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA</i> ..	46
2.2.2. <i>O BLANQUEO DE CAPITALES NA ESPANHA</i>	52
3. DESAFIOS TRADICIONAIS.....	58
3.1. Lavagem de dinheiro e as infrações penais antecedentes	59
3.1.1. <i>JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</i>	62
3.1.2. <i>COMPARAÇÃO COM LEIS E JULGADOS NORTE-AMERICANOS E ESPANHÓIS</i>	64
3.2. Lavagem de dinheiro e a teoria do bem jurídico.....	67
3.2.1. <i>O BEM JURÍDICO NA INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE</i>	70
3.2.2. <i>LAVAGEM DE DINHEIRO E A TUTELA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA</i>	74
3.2.3. <i>PLURIOFENSIVIDADE</i>	77
3.2.4. <i>LAVAGEM DE DINHEIRO E A TUTELA DA ORDEM ECONÔMICA</i>	78
3.3. Lavagem de dinheiro e o princípio da lesividade	81
3.3.1. <i>O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE APLICADO À LAVAGEM DE DINHEIRO</i>	83
3.3.2. <i>COMPARAÇÃO COM LEIS E JULGADOS NORTE-AMERICANOS</i> ..	86
3.4. Lavagem de dinheiro e as comparações com os crimes de receptação e favorecimento real	87
3.4.1. <i>RECEPTAÇÃO</i>	88
3.4.2. <i>FAVORECIMENTO REAL</i>	92
3.5. Duração do momento consumativo da lavagem de dinheiro	94
4. DESAFIOS ATUAIS.....	101
4.1. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro	101
4.1.1. <i>PANORAMA DA WILLFUL BLINDNESS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NA ESPANHA</i>	102

4.1.2. <i>APTIDÃO DA CEGUEIRA DELIBERADA COMO ELEMENTO SUBJETIVO DA LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL</i>	108
4.2. Autolavagem	112
4.2.1. <i>AUTOBLANQUEO NA ESPANHA</i>	113
4.2.2. <i>AUTOLAVAGEM NO BRASIL</i>	117
4.3. Limites da responsabilidade penal na lavagem de dinheiro: autoria; participação e condutas neutras	122
4.3.1. <i>AUTORIA E PARTICIPAÇÃO</i>	123
4.3.2. <i>CONDUTAS NEUTRAS: ATIVIDADE PROFISSIONAL DO AGENTE FINANCEIRO E DO ADVOGADO</i>	130
4.4. Mescla de capitais e lavagem de dinheiro.....	140
4.5. <i>Compliance</i> na lavagem de dinheiro	146
4.5.1. <i>EMPRESAS COMO LONGA MANUS DO ESTADO</i>	152
4.5.2. <i>POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO COMPLIANCE OFFICER E RESPONSABILIDADE PENAL</i>	155
5. LAVAGEM DE DINHEIRO: REFINAMENTOS E SOLUÇÕES	165
5.1. Lavagem de dinheiro e os desafios tradicionais e atuais: possíveis soluções e refinamentos.....	165
5.1.1. <i>SOLUÇÕES E REFINAMENTOS AOS DESAFIOS TRADICIONAIS</i> 167	
5.1.2. <i>SOLUÇÕES E REFINAMENTOS AOS DESAFIOS ATUAIS</i>	173
5.2. Lavagem de dinheiro sob um cenário global do Direito Penal Econômico, problemas identificados e possíveis soluções	184
CONCLUSÕES	192
BIBLIOGRAFIA	198

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende investigar o crime de lavagem de dinheiro no marco do Estado Democrático de Direito enquanto delito firmado e expandido nos últimos 30 anos, em compasso com o Direito Penal Econômico, e ainda em constante desenvolvimento.

Para tanto, inicialmente, no capítulo 1, expõe-se o panorama histórico da criminalização da lavagem de dinheiro desde sua primeira tipificação, passando pela inicial influência norte-americana e pelo crucial desenvolvimento do tema no continente europeu, abordado especialmente por meio da experiência espanhola, chegando até os dias atuais, com a grande influência do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI). Diacronicamente, apresenta-se o movimento de expansão da criminalização da lavagem de dinheiro no cenário do neoliberalismo e da globalização ante as diversas Convenções e Recomendações internacionais. Com isso, pode-se contextualizar a racionalidade legislativa brasileira que oportunizou a tipificação do crime de lavagem de dinheiro por meio da Lei nº 9.613/1998.

Posto tal arcabouço, foca-se na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 – ou ainda Lei de Lavagem de Dinheiro – vigente com alterações de 2003, por ocasião da Lei nº 10.701/2003, e de 2012, em razão da Lei nº 12.683/2012. Em sede do capítulo 2, busca-se analisar suas previsões de natureza penal material, contidas no artigo 1º da Lei, a fim de indicar as modalidades da lavagem de dinheiro bem como seus elementos subjetivos e objetivos para que se possa contextualizar a base normativa dos desafios a serem estudados. Em um segundo momento, no capítulo 2, analisa-se também o tratamento conferido ao *money laundering* nos Estados Unidos da América para se observar a lei no país que foi um dos pioneiros na tipificação da lavagem de dinheiro tendo, inicialmente, influenciado até mesmo a Convenção de Viena, de 20 de dezembro de 1988, e o tratamento conferido ao *blanqueo de capitales* na Espanha a fim de analisar a lei no país que traz uma das legislações mais alinhadas com os parâmetros do GAFI em termos de lavagem de dinheiro.

Assim, chega-se ao cerne da pesquisa, *i.e.*, o estudo do crime de lavagem de dinheiro à luz de seus desafios tradicionais e atuais. No capítulo 3, examina-se o que se convencionou chamar de “problemas dogmáticos tradicionais ou clássicos” da lavagem de dinheiro enquanto delito inserido sob a perspectiva do Direito Penal Econômico. Nessa toada, serão analisadas as seguintes questões: (i) o tratamento conferido à infração penal antecedente no delito de lavagem de dinheiro; (ii) a lavagem de dinheiro e a teoria do bem jurídico; (iii) a lavagem de dinheiro e o princípio da lesividade ou ofensividade penal; (iv) a comparação entre o crime de lavagem de

dinheiro com a receptação e o favorecimento real e (v) a lavagem de dinheiro em relação ao seu momento consumativo.

Já no capítulo 4, serão considerados os desafios atuais do delito de lavagem de dinheiro, ou seja, aqueles que foram importados da *common law* e/ou que se situam em um contexto globalizado hodierno, tais como: (i) a lavagem de dinheiro e a cegueira deliberada; (ii) a autolavagem; (iii) a imputação de responsabilidade penal na lavagem de dinheiro considerando autoria; participação e condutas neutras; (iv) o *commingling* ou a mescla de origens do dinheiro no crime de lavagem e (v) a lavagem de dinheiro e o criminal *compliance*.

Por fim, no capítulo 5, são propostos refinamentos e soluções ao delito de lavagem de dinheiro. Inicialmente, sob uma perspectiva micro, a partir do estudo individual dos desafios indicados, realiza-se a análise de cada um deles de acordo com sua pretensa justificação e em caso de identificação de problemas e incongruências para sugerir eventuais soluções e refinamentos. Posteriormente, analisa-se o delito de lavagem de dinheiro sob uma perspectiva macro, realizando uma avaliação global dos seus desafios e sugerindo soluções e refinamentos advindos do estudo do Direito Penal Econômico.

Desse modo, ao final de tal percurso, acredita-se ter produzido um estudo que aborda ou, ao menos, tangencia grande parte – senão a íntegra – dos temas relacionados ao delito de lavagem de dinheiro sob o aspecto material penal.

1. PANORAMA DA CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

O delito de lavagem de dinheiro se insere em um movimento de expansão do Direito Penal¹. Sob condução dos Estados Unidos da América, tal crime se tornou globalmente reconhecido e institucionalizado a partir da década de 80. Posteriormente, com a permanência e inserção do tipo penal em diversos países, deu-se o debate sobre seus primeiros problemas pela dogmática jurídico-penal – os ditos desafios tradicionais –, e, hodiernamente, com o seu desenvolvimento revelam-se novas questões – denominadas desafios atuais².

No Brasil, no marco das chamadas operações contra a corrupção, avolumadas especialmente no século XXI, nota-se o crescimento do Direito Penal enquanto resposta máxima às demandas da sociedade³. Um dos crimes mais capitulados em denúncias é o de lavagem de dinheiro previsto na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 e alterado pela Lei nº 12.683, de 2012.

Nesse sentido, a fim de estudar o crime de lavagem de dinheiro à luz de seus desafios tradicionais e atuais impõe-se uma pormenorizada contextualização do crime, seu surgimento e desenvolvimento, até culminar nos dias contemporâneos. Isso é, para a devida compreensão do delito de lavagem de dinheiro nos dias correntes, deve-se recorrer à sua construção histórica. Considera-se que a história da legislação penal é uma fonte de informação do Direito Penal⁴ uma vez que a história da legislação penal “[d]e alguma maneira é a história do avanço e do

¹ Para esclarecer com precisão e síntese referido movimento, cita-se: “Esse quadro não é novo e vem sendo estudado político-criminalmente com minúcia, aqui e alhures, há pelo menos duas décadas. A crítica em geral formulada com razão, denuncia a hipertrofia do Direito Penal, o qual evadido de ineficácia apegando-se apenas em seu valor simbólico, gerando-se um emaranhado de leis de má técnica, arbitrárias, que geram mais violência do que a – muitas vezes, suposta – violência que pretende coibir. Curiosamente, a ineficácia penal, força-motriz da sensação de impunidade, é a retroalimentadora do perene esgarçamento, em um círculo vicioso da verdadeira mentira penal.” (SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 142).

² Nesta pesquisa, denominam-se “desafios” os questionamentos e discussões da doutrina e dos tribunais acerca de temas inseridos no âmbito da lavagem de dinheiro ou afeitos à lavagem de dinheiro.

³ Sobre tal cenário, SOUZA arremata: “Some-se a isso uma considerável e significativa verdadeira ‘cruzada midiática’, normalmente identificada como ‘combate à corrupção’ ou ‘luta contra a corrupção’, o que identificamos como ponto culminante as chamadas grandes operações policiais e grandes julgamentos, além da proposição demagógica e moralista de mais projetos de lei repressivos, como, paradigmaticamente, a tentativa de inclusão da corrupção no rol de crimes hediondos. Em outras palavras, claramente, há influência dos *mass media* nos processos de criminalização primária e secundária.” (Ibid., p. 29).

⁴ ZAFFARONI et al. afirmam que as fontes de informação do Direito Penal são aquelas que nos permitem conhecer o estado do saber jurídico-penal em algum momento de sua história, ou seja, por seu intermédio, chega-se ao Direito Penal contemporâneo ou passado. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, v.1, 2003, p. 191.

retrocesso da organização corporativa da sociedade (*Gessellschaft*) sobre a comunitária (*Gemeinschaft*)[...].”⁵

Desse modo, expõe-se o panorama da criminalização da lavagem de dinheiro desde a sua primeira tipificação na Itália no enredo das “máfias italianas” por meio do Decreto-Lei nº 59, de 21 de março de 1978, passando pela legislação norte-americana que põe em evidência a globalização da conduta na conjuntura do *Anti-Drug Abuse Act*, no ano de 1986, no cenário do tráfico de drogas, até chegar efetivamente às influências neoliberais inglesas e norte-americanas e, por fim, ao contexto de globalização que cravou os crimes econômicos na “ordem do dia”, por meio, por exemplo, do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI). Nesse momento, viu-se como crucial as discussões doutrinárias e dos tribunais no continente europeu, abordadas especialmente por meio da experiência espanhola⁶.

Observa-se que tal percurso indicará que a criminalização e evolução da lavagem de dinheiro relaciona-se intimamente com a infração penal antecedente. Com isso, pretende-se realizar um panorama diacrônico da criminalização da lavagem de dinheiro no âmbito global (subtópicos 1.1. e 1.2.); europeu com enfoque na Espanha (subtópico 1.3.) e brasileiro (subtópico 1.4.).

1.1. Da primeira tipificação do delito ao neoliberalismo⁷

Os primeiros países a criminalizarem a lavagem de dinheiro foram a Itália, em 1978, e os Estados Unidos da América, em 1986. No contexto do país ítalo, as razões que levaram a criminalização do delito da lavagem de dinheiro remontam, inicialmente, a atuação dos grupos mafiosos e, posteriormente, também das Brigadas Vermelhas.

A máfia italiana confundiu-se com o Estado italiano. Isso é, os grupos mafiosos impuseram uma disputa entre o poder formal e o poder material; ou ainda uma oposição entre

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, v.1, 2003, p. 385.

⁶ Escolheu-se precisamente o panorama de criminalização do delito de *blanqueo de capitales* na Espanha uma vez que será realizada análise comparativa da referida legislação com a legislação de lavagem de dinheiro no Brasil, no capítulo 2, e, ainda, porque tal país encontra-se na dianteira da produção e discussão acadêmica e doutrinária atual acerca da lavagem de capitais. Acerca desse último ponto, veja-se: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Tema 18. Blanqueo de capitales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); ROBLES PLANAS, Ricardo (coord). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa: parte general y especial*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, p. 642.

⁷ A despeito da primeira tipificação do delito de lavagem de dinheiro ter ocorrido no ano de 1978, considera-se – tendo em vista seu contexto na conjuntura italiana – não ser possível falar que tal movimento se deu em razão do ou atrelado ao neoliberalismo econômico. Por isso, adota-se o título do subtópico 1.1. como “da primeira tipificação do delito” e, posteriormente, a influência do neoliberalismo econômico para a tipificação do delito nos Estados Unidos da América e para sua disseminação e consolidação na pauta penal.

estruturas sociais reguladas por lei sob um modelo político-jurídico de produção normativa *versus* estruturas sociais espontâneas, marginais à lei. Em verdade, as máfias operavam sob um regime de extorsão fornecendo um “mercado de serviços” de segurança e proteção aos donos de terras, diante da ausência do Estado⁸. Conforme elucidada RICHARDS, a máfia destacou-se justamente pela capacidade de se institucionalizar como uma organização – ou pluralidade de organizações articuladas – empresarial criminosa transnacional, regulada por regras, procedimentos e hierarquia que por meio da infiltração nos sistemas sociais, econômicos, políticos e jurídicos, foi capaz de estabelecer – sobretudo nos momentos de crise – derivações nas variadas regiões italianas e também fora daquele país⁹.

Isso tanto é verdade que, muito antes da criminalização do delito de lavagem de dinheiro, já havia diversos movimentos legislativos em busca da criminalização de tais organizações criminosas¹⁰ desde a década de 50 na Itália.

Além da máfia, nos anos 70 e 80, existiam também as Brigadas Vermelhas (*Brigate Rosse*), um dos mais notórios grupos armados italianos, cujas origens ideológicas remontam ao marxismo-leninismo, com a finalidade de desarticular o poder político estatal italiano. Em decorrência da beligerância entre grupos paramilitares de esquerda, de direita, relacionados ao serviço secreto e às máfias instaurou-se tal clima de terror que o período de turbulência sócio-política foi denominado de “anos de chumbo” (*anni di piombo*). Sob esse contexto, as Brigadas Vermelhas sequestraram, em 16 de março de 1978, o influente político Aldo Moro (presidente do partido Democracia Cristã Italiana e *ex-premier* italiano por cinco vezes) e após um longo período de negociações o executaram¹¹.

Diante desse antigo cenário, cujo ápice de tensão deu-se durante a década de 70, o apoio da opinião pública e a comoção social gerada por esse e por outros sequestros e ataques impulsionaram o governo italiano a editar o Decreto-Lei nº 59, de 21 de março de 1978, que introduziu o artigo 648 *bis* no Código Penal Italiano. Nove dias após o assassinato de Aldo Moro, ocorrido em 9 de maio daquele ano, o decreto foi convertido em lei com alterações, por

⁸ PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. *O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 72-3.

⁹ RICHARDS, James. *Transnational Criminal, Organizations, Cybercrime, and Money Laundering*. CRC Press: Washington, D.C., 1998, p. 5-8.

¹⁰ A primeira produção do legislativo italiano que cerceia a máfia e a sua atividade de modo sistemático, sob a concepção de delinquência organizada surge em 1982, com a aprovação da Lei Rognoni-La Torre, a Lei nº 646. Antes disso, a Lei nº 1423 de 1956 – Medidas de prevenção no confronto de pessoas perigosas para a segurança e moralidade públicas – já tocava o assunto. Assim como a Lei nº 575 de 1965 que se contrapunha às organizações criminosas de tipo mafioso.

¹¹ CARLI, Carla Verissimo de. *Lavagem de Dinheiro - Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 79.

meio da Lei nº 191, de 18 de maio de 1978¹². O artigo 648 *bis* incriminava a “substituição” de dinheiro ou de valores provenientes de roubo qualificado, extorsão qualificada ou extorsão mediante sequestro por outros valores ou dinheiro¹³.

Observa-se, então, que a primeira estrutura destinada ao cerceamento da lavagem de dinheiro voltava-se a coibir delitos antecedentes relacionados a obtenção de valores e dinheiros oriundos de roubo qualificado, extorsão qualificada ou extorsão mediante sequestro. Delitos esses que estavam no cerne do funcionamento das máfias italianas.

É interessante notar como o pioneirismo italiano na tipificação da lavagem de dinheiro seguido pela influente iniciativa norte-americana, de certo modo, se relacionam. Isso porque, entre 1880 a 1914, 4 milhões de italianos imigraram para os Estados Unidos da América fixando-se em grandes cidades do nordeste americano (como Nova Iorque e Chicago), nos bairros marcados por condições insalubres de vida que viriam a ser conhecidos por *Little Italies*¹⁴. Nesse ambiente desenvolveram-se as primeiras “franquias americanas da máfia”¹⁵. Sob contexto semelhante àquele existente na Itália quando do início dos grupos mafiosos, as organizações mafiosas nos Estados Unidos aproveitaram-se da ausência estatal, em especial nas vizinhanças mais pobres, ainda mais empobrecidas pelo *Wall Street Crash* de 1929, para disseminar o medo e, em seguida, vender segurança. Novamente, a extorsão seria uma das principais atividades criminosas até a chegada da Lei Seca¹⁶.

O período da Proibição (*Prohibition*) se encarregou de prover um crescimento exponencial das organizações criminosas nos Estados Unidos da América¹⁷. Trata-se do

¹² CERQUA, Luigi Domenico. Il Delitto di Riciclaggio nel Sistema Penale Italiano (I). *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 97, n. 7, p. 7-32, 2008. Disponível em: < <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/52/50> >. Acesso em 15 de fevereiro de 2019.

¹³ O referido artigo dispunha: “Substituição de dinheiro ou valores de roubo qualificado, extorsão ou extorsão mediante sequestro agravado para resgate: Exceto nos casos de concurso de pessoas, qualquer um que comete ações ou atos que visem substituir dinheiro ou valor proveniente de crimes de roubo qualificado, de extorsão ou de extorsão mediante sequestro, com outro dinheiro ou outro valor, a fim de obter para si ou para outrem um lucro do crime, é punido com prisão de quatro a dez anos e com uma multa de um milhão a vinte milhões de liras.” Tradução livre de “*Sostituzione di denaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione: Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque compie fatti o atti diretti a sostituire denaro o valore provenienti dai delitti di rapina aggravata, di estorsione aggravata o di sequestro di persona a scopo di estorsione, con altro denaro o altri valore, al fine di procurare a se o ad altri un profito del reato, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni e con la multa da lire un milione a venti milioni*.” A versão original do dispositivo foi obtida no artigo *Il Delitto di Riciclaggio nel Sistema Penale Italiano (I)* (Ibid., p. 16).

¹⁴ BERKIN, Carol et al. *Making America: A History of the United States*. 5. ed., Boston: Wadsworth Publishing, 2010, v. 2, p. 412-3.

¹⁵ RICHARDS, James. *Transnational Criminal, Organizations, Cybercrime, and Money Laundering*. CRC Press: Washington, D.C., 1998, p. 6.

¹⁶ NAYLOR, Robin Thomas. *Hot Money and the Politics of Debt*. New York: The Linden Press/Simon and Schuster, 1987, p. 20-2.

¹⁷ TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de Dinheiro - Anotações às Disposições Criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 26-8.

período de 1920 a 1933 em que vigorou a chamada Lei Seca e que deu causa à 18ª Emenda à Constituição norte-americana, quando se proibiu o fabrico, venda e transporte de bebidas alcóolicas, por meio do *Volstead Act*¹⁸ (ou ainda, *National Prohibition Enforcement Act*), aprovado em 28 de outubro de 1919.

Tão logo aprovada, a Proibição revelou-se extremamente difícil de ser implementada, pela dificuldade em refrear o consumo de bebidas alcóolicas, e irracional de ser mantida, em razão do enorme crescimento do crime organizado e da corrupção de funcionários públicos. Disso decorreu que a lei acabou por ser desmoralizada devido ao seu descumprimento rotineiro e por fomentar o lucrativo negócio de venda ilegal de bebidas¹⁹. A Proibição gerou um mercado de fornecimento de produtos ilegais que movimentava milhões de dólares e, com isso, a criação e o desenvolvimento de incontáveis organizações criminosas a explorá-lo²⁰. Foi nesse cenário que, por exemplo, Alphonse Gabriel Capone, mais conhecido por Al Capone, nascido em Nova Iorque e filho de imigrantes italianos, assumiu o controle do crime organizado na cidade de Chicago, no final da década de 1920, e se tornou famoso após fazer fortuna com a comercialização de bebidas ilegais.

Diante disso, já em 1923, iniciou-se um movimento para a revogação da Proibição. Não obstante, somente em 1929, uma investigação foi encomendada pelo então Presidente Herbert Hoover em razão de um massacre ocorrido em Chicago, cuja autoria relacionava-se a Al Capone, denominado de *St. Valentine's Day Massacre*. Com isso, foi formada uma Comissão (*Wickersham Commission*), naquele mesmo ano, para verificar a eficiência da *Prohibition*. Em 1931, tal Comissão confirmou que a 18ª Emenda continuava largamente sem atingir a sua pretensa eficácia. Assim, o então senador do Wisconsin, John Blaine, propôs a 21ª Emenda à Constituição para revogar a 18ª Emenda²¹. Desse modo, sob forte influência da corrida eleitoral entre o então presidente republicano Herbert Hoover e o democrata Franklin Delano Roosevelt²², em 20 de fevereiro de 1933, os democratas, com ampla maioria nas duas casas (Câmara e Senado), conseguiram passar a 21ª Emenda à Constituição norte-americana revogando a 18ª Emenda.

¹⁸ O nome da lei provém de Andrew John Vostead, republicano, representante do Estado de Minnesota no Congresso e presidente da Comissão no Congresso que defendeu a lei.

¹⁹ BERKIN, Carol et al. *Making America: A History of the United States*. 5. ed., Boston: Wadsworth Publishing, 2010, v. 2, p. 537.

²⁰ CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro - Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 80-1.

²¹ BERKIN, op. cit., p. 537.

²² *Ibid.*, p. 558-61.

Com a revogação da Proibição, os grupos criminosos foram forçados a buscar novas alternativas de negócio e migraram para a exploração do jogo ilegal e do tráfico de entorpecentes. Nessa transição, à medida em que o crime se expandiu para esses novos negócios, fez-se necessária a utilização de uma rede de instituições financeiras paralelas para lidar com o fluxo de dinheiro. Isso porque grande parte das casas de jogos contavam com os serviços de transferências eletrônicas de dinheiro (*wire transfers*) de modo que não mais bastavam lavanderias ou lava-jatos de automóveis²³ – negócios baseados no uso de dinheiro vivo (*cash*) – para justificar a origem de recursos ilícitos²⁴.

A mudança no método de “lavar dinheiro” se deveu também a crescente investigação e busca por cerceamento ao crime organizado por parte das autoridades norte-americanas. Na década de 70, por exemplo, foram editadas importantes leis nesse sentido, como, o *Bank Secrecy Act* (BSA) e o *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO).

O BSA, também conhecido por *Financial Recordkeeping and Reporting of Currency and Foreign Transactions Act* (Título 31, Capítulo 53, Seções 5.311 e seguintes do *United States Code* (USC)²⁵) se trata de legislação federal que determina a colaboração de instituições financeiras com o governo norte-americano em casos suspeitos de fraude ou de lavagem de dinheiro. Desse modo, passou-se a exigir dos bancos e de outras instituições financeiras a comunicação das transações em espécie superiores a US\$10,000 (dez mil dólares), a serem feitas através dos chamados *Currency Transaction Report* (CTR). O objetivo dessa legislação era conter a lavagem de dinheiro e outros crimes financeiros, ao exigir das instituições financeiras

²³ Abrindo-se um parêntese, o termo lavagem de dinheiro (*money laundering*) foi empregado inicialmente pelas autoridades norte-americanas para descrever esse método usado pela máfia nos anos 30 para justificar a origem de recursos ilícitos – a exploração de máquinas de lavar roupas e de lava-jatos – e ingressou na literatura jurídica e dispositivos legais nacionais e internacionais a partir da sua primeira citação em um processo judicial nos Estados Unidos da América, em 1982. Nesse sentido, confira-se: BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41-5.

²⁴ CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro - Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 82-3.

²⁵ O *United States Code* é uma compilação e codificação da legislação federal geral e permanente dos Estados Unidos da América e é composto por 54 títulos sendo que o Título 53 encontra-se reservado uma vez que a legislação que nele será inserida ainda não foi promulgada pelo Congresso. Outrossim, esclarece-se que o *United States Code* não se trata de uma legislação modelo (como é o *Model Penal Code* elaborado pelo *American Law Institute*, sob o aconselhamento de professores e profissionais de direito, cujas disposições são meras diretrizes para os estados adotarem ou não no âmbito de sua legislação estadual). UNITED STATES OF AMERICA. *Bank Secrecy Act* (1970). 31 U.S.C. §5.311. *United States Code*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title31-section5331&num=0&edition=prelim>>. Acesso em 8 de maio de 2019.

a criação de rastros para o dinheiro (*paper trail*) e ainda prevenir que os bancos se tornassem intermediários de atividades ilícitas²⁶⁻²⁷.

Já o RICO (Título 18, Parte I, Capítulo 96, Seções 1961 a 1968 do *United States Code (USC)*²⁸), se cuidava, inicialmente, de uma lei federal para a repressão do crime organizado por meio da imposição de sanções cíveis e penais às “empresas” criminosas destinadas à prática de atividades ilícitas como jogo ilegal, suborno, sequestro, assassinato, falsificação, tráfico de drogas e etc.²⁹.

Nessa toada, alguns anos mais tarde, em 1986, o Congresso norte-americano editou o *Anti-Drug Abuse Act*. Dentre as várias medidas legais que integram esse ato, está o chamado *Money Laundering Control Act*, norma que criminaliza a lavagem de dinheiro nos Estados Unidos no Título 18, Parte I, Capítulo 95, Seções 1956 e 1957 do *United States Code (USC)*³⁰. HARMON JR., ex-diretor executivo e conselheiro-chefe da Comissão Presidencial sobre o Crime Organizado (*President's Commission on Organized Crime*), entendeu que a lei era revolucionária tanto em seus conceitos legais quanto em termos práticos por causa das formas que buscou deter, detectar e punir aqueles que lavassem dinheiro para fins criminosos³¹. Contextualizou ainda que, com a significativa influência econômica doméstica e internacional exercida pelo crime organizado, a lavagem de dinheiro havia se tornado um elemento indispensável das atividades mafiosas³².

Nota-se, então, que a tipificação destinada ao cerceamento da lavagem de dinheiro no contexto norte-americano voltava-se, inicialmente, a coibir delitos antecedentes relacionados a exploração do jogo ilegal e do tráfico de entorpecentes por meio, principalmente, da utilização de instituições financeiras e organizações criminosas para tanto³³.

²⁶ HARMON JR., James. *United States Money Laundering Laws: International Implications*. *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, New York, v. 9, p. 3-6, 1988.

²⁷ Apenas a título de menção, após o atentado de 11 de setembro de 2001, foi promulgado o *USA Patriot Act* que redesenhou o *Bank Secrecy Act* tornando mais rigoroso o controle exercido sobre as transações e sobre as próprias instituições financeiras. Cf. PLOTKIN, Mark; SANFORD, Barak. *The customer's view of 'know your customer' – section 326 of the USA Patriot Act*. Washington: Covington & Burling, 2006. Disponível em: <<https://www.cov.com/~media/files/corporate/publications/2006/09/747.pdf>>. Acesso em 8 de maio de 2019.

²⁸ UNITED STATES OF AMERICA. Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (1970). 18 U.S.C. § 1961-§1968. *United States Code*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/part1/chapter96&edition=prelim>>. Acesso em 8 de maio de 2019.

²⁹ KADISH, Sanford H.; SCHULHOFER, Stephen J.; BARKOW, Rachel E. *Criminal law and its processes: cases and materials*. 10. ed., New York: Wolters Kluwer, 2017, p. 805-11.

³⁰ UNITED STATES OF AMERICA. Money Laundering Control Act (1986). 18 U.S.C. §1956-§1957. *United States Code*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/browse/prelim@title18/part1/chapter95&edition=prelim>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2019.

³¹ HARMON JR., op. cit., p. 3-4.

³² *Ibid.*, p. 2-3.

³³ O'SULLIVAN, Julie Rose. *Federal White Collar crime: cases and materials*. 7. ed., Saint Paul: West, 2019, p. 686.

Nesse sentido, deve-se recordar que, por detrás de todo o movimento legislativo de contenção ao desenvolvimento de organizações criminosas, houve *pari passu* o avanço e expansão da agenda neoliberal e o início da globalização. Encabeçado pelo então Presidente dos Estados Unidos da América, Ronald Reagan, em conjunto com a então Primeira Ministra do Reino Unido, Margaret Thatcher, o neoliberalismo simbolizava um modelo de redução da intervenção do Estado na economia. No entanto, como indica SOUZA, isso não significou um encolhimento do Direito Penal, muito pelo contrário, tal período foi marcado por uma postura de estabelecimento de marcos regulatórios e legislações penais intensificando a incriminação, sobretudo, econômica³⁴.

1.2. Do neoliberalismo ao contexto de globalização: Convenções, Recomendações e esforços internacionais

Para além do inchaço do Direito Penal, o neoliberalismo impôs, em verdade, a instauração de um Direito Penal máximo. WACQUANT sintetiza como se deu o estabelecimento de um modelo de mínima intervenção econômica e de máxima intervenção penal em âmbito global:

Designa-se geralmente pela expressão ‘*Washington consensus*’ a panóplia de medidas de ‘ajuste estrutural’ impostas pelos provedores de fundos internacionais como condição para ajuda aos países endividados (com os resultados desastrosos recentemente constatados na Rússia e na Ásia) e, por extensão, as políticas econômicas neoliberais que triunfaram nos países capitalistas avançados ao longo das últimas duas décadas: austeridade orçamentária e regressão fiscal, contenção dos gastos públicos, privatização e fortalecimento dos direitos do capital, abertura ilimitada dos mercados financeiros e dos intercâmbios, flexibilização do trabalho assalariado e redução da cobertura social. Convém doravante estender esta noção a fim de nela englobar o tratamento punitivo da insegurança e da marginalidade sociais que são as consequências lógicas dessas políticas.³⁵

Ao mesmo tempo em que se expandiram as práticas neoliberais, instalou-se também a globalização³⁶ de modo que se observa a existência e expansão de um capitalismo globalizado

³⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. Passado e presente do Direito Penal Econômico. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, ano 5, n. 2, p. 182, 2016.

³⁵ WACQUANT, Loïc. *As prisões da Miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 74-5.

³⁶ Sobre o “conceito” de globalização, SOUZA e FERREIRA elucidam que “O fenômeno hodierno da globalização é eminentemente econômico, representando, genericamente, um estreitamento das fronteiras para fins de produção, distribuição e circulação de bens e capitais. Se por um lado poder-se-ia dizer que fenômenos globalizantes sempre existiram [...], o que efetivamente diferencia o constatado desde a segunda metade do século XX é a radicalização de características da sociedade industrial, reconhecida agora pela sociologia como pós-industrial, da informação ou do risco, dentre outras possíveis denominações do mesmo fenômeno.” (SOUZA, Luciano Anderson de.; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Criminal compliance e as novas feições do direito penal econômico. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. (Org.). *Doutrinas essenciais - Direito penal e processo penal: leis penais especiais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. IV, p. 885-7).

sob a ideologia neoliberal³⁷. Dessa forma, no cenário de passagem para uma sociedade globalizada, ou seja, na transição da sociedade industrial para a sociedade pós-industrial – denominada sociedade do risco³⁸, “[...] o Direito Penal reafirmou-se como instrumento garantidor da política econômica estatal vigente e como instrumento de gerenciamento de riscos de uma sociedade altamente complexa.”³⁹

É sob essa conjuntura que se insere o panorama de globalização da criminalização da lavagem de dinheiro no final da década de 80. Apesar da origem da lavagem de dinheiro remontar a primeira metade do século XX, somente a partir da década de 1980 o termo e o delito efetivamente ingressaram na literatura jurídica e em textos normativos nacionais e internacionais⁴⁰. Nesse momento, a lavagem de dinheiro passou a ser objeto de maior atenção da comunidade internacional devido à percepção acerca da força e da capacidade de articulação de alguns setores do crime organizado, em especial daquele voltado para o tráfico de drogas⁴¹.

Nesse contexto primário, foram produzidos diversos documentos nacionais e supranacionais⁴² em busca do cerceamento à lavagem de dinheiro. No âmbito internacional

³⁷ ZAFFARONI et al. descreve tal momento da seguinte forma: “A atual *etapa tecnológica* suscita equiparação salarial com os níveis mais baixos do planeta e desemprego estrutural para os restantes em um exercício do poder planetário (*globalização*) que se desloca dos estados para monopólios ou oligopólios transnacionais. O estado fica reduzido a uma função arrecadadora: ele é concebido como empresa regida por critérios de *eficácia*.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1, p. 406-7).

³⁸ Nota-se que o termo “sociedade do risco” e seus reflexos permeiam esta pesquisa uma vez que o Direito Penal Econômico foi uma das principais respostas à sociedade do risco. Não obstante, a análise do conceito e seu pormenorizado estudo serão realizados somente em sede do capítulo 5. De todo modo, fixa-se desde já que (i) a abordagem de “sociedade do risco” deriva-se do quanto analisado por BECK (“Na modernidade tardia, a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos-tecnologicamente produzidos.” Cf. BECK, Ulrich. *Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed., São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23) e (ii) as análises dos reflexos de tal sociedade no Direito Penal – sobretudo Econômico – serão balizadas, mas não restritas, pela produção de SOUZA (Cf. SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012).

³⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 31-2.

⁴⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 2. ed., Navarra: Arazandi, 2002, p. 86.

⁴¹ Nesse sentido, BADARÓ e BOTTINI esclarecem que “O desenvolvimento dos grupos criminosos nesse setor impôs uma mudança de perspectiva político-criminal. A organização empresarial da empreitada delitativa transformou as antigas quadrilhas e bandos em ordens estruturadas, hierarquizadas e globalizadas, imunes aos atos repressivos tradicionais. A impessoalidade das entidades criminosas tornou irrelevante a prisão de seus integrantes, seja pela continuidade da cadeia de comando a partir das unidades prisionais, seja pela fungibilidade de seus membros, que podem ser substituídos por outros com facilidade em determinados contextos. Ademais, a sofisticada organização do comércio de drogas permitiu que seus promovedores acumulassem capital suficiente para retroalimentar sua estrutura, desenvolver redes capilarizadas e eficientes para atividades diretas e indiretamente ligadas ao negócio, bem como cooptar autoridades públicas nos mais diversos setores, em manobras de aliciamento e corrupção.” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 30).

⁴² Como a introdução da lavagem de dinheiro no Código Penal Italiano em 1978; a Recomendação R(80)10 do Comitê de Ministros da Europa em 1980 e o *Money Laundering Act Control* nos Estados Unidos da América em 1986 e, respectivamente.

destaca-se a Convenção de Viena, de 20 de dezembro de 1988, também conhecida como Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas que abordou a questão acerca do desmantelamento de organizações criminosas inseridas no tráfico de drogas – até então o principal crime antecedente capaz de gerar bens passíveis de branqueamento⁴³. Houve uma inegável influência dos Estados Unidos da América, sob a retórica da “guerra contra as drogas”, na produção de tal documento, inclusive por meio do uso do próprio relatório da *President’s Commission on Organized Crime* de 1984 (elaborado por ocasião do estudo sobre a estratégia de criminalização da lavagem de dinheiro naquele país em 1986)⁴⁴. Tal Convenção foi o primeiro documento internacional a fornecer uma definição sobre o crime de lavagem de dinheiro, embora sem fazer uso expresso do termo, impondo aos Estados aderidos a obrigação de tipificar em suas legislações nacionais, a conduta de “converter ou de transferir bens”, fruto de delitos relacionados ao tráfico internacional de drogas, bem como a “ocultação ou o encobrimento” da natureza, da origem, da localização, do destino, da movimentação ou da propriedade verdadeira de bens, sabendo que procedem de alguns daqueles delitos⁴⁵.

Isso é, com a crescente preocupação dos Estados no que tange à criminalidade organizada voltada ao tráfico de drogas e diante da falência da chamada “guerra às drogas”, buscou-se outro modo de repressão. No caso, procurou-se cercear a ocultação e aproveitamento dos valores e bens oriundos de delitos relacionados ao tráfico de drogas, pois notou-se que a criminalidade organizada voltada a tal prática delitiva constitui um sistema econômico paralelo que influencia na ordem econômica global⁴⁶.

Nos anos e décadas subsequentes, a fim de acompanhar os crescentes desafios impostos pela complexidade das organizações e dos processos delitivos em que se inserem a lavagem de dinheiro houve um constante e amplo debate para aprimorar as estratégias de cerceamento. Começou-se, então, a descolar a lavagem de dinheiro do tráfico de drogas⁴⁷. Em verdade, um

⁴³ Nesta dissertação, as expressões lavagem, branqueamento ou reciclagem de dinheiro ou capitais são usadas como sinônimos.

⁴⁴ GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do Crime de "Branqueamento de Capitais"* - Introdução e Tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, p. 68-9.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 66-7.

⁴⁶ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 15-8. Acesso em 12 de maio de 2019.

⁴⁷ O’SULLIVAN, Julie Rose. *Federal White Collar crime: cases and materials*. 7. ed., Saint Paul: West, 2019, p. 686.

estudo realizado pelo *United States Department of Justice*⁴⁸ observou que entre 1994 e 2001, 60% dos casos processados por lavagem de dinheiro envolviam crimes contra a propriedade e apenas 17% relacionavam-se ao tráfico de drogas.

Em 15 de novembro de 2000, foi aprovada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, que tem por objetivo promover a cooperação para prevenir e reprimir mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional. Nesse sentido, indicou a expansão dos crimes que poderiam originar bens passíveis de lavagem de dinheiro, incluindo até mesmo crimes praticados em outro país, desde que atendido o princípio da dupla incriminação; impôs aos Estados-parte a obrigação jurídica de, em conformidade com seu direito interno, criminalizar a lavagem de produto de crime e inovou ao prever medidas de regulação e controle de bens e outras instituições sensíveis à lavagem de dinheiro com o escopo de conhecer seus usuários e eventuais operações suspeitas por eles praticadas⁴⁹. A Convenção de Palermo foi incorporada no Brasil pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

De modo semelhante ao que ocorreu com o tráfico de drogas, buscou-se suprimir o financiamento do terrorismo por meio da lavagem de dinheiro. Com isso, a lavagem de dinheiro oriundo do financiamento do terrorismo somou-se como mais uma forma de repressão ao delito antecedente que obviamente movimentava altas cifras na economia paralela e, por consequência,

⁴⁸ UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Bureau of Justice Statistics. *Money Laundering Offenders, 1994-2001*. Disponível em: <<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/mlo01.pdf>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2020.

⁴⁹O Artigo 7º da Convenção de Palermo dispõe o seguinte: “Artigo 7 - Medidas para combater a lavagem de dinheiro 1. Cada Estado Parte: a) Instituirá um regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros organismos especialmente susceptíveis de ser utilizados para a lavagem de dinheiro, dentro dos limites da sua competência, a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas; b) Garantirá, sem prejuízo da aplicação dos Artigos 18 e 27 da presente Convenção, que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro. 2. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de numerário e de títulos negociáveis, no respeito pelas garantias relativas à legítima utilização da informação e sem, por qualquer forma, restringir a circulação de capitais lícitos. Estas medidas poderão incluir a exigência de que os particulares e as entidades comerciais notifiquem as transferências transfronteiriças de quantias elevadas em numerário e títulos negociáveis. 3. Ao instituírem, nos termos do presente Artigo, um regime interno de regulamentação e controle, e sem prejuízo do disposto em qualquer outro artigo da presente Convenção, todos os Estados Partes são instados a utilizar como orientação as iniciativas pertinentes tomadas pelas organizações regionais, inter-regionais e multilaterais para combater a lavagem de dinheiro. 4. Os Estados Partes diligenciarão no sentido de desenvolver e promover a cooperação à escala mundial, regional, sub-regional e bilateral entre as autoridades judiciais, os organismos de detecção e repressão e as autoridades de regulamentação financeira, a fim de combater a lavagem de dinheiro.”

influencia no regular funcionamento da ordem econômica. Nesse contexto⁵⁰, veio a Convenção Internacional das Nações Unidas para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999 e assinada pelo Brasil em 10 de novembro de 2001. Tal documento visava intensificar a cooperação internacional entre os Estados no planejamento e na adoção de medidas efetivas para impedir o financiamento do terrorismo, bem como para sua supressão por meio de processos judiciais e de punição de seus agentes. Nesse sentido, o cerceamento ao terrorismo passou a andar lado a lado com o cerceamento à lavagem de dinheiro⁵¹. O Brasil promulgou a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo em 26 de dezembro de 2005, através do Decreto nº 5.640/05.

Em sequência, em 31 de outubro de 2003, foi adotada a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, chamada de Convenção de Mérida, em busca da promoção e fortalecimento de medidas para prevenir e reprimir a corrupção; da facilitação e apoio à cooperação internacional e à assistência técnica na prevenção e na repressão contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos e da promoção da obrigação de prestar contas da devida gestão dos assuntos e dos bens públicos. A Convenção teve seu artigo 14 especificamente dedicado à lavagem de dinheiro, impondo aos Estados-parte a instituição de rígidos controles administrativos sobre a atuação de setores sensíveis – instituições financeiras e não financeiras usadas frequentemente para lavagem de dinheiro – e estabelecendo medidas de fomento à cooperação internacional⁵².

⁵⁰ Além da Convenção, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas emitiu a Resolução nº 1373 por meio da qual foi determinado que os Estados membros deviam prevenir e suprimir o financiamento de atos terroristas; criminalizar a conduta intencional de financiamento do terrorismo e adotar medidas exaustivas para combatê-lo. O Brasil promulgou a Resolução em 18 de outubro de 2001 por meio do Decreto nº 3.976/2001.

⁵¹ É recomendada aos Estados-parte a adoção de medidas de identificação, de detecção, de congelamento e de confisco de quaisquer fundos empregados ou alocados para fins de cometimento dos delitos previstos na Convenção, bem como das rendas resultantes do cometimento desses delitos, para fins de eventual apreensão.

⁵² O Artigo 14 da Convenção de Mérida prevê o quanto segue: “Artigo 14 - Medidas para prevenir a lavagem de dinheiro 1. Cada Estado Parte: a) Estabelecerá um amplo regimento interno de regulamentação e supervisão dos bancos e das instituições financeiras não-bancárias, incluídas as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços oficiais ou oficiosos de transferência de dinheiro ou valores e, quando proceder, outros órgãos situados dentro de sua jurisdição que sejam particularmente suspeitos de utilização para a lavagem de dinheiro, a fim de prevenir e detectar todas as formas de lavagem de dinheiro, e em tal regimento há de se apoiar fortemente nos requisitos relativos à identificação do cliente e, quando proceder, do beneficiário final, ao estabelecimento de registros e à denúncia das transações suspeitas; b) Garantirá, sem prejuízo à aplicação do Artigo 46 da presente Convenção, que as autoridades de administração, regulamentação e cumprimento da lei e demais autoridades encarregadas de combater a lavagem de dinheiro (incluídas, quando seja pertinente de acordo com a legislação interna, as autoridades judiciais) sejam capazes de cooperar e intercambiar informações nos âmbitos nacional e internacional, de conformidade com as condições prescritas na legislação interna e, a tal fim, considerará a possibilidade de estabelecer um departamento de inteligência financeira que sirva de centro nacional de recompilação, análise e difusão de informação sobre possíveis atividades de lavagem de dinheiro. 2. Os Estados

Além disso, no âmbito da Convenção de Mérida merece destaque a recomendação acerca da cooperação entre o setor público e o setor privado. No sentido da Convenção, os chamados *gatekeepers* são entidades ou pessoas que operam em campos sensíveis à lavagem de dinheiro, aqueles comumente usados pelos agentes de mascaramento de bens de origem ilícita como bancos, corretoras de valores, de imóveis, contadores e outros. São caracterizados como torres vigia, pois atuam ou tem acesso aos caminhos pelos quais corre o capital oriundo da infração penal. Porém, tal posição privilegiada impõe aos *gatekeepers* não só a obrigação de não colaborar com a prática de atos ilícitos, mas também de contribuir nas atividades de inteligência e vigilância do poder público por meio da informação de quaisquer atos praticados com aparência de lavagem de dinheiro.

Desse modo, embora a Convenção de Mérida tenha como destinação principal o cerceamento à corrupção, enquanto delito contra a administração pública, diversas de suas previsões e recomendações destinam-se, direta ou indiretamente, à prevenção e à repressão contra a lavagem de dinheiro, como delito que fere à ordem econômica. No mais, não são raras as vezes em que a prática de corrupção é associada com a lavagem de dinheiro. A Convenção de Mérida foi assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, mas somente em 31 de janeiro de 2006 foi promulgada por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

1.2.1. GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL

Afora do âmbito das convenções, deve-se mencionar ainda o principal organismo internacional destinado ao cerceamento da lavagem de dinheiro. Trata-se do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) (em inglês, *Financial Action Task Force (FATF)*)⁵³,

Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de efetivo e de títulos negociáveis pertinentes, sujeitos a salvaguardas que garantam a devida utilização da informação e sem restringir de modo algum a circulação de capitais lícitos. Essas medidas poderão incluir a exigência de que os particulares e as entidades comerciais notifiquem as transferências transfronteiriças de quantidades elevadas de efetivos e de títulos negociáveis pertinentes. 3. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas apropriadas e viáveis para exigir às instituições financeiras, incluídas as que remetem dinheiro, que: a) Incluam nos formulários de transferência eletrônica de fundos e mensagens conexas informação exata e válida sobre o remetente; b) Mantenham essa informação durante todo o ciclo de operação e c) Examinem de maneira mais minuciosa as transferências de fundos que não contenham informação completa sobre o remetente. 4. Ao estabelecer um regimento interno de regulamentação e supervisão de acordo com o presente Artigo, e sem prejuízo do disposto em qualquer outro Artigo da presente Convenção, recomenda-se aos Estados Partes que utilizem como guia as iniciativas pertinentes das organizações regionais, interregionais e multilaterais de luta contra a lavagem de dinheiro. 5. Os Estados Partes se esforçarão por estabelecer e promover a cooperação em escala mundial, regional, sub-regional e bilateral entre as autoridades judiciais, de cumprimento da lei e de regulamentação financeira a fim de combater a lavagem de dinheiro.”

⁵³ Informações obtidas no sítio eletrônico do GAFI/FATF disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/about/>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2019.

organismo intergovernamental criado em 1989, no marco da expansão global, destinado a desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais voltadas a cercear o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo; expedir recomendações para o prevenir e reprimir a lavagem de dinheiro e monitorar sua implementação.

Nesse sentido, a criação do GAFI adveio do intuito conjunto do G-7, grupo de países – então composto pelos Estados Unidos da América, França, Alemanha, Reino Unido, Itália, Japão e Canadá – compreendido na esfera da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁵⁴. Assim, em 1990, o GAFI elaborou um relatório contendo um conjunto de 40 Recomendações que forneciam um plano abrangente de ação para estruturar o cerceamento à lavagem de dinheiro. Tratou-se então de uma forma de uniformizar a introdução do cerceamento à lavagem de dinheiro no âmbito mundial, algo que dificilmente poderia ser feito por meio de uma convenção internacional⁵⁵. Após o atentado ao *World Trade Center*, em 11 de setembro de 2001, o papel do GAFI foi também destinado ao desenvolvimento de padrões internacionais para o cerceamento ao financiamento do terrorismo, tendo sido elaboradas 9 Recomendações Especiais sobre o Terrorismo. Desse modo, as 40 Recomendações sobre Lavagem de Dinheiro e as 9 Recomendações Especiais sobre o Financiamento do Terrorismo constituem os padrões do GAFI (*FATF Standards*).

Desde então, as Recomendações sofreram diversas alterações a fim de se manterem atualizadas diante das mudanças nos padrões de condutas relacionadas aos delitos de lavagem de dinheiro e terrorismo e também em razão das inovações tecnológicas. A primeira revisão ocorreu em 1993, depois em 2003, e por fim, em 2012 para acompanhar as mudanças verificadas nas tendências de lavagem de dinheiro. Concomitantemente, os *Standards* do GAFI se enraizaram como um padrão mínimo a ser seguido por todos os países por meio de suas legislações nacionais a fim de maximizar a prevenção à lavagem de dinheiro⁵⁶ possibilitando uma criminalização do delito de lavagem de dinheiro minimamente harmônica entre diversos países e também a promoção da troca de informações entre os governos⁵⁷.

Muito embora o GAFI não tenha capacidade coercitiva – não podendo assumir obrigações ou impor sanções – por se tratar de organismo que não é detentor de personalidade jurídica internacional⁵⁸, o Grupo monitora o grau de cumplicidade dos países-membros com os

⁵⁴ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 86-7.

⁵⁵ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 40.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 40.

⁵⁷ CALLEGARI, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 29.

padrões definidos e também financia pesquisas sobre os novos métodos e técnicas de lavagem de dinheiro a fim de preveni-los⁵⁹. Nesse sentido, CALLEGARI sintetiza:

Pode-se definir o FATF/GAFI como um ditador de padrões, cujas recomendações buscam prevenir a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo, unificando os membros a fim de que adotem estas práticas e acabem com a criminalidade. Até a presente data, a organização internacional é a autoridade mais (senão a única) respeitada no setor, e diversos são os países que estão a se adaptar às orientações publicadas.⁶⁰

Esclarece-se que as Recomendações se dirigem a todos os Estados e territórios do mundo e não somente aos países membros do GAFI⁶¹. Assim, a sua autoridade se deve ao fato de que o GAFI publica anualmente uma lista de países que não estão em conformidade com suas Recomendações e isso serve de alerta para demais países e instituições financeiras, o que, por óbvio, gera diversos prejuízos aos países constantes na lista.

Para o GAFI, “as Recomendações fixam princípios de ação e permitem aos Estados usar de flexibilidade na implementação das medidas, de acordo com as características de cada país e de sua moldura constitucional.”⁶² Não obstante, na prática, pode-se dizer que houve e há uma reação apressada por parte dos legisladores nacionais buscando cumprir todas as Recomendações e suas atualizações sem observar as especificidades de seu ordenamento jurídico causando, por diversas vezes, mais confusão e imprecisão⁶³.

Outra organização que desempenha papel relevante é a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (em inglês, *Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)*). Trata-se de organização econômica intergovernamental fundada em 1961 composta por 36 países⁶⁴ e descrita como um foro de países comprometidos com o governo democrático e a economia de mercado; dedicados ao desenvolvimento de políticas econômicas e sociais; ao fomento de boas práticas de governo e de administração, tanto nos serviços públicos como nas atividades corporativas⁶⁵.

⁵⁹ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 57.

⁶¹ CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro - Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 159-60.

⁶² *Ibid.*, p. 159-60.

⁶³ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 20.

⁶⁴ São eles: Alemanha; Austrália; Áustria; Bélgica; Canadá; Chile; Coreia do Sul; Dinamarca; Eslováquia; Eslovênia; Espanha; Estados Unidos; Estônia; Finlândia; França; Grécia; Holanda; Hungria; Irlanda; Israel; Islândia; Itália; Japão; Letônia; Lituânia; Luxemburgo; México; Noruega; Nova Zelândia; Polônia; Portugal; Reino Unido; República Tcheca; Suécia; Suíça e Turquia.

⁶⁵ Informações obtidas no sítio eletrônico da OCDE/OECD disponível em: <<http://www.oecd.org/about/>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2019.

No que toca à lavagem de dinheiro, a importância da OCDE revela-se pelo fato de abrigar, em sua sede, em Paris, a Secretaria do GAFI e por fornecer-lhe o seu sustento financeiro. Não obstante, o GAFI e a OCDE são organizações diferentes e separadas tanto que a OCDE foi formada como uma organização internacional formal, e o GAFI se trata de um organismo intergovernamental não formal. Inclusive, o Brasil é membro do GAFI e não integra a OCDE enquanto membro, mas figura como parceiro-chave. Para além disso, a OCDE busca complementar o trabalho do GAFI no sentido de desenvolver guias práticos para a detecção e prevenção da lavagem de dinheiro⁶⁶.

1.3. Breve contexto europeu e o panorama da criminalização do *blanqueo de capitales* na Espanha

Concomitante aos movimentos internacionais, no cenário supranacional europeu também foram produzidas diversas normativas e recomendações buscando reconhecer a gravidade da lavagem de dinheiro bem como uniformizar sua prevenção e repressão. Nesse sentido, indica-se pontualmente os instrumentos e grupos europeus com tal finalidade para então se observar o panorama da criminalização do delito de *blanqueo de capitales* na Espanha. Escolheu-se a Espanha como paradigma europeu uma vez que será realizada análise comparativa da referida legislação com a legislação de lavagem de dinheiro no Brasil, no capítulo 2, e, ainda, porque tal país encontra-se na dianteira da produção e discussão acadêmica e doutrinária atual acerca da lavagem de capitais⁶⁷.

As produções relacionadas à lavagem de dinheiro na Europa iniciaram em 1988, mesmo ano da Convenção de Viena, quando o Comitê da Basileia⁶⁸ editou o Acordo de Basileia I

⁶⁶ A título exemplificativo, pode-se mencionar o (i) *Combating Money Laundering and Terrorist Financing: A Model of Best Practice for the Financial Sector, the Professions and other Designated Businesses* (COMMONWEALTH SECRETARIAT. *Combating Money Laundering and Terrorist Financing: A Model of Best Practice for the Financial Sector, the Professions and other Designated Businesses*. London, 2006. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/content/publication/9781848590793-en>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2019.) e o (ii) *Money Laundering Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors* (COMMONWEALTH SECRETARIAT. *Money Laundering Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors*, 2009. Disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/crime/money-laundering-awareness-handbook-for-tax-examiners-and-tax-auditors.pdf>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2019).

⁶⁷ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Tema 18. Blanqueo de capitales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); ROBLES PLANAS, Ricardo (coord). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa: parte general y especial*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, p. 642.

⁶⁸ “O Comitê de Basileia para Supervisão Bancária (*Basel Committee on Banking Supervision – BCBS*) é o fórum internacional para discussão e formulação de recomendações para a regulação prudencial e cooperação para supervisão bancária, composto por 45 autoridades monetárias e supervisoras de 28 jurisdições. O Comitê de Basileia – criado em 1974 no âmbito do Banco de Compensações Internacionais (*Bank for International Settlements – BIS*) tem por objetivo reforçar a regulação, a supervisão e as melhores práticas bancárias para a

visando introduzir princípios básicos de prevenção à lavagem de dinheiro para os bancos privados mundiais e padronizar regras e procedimentos para trazer solidez aos mercados financeiros. Recomendou-se a implementação de medidas de proteção e precaução para que o dinheiro oriundo de atos ilícitos não se misturasse ao dinheiro proveniente de fontes legais. Nesse momento, os profissionais atuantes no mercado financeiro começaram a ser devidamente treinados para conhecer melhor seu cliente (*know your client*) e identificar as operações financeiras suspeitas de lavagem de dinheiro, e ainda para cooperarem com as autoridades competentes na investigação da prática de crimes⁶⁹.

Posteriormente, no âmbito das Convenções do Conselho da Europa, houve em 1990 a Convenção de Estrasburgo (Convenção sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime), um tratado regional europeu em matéria de cooperação penal em razão de crimes de lavagem de dinheiro, cuja finalidade era consagrar uma política criminal comum na investigação, persecução e criminalização da lavagem de dinheiro⁷⁰.

Em sequência cronológica, merecem menção ainda o Grupo de Egmont⁷¹; o Grupo Wolfsberg⁷²; a Convenção de Varsóvia de 2005 (voltada para a discussão de temas referentes à lavagem de dinheiro, ao sequestro de produtos do delito e ao financiamento ao terrorismo); as Diretivas do Conselho da Comunidade Europeia de 1991, 2001 e 2005⁷³; o Acordo de Basileia II de 2004 (com 25 princípios básicos sobre contabilidade e supervisão bancária)⁷⁴ e mais recentemente, em 2010, o Acordo da Basileia III (como resposta à crise financeira de 2008

promoção da estabilidade financeira.” Informações obtidas em BRASIL. Banco Central do Brasil. *Recomendações de Basileia*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/recomendacoesbasileia>>. Acesso em maio de 2019.

⁶⁹ CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 23. Acesso em 20 de maio de 2019.

⁷⁰ GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do Crime de "Branqueamento de Capitais"* - Introdução e Tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, p. 79-80.

⁷¹ “Nesse caso trata-se de um organismo informal que agrupa unidades de inteligência financeira (UIF’s), e por meio delas movimentada uma rede internacional de intercâmbio de informações, conhecimentos e tecnologia, na luta contra a lavagem de dinheiro e o financiamento de terrorismo. No final do ano de 2007 o Grupo Egmont estabeleceu uma definição padrão para unidade de inteligência financeira, que é respeitada por todos os Estados que o integram, inclusive pelo Brasil por intermédio do COAF. No mais, foram fixadas como diretrizes de atuação princípios como confidencialidade, reciprocidade, celeridade e informalidade, almejando-se, desse modo, a máxima cooperação entre os países-membros.” (CARDOSO, op. cit., p. 29-30).

⁷² “Tem atuação limitada ao ambiente das instituições financeiras privadas. Associação dos doze maiores bancos privados globais que trabalha na elaboração de diretrizes para o desenvolvimento de padrões para os serviços financeiros no combate à lavagem de dinheiro, e outros crimes. No final do ano de 2000, o Grupo publicou os Princípios Wolfsberg antilavagem de dinheiro em conjunto com a Transparência Internacional, uma organização global anticorrupção. No ano de 2002 foi a vez da publicação das Diretrizes Globais contra o financiamento de atos terroristas.” (Ibid., p. 30).

⁷³ Para informações detalhadas confira-se SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 204-213.

⁷⁴ Informações obtidas em BRASIL. Banco Central do Brasil. *Recomendações de Basileia*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/recomendacoesbasileia>>. Acesso em maio de 2019.

buscando aperfeiçoar a capacidade das instituições bancárias de absorver crises, fortalecer a estabilidade dos negócios e a promoção do crescimento econômico sustentável).

Diante desse contexto internacional e supranacional, no Direito Penal espanhol o delito de lavagem de dinheiro foi tipificado pela primeira vez em sua legislação, em 1988, por meio da inserção do artigo 546 *bis* no Código Penal Espanhol de 1973. Sob forte inspiração da Convenção de Viena de 1988, a Lei Orgânica 1/1988 propôs reforma no âmbito do tráfico de drogas, delimitando a lavagem de dinheiro como resultado do aproveitamento dos produtos provenientes do tráfico de substâncias entorpecentes⁷⁵.

Posteriormente, o delito de *blanqueo de capitales* sofreu uma alteração por meio da Lei Orgânica 8/1992. A matéria passou a ser tratada nos artigos 344 *bis* h), i) e j) do Código Penal Espanhol ampliando os verbos do tipo penal; admitindo a forma culposa como elemento subjetivo, dentre outras alterações. Manteve-se, no entanto, como delito antecedente o tráfico de drogas⁷⁶.

Em 1995, entrou em vigor o novo Código Penal Espanhol por meio da Lei Orgânica 10/1995. No que tange especificamente ao delito de *blanqueo de capitales* foi reconhecida sua autonomia em relação ao tráfico de drogas por se encontrar tipificado no título destinado aos delitos “*contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*”⁷⁷. A partir desse momento, passou-se a permitir como delito antecedente qualquer “*delito grave*”, aqueles cuja pena é de prisão de mais de três anos⁷⁸.

No ano de 2003, o Código Penal Espanhol sofreu alterações por meio da Lei Orgânica 15/2003. Isso refletiu no *blanqueo de capitales* por meio da substituição dos “*delitos graves*” para “*delitos*”, expressão que abarca todos os delitos, nos termos do artigo 13 do Código Penal Espanhol, deixando de fora apenas as contravenções penais. Posteriormente, houve a Lei Orgânica 5/2010 que modificou substancialmente o Código Penal Espanhol, mas alterou o delito de *blanqueo de capitales* somente por ocasião da modificação do delito antecedente permitindo agora qualquer “*actividad delictiva*”⁷⁹, incluindo, portanto, as contravenções penais.

A partir dessa síntese do panorama supranacional europeu e da criminalização da lavagem de dinheiro na Espanha, pode-se observar a semelhança na racionalidade e no

⁷⁵ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 523-4.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 525-6.

⁷⁷ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Tema 18. Blanqueo de capitales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); ROBLES PLANAS, Ricardo (coord). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa: parte general y especial*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, p. 645.

⁷⁸ SIQUEIRA, op. cit., p. 527-9.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 529-30.

desenvolvimento do delito de lavagem de dinheiro em âmbito global, supranacional e nacional de diversos países. No mais, a análise pormenorizada da atual legislação do delito de *blanqueo de capitales* na Espanha será realizada em sede do capítulo 2.

1.4. Do contexto e racionalidade da produção legislativa brasileira até os dias atuais

Todo esse cenário externo ao Brasil influenciou a produção legislativa brasileira. Desde o início dos anos 90, consolidou-se o entendimento de que a melhor forma de prevenir e reprimir a lavagem de dinheiro seria por meio da implementação de instrumentos legislativos e administrativos. Nesse sentido, buscando acompanhar as recomendações internacionais e, conseqüentemente, atender a necessidade de atrair investimentos externos para o desenvolvimento da economia nacional foram criadas regras voltadas à solidez institucional e financeira do país.

Foi sob esse contexto que se deu a fase pré-legislativa da lavagem de dinheiro no Brasil⁸⁰. Já na década de 1990, foram tomadas algumas iniciativas a fim de inibir o uso do sistema financeiro como instrumento de reciclagem de dinheiro ilícito⁸¹. No final de 1996, o Ministério da Justiça apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.688/1997, com a proposta específica de tipificação dos atos de lavagem de dinheiro. Com rápida tramitação⁸², a proposição foi aprovada e publicada como Lei nº 9.613/1998, em 3 de março de 1998. Posteriormente, a Lei de Lavagem de Dinheiro sofreu três alterações: em 2002, por meio da Lei nº 10.467/2002 que inseriu os crimes praticados por particular contra administração pública estrangeira como antecedentes de lavagem de dinheiro; em 2003, por ocasião da Lei nº 10.701/2003, que incluiu o financiamento do terrorismo como antecedente da lavagem de

⁸⁰ A fase pré-legislativa se divide em cinco etapas: (a) a crença na existência de uma disfunção social – para que isso exista deve ter um agente social que torna crível a existência de disfunção social; (b) uma suposta disfunção social que deve causar uma preocupação nas pessoas; (c) a preocupação da opinião pública acerca da disfunção social e que essa deve ser resolvida; (d) o estabelecimento de programa de ação por meio de grupos de pressão especializados que tem legitimidade para tratar daquele assunto e interesse legítimo em ter uma produção legislativa ou o protagonismo das vítimas na feitura das leis e, ao final, (e) a ativação da burocracia parlamentar. Nesse sentido, cf. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 26-55.

⁸¹ “A Lei 8.383/1991 definiu que o gerente ou administrador da instituição financeira ou assemelhada que concorrer para abertura de contas ou movimentação de recursos sob nome falso, de pessoa inexistente, ou de pessoa jurídica liquidada ou sem representação regular responderia por coautoria pelo crime de falsidade (art. 64). Na mesma época, o Banco Central do Brasil expediu as primeiras resoluções com o escopo de obrigar as instituições bancárias a um maior controle sobre as atividades de seus clientes.” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43).

⁸² A tramitação do Projeto de Lei foi realizada em caráter de urgência em conjunto com outras 50 medidas implementadas pelo Governo Federal, em razão do Programa de Estabilização da Economia e Consolidação do Plano Real.

dinheiro, dentre outras alterações e em 2012, pela Lei nº 12.683/2012, quando o rol de infrações antecedentes foi substituído por qualquer infração penal antecedente, dentre outras mudanças. Recentemente, no ano de 2019, a Lei de Lavagem de Dinheiro foi alvo de diversas medidas provisórias as quais foram em sua ampla maioria revogadas pela Lei nº 13.974 de 2020.

Com o advento da Lei de Lavagem de Dinheiro, em momento pós-legislativo, as pessoas (físicas e jurídicas) ou entidades que atuam em setores considerados sensíveis ao crime passaram a ter obrigações de guardar e sistematizar informações sobre os usuários de seus serviços (*know your client*); de informar as autoridades competentes sobre atividades suspeitas realizadas através de suas instituições, e desenvolver sistemas de *compliance* que facilitem o cumprimento das normas. Além disso, outros setores passaram à condição de sensíveis: as juntas comerciais, os registros públicos, as pessoas físicas ou jurídicas que atuam na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares, as empresas de transporte e guarda de valores, as pessoas físicas ou jurídicas que comercializam bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermediam a sua comercialização e as dependências no exterior das entidades mencionadas no artigo 9º, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no país⁸³.

Foi instituído ainda, por meio do artigo 14 da Lei de Lavagem de Dinheiro, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) enquanto unidade de inteligência brasileira de natureza administrativa, no âmbito do Ministério da Economia (conforme a redação dada pela Medida Provisória nº 886, de 2019), com escopo de (i) receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas; (ii) comunicar às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis nas situações em que o Conselho concluir pela existência, ou fundados indícios, de ocultação de bens, direitos e valores, ou de qualquer outro ilícito; (iii) coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no cerceamento à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores e (iv) disciplinar e aplicar penas administrativas⁸⁴.

Diante disso, observa-se que a atual Lei de Lavagem de Dinheiro possui tripla natureza pois têm dispositivos (i) de aspecto administrativo pelo controle administrativo dos setores sensíveis; (ii) de ordem penal material em que são tratados os crimes e penas e (iii) de caráter processual penal.

⁸³ Conforme disposto nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 9.613/1998.

⁸⁴ Nos termos dos artigos 14 e 15 da Lei nº 9.613/1998.

Posteriormente ao desenvolvimento da Lei, em 2003, o Ministério da Justiça criou a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)⁸⁵ com o intuito de aprofundar a coordenação dos agentes governamentais envolvidos nas diversas etapas relacionadas à prevenção e à repressão contra a lavagem de dinheiro e à corrupção – para ser a principal rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário⁸⁶ – em prol do cerceamento sistemático à lavagem de dinheiro e, por consequência, para a desestruturação da criminalidade organizada. Nesse sentido, a ENCCLA tem cumprido papel essencial para atender as recomendações e diretrizes internacionais.

Outrossim, no Brasil, tem-se uma inegável influência do GAFI. O país é membro efetivo do Grupo desde junho de 2000 e em 2010 foi avaliado pelo próprio GAFI por meio do *Mutual Evaluation Report*⁸⁷ destinado a verificar o nível de conformidade do país com as Recomendações. Na ocasião, foram indicadas diversas deficiências e vulnerabilidades do país no que tange à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Como destaque positivo foi mencionado o Projeto de Lei nº 3.443 de 2008⁸⁸ que acabou resultando, posteriormente, na Lei nº 12.683/2012 que alterou a Lei de Lavagem de Dinheiro.

Nesse sentido, desde 2016, o GAFI reiterou diversas vezes sua preocupação com as deficiências remanescentes⁸⁹. Isso porque o Grupo julgou o sistema de persecução penal e o Judiciário brasileiro como fracos em razão das poucas cautelares reais e das poucas condenações impostas por lavagem de dinheiro até 2010⁹⁰. Naquela data isso até poderia ser verdade uma vez que desde a criação da Lei de Lavagem de Dinheiro, em 1998, até junho de 2010 havia somente 17 condenações transitadas em julgado pelo delito de lavagem de dinheiro

⁸⁵ Informações obtidas no sítio eletrônico da ENCCLA (<http://enccla.camara.leg.br/>) em consulta realizada no dia 24 de agosto de 2018 e também no sítio eletrônico do Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/enccla>) em consulta realizada no dia 24 de agosto de 2018.

⁸⁶ Coordenada pelo Ministério da Justiça, a ENCCLA congrega quase 90 órgãos dos três Poderes, Ministério Público e da sociedade civil.

⁸⁷ FINANCIAL ACTION TASK FORCE. Anti-money laundering and combating the financing of terrorism. *Mutual evaluation report summary on Federative Republic of Brazil*, 25 June 2010. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Brazil%20full.pdf>>. Acesso em 8 de outubro de 2020.

⁸⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 3443/2008 – Ficha de Tramitação*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=395834>>. Acesso em 08 de outubro de 2020.

⁸⁹ FINANCIAL ACTION TASK FORCE. Mutual Evaluations. *Statement on Brazil*, June 2019. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/brazil-statement-june-2019.html>>. Acesso em 8 de outubro de 2020.

⁹⁰ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58.

no país⁹¹. Já de 2010 até março de 2020, somente no bojo da Operação Lava Jato, considerada a maior investigação da história do país, iniciada em 17 de março de 2014, houve 113 denúncias sob diversas capitulações, sendo que o delito de lavagem de dinheiro aparece na maioria delas, e 159 condenados por delitos econômicos e relacionados. A referida Operação também se vangloria de ter devolvido cerca de 4 bilhões de reais aos cofres públicos e 2,1 bilhões reais em multas⁹². Com isso, pode-se afirmar que houve um aumento expressivo, não necessariamente positivo, das persecuções e condenações por lavagem de dinheiro no Brasil na última década. De todo modo, ao final da avaliação de 2010, o GAFI concluiu que o Brasil estava cumprindo parcialmente as Recomendações o que significa que “o país tomou medidas substanciais e está de acordo com alguns dos critérios essenciais.”⁹³

Atualmente, a influência do GAFI tem ganhado ainda mais força. Primeiro porque em 2021 o Brasil passará por uma nova avaliação do Grupo que ensejou inclusive a formação de um grupo de trabalho por parte do Ministério Público Federal⁹⁴. Segundo em razão da instalação da comissão de juristas, em 23 de setembro de 2020, que será responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma da Lei de Lavagem de Dinheiro⁹⁵. Portanto, o GAFI por meio de suas Recomendações tem sobremaneira impactado o ritmo, a forma e o conteúdo da legislação de cerceamento à lavagem de dinheiro no Brasil. Tais mudanças visam, de fato, o aprimoramento da prevenção e repressão ao delito, porém, algumas vezes, acabam flexibilizando a dogmática jurídico-penal brasileira, algo comum no âmbito do Direito Penal Econômico⁹⁶.

Assim sendo, exposto o panorama histórico de criminalização da lavagem de dinheiro, em âmbito global, supranacional europeu, espanhol e nacional, tem-se um arcabouço para que se possa melhor compreender a Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil, suas modalidades e o potenciais desafios dela decorrentes.

⁹¹ BRÍGIDO, Carolina. Lavagem de dinheiro: sentença ainda é rara; doze anos após lei específica, apenas 17 processos. *O Globo*, Rio de Janeiro, junho de 2011. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/lavagem-de-dinheiro-sentenca-ainda-rara-doze-anos-apos-lei-especifica-17-processos-2959387>>. Acesso em 08 de outubro de 2020.

⁹² OTOBONI, Jessica; FREIRE, Diego. Seis anos da Lava Jato: relembre todas as fases da operação. *CNN Política*, São Paulo, 07 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/03/07/seis-anos-da-lava-jato-relembre-todas-as-fases-da-operacao>>. Acesso em 08 de outubro de 2020.

⁹³ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61.

⁹⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. *MPF cria grupo de trabalho para auxiliar preparação do Brasil para avaliação do Gafi*, 13 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgt/noticias-pgt/mpf-cria-grupo-de-trabalho-para-auxiliar-preparacao-do-brasil-para-avaliacao-do-gafi>>. Acesso em 8 de outubro de 2020.

⁹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Câmara instala hoje comissão de juristas que vai propor mudanças na lei de lavagem de dinheiro*, 23 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/694228-camara-instala-nesta-quarta-comissao-de-juristas-que-vai-propor-mudancas-na-lei-de-lavagem-de-dinheiro/>>. Acesso em 8 de outubro de 2020.

⁹⁶ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 40-1.

2. O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Seguindo as influências estrangeiras e aderindo às recomendações internacionais – a fim de dar uma maior solidez institucional e financeira ao país para torná-lo mais atrativo financeiramente⁹⁷ –, o Brasil tipificou a lavagem de dinheiro por meio da Lei nº 9.613/1998, ou ainda, Lei de Lavagem de Dinheiro, publicada em 3 de março de 1998. A Lei possui 17 artigos legais contendo dispositivos de caráter penal material (artigo 1º); penal processual (artigos 2º a 8º) e administrativo (artigos 9º a 13).

Diante desse arcabouço, tem-se como objetivo neste capítulo observar apenas as previsões de natureza penal material – contidas no artigo 1º da Lei – a fim de indicar as modalidades da lavagem de dinheiro bem como seus elementos subjetivos e objetivos. Tal exposição, embora majoritariamente descritiva, se presta a situar a norma para facilitar a posterior análise dos desafios tradicionais e atuais que dela decorrem, a ser realizada nos capítulos 3 e 4, respectivamente. Optou-se, para fins de uma melhor organização deste trabalho, por não aprofundar nas problemáticas, deixando este capítulo para a delimitação das modalidades da lavagem de dinheiro com seus elementos subjetivos e objetivos.

Com isso, em um primeiro momento (tópico 2.1.) será analisado o conteúdo dos tipos penais previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro. Após, para complementar o estudo legislativo, em um segundo momento (tópico 2.2.), sugere-se a análise das legislações penais de dois ordenamentos jurídicos estrangeiros – dos Estados Unidos da América e da Espanha – a fim de auxiliar na melhor compreensão das comparações a serem realizadas nos capítulos 3 e 4 quando a discussão no país estrangeiro auxiliar o melhor rendimento da lavagem de dinheiro no Brasil.

2.1. Lei nº 9.613/1998: os tipos penais e seus elementos subjetivos e objetivos

A Lei de Lavagem de Dinheiro apresenta quatro modalidades distintas para a lavagem de recursos de origem ilícita (oriundos de infração penal antecedente): (i) ocultação ou dissimulação (*caput*); (ii) uso de meios para ocultação ou dissimulação (parágrafo 1º); (iii) uso de bens, direitos ou valores sujos na atividade econômica ou financeira (parágrafo 2º, inciso I) e (iv) participação em entidade dirigida à lavagem de dinheiro (parágrafo 2º, inciso II).

⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 42-3.

Diante de tais modalidades, deve-se esclarecer, inicialmente, que a lavagem de dinheiro se trata de processo ou ciclo. Isso é, a lavagem de dinheiro presume a prática de uma infração penal anterior (momento de origem do recurso ilícito); inicia-se com a *ocultação* dos valores auferidos; desenvolve-se por meio de operações posteriores para *dissimulação* da origem dos bens, e completa-se pela *integração* do capital na economia formal com aparência lícita. Nesse sentido, fala-se da existência de, no mínimo, três fases para a completude do ciclo de lavagem de dinheiro: (i) ocultação (colocação ou conversão ou *placement*)⁹⁸; (ii) mascaramento (ou dissimulação ou estratificação ou escurecimento ou *layering*)⁹⁹ e (iii) integração ou reinserção¹⁰⁰.

Não obstante, na legislação brasileira não se faz necessária a completude do ciclo para a consumação do delito, tampouco é requerido algum grau de complexidade da operação para que se verifique a prática do delito de lavagem de dinheiro, basta a prática da ocultação inicial e, subjetivamente, a intenção de reciclar os bens¹⁰¹. Perante o Supremo Tribunal Federal, tal entendimento também é consolidado. Nesse sentido, é paradigmático o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 80.816-6 São Paulo (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 10.04.2001). Em seu voto o Relator conclui que:

[...] na verdade, é ao tipo básico do art. 1º, caput, da Lei, que o fato simples atribuído ao paciente se amolda, seja qual for o seu significado no planejamento concretamente urdido pelo agente para usufruir, ao final, do produto direto ou indireto dos crimes antecedentes. Isto é: quer o fato retrate modalidade tosca e elementar de lavagem de dinheiro sujo, quer materialize momento inicial de um processo mais complexo a desenvolver, até a reintegração no mercado legal do dinheiro de origem ilícita, o caput do art. 1º é bastante para incriminar a conduta de ocultação dos valores, habitualmente, o momento inicial da sua reciclagem. [...]

O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de ‘lavagem de capitais’ mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos (L. 9.613, art. 1º, caput): o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vultu e

⁹⁸ Trata-se da fase inicial em que se busca “fazer desaparecer” os valores. “Nesta primeira instância quatro são os principais canais de vazão aos capitais: instituições financeiras tradicionais, instituições financeiras não tradicionais, inserção nos movimentos financeiros diários e outras atividades que transferirão o dinheiro, além das fronteiras nacionais.” (CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12-23). Ou ainda: “A ação de ocultar corresponde a esconder, de modo a impedir que se encontre algo que deveria ser público.” (TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 111).

⁹⁹ Fase em que se busca dar aparência de licitude aos valores, ou ainda, “disfarçar a origem ilícita e dificultar a reconstrução pelas agências estatais de controle e repressão da trilha de papel (paper trail)” (TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de dinheiro - anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38-9). Confira-se também: CALLEGARI, op. cit., p. 23 e TAVARES, op. cit., 111.

¹⁰⁰ CALLEGARI, op. cit., p. 24.

¹⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 31-3.

a complexidade dos exemplos de requintada ‘engenharia financeira’ transnacional, com o os quais se ocupa a literatura.¹⁰²

Nesse sentido, ficou assentado e foi posteriormente reafirmado pela Corte, especialmente no bojo da Ação Penal nº 470 Minas Gerais (Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 17.12.2012), que não há necessidade da completude do chamado ciclo da lavagem de dinheiro para sua ocorrência e muito menos a utilização de estrutura ou operação complexa destinada à prática de ocultar ou dissimular os recursos de origem ilícita¹⁰³. Por outro lado, a lavagem de dinheiro necessita da prática de uma infração penal como se passa a ver.

2.1.1. INFRAÇÕES PENAIS ANTECEDENTES

O delito de lavagem de dinheiro pressupõe a prática de infração penal¹⁰⁴ antecedente pois os bens da lavagem de dinheiro devem ser provenientes de crime ou contravenção penal. Isso é, para que se possa branquear o dinheiro, deve haver circunstância anterior que macule a origem do capital.

No início, como era de se esperar pelo contexto existente, em sua versão original¹⁰⁵ o rol de crimes antecedentes era restrito e relacionado ao tráfico de drogas¹⁰⁶. Somente os crimes de tráfico ilícito de drogas (inciso I); terrorismo (inciso II); contrabando ou tráfico de armas; munições ou material destinado à sua produção (inciso III); extorsão mediante sequestro (inciso IV); contra a Administração Pública (inciso V); contra o sistema financeiro nacional (inciso VI); e aqueles praticados por organização criminosa (inciso VII) podiam gerar bens passíveis de lavagem de dinheiro.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 80.816-6 São Paulo*. Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, data do julgamento 10 de abril de 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102742>>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

¹⁰³ Indica-se que o método para referida pesquisa foi a busca direta no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Acessou-se a pesquisa de jurisprudência inserindo a procura pelos termos “‘lavagem de dinheiro’ e ‘mera’” desta forma e nesta ordem. Com isso, foram obtidos e analisados trinta e seis precedentes da Corte dentre eles os mais relevantes foram o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 80.816-6 São Paulo e a Ação Penal nº 470 Minas Gerais. Para acessar a busca completa, veja-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22lavagem%20de%20dinheiro%22%20e%20%22mera%22&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em 6 de setembro de 2020.

¹⁰⁴ Definida nos termos do artigo 1º do Decreto-Lei nº 3.914/1941.

¹⁰⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Legislação Informatizada - LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998 - Publicação Original*. Brasília, 3 de março de 1998. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei-9613-3-marco-1998-372359-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

¹⁰⁶ A exemplo do que foi previsto pela Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópica.

Apenas a partir da segunda geração de documentos internacionais foi recomendada a ampliação desse rol, com a indicação de outros tipos penais passíveis de gerar bens aptos à lavagem¹⁰⁷. Posteriormente, com a percepção de que o bem jurídico afetado pela lavagem de dinheiro não se identifica com aqueles lesionados pelo delito anterior (na maioria das vezes), mas com a administração da justiça ou com a ordem econômica¹⁰⁸, as diretivas internacionais e os órgãos legislativos de vários países optaram por suprimir o rol de infrações antecedentes, substituindo-o por uma moldura penal¹⁰⁹ apta a fixá-lo¹¹⁰.

Por fim, caminhando para a terceira geração de documentos internacionais, encabeçada sobretudo pelas Recomendações do GAFI, em 2012, pela Lei nº 12.683/2012, o legislador penal brasileiro abdicou do sistema de rol taxativo, ao prever que todas as infrações penais podem ser antecedentes da lavagem de dinheiro¹¹¹. Assim, o tipo penal é complementado por outra norma da mesma hierarquia, mas prevista em corpo legislativo distinto como a Parte Especial do Código Penal, a legislação extravagante e a Lei de Contravenções Penais.

Para fins da completa compreensão da opção legislativa adotada, em termos processuais penais, a Lei de Lavagem de Dinheiro possibilita o recebimento da denúncia com meros indícios da existência da infração antecedente¹¹², mas a condenação exige prova inequívoca, certeza de sua materialidade, ainda que dispensada a identificação dos autores ou a punibilidade

¹⁰⁷ MORAES, Luciana Furtado de. Crimes antecedentes. In: CARLI, Carla Verissimo de (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 253-5.

¹⁰⁸ Essa questão será pormenorizada na seção 3.2.

¹⁰⁹ Termo utilizado conforme consta na antiga Nota Interpretativa da Recomendação 3 do GAFI: “Os países deveriam fazer corresponder o crime de branqueamento de capitais a todos os crimes graves, por forma a abranger o conjunto mais alargado de infrações subjacentes. As infrações subjacentes podem ser definidas por referência a todos os crimes ou por referência a um limiar, ligado ou a uma categoria de infrações graves, ou a uma moldura penal aplicável à infração subjacente (critério do limiar), ou a uma lista de infrações subjacentes, ou ainda a uma combinação destes critérios.” (Confira-se: GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação. *As Recomendações do GAFI*, fevereiro de 2012, p. 35. Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-Port.pdf>>. Acesso em 19 de dezembro de 2019.).

Sua atual redação adotada pelo COAF é: “Os países deveriam aplicar o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, com o objetivo de incluir a maior gama de crimes antecedentes. Os crimes antecedentes podem ser definidos tendo como referência todos os crimes, ou um limite relacionado a uma categoria de crimes graves, à pena de prisão aplicável ao crime antecedente (abordagem de limite), a uma lista de crimes antecedentes, ou ainda a uma combinação de todas essas abordagens.” (GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação. *As Recomendações do GAFI*, fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.).

¹¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97-9.

¹¹¹ BRASIL. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos. *LEI Nº 12.683, DE 9 DE JULHO DE 2012*. Brasília, 9 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

¹¹² Conforme o artigo 2º, parágrafo 1º da Lei nº 9.613/1998.

do crime¹¹³. Pelo o que dispõe o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.613/1998, não se exige o reconhecimento da infração precedente em decisão judicial prévia ou transitada em julgado, no entanto, o magistrado deve indicar na sentença as razões em que fundamenta a convicção sobre sua existência¹¹⁴.

Além disso, como o objeto material do delito de lavagem de dinheiro são bens, direitos e valores provenientes de infração penal, a mera constatação de infração anterior não é suficiente uma vez que essa deve gerar um produto¹¹⁵. Por fim, é necessário demonstrar que esse produto é justamente aquele que foi ocultado ou dissimulado posteriormente. Deve existir e ser comprovado um nexo de causalidade entre o fruto do delito antecedente e o ato de lavagem de dinheiro posterior¹¹⁶.

Logo, ciente das considerações iniciais¹¹⁷ sobre as infrações penais antecedentes aptas a configurar o delito, passa-se às modalidades da lavagem de dinheiro.

2.1.2. O TIPO CLÁSSICO (ARTIGO 1º, CAPUT)

O artigo 1º, *caput*, da Lei de Lavagem de Dinheiro¹¹⁸ cuja redação foi dada pela Lei nº 12.683/2012 traz como elemento central do tipo ocultar ou dissimular. Ocultar significa esconder, tirar de circulação, subtrair de vista. Já dissimular é o movimento de distanciamento do bem de sua origem suja para dificultar ainda mais o rastreamento dos valores¹¹⁹. Ou seja, trata-se de crime de ação múltipla em que a realização de qualquer das condutas pode se prestar

¹¹³ “Se ao final da instrução houver dúvida sobre a existência da infração penal, a solução não poderá ser outra que não a absolvição do acusado: *in dubio pro reo*. Em suma, nem a Lei 9.613/1998, nem a Constituição, autorizam que, no caso de crime de lavagem de dinheiro, possa ser proferida sentença condenatória apenas com base em ‘indício suficiente da existência do crime antecedente.’ (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 322-3).

¹¹⁴ Com o intuito de evitar decisões conflitantes, BOTTINI entende que: “O mais recomendado seria o julgamento conexo da lavagem com seu antecedente, mas a inviabilidade processual dessa operação em certos casos – que pode ocorrer, por exemplo, se as instâncias de apuração forem distintas ou se o delito antecedente já foi objeto de análise judicial – não impede o processamento autônomo da ação penal cujo objeto seja o crime de lavagem de capitais.” Cf. *Ibid.*, p. 107-8.

¹¹⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Lavagem de dinheiro como mascaramento: limites à amplitude do tipo penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coords.). *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance – RDPEC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, ano 1, p. 156, jan.-mar. de 2020.

¹¹⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed., Navarra: Aranzandi, 2015, p. 428.

¹¹⁷ No capítulo 3 serão abordadas as críticas e problemáticas decorrentes dessa opção legislativa.

¹¹⁸ “Art. 1º - Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)”.

¹¹⁹ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 76-7.

a concretizar o delito¹²⁰. Nesse sentido, TAVARES conclui que “[...] são duas condutas assemelhadas, constituindo a dissimulação o gênero, do qual, no âmbito semântico do tipo penal, a ocultação é a espécie. [...] esse contexto englobará um conjunto de ações, que de nenhuma maneira podem dar origem a um concurso de delitos.”¹²¹

Desse modo, nos termos do *caput*, se o agente pratica qualquer outra ação que não ocultar ou dissimular, com o produto de crime antecedente, não existe o crime de lavagem de dinheiro, pois o mero usufruir de produto infracional não constitui ato típico¹²². Por outro lado, como se observou no paradigmático Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 80.816-6 São Paulo, supramencionado, o simples ato de esconder ou movimentar bens de forma capaz a enganar a fiscalização é considerado lavagem de dinheiro sob o aspecto objetivo. Ou seja, os atos não precisam ser sofisticados e complexos.

A lavagem de dinheiro nessa modalidade só existe se tais atos não estiverem contidos na infração penal antecedente. O ato de ocultar ou dissimular que caracteriza a lavagem de dinheiro deve ser distinto, autônomo e posterior à infração antecedente. Isso porque alguns delitos antecedentes já carregam em sua descrição típica um ato de ocultação ou dissimulação (a exemplo o delito de corrupção passiva, conforme amplamente debatido pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação Penal nº 470 e, mais recentemente, no âmbito do Habeas Corpus nº 165.036 Paraná, como se verá detalhadamente na seção 3.2.1. infra). Nesse caso, se o único ato de ocultação ou dissimulação foi aquele já contemplado pelo tipo penal do crime antecedente, haverá consunção, que ocorre quando o fato previsto por um tipo penal está compreendido em outro de âmbito mais abrangente, e, portanto, não haverá a lavagem de dinheiro¹²³.

No que tange aos elementos subjetivos, a Lei de Lavagem de Dinheiro prevê o delito somente na modalidade dolosa. Não obstante, há controvérsias acerca da possibilidade da configuração do delito na forma de dolo eventual em razão da inadequada recepção da *willful*

¹²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 322-3.

¹²¹ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 111.

¹²² BADARÓ, op. cit., p. 120.

¹²³ Sabe-se da não unanimidade desse entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal quando apreciado na Ação Penal 470 e posteriormente no Habeas Corpus nº 165.036 Paraná. Não obstante, adota-se tal posicionamento em conformidade com o quanto exposto por BOTTINI (Ibid., p. 124-30) e CALLEGARI (PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luis. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 419-27).

*blindness*¹²⁴, em que se que reconheceria o dolo não apenas nas hipóteses em que o agente conhece (dolo direto) ou suspeita (dolo eventual) da origem ilícita do capital, mas também naqueles nos quais cria conscientemente uma barreira para evitar ter ciência de qualquer característica suspeita sobre a procedência dos bens.

No mais, as discussões e o posicionamento acerca do sujeito ativo do delito, o seu momento consumativo, a sua lesividade e a possibilidade da aplicação da cegueira deliberada serão tratados nos capítulos 3 e 4 para manter a organização e estrutura propostas nesta pesquisa.

2.1.3. MODALIDADES DE OCULTAÇÃO OU DISSIMULAÇÃO DOS BENS (ARTIGO 1º, PARÁGRAFO 1º)

A segunda modalidade do delito de lavagem de dinheiro está prevista no artigo 1º, parágrafo 1º da Lei nº 9.613/1998¹²⁵. Sua redação traz como peculiaridade a descrição mais limitada do objeto material. Logo, os comportamentos descritos são modalidades especiais de ocultação ou dissimulação que se dividem em três grupos com base em três incisos.

O inciso I trata da conversão de bens, direitos ou valores em ativos lícitos. Porém, referido dispositivo não descreve uma conduta propriamente, mas deduz seu pretense resultado¹²⁶. A despeito disso, a motivação do legislador penal por meio de tal dispositivo é de coibir a transformação de bens oriundos de infrações penais em bens lícitos aptos a integrarem o patrimônio do agente. Tal conduta apenas é típica se acompanhada do elemento subjetivo de ocultação e de reciclagem¹²⁷.

O inciso II é um tipo penal de ação múltipla uma vez que composto de várias condutas. No entanto, a prática de mais de uma delas não importa pluralidade de delitos ou concurso de crimes. Dentre os nove verbos do tipo, há *adquirir*, *receber* ou *receber em garantia* e nesses

¹²⁴ Tal conceito foi desenvolvido por países de *common law* e será melhor delimitado na seção 4.1. infra, quando da análise doutrinária da questão. Ainda assim, desde já, para uma abordagem doutrinária, cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed., Navarra: Arazandi, 2015, p. 835; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 142-3 e LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

¹²⁵ “§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.”

¹²⁶ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 118.

¹²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 155-7.

casos, por coerência lógica, apenas poderá ser sujeito ativo do delito quem não praticou a infração penal antecedente. Nesse sentido, pode-se afirmar desde já que inviável a autolavagem em relação a tais verbos. Além disso, os verbos *guardar e ter em depósito* também se encontram em tal dispositivo. Nesses casos prescinde de dúvidas que o delito de lavagem tem natureza permanente¹²⁸.

O inciso III caracteriza como ato de lavagem de dinheiro a importação ou exportação de bens com valores dissonantes dos verdadeiros. Tal hipótese foi prevista principalmente em decorrência de práticas de lavagem ocorridas por meio de operações de comércio internacional de difícil e complexa apuração¹²⁹.

Tal qual na modalidade do *caput*, a tipicidade subjetiva se configura com o dolo, mas aqui se mostra necessário também o elemento subjetivo especial de reciclagem (reinsere os valores ilícitos na economia com aparência de lícito)¹³⁰. Nota-se que não é preciso haver a consumação de tal finalidade, somente a demonstração da intenção especial.

2.1.4. A UTILIZAÇÃO DOS DIREITOS OU VALORES EM ATIVIDADES ECONÔMICAS (ARTIGO 1º, PARÁGRAFO 2º, INCISO I)

A conduta prevista no artigo 1º, parágrafo 2º, inciso I tipifica as ações de integração dos bens na economia de forma lícita (terceira fase do ciclo da lavagem de dinheiro), ou seja, a reciclagem propriamente dita após a ocultação ou dissimulação. Nesse sentido dispôs-se que: “§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: [...] I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal [...]”. No entanto, o legislador acabou criando estrutura semelhante àquela já tipificada como receptação qualificada no artigo 180, parágrafo 1º do Código Penal¹³¹. De todo modo, como se verá na seção 3.4.1. infra, entende-se pela autonomia entre ambos os tipos penais.

Para além disso, vale pontuar a crítica feita por TAVARES acerca de referida modalidade: “A norma não configura apenas violação flagrante do princípio da taxatividade, como também

¹²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

¹²⁹ *Ibid.*, p.157.

¹³⁰ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Lavagem de dinheiro como mascaramento: limites à amplitude do tipo penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coords.). *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance – RDPEC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, ano 1, p. 158-9, jan.-mar. de 2020.

¹³¹ Receptação qualificada: § 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.

conduz à injustificada invasão pelo Estado de espaços privados de ação; tomada a sério, inviabilizaria o funcionamento da atividade econômica mais cotidiana.”¹³²

No que tange aos elementos subjetivos, a Lei nº 12.683/2012 inovou ao excluir o termo “sabe serem provenientes” existente na redação original de tal inciso. Há quem diga que tal exclusão teve o condão de incluir a punição por meio do dolo eventual¹³³. Não obstante, ainda que cabível o dolo eventual, é necessário identificar o elemento subjetivo especial da vontade de ocultar ou dissimular o produto do crime por meio do seu uso na atividade econômica ou financeira¹³⁴.

2.1.5. A PARTICIPAÇÃO DE GRUPO, ASSOCIAÇÃO OU ESCRITÓRIO (ARTIGO 1º, PARÁGRAFO 2º, INCISO II)

Por fim, a última modalidade de lavagem de dinheiro está prevista no artigo 1º, parágrafo 2º, inciso II¹³⁵ da Lei nº 9.613/1998. Em uma leitura apressada, tal norma aparenta ser muito ampla ao incluir como agente do delito qualquer pessoa que participa de grupo, associação ou escritório. Nesse sentido, é evidente que referido dispositivo se insere no âmbito da prevenção e estímulo a colaboração de setores sensíveis, nos termos do artigo 9º da Lei. Ocorre que, sua adequada aplicação deve ser balizada pelo artigo 29 do Código Penal que restringe a imputação penal apenas aos autores e partícipes das condutas descritas¹³⁶, como se verá pormenorizadamente na seção 4.3. infra.

¹³² TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 124.

¹³³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 162.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 162-5.

¹³⁵ “§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012): [...] II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.”

¹³⁶ Merece nota o que pontuam CALLEGARI e WEBER: “É certo que a legislação de prevenção ao delito de lavagem de dinheiro trouxe inserto um tipo que dispõe a respeito da participação criminal (art. 1º, § 2º, II, da Lei nº 9.613/1998), mas isso é suficiente para penalizar os agentes financeiros (empregados de bancos) que transferem fundos de proveniência ilícita? O inciso da lei prevê a punibilidade daquele que participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática dos crimes previstos na Lei de Lavagem. Numa primeira interpretação, já ficariam excluídas as condutas dos agentes financeiros, se demonstrado que estes não participam do grupo, da associação ou do escritório destinado à lavagem, porém sabem de onde provêm as quantias inseridas no mercado financeiro. É que a interpretação literal do tipo não permite que se vá mais além do que isso, é dizer, somente estariam abrangidas as condutas daqueles que se emoldurassem numa das modalidades previstas, isto é, participação específica e dolosa (a lei exige o conhecimento) no grupo, na associação ou no escritório. Fora desses casos, ainda que exista a ciência de onde provêm os valores, não se poderia abarcar a conduta do agente financeiro como conduta típica descrita na lei.” (CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3-4).

De todo modo, aponta-se desde já uma questão sensível aberta pela Lei de Lavagem de Dinheiro no âmbito do referido dispositivo: o conflito de normas entre o dever de informar *versus* o dever de sigilo do advogado. O artigo 9º, inciso XIV da Lei de Lavagem de Dinheiro incumbe o dever de informar às pessoas físicas ou jurídicas que prestem assessoria, consultoria ou aconselhamento de qualquer natureza. Por outro lado, o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994) impõe o dever de sigilo profissional ao advogado. Desse modo, em consonância com ESTELLITA e BOTTINI entende-se que:

Em conclusão, o sigilo e a inviolabilidade são elementos estruturantes do exercício da advocacia, derivados da necessária relação de confiança entre cliente e advogado, que é pressuposto sem o qual o advogado não poderá desempenhar as funções que lhe são atribuídas constitucional e legalmente no âmbito da Administração da Justiça.

Sigilo e inviolabilidade devem ser resguardados mesmo diante da necessidade de impor a certos profissionais deveres de comunicação de atos suspeitos de seus clientes às autoridades públicas.¹³⁷

A despeito disso, recentemente, viu-se em processos judiciais a tentativa de criminalizar a advocacia criminal por meio do referido dispositivo. Isso é, muito embora o recebimento de honorários maculados não esteja definido como conduta típica na Lei de Lavagem de Dinheiro, membros dos órgãos persecutórios têm promovido investigações e requerido medidas cautelares de quebra de sigilo bancários, telefônicos, telemáticos, dentre outros, atribuindo a prática de lavagem de dinheiro no recebimento de honorários supostamente maculados¹³⁸. Um desses casos chegou a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 174.061 Paraná¹³⁹ (Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 27.09.2019) em que o Ministro Relator com muita lucidez explicou:

[...] em se tratando de atividade advocatícia vinculada à administração da justiça, na defesa de investigados ou denunciados em processos penais, e uma vez constatada a efetiva prestação dos serviços, como se observa na hipótese, tendo em vista inclusive o histórico de petições, representações e atos praticados pelos pacientes em diversos autos, o simples receio ou início de investigação que recaia sobre os honorários advocatícios revela-se inadmissível, por ingressar em questão atinente ao sigilo profissional/cliente que impacta diretamente no próprio exercício do contraditório, da ampla defesa e das liberdades públicas de investigados e advogados.

Nessa linha, além dos vícios jurídicos já deduzidos, há inclusive uma barreira fática relevante nesses procedimentos investigativos, que é a avaliação do próprio valor devido ou razoável a ser pago por serviços intelectuais prestados por profissionais liberais.

¹³⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo código de ética. *Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, v. 36, n. 129, p. 134-148, 2016.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 134-148.

¹³⁹ Referido Habeas Corpus encontra-se em sigilo de modo que se obteve acesso ao seu conteúdo em razão do exercício profissional da advocacia que possibilitou o conhecimento do caso em questão.

Portanto, não se está a assentar a existência de privilégios corporativos, mas sim a inviabilidade de se permitir o desenvolvimento de investigação que busca criminalizar e constranger, de forma indevida, a liberdade e o exercício da atividade profissional de advogados na defesa de investigados, com a exposição de detalhes da relação advogado/cliente que estão acobertados pelo sigilo legal.

Do contrário, tem-se a plena inviabilização das próprias garantias judiciais do contraditório e da ampla defesa, em paridade de armas com a acusação.¹⁴⁰

Outrossim, no contexto legislativo, busca-se criminalizar a advocacia criminal por meio da alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro. Em 5 de fevereiro de 2019, o Deputado Federal do Paraná, Rubens Bueno, do antigo Partido Popular Socialista (PPS), atual Cidadania, propôs o Projeto de Lei (PL) 442/2019¹⁴¹ visando alterar a Lei nº 9.613/1998 para incluir no artigo 1º, parágrafo 2º, o inciso III com a seguinte redação: “III – receba honorários advocatícios, tendo conhecimento ou sendo possível saber a origem ilícita dos recursos com os quais será remunerado” sob a justificativa de que:

Na verdade, o pagamento de honorários advocatícios por criminoso, com recursos da atividade criminosa, tem o condão de lavar o dinheiro, que entra no mercado sem quaisquer vestígios de sua origem.

O Projeto ora apresentado não se debruça sobre a participação do advogado da quadrilha criminosa, ou sobre a possibilidade de ele ser um mero “laranja” para a lavagem do dinheiro, que constituem outros tipos penais. A intenção é, de forma objetiva, punir o recebimento de honorários oriundos da atividade criminosa.¹⁴²

Por fim, no que diz respeito ao elemento subjetivo, deve-se verificar o dolo e o elemento subjetivo especial dessa modalidade, *i.e.*, ter conhecimento de que a atividade principal ou secundária do grupo, associação ou escritório que faz parte é dirigida à prática de lavagem de dinheiro. Mais do que isso, dentro da estrutura, o agente deve ao menos contribuir para tal finalidade delitiva¹⁴³. Com isso, reitera-se que será realizada análise detalhada de questões afeitas especialmente a essa modalidade de lavagem de dinheiro no capítulo 4 ao se tratar sobre a autoria, participação e condutas neutras relacionadas às pessoas com dever de informar, advogados, *compliance officers*, dentre outros.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 174.061 Paraná*. Decisão monocrática, Relator Ministro Gilmar Mendes, data do julgamento 27 de setembro de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5744213>>. Acesso em 20 de dezembro de 2019.

¹⁴¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 442/2019 – Ficha de Tramitação*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191114>>. Acesso em 20 de dezembro de 2019.

¹⁴² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 442/2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1707692&filename=Tramitacao-PL+442/2019>. Acesso em 20 de dezembro de 2019.

¹⁴³ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 125.

2.2. Legislações estrangeiras paradigmáticas selecionadas: Estados Unidos da América e Espanha

Como se pode observar pelo estudo das modalidades da lavagem de dinheiro no Brasil bem como de seus elementos subjetivos e objetivos, à luz do quanto disposto pela Lei de Lavagem de Dinheiro, é possível depreender que o legislador penal brasileiro deixou lacunas e dúvidas que suscitam discussões doutrinárias e posicionamentos dos tribunais. Nesse sentido, faz-se necessário o estudo da doutrina e também do desenvolvimento e da atualização dos julgados (sobretudo aqueles do Supremo Tribunal Federal) – realizado ao longo de toda esta dissertação, em especial nos capítulos 3 e 4 – a fim de que se possa compreender melhor as modalidades de lavagem de dinheiro e a adequada aplicação de seus elementos objetivos e subjetivos na realidade prática.

Outrossim, sob esse mesmo contexto, a fim de auxiliar a compreensão acerca do delito de lavagem de dinheiro, sugere-se a análise comparativa com o tratamento conferido ao *money laundering* nos Estados Unidos da América para se observar a lei no país que foi um dos pioneiros na tipificação da lavagem de dinheiro tendo, inicialmente, influenciado até mesmo a Convenção de Viena, de 20 de dezembro de 1988¹⁴⁴. Nesse sentido, justifica-se a escolha da análise comparativa com os Estados Unidos da América em razão da sua importância histórica inicial para a lavagem de dinheiro.

Não obstante, posteriormente, esse país teve sua relevância relativizada no âmbito do cerceamento à lavagem de dinheiro ante ao protagonismo do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e de seus parâmetros, os quais não são amplamente endossados pelos Estados Unidos da América. Isso é, no século XXI, os principais parâmetros do GAFI foram seguidos de perto pelos países europeus. Com isso, escolheu-se a comparação com o *blanqueo de capitales* na Espanha a fim de analisar o tratamento legal conferido em tal país que traz uma das legislações mais alinhadas com os parâmetros do GAFI em termos de lavagem de dinheiro¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Como se mencionou na seção 1.2. supra, sob a retórica da “guerra às drogas”, os Estados Unidos da América influenciaram na produção da Convenção de Viena, inclusive por meio do uso do próprio relatório da *President's Commission on Organized Crime* de 1984 (elaborado por ocasião do estudo sobre a estratégia de criminalização da lavagem de dinheiro naquele país em 1986). Confirma-se, nesse sentido: GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do Crime de "Blanqueamento de Capitais"* - Introdução e Tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, p. 68-9.

¹⁴⁵ Nesse sentido, veja-se: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Tema 18. Blanqueo de capitales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); ROBLES PLANAS, Ricardo (coord). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa: parte general y especial*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, p. 642.

Desse modo, passa-se a exposição das leis de lavagem de dinheiro nos referidos ordenamentos. Posteriormente, ao longo dos capítulos 3 e 4 serão inseridas as comparações pertinentes nos pontos em que a discussão no país estrangeiro auxiliar a melhor compreensão do desafio imposto pela interpretação e aplicação da Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil.

2.2.1. O MONEY LAUNDERING NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos Estados Unidos da América, o *Money Laundering Control Act*, lei federal promulgada em 1986, no bojo do *Anti-Drug Abuse Act* criminaliza a lavagem de dinheiro no Título 18, Parte I, Capítulo 95, Seções 1956 e 1957 do *United States Code (USC)*¹⁴⁶ e dispõe quatro modalidades do delito¹⁴⁷.

A Seção 1956 denomina-se “lavagem de instrumentos monetários” (tradução livre de *Laundering of Monetary Instruments*¹⁴⁸) e contém três modalidades do delito de lavagem de dinheiro definidas na subseção 1956(a): (i) proibição genérica da lavagem de dinheiro (subseção (a)(1)); (ii) lavagem de dinheiro no âmbito de transações internacionais (subseção (a)(2)) e (iii) lavagem de dinheiro de produtos “representados” como oriundos de crimes (subseção (a)(3))¹⁴⁹.

¹⁴⁶ No caso, o Título 18 é denominado de Crimes e Processo Penal (tradução livre de *Crimes and Criminal Procedure*) e contém 5 partes. A Parte I denominada de “Crimes” contém 123 capítulos dentre eles o Capítulo 95 chamado *Racketeering* (em referência aos crimes cometidos por meio de extorsão ou coerção) no qual estão as Seções 1956 (*Laundering of monetary instruments*) e 1957 (*Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activities*). Para acesso ao *United States Code*, cf. UNITED STATES OF AMERICA. Money Laundering Control Act (1986). 18 U.S.C. §1956-§1957. *United States Code*. Disponível em: < <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title18/part1/chapter95&edition=prelim> >. Acesso em 16 de fevereiro de 2019.

¹⁴⁷ O’SULLIVAN, Julie Rose. *Federal White Collar crime: cases and materials*. 7. ed., Saint Paul: West, 2019, p. 683-4.

¹⁴⁸ O termo instrumentos monetários (tradução livre de *monetary instruments*) foi definido no próprio *Money Laundering Control Act* na subseção (c)(5) da seguinte forma: o termo “instrumentos monetários” significa (i) moeda ou moeda corrente dos Estados Unidos ou de qualquer outro país, cheques de viagem, cheques pessoais, cheques bancários e ordens de pagamento, ou (ii) títulos de investimento ou instrumentos negociáveis, em forma de portador ou de outra forma, de tal forma que o título passe a ser entregue (tradução livre de “*the term "monetary instruments" means (i) coin or currency of the United States or of any other country, travelers' checks, personal checks, bank checks, and money orders, or (ii) investment securities or negotiable instruments, in bearer form or otherwise in such form that title thereto passes upon delivery*”).

¹⁴⁹ PHELPS, William. Validity, construction, and application of 18 U.S.C.A. § 1956, which criminalizes money laundering. *American Law Reports*, Westlaw, v. 121, p. 525 et seq.

A primeira modalidade prevista é conduzir ou tentar conduzir uma transação financeira sabendo que a propriedade¹⁵⁰ envolvida em tal transação representa o produto¹⁵¹ de alguma forma de atividade ilegal específica¹⁵².

O *Money Laundering Control Act* define transação financeira como (A) uma transação que de qualquer forma ou grau afete o comércio interestadual ou estrangeiro: (i) envolvendo o movimento de recursos por transferência eletrônica ou outros meios; ou (ii) envolvendo um ou mais instrumentos monetários; ou (iii) envolvendo a transferência de título de propriedade de qualquer propriedade real, veículo, embarcação ou aeronave; ou (B) uma transação envolvendo o uso de uma instituição financeira que esteja engajada em, ou cujas atividades afetem o, comércio interestadual ou estrangeiro de qualquer forma ou grau. Deste modo, a definição de transação financeira é ampla o suficiente para que, ao contrário do que parece, não se faça sempre necessário o envolvimento de uma instituição financeira¹⁵³.

No que tange às “atividades ilegais específicas” (tradução livre de *specified unlawful activity*, também abreviada para *SUA*), o legislador penal norte-americano tentou definir o termo na subseção (c)(7) do *Money Laundering Control Act* por meio de amplo e abrangente rol incluindo os mais diversos crimes (*i.e.*, homicídio; sequestro; extorsão; roubo; corrupção; fraude; crimes contra a Administração Pública; tráfico de drogas; tráfico de pessoas; exploração sexual até crimes ambientais ou contra a saúde pública)¹⁵⁴. Não obstante, a despeito do surpreendente número de infrações penais incluídas em tal rol (mais de trinta e um crimes), que

¹⁵⁰ Propriedade aqui entendida em sentido semelhante a “bens, direitos ou valores”.

¹⁵¹ O termo produto advém da tradução livre de *proceeds* cuja definição foi dada pelo próprio *Money Laundering Control Act* na subseção (c)(9) como segue: o termo “produto” significa qualquer propriedade derivada de, ou obtida ou retida, direta ou indiretamente, através de alguma forma de atividade ilegal, incluindo as receitas brutas dessa atividade. Tradução livre de “(9) the term “proceeds” means any property derived from or obtained or retained, directly or indirectly, through some form of unlawful activity, including the gross receipts of such activity.”.

¹⁵² Tradução livre do dispositivo que em sua versão original prevê: “(1) Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity [...]”.

¹⁵³ Tradução livre da definição que se encontra na subseção (c)(4) do *Money Laundering Control Act*. No original tem-se: “(4) the term “financial transaction” means (A) a transaction which in any way or degree affects interstate or foreign commerce (i) involving the movement of funds by wire or other means or (ii) involving one or more monetary instruments, or (iii) involving the transfer of title to any real property, vehicle, vessel, or aircraft, or (B) a transaction involving the use of a financial institution which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce in any way or degree.”

¹⁵⁴ Para acesso à Seção 1956 do *United States Code*, veja-se: UNITED STATES OF AMERICA. Money Laundering Control Act (1986). 18 U.S.C. §1956. *United States Code*. Disponível em: <uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title18-section1956&num=0&edition=prelim>. Acesso em 16 de fevereiro de 2019.

sugeriria se tratar de um rol taxativo fechado, o próprio legislador cuidou de abri-lo a partir da definição dada na subseção (c)(1) da lei¹⁵⁵.

Isso é, ao esclarecer o elemento subjetivo da primeira modalidade, na subseção (c)(1) – como o necessário conhecimento do agente de que a propriedade envolvida na transação representava produtos de alguma forma (embora não necessariamente de qual forma) de atividade que constitui crime por lei estadual, federal ou estrangeira, independentemente de tal atividade estar ou não especificada na subseção (c)(7)¹⁵⁶ – o legislador penal norte-americano optou por incluir também as atividades que não estão especificadas na subseção (c)(7).

Além de tal elemento subjetivo genérico – *i.e.*, o conhecimento do agente acerca do caráter ilícito dos bens, valores ou direitos envolvidos na transação financeira –, essa modalidade de lavagem de dinheiro prevê quatro elementos subjetivos específicos distintos e alternativos para a sua configuração: (i) no subparágrafo (A)(i) faz-se necessária a intenção de promover a continuação da atividade ilícita específica; (ii) já no subparágrafo (A)(ii) é preciso ter a intenção de se envolver em conduta que constitua uma violação de determinados dispositivos do *Internal Revenue Code* (que é o Código Tributário dos Estados Unidos da América); (iii) no subparágrafo (B)(i) o agente deve saber que a transação¹⁵⁷ é destinada no todo em ou parte para ocultar ou disfarçar a natureza, localização, fonte, a propriedade ou o controle do produto oriundo de atividades ilegais específicas; (iv) no subparágrafo (B)(ii) o agente deve saber que a transação é destinada no todo em ou parte para evitar a exigência de relatório de transação sob a lei estadual ou federal.

A segunda modalidade diz respeito a transportar, transmitir ou transferir, ou tentar transportar, transmitir ou transferir um instrumento monetário ou recurso de um lugar nos

¹⁵⁵ HARMON JR., James. *United States Money Laundering Laws: International Implications*. *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, New York, v. 9, p. 10-12, 1988.

¹⁵⁶ Tradução livre do *Money Laundering Control Act* cujo original está disposto na subseção (c)(1): “*the term "knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity" means that the person knew the property involved in the transaction represented proceeds from some form, though not necessarily which form, of activity that constitutes a felony under State, Federal, or foreign law, regardless of whether or not such activity is specified in paragraph (7).*”

¹⁵⁷ O termo transação foi definido na lei como: uma compra, venda, empréstimo, penhor, doação, transferência, entrega ou outra disposição, e no que diz respeito a uma instituição financeira inclui depósito, saque, transferência entre contas, troca de moeda, empréstimo, extensão de crédito, compra ou venda de qualquer ação, títulos de dívida, certificado de depósito ou outro instrumento monetário, uso de um cofre, ou qualquer outro pagamento, transferência ou entrega por, através de, ou para uma instituição financeira, por qualquer meio efetuado. Tradução livre do original disposto na subseção (c)(3): “*the term "transaction" includes a purchase, sale, loan, pledge, gift, transfer, delivery, or other disposition, and with respect to a financial institution includes a deposit, withdrawal, transfer between accounts, exchange of currency, loan, extension of credit, purchase or sale of any stock, bond, certificate of deposit, or other monetary instrument, use of a safe deposit box, or any other payment, transfer, or delivery by, through, or to a financial institution, by whatever means effected.*”

Estados Unidos para, ou através de, um lugar fora dos Estados Unidos ou para um lugar nos Estados Unidos de, ou através de, um lugar fora dos Estados Unidos¹⁵⁸.

Essa modalidade apresenta três elementos subjetivos específicos distintos e alternativos, quais sejam, (i) a intenção de promover a continuação da atividade ilícita específica (subparágrafo A); ou (ii) o conhecimento de que o instrumento monetário ou recurso envolvido no transporte, transmissão ou transferência representa o resultado de alguma forma de atividade ilegal e o conhecimento de que tal transporte, transmissão ou transferência é destinado no todo ou em parte para ocultar ou disfarçar a natureza, a localização, a fonte, a propriedade ou o controle do produto de atividades ilegais específicas (subparágrafo (B)(i)); ou (iii) o conhecimento de que o instrumento monetário ou recurso envolvido no transporte, transmissão ou transferência representa o resultado de alguma forma de atividade ilegal e o conhecimento de que tal transporte, transmissão ou transferência é destinado no todo ou em parte para evitar a exigência de relatório de transação sob a lei estadual ou federal (subparágrafo (B)(ii)).

Para os fins da infração descrita no subparágrafo (B), o conhecimento do agente pode ser estabelecido por prova de que um oficial da lei representou a questão especificada no subparágrafo (B) como verdadeira e de que as declarações ou ações posteriores do agente indicam que ele acreditou na veracidade de tais representações.

Na terceira e última modalidade prevista na Seção 1956 – incluída posteriormente na lei em razão da deflagração de operações e investigações especiais em que não foram descobertos recursos que eram comprovadamente produtos de atividades ilegais¹⁵⁹ –, há a realização ou tentativa de realização de uma transação financeira envolvendo propriedade “representada” como sendo o produto de atividade ilegal específica, ou propriedade usada para conduzir ou facilitar atividade ilegal específica¹⁶⁰. O legislador norte-americano esclarece que o termo “representada” significa qualquer representação feita por um oficial da lei ou por outra pessoa sob a direção, ou com a aprovação, de um funcionário federal autorizado a investigar ou julgar as violações desta Seção. Nesse caso, o oficial da lei não precisa declarar explicitamente que os

¹⁵⁸ Tradução livre do dispositivo que em sua versão original prevê: “(2) *Whoever transports, transmits, or transfers, or attempts to transport, transmit, or transfer a monetary instrument or funds from a place in the United States to or through a place outside the United States or to a place in the United States from or through a place outside the United States [...]*”

¹⁵⁹ Denominadas *government sting operations*. Cf. PHELPS, William. Validity, construction, and application of 18 U.S.C.A. § 1956, which criminalizes money laundering. *American Law Reports*, Westlaw, v. 121, p. 525 et seq.

¹⁶⁰ Tradução livre do que consta no *Money Laundering Control Act* como: “*conducts or attempts to conduct a financial transaction involving property represented to be the proceeds of specified unlawful activity, or property used to conduct or facilitate specified unlawful activity [...]*”.

recursos eram provenientes de uma atividade ilegal específica, mas somente que o autor do delito acreditava que os recursos eram oriundos de tal atividade.

Essa modalidade apresenta três elementos subjetivos específicos distintos e alternativos, sendo eles, (i) a intenção de promover a continuação da atividade ilegal específica (subparágrafo A); ou (ii) a intenção de esconder ou disfarçar a natureza, localização, fonte, propriedade ou controle de propriedade que se acredita ser o produto de atividade ilegal específica (subparágrafo B); ou (iii) a intenção de evitar a exigência de relatório de transação sob a lei estadual ou federal (subparágrafo C).

Em notas gerais, a despeito do nome da Seção 1956 (lavagem de instrumentos monetários), já foi consolidado o entendimento de que para haver uma violação a tal lei não é preciso que o agente necessariamente se valha do branqueamento de um instrumento monetário. Isso é, o agente pode cometer lavagem de dinheiro por meio de uma transação internacional em razão do transporte de drogas, por exemplo. Ou seja, o adequado entendimento do termo instrumento monetário seria amplo, no sentido de: bens, direitos ou valores. Além disso, como esclarecido por meio da subseção (c)(1), os recursos envolvidos nas transações não precisam ser derivados somente de atividades ilegais específicas, eles podem inclusive estar misturados com outros recursos, até mesmo lícitos (o que se denomina *commingling*).

Além disso, no que tange à abrangência do ato de ocultar ou disfarçar (*conceal or disguise*) previsto nos subparágrafos B de todas as modalidades mencionadas na Seção 1956 é importante esclarecer que qualquer conduta pode ser apta a configurar a ocultação desde que presente o elemento subjetivo necessário à ocultação. Ou seja, ocultar implica mais do que uma ação trivial, devendo haver ao menos algum ato que indique a intenção de ocultar.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América se manifestou acerca da ocultação na modalidade prevista no 18 U.S.C. §1956(a)(2)(B)(i) (isso é de transação internacional por meio de transporte, transmissão ou transferência de instrumento monetário). Em 2 de junho de 2008, sob relatoria do Ministro Clarence Thomas, foi julgado por unanimidade o caso *Regalado Cuellar v. United States*, 553 U.S. 550 (2008)¹⁶¹ em que se fixou que deve ser provado que a movimentação dos bens era destinada no todo ou em parte a ocultar ou dissimular a natureza, localização, origem, propriedade ou controle dos recursos. Ou seja, não basta que haja prova somente de que o agente ocultou algo durante seu transporte, transmissão ou transferência, deve haver prova do escopo de ocultar ou dissimular a natureza, localização, origem, propriedade ou controle dos recursos. No caso em tela, o apelante estava transportando droga dos Estados

¹⁶¹ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Regalado Cuellar v. United States*, 553 U.S. 550, decided in June 2, 2008.

Unidos da América para o México de modo oculto. Tais fatos, por si só, não foram considerados aptos a configurar o delito de lavagem de dinheiro uma vez que a acusação não comprovou que referido transporte visava, no todo ou em parte, ocultar ou disfarçar a natureza, localização, origem, propriedade ou controle da droga.

Já a Seção 1957 chamada “participação em transações monetárias de produtos oriundos de atividades ilegais específicas” (tradução livre de *Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity*) prevê a última modalidade do delito de lavagem de dinheiro¹⁶². Essa é, o envolvimento ou tentativa de envolvimento em uma transação monetária¹⁶³, de uma propriedade derivada criminalmente¹⁶⁴ cujo valor é superior a US\$ 10.000,00 e derivada de atividade ilegal específica¹⁶⁵, (i) ocorrida nos Estados Unidos ou na jurisdição especial marítima e territorial dos Estados Unidos; ou (ii) ocorrida fora dos Estados Unidos e fora de sua jurisdição especial, mas cometida por agente que seja uma pessoa dos Estados Unidos¹⁶⁶.

O elemento subjetivo necessário é o dolo, ou seja, o agente precisa ter o conhecimento de que está se engajando ou tentando se engajar em tal transação monetária. Não obstante, o legislador penal norte-americano deixou claro por meio da subseção (c) que a acusação não é obrigada a provar que o agente sabia que a propriedade derivada criminalmente era oriunda de

¹⁶² Tradução livre da previsão original em que consta: “*knowingly engages or attempts to engage in a monetary transaction in criminally derived property that is of a value greater than \$ 10,000 and is derived from specified unlawful activity.*”

¹⁶³ O *Money Laundering Control Act* define o termo transação monetária como “o depósito, saque, transferência ou troca, ou afetando o comércio interestadual ou estrangeiro, de recursos ou de um instrumento monetário (como definido na seção 1956 (c) (5) deste título) por, através de, ou para uma instituição financeira (conforme definido na seção 1956 deste título), incluindo qualquer transação que seria uma transação financeira sob a seção 1956 (c) (4) (B) deste título, mas não incluindo qualquer transação para preservar o direito de representação de uma pessoa como garantido pela sexta emenda à Constituição.” Tradução livre do original em que consta: “*the term “monetary transaction” means the deposit, withdrawal, transfer, or exchange, in or affecting interstate or foreign commerce, of funds or a monetary instrument (as defined in section 1956(c)(5) of this title [18 USCS § 1956(c)(5)]) by, through, or to a financial institution (as defined in section 1956 of this title [18 USCS § 1956]), including any transaction that would be a financial transaction under section 1956(c)(4)(B) of this title [18 USCS § 1956(c)(4)(B)], but such term does not include any transaction necessary to preserve a person’s right to representation as guaranteed by the sixth amendment to the Constitution.*”

¹⁶⁴ O legislador penal norte-americano define o termo “propriedade derivada criminalmente” como qualquer propriedade que constitua ou seja derivada de produto obtido de uma infração penal.

¹⁶⁵ Nota-se que “atividade ilícita específica” e “produto” têm os mesmos significados dados a esses termos na Seção 1956.

¹⁶⁶ Tradução livre do original em que se encontra como circunstância do delito na subseção (d): “*(1) that the offense under this section takes place in the United States or in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States; or (2) that the offense under this section takes place outside the United States and such special jurisdiction, but the defendant is a United States person (as defined in section 3077 of this title [18 USCS § 3077], but excluding the class described in paragraph (2)(D) of such section).*”

atividade ilegal específica¹⁶⁷. Isso é, basta que o agente saiba que a propriedade transacionada é oriunda de algum crime.

Nota-se que a diferença entre as previsões contidas nas Seções 1956 e 1957 relacionam-se justamente com o elemento subjetivo requerido: enquanto na Seção 1956 exige-se o dolo específico, na Seção 1957 pune-se a mera participação em operações que envolvam bens derivados de atividade ilegal específica.

Para além dos tipos penais mencionados, mais recentemente, em dezembro de 2020, o Congresso norte-americano submeteu para sanção do então Presidente Donald Trump o *Anti-Money Laundering Act of 2020* que traria diversas adições e inovações para a legislação no sentido de dar mais clareza sobre mecanismos regulatórios bancários e preventivos (*compliance*). Tal legislação encontra-se no orçamento fiscal para o ano de 2021 (*National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2021*) e foi vetada pelo republicano. Não obstante, em 1º de janeiro de 2021, o Senado e Congresso rejeitaram o veto presidencial e o *Anti-Money Laundering Act of 2020* foi aprovado trazendo uma reforma abrangente projetada para modernizar e fortalecer o sistema de monitoramento de crimes financeiros dos Estados Unidos da América¹⁶⁸.

2.2.2. O BLANQUEO DE CAPITALES NA ESPANHA

Na seção 1.3. supra expôs-se de modo breve, inicialmente, o cenário da primeira tipificação de lavagem de dinheiro na Espanha em 1988 – por meio da inserção do artigo 546 *bis* no Código Penal Espanhol de 1973 – sob forte influência da Convenção de Viena de 1988 e, posteriormente, as alterações e reformas até se chegar no formato atual do tipo penal de *blanqueo de capitales*. Isso é, o atual Código Penal Espanhol, que entrou em vigor em 1995, teve o delito de lavagem de dinheiro reformado em algumas ocasiões: a primeira vez por meio da Lei Orgânica 15/2003 que ampliou o quadro de infrações penais antecedentes (antes referia-se apenas a delitos graves). A segunda por meio da Lei Orgânica 5/2010 que ampliou as condutas puníveis, permitindo agora qualquer “*actividad delictiva*”, incluindo expressamente a

¹⁶⁷ Tradução livre do original que se encontra no *Money Laundering Control Act* como: “(c) *In a prosecution for an offense under this section, the Government is not required to prove the defendant knew that the offense from which the criminally derived property was derived was specified unlawful activity.*”

¹⁶⁸ Vejam-se as notícias e materiais disponibilizados nos sítios eletrônicos dos escritórios norte-americanos Ropes & Gray e Davis Polk, respectivamente, <<https://www.ropesgray.com/en/newsroom/alerts/2021/January/Congress-Overrides-Presidents-Veto-Clearing-Way-for-Anti-Money-Laundering-Act>> e <https://www.davispolk.com/sites/default/files/2021-01-04_the_anti_money_laundering_act_of_2020_key_takeaways.pdf>. Acesso em 09 de janeiro de 2021.

autolavagem (quando o autor da lavagem é o mesmo autor da infração penal antecedente)¹⁶⁹. Por fim, foi aprovada a Lei Orgânica 10/2010 de prevenção ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo (tradução livre de *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*) que introduziu a normativa administrativa com deveres de controle, informação e prevenção ao delito de lavagem de dinheiro¹⁷⁰.

Atualmente, os injustos penais de *blanqueo de capitales* no Código Penal Espanhol encontram-se previstos nos artigos 301.1, 301.2 e 304, em sua forma dolosa, e no artigo 301.3, em sua forma culposa.

O artigo 301.1 contém o primeiro tipo penal de *blanqueo de capitales* sob a seguinte forma: adquirir, possuir, utilizar, converter, ou transmitir bens, sabendo que esses têm sua origem em uma atividade delitativa, cometida por si ou por qualquer terceira pessoa, ou realize qualquer outro ato para ocultar ou encobrir sua origem ilícita, ou para ajudar a pessoa que tenha participado na infração ou em infrações destinadas a ocultar as consequências jurídicas de seus atos¹⁷¹.

Nesse sentido, o artigo 301.1 indica um tipo alternativo misto em que a conduta deve ser realizada com uma das finalidades previstas na lei – ocultar ou encobrir a origem ilícita ou ajudar a ocultar as consequências jurídicas de seus atos – sabendo que os bens têm origem em uma atividade delitativa. Há críticas sobre a redação truncada do tipo penal excessivamente baseado na conjunção alternativa “ou”¹⁷² e também acerca da previsão extremamente aberta e imprecisa da cláusula geral que aponta como finalidade “ou realize qualquer outro ato para ocultar” ante a ausência de descrição clara e taxativa da conduta¹⁷³.

No que tange ao elemento subjetivo, tem-se o dolo. Entende-se que o delito em sua forma dolosa requer que o agente tenha conhecimento de que o bem tem sua origem em uma atividade delitativa, basta o conhecimento indiciário de que o bem provém de um fato típico e antijurídico considerado uma atividade delitativa¹⁷⁴. Admite-se também o dolo eventual uma vez

¹⁶⁹ CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. Algunas observaciones sobre el blanqueo de capitales. *Justitia*, n. 8, p. 59-86, dez. 2010.

¹⁷⁰ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 555-62.

¹⁷¹ Tradução livre de: “[e]l que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos [...]” contido em ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado - Ministerio da Justicia. *Código Penal y legislación complementaria*, Edición actualizada a 4 de marzo de 2019. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>>. Acesso em 3 de janeiro de 2020.

¹⁷² SIQUEIRA, op. cit., p. 540-1.

¹⁷³ Ibid., p. 540-8.

¹⁷⁴ Ibid., p. 566-8.

que se entende ser possível que o agente voluntariamente se cegue ou assuma risco para completar os procedimentos para alcançar a finalidade apontada. Nesse sentido, há farta equiparação doutrinária entre o dolo eventual e a construção de origem anglo-saxã denominada *willful blindness* que foi aceita pelo Tribunal Supremo Espanhol como *ceguera deliberada*¹⁷⁵⁻¹⁷⁶.

Outro ponto de discussão doutrinário é a consumação do delito de lavagem de dinheiro. Há quem entenda que se trate de um delito de mera conduta cuja consumação dispensará a efetiva integração do bem na economia lícita para que exista a afetação ao bem jurídico penal¹⁷⁷; há quem sustente que se trata de um delito de resultado, material e que deixa vestígios de modo que a consumação terá lugar no instante em que se realize qualquer verbo do tipo munido do elemento subjetivo¹⁷⁸ e, por fim, há uma terceira via que verifica a existência de verbos que são de resultado e verbos de mera conduta¹⁷⁹.

O artigo 301.2 prevê a segunda modalidade e dispõe como conduta a ocultação ou o encobrimento da verdadeira natureza, origem, destino, movimento ou direitos sobre os bens ou propriedade dos mesmos, sabendo-se que provêm de qualquer um dos crimes expressos na seção anterior ou de um ato de participação neles¹⁸⁰. Tal modalidade apresenta redação confusa e redundante uma vez que ocultar e encobrir possuem o mesmo significado¹⁸¹, não obstante a intenção do legislador era de tipificar a segunda fase do ciclo de lavagem de dinheiro.

O elemento subjetivo dessa modalidade é o dolo. Nesse sentido, é preciso que o agente atue sabendo que o bem procede de algum delito e tendo como finalidade ocultar ou encobrir sua origem. Igualmente ao tipo do artigo 301.1, permite-se a aplicação da *ceguera deliberada* flexibilizando as exigências probatórias, uma vez que se autoriza a adoção de prova indiciária para a comprovação do delito de lavagem de dinheiro¹⁸².

¹⁷⁵ Sobre essa construção doutrinária na Espanha confira-se RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007. Não obstante, referida questão será melhor aprofundada na seção 4.1. infra.

¹⁷⁶ CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. Algunas observaciones sobre el blanqueo de capitales. *Justitia*, n. 8, p. 59-86, dez. 2010.

¹⁷⁷ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 575-78.

¹⁷⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general*. 2. ed., Tirant Lo Blanch: Valencia, 2007, p. 500.

¹⁷⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 2. ed., Navarra: Arazandi, 2002, p. 803.

¹⁸⁰ Tradução livre de: “[...] *la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.*” contido em ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado - Ministerio da Justicia. *Código Penal y legislación complementaria*, Edición actualizada a 4 de marzo de 2019. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>>. Acesso em 3 de janeiro de 2020.

¹⁸¹ SIQUEIRA, op. cit., p. 643-4.

¹⁸² Ibid., p. 648-50.

Oportuno mencionar sobre a permissão expressa ao *autoblanqueo*¹⁸³ no ordenamento espanhol, obtida a partir do quanto disposto no artigo 301.2, uma vez que se reconhece a autonomia entre o bem jurídico tutelado pelo delito antecedente e pela lavagem de dinheiro de modo que não há que se falar em continuidade de lesão do bem jurídico afetado pelo delito antecedente¹⁸⁴.

Já o artigo 301.3 traz o delito de lavagem de dinheiro em sua modalidade culposa: se os fatos foram praticados por imprudência grave, a pena será de seis meses a dois anos de prisão e multa do valor lavado ao triplo¹⁸⁵. Acerca da estrutura do tipo culposo de lavagem de capitais, a doutrina espanhola entende que se trata de uma figura dotada de uma arquitetura relativamente estranha ao sistema¹⁸⁶ que poderia ter sido melhor construída, delimitando as condutas suscetíveis de serem entendidas como lavagem de dinheiro culposa.

No que tange ao elemento subjetivo, atua culposamente quem ignora a origem delitiva do bem por ter violado o dever objetivo de cuidado exigido. Isso é, nota-se que o tipo penal fala de “imprudência grave”, ou seja, a culpa realizada por alguém que tinha dever de cuidado previsto legalmente¹⁸⁷. Diante disso, questiona-se se em tal modalidade seria necessário um sujeito ativo comum ou especial. Há quem diga que se trata de delito especial ante a ausência de um dever objetivo de cuidado geral impostos aos cidadãos. Nesse sentido, o delito nessa forma só poderia ser cometido por aquelas pessoas e entidades que estão submetidas a deveres especiais de vigilância em razão das normas administrativas sobre prevenção de lavagem de dinheiro (denominados de “*sujetos obligados*” no artigo 2º da Lei Orgânica 10/2010). De outro lado, há quem considere se tratar de um delito comum uma vez que não há referência explícita ao sujeito ativo do delito no artigo 301.3. Nesse sentido, CAPARRÓS afirma que:

Para proteger o conteúdo material do tipo, qualquer cidadão pode estar sujeito ao dever de estar interessado na origem dos bens, razão pela qual ninguém deve ser excluído da obrigação criminal de respeitar o dever objetivo correspondente de cuidar, principalmente apresentar que apenas o crime descrito no art. 301.3 se ocorrer uma violação grave.¹⁸⁸

¹⁸³ Figura denominada como autolavagem, no Brasil, que será estudada detalhadamente na seção 4.2.

¹⁸⁴ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 662-66.

¹⁸⁵ Tradução livre de: “[si] los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.” contido em ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado - Ministerio da Justicia. *Código Penal y legislación complementaria*, Edición actualizada a 4 de marzo de 2019. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>>. Acesso em 3 de janeiro de 2020.

¹⁸⁶ CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. Algunas observaciones sobre el blanqueo de capitales. *Justitia*, n. 8, p. 67, dez. 2010.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 73-82.

¹⁸⁸ Tradução livre de: “En orden a la protección del contenido material del tipo, cualquier ciudadano puede ser sometido al deber de interesarse por el origen de los bienes, motivo por el cual nadie debe quedar excluido de

Além disso, é majoritário o entendimento que o elemento subjetivo não recai sobre a conduta delitiva em si, mas somente sobre o conhecimento da origem delitiva dos bens¹⁸⁹.

No que tange a realização do delito, a modalidade culposa se consuma quando o agente infringe o dever de cuidado objetivo necessário para a prática de determinado negócio jurídico, independentemente do efetivo branqueamento de capital na operação¹⁹⁰.

É digno de nota que apesar da lavagem de dinheiro ser alvo de atenção da comunidade internacional, isso não se verifica quando se fala do delito em sua forma culposa. Em geral, dentre os compromissos internacionais adotados pela Espanha, a inatividade em face da lavagem culposa é o comum. Assim, verifica-se que o alinhamento político-criminal espanhol segue posição minoritária em âmbito europeu e mundial que majoritariamente recomendam somente a punição do delito de lavagem de dinheiro em sua forma dolosa. A justificativa adotada para a tipificação da modalidade culposa do delito seria para contornar a dificuldade de comprovação da origem ilícita dos bens pela acusação¹⁹¹.

A última modalidade de *blanqueo de capitales* está prevista no artigo 304 do Código Penal Espanhol e dispõe que a “incitação, conspiração e proposta de cometer os delitos previstos nos artigos 301 a 303 são penalizados [...]”¹⁹². Trata-se de previsão excepcional em que o legislador espanhol promoveu a punição antecipada da lesão ao bem jurídico com a finalidade de reprovar comportamentos que equivaleriam a atos preparatórios do delito¹⁹³.

Para além das modalidades de *blanqueo de capitales*, em relação ao delito antecedente, há questionamentos acerca da necessidade de condenação transitada em julgada para que se comprove a origem espúria do bem destinado a lavagem de dinheiro. Existem, portanto, duas correntes divergentes: a primeira que entende ser necessária apenas a comprovação indiciária da tipicidade e ilicitude da atividade delitiva antecedente e a segunda que sublinha a necessidade de uma sentença penal transitada em julgado que reconheça a culpabilidade por delito

la obligación penal de respetar el correspondiente deber objetivo de cuidado, máxime teniendo presente que sólo se comete el delito descrito en el art. 301.3 si se incurre en un quebrantamiento de carácter grave.” (CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. Algunas observaciones sobre el blanqueo de capitales. *Justitia*, n. 8, p. 78, dez. 2010).

¹⁸⁹ Ibid., p. 68-70.

¹⁹⁰ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 667.

¹⁹¹ Ibid., p. 653-56.

¹⁹² Tradução livre de: “*La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.*” contido em ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado - Ministerio da Justicia. *Código Penal y legislación complementaria*, Edición actualizada a 4 de marzo de 2019. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>>. Acesso em 3 de janeiro de 2020.

¹⁹³ SIQUEIRA, op. cit., p. 679-87.

anterior¹⁹⁴. A primeira corrente vê-se justificada por meio da teoria da acessoriedade limitada do delito antecedente com a lavagem de dinheiro tal qual consagrada no ordenamento jurídico brasileiro e também introduzida no Código Penal Espanhol por meio da Lei Orgânica 5/2010.

Vale mencionar também a Lei Orgânica 10/2010 de prevenção ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo que introduziu a normativa administrativa com deveres de controle, informação e prevenção ao delito de lavagem de dinheiro. Tal dispositivo legal apresenta apenas disposições de direito administrativo sancionador dirigidos a ação preventiva com a finalidade de regulamentar determinados setores econômicos e de prestação de serviços especialmente sensíveis às ações de lavagem de dinheiro¹⁹⁵. Em seu artigo 2.1 é estabelecido um amplo catálogo de sujeitos obrigados. Cabe mencionar o agente que funciona como *gatekeeper*, i.e., um guardião do dever de *compliance* e da manutenção dos parâmetros de legalidade das atividades econômicas e também o *whistleblower* que cumpre os deveres de *compliance* para notificar a conduta delitativa de lavagem de dinheiro¹⁹⁶.

A responsabilidade por lavagem de dinheiro de tais sujeitos obrigados não é automática, a lei espanhola requer o descumprimento das obrigações com consequências penais para a comissão de lavagem de dinheiro – unindo os tipos penais com os deveres de diligência descritos na Lei Orgânica 10/2010. O conhecimento da situação ilegal se traduz no conhecimento da origem ilícita do capital, aliado ao silêncio quanto ao cumprimento dos deveres administrativos contra a lavagem de capitais, por um dos sujeitos obrigados, por exemplo, a ausência de comunicação de operações suspeitas (artigo 18) ou abstenção da realização de operações dessa natureza (artigo 19)¹⁹⁷.

Portanto, expostas as modalidades de lavagem de dinheiro no Brasil, com seus elementos objetivos e subjetivos, e indicadas as previsões legais nos Estados Unidos da América e na Espanha, tem-se um panorama farto para que se possa estudar de modo detalhado e, quando cabível, comparativo, os desafios do delito de lavagem de dinheiro no Brasil e eventuais contribuições dos ordenamentos norte-americano e espanhol nas análises a serem realizadas nos capítulos 3 e 4.

¹⁹⁴ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 548-55.

¹⁹⁵ Ibid., p. 555-60.

¹⁹⁶ Tais figuras serão pormenorizadas e analisadas em sede da seção 4.5. Confira-se: Ibid., p. 560-2.

¹⁹⁷ Ibid., p. 560-2.

3. DESAFIOS TRADICIONAIS

Considerando o panorama da criminalização da lavagem de dinheiro e a análise do tipo penal, chega-se ao cerne da pesquisa: os desafios do delito da lavagem de dinheiro. Neste capítulo busca-se examinar o que se convencionou chamar de “problemas dogmáticos tradicionais ou clássicos” da lavagem de dinheiro enquanto delito inserido sob a perspectiva do Direito Penal Econômico.

Inicialmente, deve-se esclarecer que os problemas dogmáticos tradicionais ou clássicos são aqueles que já estão na pauta das discussões penais há algum tempo (ao menos desde o final da década de 1990) por terem desafiado a teoria geral do delito introduzindo crimes ou configurando estruturas de delitos anteriormente não conhecidas ou não recepcionadas. Tal movimento ocasionou a necessidade de revisitação de conceitos e teorias caras à dogmática jurídico penal como, por exemplo, alguns pontos dessa teorização, da teoria do bem jurídico e do princípio da lesividade para verificar se a lavagem de dinheiro respeita tais freios dogmáticos.

Nessa toada, inicialmente, será analisado o tratamento conferido à infração penal antecedente no delito de lavagem de dinheiro (tópico 3.1.). Em sequência, tem-se a discussão acerca da lavagem de dinheiro e a teoria do bem jurídico. Será aplicado o conceito de bem jurídico à lavagem de dinheiro para perquirir qual é o bem jurídico tutelado por tal delito (tópico 3.2.). Posteriormente, será analisada a lavagem de dinheiro à luz do princípio da lesividade ou ofensividade penal. Com isso, realizar-se-á uma breve exposição acerca do conceito de lesividade penal para então aplicá-lo ao delito de lavagem de dinheiro (tópico 3.3.). Depois, pretende-se comparar o crime de lavagem de dinheiro com os crimes de receptação e favorecimento real em razão da estrutura semelhante de tais delitos a fim de se verificar até que ponto isso gera equivalências ou reflexos dogmáticos na interpretação e aplicação da lavagem de dinheiro (tópico 3.4.). Por último, se perquirirá o momento consumativo do crime de lavagem de dinheiro: se se trata de crime instantâneo ou permanente ou instantâneo de efeitos permanentes (tópico 3.5.).

Tal percurso conduzirá à exposição dos problemas dogmáticos tradicionais do delito de lavagem de dinheiro, em cada um dos subtópicos, com a (i) abordagem doutrinária nacional sobre a questão; (ii) quando houver, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, e, (iii) quando cabível, o cotejo comparativo da legislação ou de julgados estrangeiros – norte-

americano e/ou espanhol tal qual se justificou na seção 2.2. supra –, para as posteriores críticas dogmáticas cabíveis.

3.1. Lavagem de dinheiro e as infrações penais antecedentes

Opta-se por iniciar a análise dos problemas dogmáticos tradicionais do delito de lavagem de dinheiro pelo estudo da infração penal antecedente enquanto necessária para a configuração do delito de lavagem de dinheiro que, embora autônomo, possui relação de acessoriedade material com a infração penal antecedente.

É importante justificar que a abordagem primordial de tal questão decorre da íntima relação entre o tratamento dado à infração penal antecedente e o desenvolvimento do próprio delito de lavagem de dinheiro desde a década de 1980 e as diversas influências às quais tal delito se sujeitou. Deste modo, para que se possa compreender em sua totalidade a problemática das infrações penais antecedentes, no âmbito da Lei nº 9.613/1998 deve-se ter em mente o panorama da criminalização da lavagem de dinheiro abordado no capítulo 1.

Na atual redação da Lei de Lavagem de Dinheiro, o legislador brasileiro dispôs que qualquer crime ou contravenção penal pode produzir produtos passíveis de lavagem, abandonando o sistema de rol taxativo. Portanto, o tipo penal é complementado por outra norma da mesma hierarquia, prevista em corpo legislativo diverso como, a Parte Especial do Código Penal, a legislação extravagante e a Lei de Contravenções Penais.

Inicialmente, no que tange especificamente ao critério de fixação das infrações penais antecedentes deve-se dizer que, se de um lado tal opção parece coerente com as ideias de proteção da administração da justiça ou da ordem econômica – a depender de qual seria o bem jurídico protegido pelo delito de lavagem de dinheiro –, uma vez que a ocultação ou dissimulação do produto de qualquer crime seria capaz de afetar o bem jurídico tutelado, de outro lado, acredita-se que tal opção legislativa acaba por criar uma estrutura normativa estanque e desproporcional ao incluir delitos como furto ou contravenções simples¹⁹⁸ como infrações antecedentes que poderiam ensejar o delito de lavagem de dinheiro e a aplicação de

¹⁹⁸ Nesse sentido, criticam CALLEGARI e WEBER: “De outra banda, a legislação buscou incorporar sistemas sugeridos internacionalmente, o que implica excessividade em parte de seus artigos, principalmente no que tange à extinção do rol de delitos antecedentes e a substituição da palavra *crimes* por *infrações*, passando a punir os contraventores, com a intenção óbvia de penalizar o jogo do bicho sem ter que modificar a lei penal, transformando a contravenção em crime.” (CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3).

suas penas (de três a dez anos de reclusão, e multa nos termos do artigo 1º, *caput* da Lei de Lavagem de Dinheiro)¹⁹⁹.

Além disso, a opção de prever todas as infrações penais como antecedentes da lavagem de dinheiro não encontra respaldo direto em nenhuma recomendação ou instrumento internacional. Em verdade, a terceira geração de documentos internacionais, liderada sobretudo pelas Recomendações do GAFI, apenas dispõe que “[o]s países deveriam criminalizar a lavagem de dinheiro com base na Convenção de Viena e na Convenção de Palermo. Os países deveriam aplicar o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, de maneira a incluir a maior quantidade possível de crimes antecedentes.” (Recomendação 3 do GAFI)²⁰⁰.

Já em relação aos elementos dogmáticos da infração penal devem ser indicados outros problemas. O *caput* do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro²⁰¹ descreve como típico o comportamento de ocultar ou dissimular bens ou produtos provenientes de infração penal, bastando o injusto do último para completar o elemento típico do primeiro²⁰². Com isso, constatou-se, na prática, que o legislador brasileiro optou pela adoção de uma concepção dualista do delito²⁰³. Deste modo, haverá lavagem de dinheiro quando o ato anterior for um injusto penal, ou seja, um ato típico e antijurídico, não importando a culpabilidade ou a existência de qualquer condição de punibilidade no comportamento de origem nos termos do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei²⁰⁴. Portanto, é cabível a persecução penal mesmo que desconhecido ou isento de pena o agente do delito antecedente²⁰⁵.

Nesse sentido, TAVARES critica a exclusão da culpabilidade na interpretação sistemática do fato antecedente à lavagem de dinheiro por duas razões: primeiro porque “a interpretação sistemática [...] deve levar em consideração, acima e antes de tudo, o sistema de garantias do

¹⁹⁹ MORAES, Luciana Furtado de. Crimes antecedentes. In: CARLI, Carla Verissimo de (org.). *Lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 261.

²⁰⁰ GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação. *As Recomendações do GAFI*, fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

²⁰¹ “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)”.

²⁰² BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 52.

²⁰³ Em verdade, a aplicação de tal concepção dualista ocorre não somente com a infração penal antecedente do delito de lavagem de dinheiro, mas também em outros dispositivos do Código Penal como é o caso da receptação (art. 180 do Código Penal).

²⁰⁴ “Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: § 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.”

²⁰⁵ PITOMBO, Antônio Sergio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 121.

ordenamento penal-constitucional, o que inclui não apenas o reconhecimento do princípio da culpabilidade, como a declinação deste princípio em toda a estrutura do delito²⁰⁶ e segundo porque “a interpretação sistemática jamais deve ser utilizada para contradizer a letra da lei numa interpretação *in malam partem*, que é exatamente o que ocorre quando se compara o tipo da lavagem com o de receptação para concluir pela desnecessidade de fato culpável [...]”²⁰⁷.

Diante disso, observa-se que a opção legislativa em questão visa conferir uma estrutura que permite ampliar a possibilidade de punição pelo delito de lavagem de dinheiro por meio da flexibilização da estrutura do delito da infração penal antecedente. Deste modo, deveria haver um refinamento no que tange a opção legislativa quanto às infrações penais antecedentes para que se aplique a teoria tripartida do delito²⁰⁸ tornando racional e legítima sua estrutura dogmática.

Uma outra forma para tentar refrear tal ampliação, é observar o objeto material do delito de lavagem de dinheiro – bens, direitos e valores provenientes de infração penal – para que se encare que a mera constatação de infração penal anterior não é suficiente para configurar o delito uma vez que essa deve gerar um produto. Ou seja, é necessário demonstrar que o produto da infração penal anterior é justamente aquele que foi ocultado ou dissimulado posteriormente comprovando-se um elo objetivo entre o fruto do delito antecedente e o ato de lavagem de dinheiro²⁰⁹.

Há ainda problemas no âmbito processual penal²¹⁰ (os quais não serão abordados em sede deste estudo) e os desafios atuais relacionados com a possibilidade do autor da infração penal antecedente ser o mesmo da lavagem de dinheiro, configurando a autolavagem (*self-laundering*) e ainda a mescla de capitais (também chamada de *commingling*) de origem ilícita (por meio da infração penal antecedente) e lícita cujas análises serão realizadas no capítulo 4. Por fim, as questões relacionadas à legitimidade de criminalização de um comportamento que incide sobre um bem jurídico já afetado por outra norma (infração penal anterior) serão examinadas em sede da próxima seção (subtópico 3.2.).

Diante de tais críticas e refinamentos delineados à luz da doutrina nacional, deve-se também analisar (i) o que o Supremo Tribunal Federal já fixou acerca da interpretação das

²⁰⁶ TAVARES, Juez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 113.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 113.

²⁰⁸ Adotada por diversos autores dentre eles Claus Roxin (que ainda defende a inserção de um quarto elemento). Nesse sentido, veja-se: ROXIN, Claus. *Derecho penal - Parte general*. Tradução Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia e Javier de Vicente Remsal. 2. ed., Madrid: Civitas, 1997, t. 1, p. 193-6.

²⁰⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed., Navarra: Aranzandi, 2015, p. 428.

²¹⁰ Nesse sentido, confira-se: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 107-8.

infrações penais antecedentes e (ii) em que medida a comparação com a doutrina e julgados norte-americanos e espanhóis tem algo a contribuir para tal desafio.

3.1.1. JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Soma-se ao presente desafio a análise dos julgados em que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou ante aos questionamentos relacionados à infração penal antecedente. Indica-se que o método para referida pesquisa foi a busca direta no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Acessou-se a pesquisa de jurisprudência inserindo a procura pelos termos “‘lavagem de dinheiro’ e ‘infração penal antecedente’” desta forma e nesta ordem. Com isso, foram obtidos e analisados vinte precedentes da Corte²¹¹.

Por meio de tal busca, detectaram-se interpretações acerca dos seguintes temas, os quais relacionam-se com o desafio abordado na presente seção: (i) a autonomia entre a infração penal antecedente e o delito de lavagem de dinheiro e (ii) a possibilidade de organização criminosa ser considerada infração penal antecedente, no período anterior à Lei nº 12.850/2013 que definiu tal termo.

No que tange ao primeiro tema, é pacífico o entendimento da autonomia entre a infração penal antecedente e o delito de lavagem de dinheiro. Mesmo antes da redação dada pela Lei nº 12.683 de 2012, que abandonou o rol de infrações penais antecedentes, foi fixado o entendimento sintetizado no Habeas Corpus nº 93.368 Paraná (Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 09.08.2011)²¹², de que o “processo e julgamento do crime de lavagem de dinheiro é [sic] regido pelo Princípio da Autonomia, não se exigindo, para que a denúncia que imputa ao réu o delito de lavagem de dinheiro seja considerada apta, prova concreta da ocorrência de uma das infrações penais [...] bastando a existência de elementos indiciários de que o capital lavado tenha origem em algumas das condutas ali previstas”. Isso basta uma vez que a “autonomia do crime de lavagem de dinheiro viabiliza inclusive a condenação, independente da existência de processo pelo crime antecedente.” Salienta-se ainda que o agente

²¹¹ Todos os precedentes foram consultados via sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, buscando da seguinte forma: “‘lavagem de dinheiro’ e ‘infração penal antecedente’”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%27lavagem%20de%20dinheiro%20e%20%99%20e%20%98infra%C3%A7%C3%A3o%20penal%20antecedente%20%99&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em 30 de outubro de 2020).

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 93.368 Paraná*. Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, data do julgamento: 9 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626596>>. Acesso em 15 de janeiro de 2020.

da lavagem de dinheiro não precisa ter participado da infração penal antecedente, satisfazendo que ele tenha conhecimento desse, ou seja, que ele tenha conhecimento da origem espúria dos recursos ilícitos a serem lavados. Tal interpretação foi reafirmada na Ação Penal nº 470 Minas Gerais (Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 17.12.2012) e no Habeas Corpus nº 138.092 Rio de Janeiro (Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 06.02.2018), julgados posteriormente.

Já em relação ao segundo tema – a possibilidade de organização criminosa ser infração penal antecedente, no período anterior à vigência da Lei nº 12.850/2013 que definiu tal termo – deve-se esclarecer que, inicialmente, a Lei de Lavagem de Dinheiro enumerava taxativamente as espécies delitivas aptas a figurar como antecedentes e permitia que o branqueamento ocorresse ante a dissimulação ou ocultação de capitais provenientes de quaisquer crimes cometidos por organização criminosa (em seu artigo 1º, inciso VII). Não obstante, o termo organização criminosa ainda não se achava devidamente definido uma vez que isso só ocorreria com o advento da Lei nº 12.850, de 2 de fevereiro de 2013. Sob esse cenário, em diversos casos²¹³, o Supremo Tribunal Federal foi confrontado com tal questão e consolidou o entendimento no sentido de que, no período anterior à Lei nº 12.850/2013, seria atípica a conduta descrita no artigo 1º, VII, da Lei nº 9.613/1998, tendo em vista a falta de definição jurídica válida para “organização criminosa”²¹⁴.

²¹³ Veja-se: (i) Ação Penal nº 470 Minas Gerais (Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 17.12.2012); (ii) Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 130.738 Distrito Federal (Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 01.07.2016) e (iii) Habeas Corpus nº 138.092 Rio de Janeiro (Ministro Relator Marco Aurélio, julgamento em 20.02.2018).

²¹⁴ Merece destaque excertos do voto do Ministro Celso de Mello no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 130.738 Distrito Federal: “Nem se diga que a ausência de lei formal definidora do delito de organização criminosa seria supável pela invocação da Convenção de Palermo, o que bastaria para configurar, no plano da tipicidade penal, a existência do delito de organização criminosa como infração penal antecedente, considerado o texto normativo da Lei nº 9.613/98, em sua primitiva redação. Cumpre ter presente, sempre, que, em matéria penal, prevalece o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois – não é demasiado enfatizar – a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal. Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu.” Além disso, “Nem se diga, de outro lado, que a referência na denúncia à organização criminosa como delito antecedente equivaleria, para efeito de configuração do crime de lavagem de dinheiro, à figura típica da quadrilha (CP, art. 288), hoje denominada ‘associação criminosa’. A razão dessa impossibilidade jurídica, além da inadmissibilidade da invocação de analogia “in malam partem” em sede penal, é uma só: à época da suposta prática do crime de lavagem de dinheiro, o delito de quadrilha não se achava incluído no rol taxativo dos delitos antecedentes definidos no art. 1º da Lei nº 9.613, de 03/03/98, considerada a primitiva redação dessa norma legal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 130.738 Distrito Federal*. Decisão monocrática, Relator Ministro Celso de Mello, data do julgamento 1 de julho de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309919987&ext=.pdf>>. Acesso em 6 de julho de 2020).

Diante de tais interpretações, nota-se que em relação ao primeiro tema, ao afirmar a autonomia entre a infração penal antecedente e o delito de lavagem de dinheiro, o Supremo Tribunal Federal coadunou-se com os parâmetros atuais internacionais de lavagem de dinheiro. Porém, confirmou a opção do legislador brasileiro pela adoção de uma concepção dualista da infração penal antecedente, contrariamente às críticas doutrinárias levantadas. No que tange ao segundo tema, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se respeitando o princípio da legalidade ao entender que organização criminosa só poderia ser considerada infração penal antecedente após sua tipificação por meio da Lei nº 12.850/2013.

3.1.2. COMPARAÇÃO COM LEIS E JULGADOS NORTE-AMERICANOS E ESPANHÓIS

Coincidentemente, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos da América e na Espanha existem quatro modalidades previstas para o delito de lavagem de dinheiro. Porém, as coincidências cessam por aí uma vez que referidas modalidades não são equivalentes ou correspondentes. Em verdade, a primeira diferença notada é a redação legislativa em si. Isso quer dizer, a forma de redigir dos legisladores não é de qualquer modo semelhante. O legislador brasileiro adota uma redação mais enxuta, com termos mais claros sob o aspecto lexical, mas sem muitos esclarecimentos sobre os elementos subjetivos; ou delimitações acerca do exato significado de certos termos ou aprofundamentos no que diz respeito a potenciais complicadores para a aplicação adequada da Lei. O legislador norte-americano segue uma redação repetitiva e, por vezes, até confusa²¹⁵ com a descrição dos elementos subjetivos de cada modalidade e com a definição de termos contidos no *Money Laundering Control Act*. Já o legislador espanhol optou por uma redação detalhada, porém truncada, prevendo diversos verbos do tipo e finalidades a que deve se destinar o agente, com a indicação pontual do elemento mental necessário²¹⁶.

É marcante ainda a divergência da racionalidade legislativa²¹⁷ entre os ordenamentos. No Brasil, o legislador penal optou por modalidades de lavagem de dinheiro que estivessem em

²¹⁵ PHELPS, William. Validity, construction, and application of 18 U.S.C.A. § 1956, which criminalizes money laundering. *American Law Reports*, Westlaw, v. 121, p. 525 et seq.

²¹⁶ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 540-1.

²¹⁷ Por racionalidade legislativa penal entende-se o quanto esclarecido por DÍEZ RIPOLLÉS: “De uma forma ou de outra, a racionalidade legislativa penal seria o ponto de chegada de uma teoria da argumentação jurídica, a ser desenvolvida no plano do procedimento legislativo penal, que garantisse decisões legislativas suscetíveis de obter acordos sociais por sua adequação à realidade social na qual são formuladas.” (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 87).

consonância com as convenções e recomendações internacionais a fim de cercear a sistemática lavagem de dinheiro. Já o legislador norte-americano, justamente por antever o movimento global de cerceamento ao branqueamento de capitais, produziu modalidades mais amplas e abrangentes – incluindo, por exemplo, explicitamente a lavagem de dinheiro no âmbito de transações internacionais e também no bojo de operações e investigações especialmente conduzidas, mas que não verificam com clareza a origem ilícita de recursos²¹⁸. Por fim, o legislador espanhol foi influenciado sobretudo pelas convenções supranacionais europeias e pelas Recomendações do GAFI, trazendo, desse modo, a legislação mais severa em termos de lavagem de dinheiro no mundo ocidental, tipificando, por exemplo, a lavagem de dinheiro em sua modalidade culposa²¹⁹.

No que tange à comparação das normas contidas nas legislações, as observações a serem feitas nesta seção relacionam-se com a infração penal antecedente. Nenhuma das três legislações adota um rol taxativo para as infrações penais antecedentes, o que se coaduna com a terceira geração de documentos voltados ao cerceamento de lavagem de dinheiro. Tanto no Brasil como na Espanha, abdicou-se de um rol taxativo aceitando qualquer infração penal antecedente aqui e qualquer “*actividad delictiva*” alhures²²⁰. Porém, há uma especificidade na legislação norte-americana pela adoção da delimitação denominada “atividade ilegal específica” (tradução livre de: *specified unlawful activity*) em que são elencadas diversas possíveis infrações penais antecedentes na subseção (c)(7) da Seção 1956 do *Money Laundering Control Act*. Ocorre que, nas subseções (c)(1) e (a)(3) da Seção 1956, o próprio legislador norte-americano se encarregou de incluir também as atividades que não estão especificadas na subseção (c)(7), abrindo, portanto, o rol estipulado.

Outro ponto a ser comparado é a necessidade de comprovação da origem espúria do bem destinado a lavagem de dinheiro. Nos Estados Unidos, os parâmetros para a verificação da infração penal antecedente são ainda mais baixos do que aqueles previstos pela Lei de Lavagem de Dinheiro. Isso é, sobretudo por meio da modalidade prevista na subseção (a)(3) da Seção 1956 (lavagem de dinheiro de produtos “representados” como oriundos de crimes), fixa-se que o oficial da lei não precisa declarar explicitamente (ou comprovar) que os recursos eram

²¹⁸ O’SULLIVAN, Julie Rose. *Federal White Collar crime: cases and materials*. 7. ed., Saint Paul: West, 2019, p. 686.

²¹⁹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Tema 18. Blanqueo de capitales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); ROBLES PLANAS, Ricardo (coord). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa: parte general y especial*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, p. 642.

²²⁰ Na Espanha, segundo o que diz a doutrina majoritária, a expressão “*actividad delictiva previa*” deve ser entendida à luz do disposto no artigo 300 do Código Penal Espanhol. Desse modo, a atividade delictiva deve ser um fato típico e antijurídico. Nesse sentido, veja-se: *Ibid.*, p. 651.

provenientes de uma atividade ilegal específica, mas somente que o autor do delito acreditava que os recursos eram oriundos de tal atividade. Ou seja, não há sequer a necessidade de indicar a materialidade de uma infração penal antecedente, basta apenas que o oficial da lei ateste que o agente acreditava que os recursos tinham origem ilícita.

Já na Espanha, tal qual no Brasil, é necessária a comprovação indiciária da tipicidade e ilicitude da atividade delitiva antecedente com base justamente na teoria da acessoriedade limitada do delito antecedente com a lavagem de dinheiro.

Tendo em vista as especificidades da infração penal antecedente nos Estados Unidos, optou-se por analisar as interpretações das cortes federais norte-americanas, isso é, dos tribunais federais intermediários ou cortes de apelações dos circuitos federais (o equivalente ao Tribunal Regional Federal, no Brasil) e da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Vale mencionar que a opção de expandir o estudo dos precedentes norte-americanos para as cortes de apelações dos circuitos federais se deu em decorrência de haver uma grande seletividade para a apreciação de casos pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América²²¹ de modo que os julgados desse tribunal acerca da lavagem de dinheiro são pontuais. Em função disso, foram avaliados noventa e seis precedentes²²², dentre os quais os mais relevantes para o tema abordado nesta seção serão mencionados abaixo.

Em geral, foi assentado que é necessário que o agente saiba que os recursos ilícitos destinados a lavagem de dinheiro são oriundos de atividade criminal *in abstracto*, mas não é preciso que ele saiba qual é essa atividade criminal especificamente²²³. Há ainda diversos julgados no sentido de que o *Money Laundering Control Act* somente se aplica para atos posteriores à consumação do crime antecedente, deixando evidente a autonomia entre a lavagem de dinheiro e a infração penal antecedente. Alguns exemplos são: (i) no *United States v. Butler*, 211 F.3d 826 (4th Cir. 2000), decidido pela Corte de Apelações Federais do Quarto Circuito, em 3 de maio de 2000, foi disposto que “a lavagem de fundos não pode ocorrer na mesma transação por meio da qual os fundos se tornam pela primeira vez contaminados pelo

²²¹ Na verdade, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América aceita rever apenas cerca de 100 a 150 casos (dos mais de 7.000 casos que recebe) anualmente. Confira-se: UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Supreme Court Procedures: Writ of Certiorari*. Disponível em: <<https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1>>. Acesso em 23 de fevereiro de 2019.

²²² O método para tal pesquisa foi acessar a plataforma privada eletrônica da Thomson Reuters denominada Westlaw e nela inserir a busca “money laundering control act” and “specified unlawful activity” restringindo a pesquisa apenas aos tribunais e cortes federais.

²²³ UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit. *United States v. Campbell*, 977 F.2d 854, decided in September 28, 1992.

crime”²²⁴; (ii) no *United States v. Mankarious*, 151 F.3d 694 (7th Cir. 1998), julgado pela Corte de Apelações Federais do Sétimo Circuito, em 7 de agosto de 1998, afirmou-se que “o ato que gera o produto do crime deve ser distinto da conduta que constitui a lavagem de dinheiro”²²⁵ e (iii) no *United States v. Howard*, 271 F. Supp. 2d 79 (D.D.C. 2002), decidido pela Corte Distrital do Distrito de Columbia, em 28 de agosto 2002, asseverou-se que “a lei de lavagem de dinheiro criminaliza transações com produto de crime, não transações que criam o produto do crime”²²⁶.

Diante desse panorama comparativo, fica evidente a consolidação das determinações contidas nos instrumentos de terceira geração voltados ao cerceamento de lavagem de dinheiro, i.e., a ausência de rol taxativo para o crime antecedente e a autonomia entre a infração penal antecedente e o delito de lavagem de dinheiro. Além disso, nota-se a flexibilização da necessidade de comprovação da infração penal antecedente seja no Brasil e na Espanha, seja de modo extremamente aguçado nos Estados Unidos da América.

Ante as críticas e as questões delineadas nesta seção à luz da doutrina nacional; dos julgados do Supremo Tribunal Federal e da legislação e julgados estrangeiros, constata-se como positivo o reconhecimento da autonomia entre a infração penal antecedente e o delito de lavagem de dinheiro. Não obstante, entende-se como problemática (i) a flexibilização da necessidade de comprovação da infração penal antecedente e (ii) a existência de uma estrutura normativa estanque e desproporcional ao incluir delitos como furto ou contravenções simples como infrações penais antecedentes da lavagem de dinheiro que poderiam ensejar a aplicação de suas penas (de três a dez anos de reclusão, e multa nos termos do artigo 1º, *caput* da Lei de Lavagem de Dinheiro). Nesse sentido, as sugestões de refinamentos aos pontos indicados serão desenvolvidas em sede do capítulo 5.

3.2. Lavagem de dinheiro e a teoria do bem jurídico

²²⁴ Tradução livre de excerto da decisão, à página 830: “*Put plainly, the laundering of funds cannot occur in the same transaction through which those funds first become tainted by crime.*” Cf: UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit. *United States v. Butler*, 211 F.3d 826, decided in May 3, 2000.

²²⁵ Tradução livre de excerto da decisão, na página 705: “*That predicate crime must have produced proceeds in acts distinct from the conduct that constitutes money laundering.*” Cf: UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Seventh Circuit. *United States v. Mankarious*, 151 F.3d 694, decided in August 7, 1998.

²²⁶ Tradução livre do precedente em que consta na página 84: “[...] *the money laundering statutes criminalize transactions in proceeds, not the transactions that create [] the proceeds.*” Cf: UNITED STATES OF AMERICA. United States District Court for the District of Columbia. *United States v. Howard*, 271 F. Supp. 2d 79, decided in August 28, 2002.

Outro questionamento tradicional suscitado no âmbito do delito de lavagem de dinheiro é seu exame à luz da teoria do bem jurídico enquanto critério desenvolvido pela dogmática penal e tido como fundamental para o cumprimento das finalidades do Direito Penal.

Desse modo, antes de se debruçar sobre a aplicação da teoria do bem jurídico à lavagem de dinheiro, pressupõe-se o conhecimento acerca do desenvolvimento de tal teoria; sua finalidade²²⁷ e sua crise no âmbito dos delitos gestados pelo Direito Penal Econômico, a fim de se apontar críticas e refinamentos.

O fundamento material de um delito ou ainda a finalidade do Direito Penal, supostamente é – ou ao menos deveria ser – a proteção subsidiária de bens jurídicos. Com isso, para preencher esse paradigma abstrato, o pensamento jurídico penal construiu a teoria do bem jurídico. Referido critério material ostenta, portanto, papel crucial na racionalidade dogmática jurídico-penal²²⁸. Tanto é verdade que o intérprete, ao se deparar com um tipo penal, preliminarmente, deve perquirir-se qual é o bem jurídico tutelado no caso²²⁹.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que embora a definição de bem jurídico careça de precisão, ela mantém capacidade de rendimento dogmático²³⁰. Ou seja, ainda que seja difícil determinar com clareza quais os valores e bens merecem tutela penal, a teoria do bem jurídico é um marco conceitual que define seus contornos e estabelece critério negativo, excluindo a atuação penal de tudo aquilo que estiver fora dos parâmetros definidos²³¹.

Muito embora a teoria do bem jurídico sempre tenha sido alvo de diversas correntes, as críticas atuais ao bem jurídico se relacionam mais com os reflexos da sociedade pós-moderna no Direito Penal do que com divergências doutrinárias²³². Isso é, a partir de 1970, o conceito de bem jurídico foi deturpado para corresponder a anseios políticos em claro populismo penal. Houve uma ampliação da intervenção penal na suposta busca de segurança pública por meio da adoção de políticas e leis de cunho claramente expansionistas, tais como: a valorização dos interesses (punitivos) da vítima; retomada do caráter aflitivo da pena; ausência da reação social

²²⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre Docência em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010, p. 83 e ss.

²²⁸ *Ibid.*, p. 371 e ss.

²²⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quatier Latin, 2012, p. 46-55.

²³⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n.1, jan./abr. 2009, p. 27.

²³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 80.

²³² LOBO DA COSTA trata de todos esses posicionamentos no tópico 1 do artigo: COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: MARTINS, Antonio; GRECO, Luís (orgs.). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 134-40.

ante o arbítrio estatal; reconhecimento de “novos” bens jurídicos; antecipação e “administrativização” da intervenção; redução das exigências da imputação; tutela de bens jurídicos desmaterializados em que não se tutelam bens materiais, mas sim abstratos e “ideias”; a criação de bens jurídicos coletivos e etc.²³³.

O cenário se aguça ainda mais no contexto da era da globalização. Criam-se fenômenos delitivos devido à transnacionalização dos delitos, sobretudo, no âmbito do Direito Penal Econômico. Tem-se o que se chama de interlegalidade – série de interferências e fontes que geram uma descontinuidade normativa – por meio da influência não só de Estados, mas de órgãos supranacionais (como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional – FMI, a Organização Mundial do Comércio – OMC dentre outros), que conseguem impor suas respectivas agendas de interesse (*soft law*). Diante desse cenário, o Direito Penal perde ainda mais seu caráter de *ultima ratio* e afasta-se do limite democrático até então imposto pela teoria do bem jurídico e pelos princípios da lesividade, da legalidade e culpabilidade²³⁴.

Portanto, há um pressuposto de que a teoria do bem jurídico não tem conseguido cumprir as funções a que se propõe. Ainda assim, especificamente no delito de lavagem de dinheiro, a identificação do bem jurídico protegido pela norma penal é tarefa dogmática crucial, pois as respostas sobre a natureza do crime, seus elementos, a abrangência do tipo e a extensão dos elementos subjetivos necessários à tipicidade variarão de acordo com o bem jurídico protegido²³⁵.

Desse modo, ciente das críticas acerca da teoria do bem jurídico, busca-se perquirir qual o bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem de dinheiro passando por cada uma das possíveis respostas indicadas pela doutrina nacional e, quando cabível, pelo o que o Supremo Tribunal

²³³ “Esse verdadeiro Direito Penal de Perigo tão presente na modalidade, parece prescindir de constatações maiores sobre bem jurídico e ofensividade. De fato, apreciável segmento da doutrina entende que o Direito Penal de Perigo acaba por se apresentar como antigarantista, rompendo com fundamentos básicos do Direito Penal liberal. Mesmo que isso pareça se dar, um mínimo de certeza e amparo ao bem jurídico deveria, sob luzes democráticas, sem esperado, já que está atrelado ao próprio conceito de dignidade humana.” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A segurança como critério de estipulação de crimes. In: MARTINS, Antonio; GRECO, Luís (orgs.). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 658).

²³⁴ Consubstancia-se a isso o esclarecimento de SOUZA: “A taxatividade é um desdobramento direto do princípio mais caro ao direito penal, qual seja, o de legalidade, conquista maior iluminista ante o arbítrio do *Anciën Régime*. Nesse sentido, a clara previsão das construções tipológicas penais, evitando-se ao extremo a utilização de cláusulas porosas, ensejadoras de remissões ou de maiores interpretações valorativas por parte do aplicador da lei penal, já que lastreadoras de subjetivismos arbitrários, é o caminho – apesar de dificultoso, imprescindível – a se perseguir nos processos de criminalização primária. Esses, aliás, hodiernamente, quase incessantes em uma lógica de construção penal simbólica exponencial.” Cf: SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 51.

²³⁵ TAVARES, n Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 33; SOUZA, op. cit., p. 81.

Federal já fixou acerca da questão. Não se enxerga como necessária a análise comparativa com as leis e julgados estrangeiros nesta seção ante a ausência do conceito específico de bem jurídico nos Estados Unidos da América e a farta produção nacional já existente acerca de tal questão.

3.2.1. O BEM JURÍDICO NA INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE

Como o delito de lavagem de dinheiro, previsto pela Lei nº 9.613/1998, implica a existência de infração penal antecedente, isso abriu margem para a discussão sobre uma possível identidade entre o bem jurídico tutelado pela infração penal anterior e aquele protegido pela lavagem de dinheiro. Nesse sentido, a função da repressão à lavagem de dinheiro seria propiciar uma superproteção aos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais definidos como antecedentes através da imposição de dificuldades adicionais para a utilização dos ganhos deles derivados²³⁶.

Ao defender que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro é o bem jurídico do crime antecedente, TAVARES sintetiza:

Em conclusão, apesar do alarde social provocada pelos meios de comunicação e do interesse dos órgãos de persecução penal, pode-se ver que o bem jurídico do crime de lavagem de capitais é o bem jurídico do crime antecedente. Sem a lesão do bem jurídico antecedente perde qualquer sentido a criminalização da lavagem de capitais. Isto não significa que não possa haver outros interesses político-criminais atrelados à criminalização da lavagem. Mas é o bem jurídico do delito antecedente que deve servir de parâmetro interpretativo e delimitador das normas penais e não a política criminal.²³⁷

Tal abordagem poderia fazer sentido no início do desenvolvimento do delito de lavagem de dinheiro uma vez que esse estava intimamente atrelado ao cerceamento do tráfico de drogas, de modo que haveria quem indicasse que o bem jurídico tutelado seria a saúde pública. Não obstante, vale lembrar que, desde a primeira tipificação da lavagem de dinheiro no Brasil, o rol de antecedentes não se restringia tão somente ao tráfico de drogas de forma que, sob tal perspectiva, o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro alterar-se-ia de acordo com o crime antecedente.

²³⁶ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 75-9. Acesso em 12 de maio de 2019.

²³⁷ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 66.

Atualmente, justamente por prever que qualquer infração penal pode ser antecedente da lavagem de dinheiro, aumenta-se ainda mais o leque de bens jurídicos que poderiam ser tutelados pela lavagem de dinheiro caso se considerasse a identidade entre os bens jurídicos.

Diante disso, referida abordagem é passível de críticas balizadas pela teoria do bem jurídico. Uma primeira crítica refere-se ao fato de que a indicação genérica de qualquer infração penal como antecedente impossibilita a identificação e distinção dos bens jurídicos afetados por esse e pelo ato de branqueamento²³⁸. De modo semelhante, questiona-se a legitimidade da criminalização de um comportamento que incide sobre um bem jurídico já atingido por uma conduta anterior. Ou seja, se o bem jurídico protegido pela norma da lavagem de dinheiro é o mesmo lesionado pelo delito antecedente, existirá *bis in idem*²³⁹.

TAVARES rebate tais críticas afirmando que “[o] *bis in idem* se verifica quando uma mesma conduta parece violar duas normas penais distintas, mas ou o conteúdo de injusto de ambas as violações é o mesmo, ou o conteúdo de injusto de uma das violações está contido no da outra norma.”²⁴⁰ Nesse caso, haveria consunção entre o crime antecedente e a lavagem de dinheiro. Logo, isso impediria “a punição por lavagem de uma conduta que ainda esteja vinculada ao mesmo contexto de ação do delito antecedente.”²⁴¹

Entende-se como satisfatória a resposta oferecida por TAVARES, não obstante, a consunção evidencia justamente a consolidação da autonomia entre a lavagem de dinheiro e a infração penal antecedente e, por consequência, da autonomia entre os bens jurídicos tutelados por ambas. Isso é, o Supremo Tribunal Federal já foi questionado em algumas ocasiões sobre a legitimidade de criminalização de um comportamento que incide sobre um bem jurídico já afetado pelo bem jurídico da infração penal antecedente. Em outras palavras, o problema decorre do fato de que alguns delitos antecedentes já carregam em sua descrição típica um ato de ocultação ou dissimulação.

²³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 82.

²³⁹ A fim de sedimentar a crítica, BOTTINI esclarece: “Poder-se-ia argumentar que a punição da lavagem de dinheiro não ‘olhar para trás’, para o delito pretérito, mas para a afetação futura de bens jurídicos similares. A incidência da norma penal teria natureza de prevenção geral negativa. A aplicação da pena evitaria o uso do dinheiro para novos crimes contra aquele mesmo bem jurídico, e inibiria a repetição de condutas similares. Ocorre que a ideia não se sustenta frente um direito penal da culpabilidade, cuja legitimidade da punição se assenta na relação direta do autor com o ato praticado. Justificar a pena em um ato futuro, do agente ou de terceiros, e fora de seu controle imediato, não parece adequado aos preceitos de um direito penal que limita a responsabilidade ao autor do delito e exige – ainda que com matizes – um nexó psicológico entre ele e a lesão produzida. Essa punição em perspectiva, por possíveis atos futuros, não é apta a fundamentar o exercício do *ius puniendi*, pois movimento um aparato repressivo diante de uma mera potencialidade.” (Ibid., p. 82-3).

²⁴⁰ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 63-4.

²⁴¹ Ibid., p. 64.

Diante dessa questão, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que não é considerada lavagem de capitais o mero exaurimento do crime anterior²⁴². No Inquérito nº 2.471 São Paulo (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 29.9.2011), o Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que o recebimento de vantagem oriunda de corrupção, via interposta pessoa, por fazer parte dos próprios elementos típicos do artigo 317 do Código Penal, não pode, além da própria corrupção passiva, configurar igualmente o delito de lavagem na modalidade “ocultar”. Seria necessário ato subsequente e autônomo, destinado à ocultação, dissimulação ou reintegração dos recursos²⁴³. Tal entendimento foi reafirmado por meio da Ação Penal nº 470 Minas Gerais (Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 17.12.2012)²⁴⁴.

Recentemente, em 9 de abril de 2019, o Supremo Tribunal Federal reacendeu tal discussão no âmbito do Habeas Corpus nº 165.036 Paraná que tinha como paciente o ex-deputado federal Eduardo Cosentino da Cunha. Nessa ocasião, a Segunda Turma entendeu, por unanimidade, que referido caso se diferenciaria dos anteriores, especialmente da situação de João Paulo Cunha na Ação Penal nº 470 Minas Gerais, nos termos do voto do Relator Ministro Edson Fachin:

Em outras palavras, naquele caso julgado pelo Tribunal Pleno (AP 470), o recebimento de vantagem indevida por interposta pessoa configurava tão somente expediente próprio de camuflagem da prática do delito de corrupção passiva, não se prestando, contudo, no contexto da tipicidade objetiva da infração de lavagem, a

²⁴² Indica-se que o método para referida pesquisa foi a busca direta no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Acessou-se a pesquisa de jurisprudência inserindo a procura pelos termos “‘consunção’ e ‘lavagem’” desta forma e nesta ordem. Com isso, foram obtidos e analisados nove acórdãos da Corte de modo que os entendimentos mencionados no Inquérito nº 2.471 São Paulo; na Ação Penal nº 470 Minas Gerais e no Habeas Corpus nº 165.036 Paraná foram encontrados a partir de tal pesquisa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=%E2%80%98consun%C3%A7%C3%A3o%E2%80%99%20e%20%E2%80%98lavagem%E2%80%99&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em 6 de julho de 2020).

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 2.471 São Paulo*. Plenário, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, data do julgamento 29 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1783054>>. Acesso em 29 de janeiro de 2020.

²⁴⁴ Especificamente sobre o uso de “pessoa interposta”, houve relevante discussão acerca de tal questão no âmbito da Ação Penal nº 470, que inclusive ensejou a contratação de parecer de BOTTINI por um dos acusados. BOTTINI asseverou que: “[...] o recebimento de dinheiro por meio da esposa não caracteriza objetivamente a lavagem de dinheiro por dois motivos: (i) não se trata de comportamento apto a ocultar o bem, e (ii) mesmo que se considere ocultação, não restou demonstrado o contexto de lavagem, uma vez que inexistente qualquer elemento que vincule o recebimento a uma pretensão de reinserção dos valores na economia, com aparência de ilicitude. Houvesse no acórdão menção a atos posteriores ao recebimento, voltados ao escamoteamento dos bens, a solução poderia ser outra. Mas a ausência de qualquer indicação de elemento objetivo que indique o risco de reciclagem afasta a tipicidade do recebimento ‘por interposta pessoa.’” Cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro na apn 470 [parecer]*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 110, p. 475-95, 2014.

consubstanciar, isoladamente, atos de ocultação ou dissimulação do resultado patrimonial da infração antecedente.

[...]

Essas sucessivas transações, segundo assentaram as instâncias ordinárias, teriam se realizado com a finalidade de possibilitar a ocultação e dissimulação do resultado patrimonial da corrupção passiva, afastando-se da simples percepção de vantagem indevida por intermédio de terceira pessoa.

O contexto fático, como se vê, difere, em muito, do verificado no caso examinado pelo Tribunal Pleno na AP 470/DF.

O cenário descrito desvela inclinação para a reintegração desses valores e fruição do resultado econômico do crime antecedente. Vale dizer, não se retrata tão somente de recebimento indireto da vantagem indevida, descrevendo-se cenário que denotaria a direção da conduta no sentido também da ocultação dos recursos e dissimulação de sua titularidade, propiciando-se fruição oportuna.²⁴⁵

Diante disso, fixou-se que se o único ato de ocultação ou dissimulação foi aquele já contemplado pelo tipo penal do crime antecedente, tendo atingido, portanto, o bem jurídico da infração penal antecedente, haverá consunção – que ocorre quando o fato previsto por um tipo penal está compreendido em outro de âmbito mais abrangente – e, com isso, não haverá a lavagem de dinheiro.

Não obstante, em face de tais precedentes observa-se que até o presente momento o único ato de ocultação ou dissimulação apto a configurar a consunção seria o uso de pessoa interposta uma vez que qualquer ato de ocultação ou dissimulação “mais rebuscado” seria visto como autônomo e, portanto, configurador do delito de lavagem de dinheiro.

Uma segunda crítica ao bem jurídico da lavagem de dinheiro ser o mesmo da infração penal antecedente é que a Lei nº 9.613/1998, em consonância com os diplomas internacionais, busca a desvinculação da lavagem de dinheiro da constatação plena do crime antecedente. Desse modo, haveria somente uma relação de causalidade material entre a lavagem de dinheiro e o delito anterior²⁴⁶. Logo, a ideia da identidade dos bens jurídicos tutelados parece contrária a todo o movimento político-criminal de autonomia da lavagem de dinheiro. Igualmente, o entendimento do bem jurídico tutelado ser necessariamente o bem jurídico do crime antecedente impede a punição da autolavagem (*self-laundering*)²⁴⁷ que tem sido plenamente aceita no Brasil.

Em relação a tais críticas TAVARES afirma que a identificação do bem jurídico de um delito não deve servir à política criminal sob pena de se “esvazia[r] o conceito de bem jurídico

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 165.036 Paraná*. Segunda Turma, Relator Ministro Edson Fachin, data do julgamento 9 de abril de 2019. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752183625> >. Acesso em 06 de julho de 2020.

²⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 83.

²⁴⁷ Trata-se de casos em que o autor do branqueamento de capitais é o mesmo agente do crime anterior. Para uma melhor compreensão do assunto, veja-se a seção 4.2. infra.

de sua função crítica [...]”²⁴⁸. Em igual sentido, sobre a autolavagem, TAVARES afirma que “[a]o invés de deduzir da definição de bem jurídico a possibilidade ou não de punição da autolavagem, *decide-se* (dogmaticamente) por ela, para então, amoldar o bem jurídico a essa decisão.”²⁴⁹

Por fim, a última crítica – acerca da adoção do bem jurídico da infração penal antecedente como bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro – relaciona-se com a quebra da proporcionalidade na fixação de pena igual para comportamentos que afetam bens jurídicos distintos²⁵⁰. Em outras palavras, se o bem jurídico tutelado pela norma de lavagem é aquele violado pelo delito antecedente, as penas também deveriam ser diferentes de acordo com a infração penal antecedente. Não seria possível ou legítimo condenar à mesma pena aquele que dissimulou recursos oriundos de latrocínio e aquele que ocultou bens obtidos de contravenção penal.

Nesse caso, o próprio TAVARES reconhece a existência de uma infração à proporcionalidade e que isso seria suficiente para deslegitimar o tipo penal, “mas não para submeter o conceito de bem jurídico a uma adaptação doutrinária *ad hoc*.”²⁵¹ Não obstante, acredita-se que tal escusa não se mostra como suficiente para superar a severa violação ao princípio da proporcionalidade decorrente desse entendimento.

Desse modo, diante de tais críticas e respostas, conclui-se que o bem jurídico protegido pela lavagem de dinheiro não pode ser aquele lesionado pela infração penal antecedente. Embora possa existir uma relação entre os crimes, os bens jurídicos tutelados são materialmente distintos a fim de garantir a autonomia do crime de lavagem de dinheiro e justificar a fixação da mesma pena para todos os casos de branqueamento, independentemente do crime antecedente²⁵².

3.2.2. LAVAGEM DE DINHEIRO E A TUTELA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Outrossim, há quem indique a administração da justiça como bem jurídico protegido pela Lei de Lavagem de Dinheiro. Nesse sentido, a administração da justiça é abordada sob

²⁴⁸ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 64-5.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 65.

²⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 84.

²⁵¹ TAVARES, op. cit., p. 65.

²⁵² BADARÓ, op. cit., p. 84.

uma perspectiva ampla, compreendendo o exercício da atividade jurisdicional e de todos os demais envolvidos na solução institucional de conflitos e na apuração de fatos necessários²⁵³.

A opção por referido bem jurídico é justificada com base na semelhança entre o delito de lavagem de dinheiro e o favorecimento (crime previsto nos artigos 348 e 349 do Código Penal), pois ambos os delitos afetam a capacidade da justiça exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito²⁵⁴. Ademais, ainda que permaneça uma conexão entre a lavagem de dinheiro e o delito antecedente – em razão da tutela penal visar justamente garantir os instrumentos para apuração e julgamentos dos delitos anteriores e a recuperação de seu produto – a proposta confere maior autonomia entre ambos.

Por outro lado, há quem refute essa opção dizendo que os crimes contra a administração da justiça precisam de elemento subjetivo específico (dolo de afetar o funcionamento da justiça) inexistente no caso da lavagem de dinheiro em que o agente sempre visa a reinserção do produto da infração penal na economia, sob uma aparência lícita em busca de ganho econômico²⁵⁵. Em resposta a tal crítica, BOTTINI indica que embora o objetivo da lavagem de dinheiro não seja única e especificamente afetar o funcionamento da justiça, a finalidade do delito só é alcançada pela afetação da administração da justiça²⁵⁶.

Além disso, a conduta prevista no artigo 1º, parágrafo 2º, inciso I da Lei nº 9.613/1998 dispõe que o mero uso dos bens, direitos ou valores na atividade econômica ou financeira seria criminalizado de modo a apontar que o bem jurídico tutelado seria a ordem econômica e não a administração da justiça. Tal crítica pode se ver superada por meio de duas alternativas. A primeira, proposta por BLANCO CORDERO²⁵⁷, seria reconhecer que a lavagem de dinheiro tem dois tipos penais diversos, um que diz respeito à ocultação que realmente violaria a administração da justiça e o outro seria o ato de “utilizar” em que o bem jurídico seria a ordem

²⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 85.

²⁵⁴ No que tange especificamente às figuras delitivas denominadas “Dos Crimes Contra a Administração da Justiça” no Código Penal, SOUZA pontua diversas inadequações e críticas, merecendo a adoção do seguinte posicionamento: “Dessa maneira – e de acordo com o contexto do Título XI da Parte Especial do Código Penal brasileiro –, verifica-se que o bem jurídico em foco em seu Capítulo III somente poderia atrelar-se às funções públicas na particular atividade de prestação jurisdicional do Estado. Em outros termos, ‘o correto funcionamento da administração da justiça, instituição fundamental para a convivência social e desenvolvimento das liberdades e outros princípios democráticos de qualquer país’ consoante Rodríguez López e Sobrino Martínez.” (SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 217).

²⁵⁵ PITOMBO, Antônio Sergio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 76.

²⁵⁶ BADARÓ, op. cit., p. 86.

²⁵⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed., Navarra: Aranzandi, 2015, p. 312.

econômica. A segunda, defendida por BOTTINI²⁵⁸, seria identificar na modalidade típica do uso de bens ilícitos uma referência implícita à ocultação ou à dissimulação. Isso porque, embora possa se constatar eventualmente lesão da ordem econômica em delitos de lavagem de dinheiro, o bem jurídico nuclear da norma da lavagem de dinheiro é a administração da justiça, de modo que não se justifica a proposta de pluriofensividade que ocasionaria a completa ausência de delimitação jurídico penal do objeto de proteção pelo delito.

Outra crítica seria que ao atrelar a lavagem de dinheiro ao bem jurídico da administração da justiça, estar-se-ia focando somente nas primeiras fases do delito e não no momento mais importante, qual seja, da reintegração do capital sujo no mercado²⁵⁹. Porém, BOTTINI defende que a administração da justiça é afetada em todas as fases da lavagem de dinheiro, de forma e extensão distintas, ao contrário da ordem econômica que apenas seria violada durante a reintegração do capital ilícito no mercado²⁶⁰.

Por fim, dois pontos parecem ser irremediáveis e aptos a justificar a não adoção da administração da justiça como bem jurídico da lavagem de dinheiro. O primeiro diz respeito ao que expõe SOUZA quando analisa os crimes contra à administração da justiça inseridos no capítulo III do Título XI da Parte Especial do Código Penal. Isso é: “Justiça é um conceito bastante fluido, sendo muito complexa, senão impossível a tarefa de sua delimitação consoante contornos universalmente aceitos”²⁶¹. Desse modo, conclui que:

[...] a existência de um capítulo com nomenclatura voltada à aparente tutela das funções judiciárias, sem correspondência com os outros poderes, poderia indicar erroneamente à coletividade a mensagem de desbalanceamento na separação dos poderes, com prevalência daquele, o que não ocorre. Portanto, a extinção de um capítulo intitulado de ‘crimes contra a administração da justiça’ – que não existe, e.g. nos códigos penais alemão ou argentino –, mantendo-se todas as figuras penais não tidas como ilegítimas, representaria simples medida de racionalização da disciplina legal em comento, a qual, sem prejuízo, sinalizaria a equivalência constitucional de todas as funções do Estado em prol da cidadania.²⁶²

O segundo ponto advém do fato de que ao indicar a administração da justiça como bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro, impõe-se a retirada de tal delito da pauta do chamado Direito Penal Econômico e, no local, sua inserção nas discussões relacionadas aos crimes contra a administração pública. Muito embora os crimes econômicos e os crimes contra a

²⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 92.

²⁵⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed., Navarra: Aranzandi, 2015, p. 299.

²⁶⁰ BADARÓ, op. cit., p. 92.

²⁶¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 216.

²⁶² Ibid., p. 219-20.

administração pública, por vezes, andem juntos, a sua distinção para fins acadêmicos deve ser observada.

Deste modo, ante a tais críticas, entende-se pela inadequação da indicação da administração da justiça como bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro.

3.2.3. PLURIOFENSIVIDADE

Ainda, deve-se indicar que há quem defenda a ideia de pluriofensividade do delito de lavagem de dinheiro²⁶³. Isso é, que tanto a administração da justiça quanto a ordem econômica, ou até mesmo outras combinações de bens jurídicos, são os bens jurídicos tutelados pela lavagem de dinheiro.

Ocorre que, adotando-se o entendimento de que o bem jurídico é a ordem econômica mesmo que se constate a afetação também da “administração da justiça” (isso é, da adequada investigação e persecução penal pelo Estado²⁶⁴) em algum grau a depender da modalidade do delito, isso, *per se*, não pode justificar a proposta da pluriofensividade uma vez que essa viola frontalmente a teoria do bem jurídico, bem como seu desenvolvimento e sua finalidade. Ou seja, ainda que o delito de lavagem de dinheiro possa ocasionar lesão a uma pluralidade de bens jurídicos, assinalar diversos bens jurídicos como tutelados é o mesmo que apontar nenhum²⁶⁵.

²⁶³ São defensores da pluriofensividade: (i) NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais comentadas*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 829; (ii) CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998, p. 238; (iii) COBO DEL ROSAL, Manuel; LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos Zabala. *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. 93; dentre outros.

²⁶⁴ “Nota-se que a ideia da lei, bem como das diretivas internacionais sobre o tema, é usar o direito penal para suprir a incapacidade do Estado de investigar o crime antecedente da lavagem de dinheiro e rastrear seu produto. A ineficiência dos meios tradicionais de investigação provocou a criminalização de sua obstrução pelo escamoteamento de bens. Espiritualizou-se o bem jurídico, que se afasta de seu referencial antropocêntrico e passou a abrigar meras funcionalidades sistêmicas, protegendo não mais o homem e sua capacidade de desenvolvimento livre, mas a estrutura judicial e policial. O direito penal caminha para se tornar um mero instrumento de reforço dos mecanismos de organização da administração pública. [...] A identificação da administração da justiça como objeto de tutela faz saltar aos olhos a intenção do legislador, revela com todas as luzes que a norma penal tem por único objetivo suprir a inoperância estatal diante da sofisticação da criminalidade contemporânea, e não proteger diretamente âmbitos de liberdade humana.” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 94-5).

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 93-4.

Nesse contexto, a afirmação de que haveria uma pluralidade ofensiva na lavagem de dinheiro resulta em uma inegável conotação simbólica²⁶⁶ da criminalização da lavagem de dinheiro de forma que:

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.²⁶⁷

Isso é, projeta-se exclusivamente a função simbólica do Direito Penal, ou seja, abusa-se da técnica tipificadora de crimes escorando-se apenas em seu caráter intimidatório – de prevenção geral negativa –, sem preocupações com sua efetivação na realidade social. Em outras palavras, ignora-se o fundamento material e a racionalidade técnica formal das incriminações. Tal cenário é especialmente verdadeiro na lavagem de dinheiro, posto que foram tipificadas diversas condutas sem precisar, ao menos, qual é o bem jurídico que se pretende proteger.

Portanto, não parece ser possível aceitar a pluriofensividade como resposta para o bem jurídico tutelado pela norma da lavagem de dinheiro.

3.2.4. LAVAGEM DE DINHEIRO E A TUTELA DA ORDEM ECONÔMICA

Outro possível bem jurídico tutelado pela Lei de Lavagem de Dinheiro seria a ordem econômica. Os atos de ocultação, encobrimento e reciclagem do capital ilícito representariam um elemento de desestabilização econômica e os valores derivados de práticas criminosas e reinseridos na economia afetariam a livre iniciativa, as relações de consumo, a transparência, o acúmulo e o reinvestimento de capital sem lastro em atividades produtivas ou financeiras lícitas, o funcionamento da economia formal e o equilíbrio entre seus *players*²⁶⁸.

De fato, a perturbação à ordem econômica fica evidenciada ainda a partir do próprio tipo penal quando se observa o elemento subjetivo especial de duas dentre as quatro modalidades de lavagem de dinheiro previstas na Lei nº 9.613/98. Isso é, tanto na forma do

²⁶⁶ Cumpre esclarecer o conceito de Direito Penal simbólico ou simbolismo penal adotado é aquele exposto por HASSEMER, cf. HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. Tradução livre. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

²⁶⁷ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 91. Acesso em 12 de maio de 2019.

²⁶⁸ PITOMBO, Antônio Sergio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 83.

artigo 1º, parágrafo 1º (modalidades de ocultação ou dissimulação dos bens) quanto na forma do artigo 1º, parágrafo 2º, inciso I (utilização dos direitos ou valores em atividades econômicas), deve-se demonstrar o elemento subjetivo especial de reciclagem, ou seja, a intenção de reinserir os valores ilícitos na economia com aparência de lícito por parte do agente. Além disso, a proteção da ordem econômica enquanto bem jurídico torna autônoma a natureza da lavagem de dinheiro e, nesse sentido, é convergente com o intuito de não fixar rol taxativo para o delito antecedente.

Outrossim, a busca pela tutela da ordem econômica e do sistema financeiro também fica evidenciada por meio da atuação dos organismos internacionais destinados ao cerceamento da lavagem de dinheiro como o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Nesse sentido, logo na introdução das Recomendações do GAFI, dispõe-se que:

A função do GAFI é definir padrões e promover a efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação, além de outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional relacionadas a esses crimes. Em colaboração com outros atores internacionais, o GAFI também trabalha para identificar vulnerabilidades nacionais com o objetivo de proteger o sistema financeiro internacional do uso indevido.²⁶⁹

Igualmente, o papel desempenhado pela OCDE complementa o trabalho do GAFI no sentido de gerar guias práticos para a detecção e prevenção da lavagem de dinheiro em prol do desenvolvimento de políticas econômicas e sociais e de fomentar boas práticas a serem adotadas tanto pela administração pública quanto pelos setores privados aplicáveis à realidade nacional²⁷⁰.

Por outro lado, referido bem jurídico padece de conceituação precisa e isso pode ensejar excessos na concretização dos preceitos normativos²⁷¹. Isso é, a indicação da ordem econômica como bem jurídico ocasiona confusão na busca dos elementos próprios dos delitos que se

²⁶⁹ GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação. *As Recomendações do GAFI*, fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

²⁷⁰ Nesse sentido, confira-se as seguintes informações obtidas acerca do enfrentamento à lavagem de dinheiro no sítio do governo federal: <<http://receita.economia.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2020.

²⁷¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Lavagem de dinheiro como mascaramento: limites à amplitude do tipo penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coords.). *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance – RDPEC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, ano 1, p. 149-52, jan.-mar. de 2020.

desejem classificar dentro do Direito Penal Econômico. Deste modo, seria preferível a designação do objeto específico de lesão²⁷².

Como uma ramificação dessa problematização, em verdade, já há quem diga que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro é a livre concorrência e não a ordem econômica uma vez que os agentes que praticam a lavagem de dinheiro teriam melhores condições para atração de capital, de acumulação de bens de produção e, por conseguinte, de influenciar fatores do mercado como a fixação de preços e salários²⁷³.

Ante a tal imprecisão, compactua-se com a perspectiva adotada por SOUZA²⁷⁴ ao concluir que a ordem socioeconômica é o interesse supraindividual penalmente tutelado pelo Direito Penal Econômico e, por consequência, no caso, pela lavagem de dinheiro, delimitando tal conceito:

[...] com foco na confiança, ou expectativa normativa, socialmente depositada no tráfico econômico, capaz de lesionar ou pôr em perigo a vida econômica no geral, ou seja, a estrutura econômica da sociedade, representativa de um valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu livre desenvolvimento.²⁷⁵

Ainda assim, mesmo com referida conceituação, no conteúdo se discute se a lavagem de dinheiro efetivamente prejudica a ordem econômica pois, ao contrário, poderia contribuir na medida em que o dinheiro – limpo ou sujo – não deixa de ser capital e ao ingressar na economia, incentiva a produção e gera empregos²⁷⁶. Isso é, a lavagem de dinheiro pode incidentalmente ocasionar consequências positivas²⁷⁷, como o fato de valores anteriormente ocultos tornarem-se visíveis colocando tais capitais sob o controle público e, por consequência, sujeitos ao pagamento de tributos e ao cumprimento das demais leis²⁷⁸.

Ocorre que, tal argumento não é completamente acurado tendo em vista que o capital sujo gera desequilíbrio entre os operadores do mercado uma vez que não tem lastro na economia formal por ser livre de impostos, encargos trabalhistas, dentre outros. Além disso, trata-se de assertiva construída pelo viés exclusivamente econômico que ignora as situações de injustiça

²⁷² PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique (Dir.). *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p. 34.

²⁷³ GAROUPA, Nuno. The economics of business crime. In: SJÖGREN, Hans and SKOGH, Göran (editors). *New perspective on economic crime*. Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2004, p. 9.

²⁷⁴ SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 48-53.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 52.

²⁷⁶ GAROUPA, *op. cit.*, p. 9-11.

²⁷⁷ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 61-2.

²⁷⁸ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 84-90. Acesso em 12 de maio de 2019.

do ponto de vista social. Exatamente nesse sentido, SOUZA esclarece que: “o conceito Direito Penal Econômico refere-se diretamente à tutelada do justo equilíbrio da produção, circulação e distribuição de riqueza entre os cidadãos, consubstanciando-se num controle social do mercado conforme o modelo econômico adotado”²⁷⁹. Ou seja, em síntese, a lavagem de dinheiro colocaria em risco interesses individuais e sociais ao gerar grave desestabilização de todo o sistema financeiro e da ordem econômica nacional em decorrência da perda de sua credibilidade e, conseqüentemente, da inviabilização do desenvolvimento de todo um país.

Desse modo, ante as considerações, os questionamentos e as críticas elencados nesta seção entende-se que a única forma coerente de se respeitar e aplicar a teoria do bem jurídico ao delito de lavagem de dinheiro é entender que o legislador penal buscou tutelar e proteger a ordem econômica²⁸⁰.

3.3. Lavagem de dinheiro e o princípio da lesividade

Após a identificação do bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro, impõe-se analisar o delito à luz do princípio da lesividade²⁸¹. Portanto, o terceiro desafio tradicional se trata da perquirição da lavagem de dinheiro diante do princípio da lesividade (ou ofensividade)²⁸² enquanto crime sabidamente de perigo abstrato.

A indagação será balizada pelo estabelecimento do princípio como marco necessário para a adequada aplicação do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. Com isso, será exposto o conceito de lesividade penal, tal como firmado pela doutrina nacional e estrangeira, para depois (i) aplicá-lo à lavagem de dinheiro e (ii) analisar em que medida a comparação com julgados norte-americanos tem algo a contribuir para tal desafio.

²⁷⁹ SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 52.

²⁸⁰ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 54; CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84 e PITOMBO, Antônio Sergio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 66-98.

²⁸¹ “Não há dúvida, portanto, de que de nada vale falar em ofensividade como limite material da incriminação se não partirmos de um conceito de bem jurídico-penal que propicie uma tal construção teórica.” (D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67).

²⁸² Adota-se ofensividade como sinônimo de lesividade, nos mesmos termos em que entende SOUZA em SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 86, nota 300.

Inicialmente, deve-se salientar que para a devida construção do conceito de lesividade penal é indispensável que se tenha claro e bem delimitado o conceito de bem jurídico²⁸³. Isso pois, o princípio da lesividade presume um vínculo necessário entre a construção penal típica e a lesão ao bem jurídico protegido (não necessariamente enquanto um efetivo dano ao bem jurídico tutelado, mas, pelo menos, a necessidade de sua relevante afetação)²⁸⁴. Como elucidada ZAFFARONI:

No direito penal, essa opção constitucional se traduz no *princípio da lesividade*, segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeia, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo.²⁸⁵

Nesse sentido, SANTOS esclarece que tal princípio observa o bem jurídico “em dupla dimensão: do ponto de vista qualitativo, tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado”²⁸⁶ e “do ponto de vista quantitativo, tem por objeto a extensão da lesão do bem jurídico”²⁸⁷.

Desse modo, a teoria do bem jurídico e o princípio da lesividade²⁸⁸ representam importantes balizas capazes de justificar uma incriminação e, ao mesmo tempo, de impor um filtro limitador da atuação do Estado no cerceamento dos direitos. Portanto, não há como se admitir sob o Estado Democrático de Direito²⁸⁹ a simples vedação de condutas indesejadas sem que haja uma grave afetação de um interesse fundamental para a coexistência pacífica dos

²⁸³ “Para elaborar esse princípio no direito penal, o conceito de bem jurídico é essencial, embora habitualmente se proceda logo a uma indevida equiparação entre *bem jurídico lesionado ou exposto a perigo* e *bem jurídico tutelado*, identificando duas noções substancialmente diferentes, pois nada prova que a lei pena efetivamente tutele um bem jurídico, a única coisa suscetível de verificação é que ela confisca um conflito que atinge ou coloca em perigo o bem jurídico.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1, p. 226-7).

²⁸⁴ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 37.

²⁸⁵ ZAFFARONI, op. cit., p. 226.

²⁸⁶ “Assim, do ponto de vista *qualitativo* (natureza do bem jurídico lesionado), o *princípio da lesividade* impede criminalização *primária* ou *secundária* excludente ou redutora de liberdades constitucionais [...]. Essas liberdades constitucionais individuais devem ser objeto da maior garantia positiva como *critério* de criminalização e, inversamente, da menor limitação negativa como *objeto* de criminalização por parte do Estado.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 26).

²⁸⁷ “Do ponto de vista *quantitativo* (extensão da lesão do bem jurídico), o *princípio da lesividade* exclui a criminalização *primária* ou *secundária* de lesões *irrelevantes* de bens jurídicos.” (Ibid., p. 26).

²⁸⁸ “Portanto, o princípio da lesividade, nos moldes liberais, mas sem radicalizações no que diz respeito aos crimes de perigo abstrato, afigura-se, juntamente com o princípio da intervenção penal mínima, como critério crítico potencializador da eficácia limitativa da teoria do bem jurídico para a construção de tipos penais. A ideia-força subjacente a este princípio, deste ponto de vista, reclama a despenalização de condutas quanto não gravemente nocivas para a ordem social.” (SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 93).

²⁸⁹ “A ofensividade é, sem dúvida, por inúmeras razões, uma exigência constitucional. Aliás, parece-nos possível encontrar elementos para justificar uma tal exigência, tanto em âmbito puramente principiológico como, e principalmente, à luz das regras constitucionais.” (D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 69-70).

indivíduos, mesmo que não se exija que tal afetação seja concreta, que seja ao menos provável e capaz de levar à concretização de dano a um caro valor social.

Exatamente nesse sentido é esclarecedor o entendimento de BATISTA acerca das funções que o princípio da ofensividade deve performar no Estado Democrático de Direito²⁹⁰. A primeira função é a proibição da incriminação de uma atitude meramente interna, como um pensamento ou desejo. A segunda função é a vedação à incriminação de uma conduta que se restrinja ao âmbito interno do autor. Justamente por isso, não se deve punir os atos preparatórios (artigo 31 do Código Penal), os denominados “crimes impossíveis” (artigo 17 do Código Penal) e as autolesões. A terceira função é impedir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, afastando-se de um direito penal do autor. Finalmente, veda-se a incriminação de condutas que não afetem qualquer bem jurídico.

É sob tais considerações que se questiona a possibilidade de convivência entre a teoria do bem jurídico e o princípio da lesividade penal com os delitos de perigo abstrato²⁹¹, tal como a lavagem de dinheiro. Isso porque o princípio da lesividade exige a significativa afetação de um caro valor social pela conduta abstratamente proibida, enquanto os delitos de perigo abstrato configuram uma mera desvalorização da ação, sem consideração anterior e posterior sobre a criação de uma situação apta a potencialmente afetar um interesse humano concreto²⁹².

No que tange especificamente ao Direito Penal Econômico – tendo em vista que o delito de lavagem de dinheiro se trata de um crime econômico posto que visa a proteção do bem jurídico ordem econômica – tal questão se coloca de modo ainda mais relevante uma vez que se adota uma tutela penal antecipatória pela formulação de crimes de perigo abstrato, ou presumido, focando-se no desvalor da ação, sem qualquer aferição concreta de lesividade penal.

3.3.1. O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE APLICADO À LAVAGEM DE DINHEIRO

²⁹⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 89-92.

²⁹¹ “É justamente em relação aos delitos de perigo abstrato que a teoria do bem jurídico e o princípio da ofensividade chegam ao limite da aplicabilidade, pois, embora não se impeça o legislador de proteger bens jurídicos em estágios iniciais de perigo quando for suficientemente identificável a relação entre ambos, deve-se ter cautela na análise crítica de propostas de criminalização de condutas que constituam meros atos preparatórios ou carentes de ofensividade. Nessas hipóteses, estar-se-ia diante de criminalizações fundadas exclusivamente no desvalor da ação, de forma a se marginalizar o desvalor do resultado como elemento secundário e mesmo prescindível na estrutura do delito.” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre Docência em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010, p. 222).

²⁹² MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-18, 2015, p. 18:1-18:24. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2020.

Inicialmente, reitera-se que um tipo penal deve tutelar um bem jurídico de dignidade penal. Isso é, como afirma SOUZA “o mero sentido de proteção a um bem jurídico é condição necessária, mas não suficiente, para justificar uma criminalização, sendo forçoso constatar-se, dentre outros aspectos, o respeito ao princípio da lesividade”²⁹³.

Na seara do Direito Penal Econômico, na qual se insere o delito de lavagem de dinheiro, o legislador optou pelo caminho da abstração e da generalidade. Isso é, abandonaram-se os princípios constitucionais penais – como da taxatividade, lesividade, proporcionalidade e legalidade –, vedando-se condutas por meio de técnicas como: crimes de perigo abstrato²⁹⁴; normas penais em branco heterogêneas²⁹⁵; tipos abertos²⁹⁶; tipos culposos e tipos omissivos²⁹⁷.

Ao seguir esse caminho, o Direito Penal Econômico acabou por atingir fim oposto do pretendido uma vez que a abstração de criminalizações de tais tipos, adaptáveis a diversas situações da vida econômica²⁹⁸, prejudiciais ou não para o funcionamento das transações econômicas, tornam inseguras as relações econômicas, dificultando-as, e perseguindo indivíduos que não representam qualquer risco à vida social²⁹⁹. Ou seja, se o intuito legislativo era fiscalizar e regular o ambiente econômico para torná-lo mais seguro, o Direito Penal Econômico, enquanto ferramenta ilegítima, acabou por gerar mais insegurança.

Especificamente em relação ao fato de o Direito Penal Econômico ser reconhecidamente um direito penal de perigo e, portanto, avesso ao princípio da lesividade, é importante frisar que

²⁹³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 99-100.

²⁹⁴ O crime de perigo abstrato é aquele cuja ocorrência do perigo ao bem jurídico é presumida pela lei, ausente de sua constatação concreta ou de demonstração de qualquer lesividade ou perigo efetivo de lesividade para o bem jurídico tutelado pela norma penal. Há um sem número de casos com esse tipo de formulação tanto que chega a se falar em um “direito penal econômico como direito penal de perigo”. Nesse sentido, veja-se: *Ibid.*, p. 68-70.

²⁹⁵ As normas penais em branco heterogêneas são aquelas complementadas por normas de nível diverso, geralmente oriundas da Administração Pública. A edição deste tipo de norma vulnera o princípio da legalidade e perfaz o que se chama de administrativização do Direito Penal. Também é uma técnica legislativa porosa, pois dribla a exigência jurídico-penal da taxatividade, trazendo uma ilegal flexibilidade a um órgão sem competência legislativa em matéria penal. Para uma melhor compreensão, veja-se: *Ibid.*, p. 75-7.

²⁹⁶ Os tipos abertos consistem na exigência de complementação normativa a ser dada pelo juízo na análise do caso concreto, vulneram a taxatividade e perpetuam a insegurança mediante o arbítrio judicial. Para uma análise mais aprofundada, consulta-se: *Ibid.*, p. 71-5.

²⁹⁷ Os tipos omissivos e culposos revelam o mesmo influxo de facilidade punitivista, prescindindo, no primeiro caso, da aferição de qualquer resultado material, e da constatação da intencionalidade, no segundo, tornando mais singela a repressão penal. Confira-se sobre o assunto: *Ibid.*, p. 77-9.

²⁹⁸ A partir da década de 1990, com o conteúdo penal econômico foram editadas, dentre outras, as seguintes leis: Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 8.137/90 (prevê os crimes contra a ordem tributária, econômica e contras as relações de consumo), Lei nº 8.176/91 (dispõe as modalidades de crimes contra a ordem econômica), Lei nº 9.613/98 (prevê os crimes de lavagem de dinheiro), Lei Complementar nº 105/2001 (trata dos delitos contra o sigilo das operações de instituições financeiras), Lei 10.303/2001 (abarca os crimes contra o mercado de capitais) e Lei nº 12.683/12 (deu nova legislação de lavagem de dinheiro).

²⁹⁹ Sabe-se que a regulação do sistema econômico impõe desafios ao direito, deste modo, cabe perquirir até que ponto a adoção e prescrição de respostas padrões – como a tipificação de novos delitos – seria eficiente. Nesse sentido veja-se GAROUPA, Nuno. The economics of business crime. In: SJÖGREN, Hans and SKOGH, Göran (editors). *New perspective on economic crime*. Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2004, p. 5-6.

os supostos danos materiais da delinquência econômica seriam preferencialmente financeiros³⁰⁰. Já os danos imateriais relacionar-se-iam à perda de confiança e equilíbrio do mercado e à eliminação da concorrência. Nesse sentido, SOUZA indica que:

Tendo em vista que o Direito Penal Econômico tem por escopo resguardar a estrutura econômica da sociedade contra atos gravemente atentatórios, permitindo-se o livre desenvolvimento humano quanto à reprodução e circulação de riquezas, dentro dos parâmetros constitucionais, este último aspecto é importante traço delimitador essencial da lesividade na tipificação econômica.³⁰¹

Mesmo com referidas indicações, ainda assim não há como mensurar concretamente como um delito econômico causa abalo à ordem econômica, pois, mostra-se difícil, por meio da técnica penal, criar um tipo penal preciso a justificar tais condutas atentatórias.

Isso é especialmente verdadeiro no que tange ao delito de lavagem de dinheiro, posto que representa crime de perigo abstrato consistente na tentativa de se evitar o perigo inerente ao aproveitamento do lucro ilícito a partir da promoção de outros delitos, mas não na proteção de um bem jurídico penalmente relevante que lhe seja particular e concretamente atingível. Portanto, em se tratando a lavagem de dinheiro de delito de perigo abstrato, questiona-se se há ou não violação ao princípio da lesividade.

Diante disso, figura-se como melhor solução àquela explicada por SOUZA ao dividir a análise em dois níveis: legislativo e fático (judicial)³⁰². No primeiro nível, sob uma perspectiva *ex ante*, pode ser válido o tipo penal que “vede uma conduta em tese apta – conforme o conhecimento científico ou a experiência normal – a ofender um bem jurídico, com presunção relativa de perigo.” Em um segundo plano, sob uma perspectiva *ex post*, ou seja, durante a aplicação da lei, “o juiz deve verificar se houve um efetivo dano ou concretização de perigo ao bem jurídico, o que caracterizaria um crime de lesão ou de perigo concreto, respectivamente”³⁰³.

Aplicando-se tal solução ao delito de lavagem de dinheiro, sob a perspectiva *ex ante* até seria possível defender que a conduta que se veda poderia vir a ser apta a, de fato, prejudicar a ordem econômica. Não obstante, sob a perspectiva *ex post*, retorna-se à dificuldade de mensurar lesão ou dano a conceitos abstratos como a ordem econômica, a perda de confiança e o equilíbrio do mercado.

³⁰⁰ Alguns autores espanhóis reconhecem a possibilidade de haver outros danos. Veja-se: BAJO FERNANDÉZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 31.

³⁰¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 101.

³⁰² SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 75.

³⁰³ *Ibid.*, p. 76.

Desse modo, o delito de lavagem de dinheiro parece violar o princípio da lesividade. Nesse sentido, o ideal seria a despenalização de condutas quando não gravemente nocivas para a ordem econômica³⁰⁴. Além disso, para pôr fim ao uso indiscriminado do Direito Penal Econômico devem ser expandidas as políticas de prevenção de riscos de responsabilidade empresarial por descumprimento de regulações legais. A inserção do *criminal compliance* na Lei de Lavagem de Dinheiro é método preventivo do Direito Penal³⁰⁵ que deve ser encorajado.

3.3.2. COMPARAÇÃO COM LEIS E JULGADOS NORTE-AMERICANOS

A partir da análise doutrinária realizada acerca do princípio da lesividade, pode-se observar que tanto a doutrina nacional quanto a doutrina espanhola conduzem à mesma direção. Contrariamente a isso, nota-se no ordenamento jurídico norte-americano a figura da *conspiracy*, comum em países da *common law*³⁰⁶. Nos Estados Unidos, a *conspiracy* têm duas ramificações: a primeira como uma preparação ou conspiração para a prática da conduta criminosa, havendo um acordo para o cometimento do delito antes mesmo de sua realização substantiva; e a segunda como uma forma de “responsabilidade acessória” (tradução livre de *accessory liability*) em que todos os indivíduos que concordam em cometer um determinado crime são responsáveis pelas ações do grupo como um todo³⁰⁷.

No *Money Laundering Control Act*, a *conspiracy*³⁰⁸ encontra-se prevista em sua subseção (h) da Seção 1956. Diante de tal especificidade, optou-se por analisar as interpretações das cortes federais norte-americanas – dos tribunais federais intermediários ou cortes de

³⁰⁴ SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 77.

³⁰⁵ “Compreende-se, então, como compliance uma postura preventiva ética e de boa governança corporativa a ser observada, a qual pode traduzir melhores resultados, segurança e credibilidade para empresas e entidades que a adotam. Procura-se evitar, do mesmo modo, os prejuízos que um processo a exposição pública podem representar para a empresa e seus diretores em face da ocorrência de fraudes”. (SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. *Criminal compliance e as novas feições do direito penal econômico*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. (Org.). *Doutrinas essenciais - Direito penal e processo penal: leis penais especiais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. IV, p. 885-904).

³⁰⁶ MCCLEAN aponta que esse tipo de incriminação consistente no simples entendimento ou acordo para a prática de crimes é encontrado especialmente na legislação penal de países nos quais prevalece a tradição do *common law*. Além disso, o autor esclarece que, na maioria desses países, não se requer, além do acordo, a comissão de algum ato tendente a concretizá-lo. (MCCLEAN, David. *Transnational organized crime: a commentary on the UN convention and its protocols*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007, p. 62-3).

³⁰⁷ KADISH, Sanford H.; SCHULHOFER, Stephen J.; BARKOW, Rachel E. *Criminal law and its processes: cases and materials*. 10. ed., New York: Wolters Kluwer, 2017, p. 748.

³⁰⁸ Conforme o *Money Laundering Control Act*: Qualquer pessoa que se organizar para cometer qualquer ofensa definida nesta seção ou seção 1957 [18 USCS § 1957] estará sujeita às mesmas penalidades prescritas para a ofensa cuja comissão foi objeto da conspiração. Tradução livre de “(h) Any person who conspires to commit any offense defined in this section or section 1957 [18 USCS § 1957] shall be subject to the same penalties as those prescribed for the offense the commission of which was the object of the conspiracy.”

apelações dos circuitos federais e da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Com isso, foram avaliados setenta e cinco precedentes³⁰⁹, dentre os quais o caso mais relevante para o conceito de *conspiracy* no âmbito do *Money Laundering Control Act* foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Em 11 de janeiro de 2005, no caso *Whitfield v. United States*, 543 U.S. 209 (2005)³¹⁰, sob relatoria da Ministra Sandra Day O'Connor, acompanhada por unanimidade, entendeu-se que para que se configure uma *conspiracy* de lavagem de dinheiro, nos termos do 18 U.S.C. §1956 (h), não se faz necessária qualquer prova de um ato evidente destinado ao cometimento ou tentativa de cometimento do delito. Deve haver somente a prova de (i) que duas ou mais pessoas concordaram em lavar dinheiro; (ii) que os agentes sabiam que os recursos a serem lavados eram oriundos de atividade ilícita e (iii) que os agentes tiveram a intenção de aderir ao esquema destinado a lavar dinheiro.

Diante disso, verifica-se que não há – e nem deveria haver – figura semelhante à *conspiracy* no Brasil. Isso é, se o delito de lavagem de dinheiro já parece violar o princípio da lesividade – em razão de se tratar de crime de perigo abstrato e da dificuldade de se indicar qual a efetiva afetação causada pela lavagem de dinheiro ao bem jurídico que pretende tutelar – a figura da *conspiracy* para lavar dinheiro mostrar-se-ia como clara violação ao princípio da lesividade por criminalizar atos meramente preparatórios incapazes de gerar qualquer alteração ou afetação à ordem econômica, nos termos do artigo 31 do Código Penal.

Considerando as críticas e as questões delineadas nesta seção à luz da doutrina e da análise comparativa da legislação e julgados norte-americanos, indica-se que o ideal seria despenalizar as condutas que não geram grave afetação à ordem econômica e expandir as políticas de prevenção de riscos de responsabilidade empresarial por descumprimento de regulações legais, conhecidas como *criminal compliance*.

3.4. Lavagem de dinheiro e as comparações com os crimes de receptação e favorecimento real

Outro desafio tradicional do delito de lavagem de dinheiro é a sua comparação com os crimes de receptação e de favorecimento real em razão de apresentarem estruturas semelhantes

³⁰⁹ O método para tal pesquisa foi acessar a plataforma privada eletrônica da Thomson Reuters denominada Westlaw e nela inserir a busca “"money laundering control act" and "conspiracy"” restringindo a pesquisa apenas aos tribunais e cortes federais.

³¹⁰ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Whitfield v. United States*, 543 U.S. 209, decided in January 11, 2005.

e de serem precursores históricos da lavagem de dinheiro³¹¹. Entende-se tal questão como tradicional uma vez que a criminalização da lavagem de dinheiro traz consigo raciocínio similar ao de tais delitos³¹².

Porém, sob influência do cenário exposto no capítulo 1, passou-se a afirmar que o cerceamento à criminalidade organizada, cada vez mais complexa e estruturada, destinada à reinserção de valores obtidos ilegalmente na economia formal não seria possível por meio dos tipos penais de receptação e favorecimento real tradicionalmente previstos³¹³. Nesse sentido, argumenta-se que a tipificação da lavagem de dinheiro visa coibir os efeitos econômicos da conduta ilícita e não – apenas – as infrações penais antecedentes³¹⁴.

Não obstante, como afirma SCHORSCHER: “a sua íntima relação com as condutas da receptação e do favorecimento real [...] é inegável, podendo-se afirmar que a lavagem de dinheiro constitui mais um passo na evolução das condutas típicas tradicionais de assistência pós-delitiva.”³¹⁵ Nessa toada, ante a estrutura semelhante dos referidos tipos penais, há quem indique que tais delitos seriam suficientes para reprimir a conduta tipificada como lavagem de dinheiro³¹⁶.

Dessa forma, pretende-se averiguar até que ponto há equivalências e distinções entre os referidos delitos e também se há contribuições dogmáticas para a interpretação e aplicação da lavagem de dinheiro. Para tanto, será analisada a lei e a doutrina nacional bem como a lei e a doutrina espanhola para a comparação da lavagem de dinheiro com a receptação e o favorecimento real, respectivamente.

3.4.1. RECEPÇÃO

³¹¹ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Lavagem de dinheiro: A Questão do Delito Antecedente. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº 470, Junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 28.

³¹² NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Lavagem de Dinheiro e seu Protagonismo no Direito Penal. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº 470, Junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 88.

³¹³ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 25. Acesso em 12 de maio de 2019.

³¹⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. Considerações dogmáticas quanto ao crime de receptação. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson de (Coords.). *Direito Penal na Pós-Modernidade – Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 290-1.

³¹⁵ SCHORSCHER, op. cit., p. 19.

³¹⁶ GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do Crime de "Branqueamento de Capitais" - Introdução e Tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 241.

O crime de receptação apresenta vasto histórico de críticas e desafios no âmbito dos crimes patrimoniais. Isso se deve tanto pela dificuldade para se visualizar a receptação como delito autônomo quanto pela ausência de uniformidade na sua classificação como delito patrimonial³¹⁷.

De todo modo, consagrou-se na doutrina e na lei, a autonomia do tipo da receptação com a indicação do bem jurídico tutelado, pela maioria, como sendo o patrimônio³¹⁸ uma vez que o patrimônio violado pelo delito anterior, seria novamente lesionado em razão da manutenção, consolidação ou perpetuidade de uma situação patrimonial irregular. Por outro lado, há ainda quem indique que o fundamento da criminalização residiria na reprovação do aproveitamento ilícito dos efeitos do delito anterior e/ou também na ofensa à administração da justiça³¹⁹.

Sob essa perspectiva, seja pela estrutura do crime de receptação que presume um crime antecedente seja pela dificuldade em se apontar um bem jurídico próprio e único, nota-se haver uma semelhança com o delito de lavagem de dinheiro. Porém, conforme leciona SOUZA, tal afirmação deve ser ressalvada: “embora a criminalização da receptação e da lavagem de dinheiro sejam estruturalmente próximas, há distinções profundas do contexto em que se inserem.”³²⁰

Com isso, antes de passar para a comparação dos delitos em si, deve-se apontar os delineamentos dogmáticos e o referido contexto do crime de receptação. O tipo penal da receptação encontra-se no artigo 180 do Código Penal³²¹, no título destinado aos crimes contra

³¹⁷ Acerca de tal histórico, confira-se: SOUZA, Luciano Anderson de. Considerações dogmáticas quanto ao crime de receptação. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson de (Coords.). *Direito Penal na Pós-Modernidade – Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 286-90.

³¹⁸ BITTENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 306.

³¹⁹ “A receptação, dessa maneira, sempre apresentou significativa problematização quanto à delimitação de um bem jurídico próprio e unitário. Como visto no delineamento histórico acima, sua criminalização, em geral, foi sempre justificada pelo fortalecimento, perpetuação ou manutenção do delito anterior.” (SOUZA, op. cit., p. 290-1).

³²⁰ *Ibid.*, p. 290.

³²¹ Receptação: Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Receptação qualificada: § 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa. § 2º - Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência. § 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas. § 4º - A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa. § 5º - Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de

o patrimônio. Deste modo, teria por finalidade proteger o patrimônio, seja ele de natureza privada ou pública. Na modalidade do *caput*, trata-se de crime comum que apresenta como sujeito ativo qualquer pessoa, já na modalidade qualificada do parágrafo 1º, é crime próprio, somente podendo ser perpetrada por comerciante ou industrial, ainda que informal. Tem como sujeito passivo, a coletividade uma vez que o proprietário da *res* não poderia tê-lo tendo em vista a autonomia da receptação em relação ao delito anterior. Admite-se a receptação própria e imprópria, em que a primeira é cometida por agente que recebe ou possui a coisa que sabe ser produto de crime e a segunda é realizada por agente que, dolosamente, influencia terceiro de boa-fé a adquirir, receber ou ocultar a coisa. Por fim, é possível haver a chamada receptação em cadeia, isso é, a receptação da receptação, mas todos os sujeitos envolvidos devem saber da origem ilícita do bem³²².

No que tange aos elementos subjetivos, defende-se tratar de delito que requer dolo direto. Não obstante, na modalidade qualificada há controvérsia acerca da possibilidade da configuração do delito por meio de dolo eventual devido ao verbo do tipo “deve saber”³²³.

Comparando-se tal delito com o de lavagem de dinheiro, observa-se que em ambos há: (i) um delito antecedente e autônomo cujo produto será utilizado e (ii) a dificuldade de indicar qual o bem jurídico autônomo e unitário se busca proteger. Porém, as semelhanças são somente essas enquanto as diferenças são a maioria.

Em primeiro lugar, na receptação o delito antecedente deve ser necessariamente um crime enquanto na lavagem de dinheiro aceita-se qualquer infração penal antecedente (incluindo-se crime ou contravenção penal).

Em segundo lugar, a lavagem de dinheiro como diz CALLEGARI “seria um procedimento astucioso por meio do qual se busca o distanciamento de determinados bens ou valores de sua origem ilícita, com vistas a demonstrar a aparência de sua legalidade”³²⁴ ao passo que a receptação, como articula SOUZA visaria “permitir o distanciamento da *res* de seu legítimo

aplicar a pena. Na receptação dolosa aplica-se o disposto no § 2º do art. 155. § 6º Tratando-se de bens do patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos, aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* deste artigo.

³²² SOUZA, Luciano Anderson de. Considerações dogmáticas quanto ao crime de receptação. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson de (Coords.). *Direito Penal na Pós-Modernidade – Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 290-4.

³²³ *Ibid.*, p. 295-6.

³²⁴ CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da lei n. 9.613/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 67.

proprietário, dificultando, dessa maneira, a sua recuperação.”³²⁵ Nesse sentido, apresentam bens jurídicos diversos: o patrimônio na receptação e a ordem econômica na lavagem de dinheiro.

Em terceiro lugar, permite-se, no Brasil, a incriminação da autolavagem. Isso é, quando o autor da infração penal antecedente é o mesmo que efetua o branqueamento. Isso não ocorre na receptação que exige que os agentes do crime antecedente e da receptação sejam diversos.

Por fim, há substancial diferença nas penas aplicadas. Na receptação tem-se, na modalidade simples, pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa e, na modalidade qualificada, pena de reclusão, de três a oito anos, e multa. Já na lavagem de dinheiro, a sanção penal é consideravelmente mais severa: reclusão, de três a dez anos, e multa.

Sob outra perspectiva, no ordenamento jurídico espanhol, a comparação entre a lavagem de dinheiro e a receptação também é alvo de estudo. Isso porque desde 1995, quando entrou em vigor o atual Código Penal Espanhol, até 2010 o delito de *blanqueo de capitales* estava abrigado no capítulo designado como “conduta afim da receptação”. Com isso, somente por ocasião da Lei Orgânica 5/2010, o capítulo passou a se chamar “*de la receptación y el blanqueo de capitales*”³²⁶. Referida alteração se deu justamente para corresponder aos compromissos e convenções internacionais cada vez mais inclinados para a proteção da ordem econômica por meio da figura da lavagem de dinheiro³²⁷ enquanto delito autônomo.

Nesse sentido, LA TORRE e CAPARRÓS defendem que o delito de *blanqueo de capitales* mobiliza altos valores, especialmente quando cometido por organizações criminosas, e que tal delito “implica uma antijuridicidade material específica que singulariza uma lesividade à ordem socioeconômica”³²⁸. Já SIQUEIRA evidencia os pontos de distinção entre a receptação e o *blanqueo de capitales* por meio (i) do bem jurídico tutelado; (ii) do aproveitamento do delito; (iii) do objeto material do delito e (iv) do sujeito ativo do delito tendo em vista a possibilidade do *autoblanqueo*³²⁹.

Diante disso, é possível concluir que, tanto no Brasil quanto na Espanha, o delito de lavagem de dinheiro mostra-se completamente autônomo e específico em relação ao delito de

³²⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. Considerações dogmáticas quanto ao crime de receptação. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson de (Coords.). *Direito Penal na Pós-Modernidade – Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 297.

³²⁶ CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. Algunas observaciones sobre el blanqueo de capitales. *Justitia*, n. 8, p. 61-2, dez. 2010.

³²⁷ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 119-121.

³²⁸ LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, tradução livre, v. 87, nov. 2010, p. 123.

³²⁹ SIQUEIRA, op. cit., p. 639-641.

receptação. Muito embora, a receptação tenha sido a semente dogmática estrutural da lavagem de dinheiro, o panorama internacional; a racionalidade legislativa e o desenvolvimento dogmático da lavagem de dinheiro acabaram por distinguir severamente tais delitos. Portanto, a comparação da lavagem de dinheiro com o crime de receptação resulta em limitadas contribuições para o aperfeiçoamento do delito de lavagem de dinheiro tendo em vista o contexto substancialmente diverso de ambos os delitos que conduzem a interpretações distintas.

3.4.2. FAVORECIMENTO REAL

Outro crime habitualmente indicado como semelhante ao delito de lavagem de dinheiro é o favorecimento real previsto no artigo 349 do Código Penal³³⁰ inserido no capítulo dos crimes contra a administração da justiça. A coincidência adviria dos fatos de que ambos apresentam estrutura dogmática parecida, em razão da necessidade da existência de um delito anterior, e de que tais comportamentos delitivos afetam a capacidade da justiça de exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito anterior em alguma medida³³¹. Nesse sentido, essa última semelhança somente faria sentido sob a perspectiva de quem entende que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro é a administração da justiça ou que se trata de delito pluriofensivo.

Antes de adentrar a comparação dos delitos em si, deve-se indicar as considerações dogmáticas e o contexto do crime de favorecimento real. O tipo penal consiste no auxílio por parte do agente ao autor do crime anterior para tornar seguro o seu proveito, excluindo-se a condição de partícipe (artigo 29 do Código Penal) e a descrição típica da receptação (artigo 180 do Código Penal). Nesse sentido, destina-se a proteção da administração da justiça – ainda que inexista uma definição precisa para tal conceito³³². Entende-se que o termo “crime” anterior deve ser interpretado de modo restritivo, não incluindo as contravenções penais. Trata-se de delito comum que pode ser praticado por qualquer pessoa. Não se admite o autofavorecimento de modo que o favorecimento real não pode ser cometido pelo mesmo agente do crime anterior. Tem-se como elemento subjetivo, o dolo direto, admitindo-se também o dolo eventual³³³.

³³⁰ Favorecimento real: Art. 349 - Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

³³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 92.

³³² SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 216.

³³³ SAAD-DINIZ, Eduardo. Dos crimes contra a Administração da Justiça. In: REALE JR., Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1038-1041.

Comparando tal delito com o de lavagem de dinheiro, nota-se que em ambos há: (i) um delito antecedente e autônomo cujo produto será encoberto e (ii) a afetação à administração da justiça em algum grau – para aqueles que consideram que o bem jurídico na lavagem de dinheiro seria a administração da justiça ou se trataria de um delito pluriofensivo.

Ainda assim, a despeito da semelhança da estrutura dos delitos, não se pode nem deve falar de uma identidade entre eles. Em primeiro lugar, o favorecimento real se trata de delito em que o agente age em proveito exclusivo do autor do crime antecedente justamente a fim de iludir ou embaraçar a justiça³³⁴. Nesse sentido, o agente do favorecimento real deve ser necessariamente diferente do agente do crime anterior em decorrência da própria redação do tipo penal. Diversamente, a lavagem de dinheiro pode ser praticada com produtos de infração penal antecedente (tanto crime quanto contravenção penal) e não exige que o agente do branqueamento seja necessariamente diferente do autor da infração penal antecedente. Ou seja, permite-se, no Brasil, a incriminação da autolavagem.

Além disso, no favorecimento real, a afetação da administração da justiça se dá pelo simples fato de esconder ou ocultar com a finalidade de tornar seguro o proveito do crime enquanto na lavagem de dinheiro para que se considere alguma afetação da administração da justiça a ocultação do bem ou produto deveria se dar com a intenção de reinseri-lo na economia com aparência de lícito a fim de dificultar o adequado funcionamento da justiça. Tais delitos têm, inclusive, penas bastante díspares: no favorecimento real tem-se pena de detenção, de um a seis meses, e multa e na lavagem de dinheiro, pena de reclusão, de três a dez anos, e multa³³⁵.

De todo modo, conforme exposto na seção 3.2 supra, entende-se que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro é a ordem econômica de forma que a única semelhança remanescente entre os delitos seria a sua estrutura.

Na Espanha, tal qual ocorre com a receptação, a comparação entre a lavagem de dinheiro e o favorecimento real também é alvo de análise. Isso se deve ao fato de que quando o *blanqueo de capitales* permitiu como delito antecedente qualquer “*delito grave*” por ocasião da Lei Orgânica 10/1995, passou-se a compreendê-lo como semelhante à receptação e ao favorecimento real³³⁶. Posteriormente, com a Lei Orgânica 5/2010, ficou evidente a distinção e

³³⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. Considerações dogmáticas quanto ao crime de receptação. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson de (Coords.). *Direito Penal na Pós-Modernidade* – Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 291.

³³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 93.

³³⁶ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 527-9.

autonomia do *blanqueo de capitales* ao modificar o delito antecedente permitindo agora qualquer “*actividad delictiva*”³³⁷, incluindo, portanto, as contravenções penais. Nesse sentido, SIQUEIRA afirma que com a evolução legislativa do *blanqueo de capitales*, à luz das recomendações internacionais, o delito ganhou autonomia com base na singularidade de seu bem jurídico e de sua peculiar lesividade quando comparado com o bem jurídico da receptação (patrimônio) e do favorecimento real (administração da justiça)³³⁸.

Portanto, em linha com a doutrina nacional e espanhola, conclui-se que o delito de lavagem de dinheiro guarda poucas semelhanças com o delito de favorecimento real. Mesmo possuindo estrutura dogmática semelhante, a comparação entre ambos pouco auxilia na melhor compreensão da lavagem de dinheiro.

3.5. Duração do momento consumativo da lavagem de dinheiro

Por fim, o último desafio tradicional diz respeito ao momento consumativo da lavagem de dinheiro. Em geral, quanto à duração do momento consumativo, os crimes são classificados em instantâneos, permanentes ou instantâneos de efeitos permanentes³³⁹. Os primeiros são aqueles que se concluem em um único e determinado momento como, por exemplo, a lesão corporal (prevista no artigo 129 do Código Penal). Os segundos têm sua consumação protraída no tempo, se estendendo durante um período, como nos crimes de posse ou no delito de sequestro e cárcere privado (artigo 148 do Código Penal). Por último, os crimes instantâneos de efeitos permanentes são aqueles em que os efeitos de uma ação já finalizada se prolongam no tempo³⁴⁰.

Referida distinção importa, sobretudo, para a determinação do marco inicial da prescrição³⁴¹. Além disso, caso se considere um delito como permanente, isso também pode ocasionar a aplicação imediata de nova lei penal sobre atos em andamento mesmo que em prejuízo do réu. Sob o aspecto processual penal tal distinção gera efeitos pois caracterizar o tipo penal como crime permanente significa admitir a prisão em flagrante durante a sua prática, enquanto o bem estiver oculto ou dissimulado³⁴².

³³⁷ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 529-30.

³³⁸ *Ibid.*, p. 119-121.

³³⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 192-3.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 192.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 193.

³⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 132-3.

Para investigar o momento consumativo da lavagem de dinheiro, deve-se analisar os verbos do tipo do delito. No caso do verbo ocultar/dissimular contido no *caput* do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro entende-se pela possibilidade de interpretações distintas. É possível entender a conduta como crime permanente, ou seja, enquanto o bem permanecer oculto, o delito estaria em andamento. Também é factível o entendimento de que o ato de ocultar é instantâneo e a manutenção da ocultação seria um efeito permanente da conduta inicial³⁴³.

Nesse sentido, inicialmente, ao se deparar com a questão o próprio Supremo Tribunal Federal externou dúvidas acerca de qual seria o momento consumativo da lavagem de dinheiro³⁴⁴. Ao se pesquisar no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, acessando a pesquisa de jurisprudência, buscando pelos termos “‘lavagem’ e ‘permanente’” (nessa ordem e dessa forma), obtêm-se um total de trinta e três acórdãos a partir dos quais é possível observar a evolução do entendimento jurisprudencial da Corte³⁴⁵.

Em 2011, quando do julgamento do Inquérito nº 2.471 São Paulo, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o Plenário do Supremo Tribunal Federal esquivou-se de fixar seu entendimento acerca da questão em acórdão assim ementado: “Não fixada ainda pelo Supremo Tribunal Federal a natureza do crime de lavagem de dinheiro, se instantâneo com efeitos permanentes ou se crime permanente, não há que falar-se em prescrição neste instante processual inaugural.”³⁴⁶

No entanto, já nesse momento, parte dos Ministros adiantaram seu entendimento no sentido do caráter permanente da lavagem de dinheiro na modalidade ocultação, conforme consta no Informativo 642, “consignou-se que, [...] enquanto os valores correspondentes não viessem a ser legalmente repatriados ou remanescessem ocultos no exterior, o crime de lavagem de capitais continuaria sendo perpetrado.”³⁴⁷

Nesse momento, a maior parte da doutrina já reconhecia a lavagem de dinheiro como crime permanente com base na interpretação conferida pela jurisprudência para tipos penais

³⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 133.

³⁴⁴ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 86-7.

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22lavagem%22%20e%20%22permanente%22&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em 15 de novembro de 2020.

³⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 2.471 São Paulo*. Plenário, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, data do julgamento 29 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1783054>>. Acesso em 15 de novembro de 2020.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 642*, Brasília, 26 a 30 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo642.htm>>. Acesso em 19 de agosto de 2020.

com o verbo ocultar, como na ocultação de cadáver (artigo 211 do Código Penal); ocultação de documento (uma das modalidades do artigo 305 do Código Penal) ou receptação na modalidade ocultação (artigo 180 do Código Penal)³⁴⁸.

Posteriormente, em 2017, na Ação Penal nº 863 São Paulo, de relatoria do Ministro Edson Fachin, a Primeira Turma entendeu que o crime de lavagem de bens, direitos ou valores, quando praticado na modalidade típica “ocultar” é permanente, protraindo-se sua execução até que os objetos materiais do branqueamento se tornem conhecidos, razão pela qual o início da contagem do prazo prescricional teria como termo inicial o dia da cessação da permanência, nos termos do artigo 111, III, do Código Penal³⁴⁹.

Na ocasião foi vencido o Ministro Marco Aurélio que em seu voto afirmou:

A lavagem de capitais é crime de natureza instantânea, com efeitos permanentes. O ato de ocultar ou dissimular, tipificado no artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, configura o delito no momento do cometimento. A manutenção do bem é decorrência ou desdobramento da conduta inicial. A consumação ocorre no instante do ato, mas os efeitos perduram no tempo. Em outras palavras, o crime consuma-se imediatamente, com a ação de emprestar ao dinheiro a aparência própria a origem lícita, funcionando a manutenção e uso como mero efeito permanente da conduta inicial. Idêntica óptica deve ser adotada quanto ao delito de lavagem de dinheiro na modalidade do inciso I do § 1º do artigo 1º do mesmo diploma legal, cuja consumação se dá no momento em que ocorre a conversão do ativo ilícito em ativos aparentemente lícitos, sendo o ato praticado com a finalidade de ocultar ou dissimular a origem ilícita. [...]

Entender que o crime de lavagem de dinheiro se projeta no tempo enquanto os bens ou valores forem usados conduz à descaracterização do delito, revelando conduta com viés imprescritível. Quem sabe, no dia de hoje, o dinheiro ainda esteja sendo movimentado, ainda esteja sendo usado, ainda esteja sendo gasto. Esses fenômenos da vida não consubstanciam lavagem de dinheiro. [...]

A lavagem ocorreu ao depositar-se o dinheiro, como bom, em conta bancária, dando-se publicidade à existência do numerário. É passo demasiadamente largo dizer-se, em primeiro lugar, que somente é detonado o prazo prescricional quando o Estado-acusador – o Ministério Público – toma conhecimento da prática criminosa. Isso, em última análise, é incompatível com comezinhos noções de Direito Penal, a exemplo da segurança jurídica, tão cara a um Estado Democrático de Direito; em segundo lugar, que toda e qualquer movimentação ou gasto do dinheiro implica lavagem. O número de lavagens correria à conta dos movimentos bancários, quem sabe atraindo, em ficção jurídica contrária ao acusado, o instituto da continuidade delitiva. Eis, saltando aos olhos, a extravagância.³⁵⁰

³⁴⁸ Veja-se: TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de Dinheiro - Anotações às Disposições Criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 84 e BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 863 São Paulo*. Primeira Turma, Relator Ministro Edson Fachin, data do julgamento: 23 de maio de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13466369>>. Acesso em 19 de agosto de 2020.

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 863 São Paulo*. Primeira Turma, Relator Ministro Edson Fachin, data do julgamento: 23 de maio de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13466369>>. Acesso em 19 de agosto de 2020.

Não obstante o eloquente voto do Ministro Marco Aurélio acerca do caráter instantâneo do delito de lavagem de dinheiro perante a Primeira Turma, pouco tempo depois, em 12.04.2018, a questão foi julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do Habeas Corpus nº 143.333 Paraná também de relatoria do Ministro Edson Fachin. Assim, pela primeira vez, o Pleno da Corte se manifestou a respeito do momento consumativo da lavagem de dinheiro. No tópico 11 da ementa do acórdão, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, foi estabelecido que:

Ademais, o crime de lavagem de bens, direitos ou valores, quando praticado na modalidade ocultação, é de natureza permanente, protraindo-se sua execução até que os objetos materiais do branqueamento se tornem conhecidos. A persistência da ocultação, com a conseqüente ausência de recuperação dos valores objeto de escamoteamento, confere plausibilidade ao receio de novos atos de lavagem, bem como afasta a alegação de ausência de atualidade entre a conduta tida como ilícita e o implemento da medida cautelar gravosa.³⁵¹

Diante de tal julgamento, a partir de então, restou consolidado o entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal acerca do caráter permanente da lavagem de dinheiro na modalidade ocultação. Posteriormente, dentre os casos mais recentes obtidos a partir da busca de precedentes direta no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, encontrou-se o Habeas Corpus nº 180.553 Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 15.05.2020 que apresenta um desdobramento desse entendimento. O *writ* em questão foi julgado no contexto da pandemia do novo coronavírus e com base na situação de saúde pública o relator, acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu pela necessidade da concessão do habeas corpus em favor do paciente. Porém, o redator do voto vencedor foi o Ministro Edson Fachin, acompanhado da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Celso de Mello, fixando que:

Ademais, na esteira do entendimento do Plenário desta Suprema Corte, o crime de lavagem de bens, direitos ou valores, quando praticado na modalidade ocultação, é de natureza permanente, protraindo-se sua execução até que os objetos materiais do branqueamento se tornem conhecidos. A persistência da ocultação, com a conseqüente ausência de recuperação dos valores objeto de escamoteamento, confere plausibilidade ao receio de novos atos de lavagem, bem como afasta a alegação de ausência de atualidade entre a conduta tida como ilícita e o implemento da medida cautelar gravosa (HC 143333/PR, de minha relatoria, julgado em 12.04.2018). Nessa quadra, a existir elementos indicativos de que ao menos uma das

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 143.333 Paraná*. Plenário, Relator Ministro Edson Fachin, data do julgamento: 12 de abril de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749413076>>. Acesso em 19 de agosto de 2020.

condutas delitivas tem seus atos de desdobramento ainda persistentes, não há que se falar em ausência de contemporaneidade para imposição da cautela.³⁵²

Nesse sentido, pode-se observar uma das consequências do entendimento da lavagem de dinheiro como crime permanente, isso é, a persistência da ocultação como base para a imposição (no caso manutenção) de prisão preventiva sob o argumento de existir receio de novos atos de lavagem e sob a fundamentação da existência de atualidade da conduta ilícita. Não obstante, referido desdobramento parece contraditório: como seria possível falar em atualidade da conduta ilícita se o acusado está sendo processado e está inclusive preso pela suposta prática de lavagem de dinheiro? No mais, o receio de novos atos de lavagem não necessariamente justifica a prisão preventiva uma vez que isso poderia ser superado pela imposição de medidas cautelares patrimoniais.

Além dessa consequência, em se tratando de crime permanente será aplicada a Súmula 711 (“A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”)³⁵³, permitindo a aplicação de lei nova enquanto permanecer a conduta em todos os casos de lavagem, ainda que em prejuízo do acusado. CALLEGARI afirma que parece “perigoso este entendimento, à medida que fere a segurança jurídica e a garantia fundamental da legalidade [...]”³⁵⁴.

Outro desdobramento da definição da lavagem de dinheiro como crime permanente diz respeito ao marco inicial da prescrição. Caso se considere como marco inicial o momento em que cessou a permanência do delito, nos termos do artigo 111, inciso III, do Código Penal, poder-se-ia deparar com casos praticamente imprescritíveis, ou seja, em que o delito se protrairá enquanto os valores ocultos não forem descobertos³⁵⁵, como foi fixado na Ação Penal nº 863 São Paulo, em 2017³⁵⁶.

Assim sendo, observa-se que mesmo diante do entendimento vigente do Supremo Tribunal Federal acerca do caráter permanente da lavagem de dinheiro na modalidade ocultação, BOTTINI indica solução alternativa para que se perquiria qual o momento consumativo

³⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 180.553 Rio de Janeiro*. Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, Redator do acórdão Ministro Edson Fachin, data do julgamento: 5 de maio de 2020. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753027187>>. Acesso em 19 de agosto de 2020.

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 711*. Brasília, 13 de outubro de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2551>>. Acesso em 19 de agosto de 2020.

³⁵⁴ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 87.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 88.

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 863 São Paulo*. Primeira Turma, Relator Ministro Edson Fachin, data do julgamento: 23 de maio de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13466369>>. Acesso em 19 de agosto de 2020.

da lavagem de dinheiro dizendo que é exigido “[...] um labor de interpretação teleológico, sob o prisma do bem jurídico protegido”³⁵⁷. Muito embora o autor entenda que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro é a administração da justiça (conforme consta no tópico 3.2.2.), e não a ordem econômica como se defende neste trabalho (nos termos do tópico 3.2.4.), a alternativa proposta por ele ainda é aplicável.

Assim, considerando a ordem econômica como o bem protegido, BOTTINI afirma que:

[...] também é clara a natureza instantânea do crime, pois o bem é afetado apenas no momento da integração dos valores à economia formal com aparência lícita. A mera ocultação, que antecede a reciclagem completa, seria uma tentativa (ou um ato preparatório punível) punida com a mesma pena do crime consumado, mas que não viola diretamente o bem jurídico, a não ser como potência de lesão futura. Em suma, seja qual for o tempo de ocultação, a organização econômica não é afetada pela lavagem de dinheiro [...].³⁵⁸

Portanto, o ato de ocultar ou dissimular torna consumado o delito no momento de sua prática e a manutenção da ocultação do bem é um desdobramento do ato inicial. Assim, entende-se a lavagem de dinheiro na modalidade ocultação, contida no *caput* do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro, como crime instantâneo de efeitos permanentes.

Muito embora se tenha como característica de crimes dessa natureza o descontrole sob os efeitos do delito quando consumado, é importante fixar que mesmo que o acusado ainda tenha o poder de interrupção durante todo o período de ocultação, isso por si só não torna o crime em permanente. Nesse sentido, BOTTINI diz que “[f]osse a capacidade de restituição do *status quo ante* o elemento definidor dos crimes permanentes, delitos como o furto também teriam essa natureza, pois o autor pode a qualquer tempo devolver os bens e fazer cessar a lesão patrimonial.”³⁵⁹. Em verdade, a principal característica de um crime permanente é a continuidade da conduta delitiva ao longo do tempo, o que não ocorre com a lavagem de dinheiro na forma do *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998.

Além disso, do ponto de vista político criminal, adotar o entendimento que a lavagem de dinheiro na modalidade ocultação é crime instantâneo de efeitos permanentes confere maior segurança jurídica³⁶⁰. Isso é, a uma, CALLEGARI afirma que “enquanto não movimentados os bens e dinheiro durante a vigência [de] nova lei, impossível se falar em aplicação desta, uma vez que mais grave e posterior.”³⁶¹ A duas, o marco inicial da prescrição ocorreria no dia em

³⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 133.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 133-4.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 135.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 136.

³⁶¹ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 88.

que a conduta de ocultar se consumou, nos termos do artigo 111, inciso I, do Código Penal. A três, a ocultação não serviria como elemento apto a ensejar a prisão em flagrante tampouco a imposição de prisão preventiva sob a alegação de contemporaneidade.

No que diz respeito às demais modalidades de ocultação e dissimulação contidas no parágrafo 1º do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro, explicitados no tópico 2.1.3., entende-se que a modalidade do inciso I (conversão em ativos lícitos) e do inciso III (importação ou exportação de bens com valores não correspondentes aos verdadeiros) são crimes instantâneos. Já a modalidade prevista no inciso II abriga diversos verbos do tipo, quais sejam: adquirir, receber, trocar, negociar, dar ou receber em garantia, guardar, ter em depósito, movimentar ou transferir. Assim, nos casos dos verbos guardar e ter em depósito entende-se que o delito é permanente³⁶², nos demais entende-se pela natureza instantânea. Ou seja, enquanto os bens estiverem guardados ou depositados, o delito estará ocorrendo. Portanto, aplicar-se-ão todas as consequências mencionadas acima afeitas aos delitos permanentes.

Por fim, as duas últimas modalidades previstas nos incisos I e II do parágrafo 2º do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro também têm natureza instantânea³⁶³. A conduta prevista no inciso I tipifica as ações de integração dos bens na economia de forma lícita (terceira fase do ciclo da lavagem de dinheiro), como detalhado no tópico 2.1.4., por meio do verbo utilizar. No inciso II desse mesmo dispositivo, exposto no tópico 2.1.5., tem-se o verbo do tipo participar.

Assim sendo, considerando os diversos verbos existentes nas várias modalidades de lavagem de dinheiro, pode-se concluir (i) que a despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal, a lavagem de dinheiro na modalidade ocultação, prevista no *caput* do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro, trata-se de delito instantâneo de efeitos permanentes e (ii) que os demais tipos penais previstos nas outras modalidades são delitos de caráter instantâneo, com exceção dos verbos guardar e ter em depósito contidos no artigo 1º, parágrafo 1º, inciso II que se tratam de crimes permanentes.

Diante disso, tendo sido abordados os cinco desafios ditos de tradicionais ou clássicos do delito de lavagem de dinheiro, com a análise de suas problemáticas e com a tomada de algumas conclusões e posicionamentos, passa-se ao capítulo 4 para que se proceda ao estudo dos desafios atuais ou contemporâneos do delito que se inserem sob a perspectiva dos influxos e influências estrangeiras no nosso ordenamento jurídico.

³⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

³⁶³ *Ibid.*, p. 162.

4. DESAFIOS ATUAIS

Tendo em vista a análise dos desafios tradicionais da lavagem de dinheiro no capítulo 3, no presente capítulo busca-se estudar o que se denominou de “desafios ou problemas atuais”. Isso é, como observado no capítulo 1, a despeito das primeiras tipificações de lavagem de dinheiro terem ocorrido nas décadas de 80 e 90, seu desenvolvimento como delito autônomo e profundamente estudado no contexto do Direito Penal Econômico só ocorreu no século XXI.

Deste modo, para além dos dilemas iniciais, agora, há que se confrontar os novos questionamentos acerca da aplicação e interpretação da lavagem de dinheiro enquanto delito severamente influenciado pelos influxos internacionais, por termos em inglês (como *compliance*, *commingling* e *self-laundering*) e figuras oriundas da *common law* (como *willful blindness*).

Nesse sentido, será analisada a figura da *willful blindness* enquanto elemento subjetivo exportado da *common law* para checar a sua equiparação com o dolo eventual e a aptidão da cegueira deliberada para configurar a lavagem de dinheiro no Brasil (tópico 4.1.). Em sequência, se debruçará sobre a possibilidade da autolavagem de dinheiro (tópico 4.2.) Posteriormente, será examinada a responsabilidade penal na lavagem de dinheiro, isso é, os limites da autoria, da participação e das condutas neutras capazes de vincular penalmente pessoas pela prática do delito (tópico 4.3.). Depois, pretende-se tratar da mescla de capitais ilícitos e lícitos (também conhecida por *commingling*) e seus efeitos práticos na persecução da lavagem de dinheiro (tópico 4.4.). Por último, será estudado o desenvolvimento do *compliance* na lavagem de dinheiro com foco nos principais problemas verificados e enquanto ferramenta apta a solucionar desafios relacionados à lavagem de dinheiro (tópico 4.5.).

Para tanto, em cada um dos subtópicos, será analisada a abordagem doutrinária e, quando houver, o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Em razão da grande influência internacional nos ditos desafios atuais, será dada ênfase, quando cabível, ao cotejo comparativo da legislação ou de julgados estrangeiros – norte-americano e/ou espanhol tal qual se justificou na seção 2.2. supra – e também aos parâmetros do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e diretrizes internacionais.

4.1. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro

O primeiro desafio atual a ser analisado se trata da ignorância ou cegueira deliberada, enquanto elemento subjetivo transplantado da *common law* – por meio da suposta recepção da *willful blindness doctrine* na *civil law* e no Brasil – a fim de checar sua aptidão para configurar a lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico brasileiro.

Escolheu-se iniciar o capítulo 4 por este desafio uma vez que ele elucida bem as influências internacionais no desenvolvimento da lavagem de dinheiro no Brasil e as consequências de equiparações, por vezes, incorretas ou falaciosas.

Para tanto, em primeiro lugar, será exposto o que efetivamente vem a ser *willful blindness* por meio da doutrina e de precedentes norte-americanos. Posteriormente, será indicado como a doutrina espanhola, país de *civil law*, absorveu e desenvolveu referida teoria³⁶⁴. A partir disso e com base na doutrina e precedente nacionais, será analisado se a cegueira deliberada pode ser utilizada como elemento subjetivo da lavagem de dinheiro no Brasil.

4.1.1. PANORAMA DA WILLFUL BLINDNESS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NA ESPANHA

A caracterização de elementos subjetivos na *common law* opera de modo diverso daquele conhecido em países da *civil law*. Em verdade, justamente em razão da inexistência de claros limitadores ou de precisas definições acerca de qual seria o *mens rea*³⁶⁵ apto a ensejar a punição criminal nos mais diversos casos concretos, os juízes e cortes norte-americanos sempre tiveram que se esforçar para esclarecer se o estado mental do defendente estava alinhado com o necessário elemento subjetivo para a adequada responsabilização penal³⁶⁶.

Não somente por essa razão, na tentativa de uniformizar tantas legislações estaduais, surgiu o *Model Penal Code* em sua primeira versão, em 1962 por ocasião da reunião anual da

³⁶⁴ A escolha de tais países como paradigma está justificada na seção 2.2. *supra*, porém, no caso da *willful blindness* mostra-se ainda mais pertinente pois os Estados Unidos da América é um país da *common law* que impulsionou a expansão da *willful blindness doctrine*, e a Espanha é o principal país a influenciar o Brasil no âmbito doutrinário acerca da cegueira deliberada.

³⁶⁵ O *mens rea* engloba diferentes níveis e intensidades do elemento subjetivo, e não somente o que chamamos de dolo. Portanto, qualquer comparação dos “níveis” de *mens rea* com as categorias de dolo será inexata e equivocada. Cf. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 74.

³⁶⁶ Nesse sentido, em 2015, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América abordou tais dificuldades ao julgar o caso *Elonis v. United States*, 575 U.S. 723 (2015), em que o estatuto criminal que previa o delito denunciado em face de *Elonis* era silente a respeito do *mens rea* necessário para responsabilização criminal (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Elonis v. United States*, 575 U.S. 723, decided in June 1, 2015). O caso e referida análise podem ser encontrados em KADISH, Sanford H.; SCHULHOFER, Stephen J.; BARKOW, Rachel E. *Criminal law and its processes: cases and materials*. 10. ed., New York: Wolters Kluwer, 2017, p. 258-72.

*American Law Institute*³⁶⁷. Tal instituição é uma organização independente que lidera a produção acadêmica nos Estados Unidos da América em busca de esclarecer, modernizar e melhorar o direito³⁶⁸ contando com a participação de juízes, advogados e professores das diversas áreas do direito.

Apesar do *Model Penal Code* trazer apenas uma legislação modelo, fato é que muitos estados norte-americanos adotam sua redação parcial ou totalmente. No âmbito da discussão acerca do elemento subjetivo, os dispositivos contidos no *Model Penal Code* são inegavelmente influentes e/ou em alguma extensão implementados nos estados³⁶⁹. Na seção 2.02 do *Model Penal Code* encontram-se os “Requisitos Gerais de Culpabilidade” (*General Requirements of Culpability*) sendo que, na subseção (2) há quatro “tipos de culpabilidade definidos” (*Kinds of Culpability Defined*)³⁷⁰, sendo eles: (a) propositalmente³⁷¹; (b) com conhecimento³⁷²; (c) com culpa grave³⁷³ e (d) negligentemente³⁷⁴.

À primeira vista, o *Model Penal Code* parece não tratar da *willful blindness* em sua definição. Porém, a partir do esclarecimento contido na subseção (7) intitulado “Requisito de conhecimento satisfeito pela alta probabilidade de conhecimento” (*Requirement of Knowledge Satisfied by knowledge of high probability*) observa-se que a *willful blindness* está reconhecida como forma de “com conhecimento” “quando o conhecimento da existência de um fato

³⁶⁷ AMERICAN LAW INSTITUTE. *Publications - Model Penal Code*. Disponível em: <<https://www.ali.org/publications/show/model-penal-code/>>. Acesso em 03 de junho de 2020.

³⁶⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE. *About ALI*. Disponível em: <<https://www.ali.org/about-ali/>>. Acesso em 03 de junho de 2020.

³⁶⁹ DRESSLER, Joshua; GARVEY, Stephen. *Cases and Materials on Criminal Law*. 8. ed., West Academic Publishing, 2019, pp 1-11.

³⁷⁰ O rascunho oficial com as notas explicativas do *Model Penal Code* como adotado pela *American Law Institute* em 1985 pode ser acessado no sítio eletrônico <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.ali/mpc1040&div=1&src=home>>. Acesso em 04 de junho de 2020.

³⁷¹ Pode ser definido a partir da § 2.02(2)(a) do *Model Penal Code* como: uma pessoa age propositalmente quando, em relação à conduta e ao seu resultado, é seu objetivo consciente se engajar na referida conduta ou causar referido resultado, e no que tange às circunstâncias pertinentes, a pessoa está ciente da existência de tais circunstâncias ou acredita ou espera que elas existem.

³⁷² Pode ser definido a partir da § 2.02(2)(b) do *Model Penal Code* como: uma pessoa age com conhecimento quando, em relação à conduta e às circunstâncias pertinentes, está ciente que sua conduta é de tal natureza ou que tal circunstância existe, e, no que tange a qualquer resultado, está ciente de que é praticamente certo que sua conduta causará tal resultado.

³⁷³ Pode ser definido a partir da § 2.02(2)(c) do *Model Penal Code* como: uma pessoa age com culpa grave quando conscientemente desconsidera um risco substancial e injustificável que o elemento material existe ou que ele irá resultar de sua conduta, e tal risco é de tal natureza e grau que, considerando a natureza e o propósito da conduta do agente e as circunstâncias por ele conhecidas, sua negação envolve um desvio grosseiro do padrão de conduta que uma pessoa média respeitadora das leis iria observar na posição do agente.

³⁷⁴ Pode ser definido a partir da § 2.02(2)(d) do *Model Penal Code* como: uma pessoa age negligentemente quando deveria ter ciência de um risco substancial e injustificável que o elemento material existe ou que ele irá resultar de sua conduta, e tal risco é de tal natureza e grau que, considerando a natureza e o propósito da conduta do agente e as circunstâncias por ele conhecidas, sua negação envolve um desvio grosseiro do padrão de conduta que uma pessoa média respeitadora das leis iria observar na posição do agente.

particular é um elemento do delito, tal conhecimento é estabelecido se a pessoa tem consciência da alta probabilidade de sua existência, a menos que a pessoa, de fato, acredite que tal fato não existe”³⁷⁵. Nesse sentido, perante o *Model Penal Code*, a *willful blindness* é reconhecida como elemento subjetivo “abaixo” de propositalmente e “acima” de culpa grave.

Mesmo o *Model Penal Code* se tratando de legislação modelo no âmbito estadual e o *money laundering* se tratando de delito previsto em estatuto federal, o panorama acima e sua menção são importantes uma vez que a mais recente decisão acerca da definição da *willful blindness* emitida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América se valeu do *Model Penal Code*³⁷⁶. Isso é, em 31 de maio de 2011, no caso *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S. 754 (2011)³⁷⁷, sob relatoria do Ministro Samuel Alito, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América estabeleceu seu entendimento sobre os requisitos da *willful blindness doctrine*, adotando justamente o padrão do *Model Penal Code*, com a adição de um elemento. Apesar de se tratar de caso cível que busca a utilização da doutrina, foi realizada grande contextualização e embasamento acerca de sua aplicação em âmbito penal. O relator indicou que a *willful blindness doctrine* é bem estabelecida no Direito Penal, tendo sido bem aceita e internalizada pelas cortes federais norte-americanas de modo que também deveria ser aplicada para processos cíveis. Com base no *Model Penal Code*, foi rememorada a existência de dois requisitos básicos para sua configuração: (1) que o acusado deve subjetivamente acreditar que existe uma grande probabilidade que os fatos existam e, (2) que o acusado deve tomar ações deliberadamente em favor de tais fatos.

No contexto específico do *Money Laundering Control Act* – que se trata de legislação federal e não utiliza os mesmos termos contidos no *Model Penal Code* – foi consolidado que os elementos subjetivos necessários seriam meramente o conhecimento e a intenção. Com isso, a fim de se verificar a existência da lavagem de dinheiro, a acusação deve provar que o autor agiu (1) com o conhecimento de que os recursos tinham origem ilícita e (2) com a intenção de ocultar ou dissimular a natureza, localização, origem, propriedade e controle do produto³⁷⁸.

Já para a configuração da *willful blindness* na lavagem de dinheiro, as cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de

³⁷⁵ No original está na §2.02(7) do *Model Penal Code* como: “(7) *Requirement of Knowledge Satisfied by knowledge of high probability*: When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist.”

³⁷⁶ LUBAN, David; O’SULLIVAN, Julie R.; STEWART, David., *International and Transnational Criminal Law*. 2. ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 620-22.

³⁷⁷ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S. 754, decided in May 31, 2011.

³⁷⁸ LUBAN, op. cit., p. 618-20.

que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime; (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa³⁷⁹.

Outra alusão recorrentemente utilizada pelas cortes federais norte-americanas para se referirem a *willful blindness* – não somente no âmbito da lavagem de dinheiro – é a chamada *ostrich instruction*, cuja melhor tradução seria “instrução do avestruz”, que advém do fato de que os avestruzes enterram deliberadamente sua cabeça debaixo da terra³⁸⁰. Especialmente na lavagem de dinheiro, foi asseverado no caso *United States v. Florez*, 368 F.3d 1042 (8th Cir. 2004), da Corte de Apelações Federais do Oitavo Circuito que, com base na história legislativa do *Money Laundering Control Act*, o legislador norte-americano pretendeu incluir no âmbito do elemento subjetivo, a possibilidade de aplicação da *willful blindness*. Nesse sentido, valendo-se da *ostrich instruction*, o relator Roger Leland Wollman afirmou:

Se, à luz de determinados fatos óbvios, inferências razoáveis permitem a conclusão de que a apelante falhou em investigar como se tivesse “enterrado a cabeça debaixo da areia”, o júri pode considerar a *willful blindness* como forma de preencher o elemento subjetivo. Nós já consideramos anteriormente que a história legislativa do 18 U.S.C. §1956, lei sob análise, autoriza a conclusão de que o Congresso queria que fosse incluído no elemento subjetivo instâncias de *willful blindness*.

Nós concluimos que o conjunto probatório tomado como um todo é considerado suficiente para permitir a inferência de que mesmo que Florez não tivesse atual conhecimento que Crawford estava usando a conta do banco para atividades ilegais, isso se devia ao fato de que ela apenas optou por não investigar e efetivamente enterrar sua cabeça na areia.³⁸¹

³⁷⁹ Cita-se por exemplo o caso *United States v. Campbell*, 977 F.2d 854 (4th Cir. 1992) em que se discutiu a aplicação da *willful blindness doctrine* na lavagem de dinheiro que teria sido cometida por Campbell ao se cegar deliberadamente para o fato de que seu cliente, Mark Lawing, era um traficante e que a compra de uma casa no Lago Norman era destinada, pelo menos em parte, a ocultar a origem dos valores obtidos por meio de operações de vendas de drogas (Cf. UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit. *United States v. Campbell*, 977 F.2d 854, decided in September 28, 1992). O caso e referida análise podem ser encontrados em O’SULLIVAN, Julie Rose. *Federal White Collar crime: cases and materials*. 7. ed., Saint Paul: West, 2019, p. 686-90.

Em outro caso mais recente *United States v. Tusaneza*, 116 F. App’x 305 (2d Cir. 2004), julgado, em 19 de novembro de 2004, pela Corte de Apelações Federais do Segundo Circuito, entendeu-se que o elemento subjetivo da lavagem de dinheiro pode ser preenchido por meio da cegueira deliberada da agente em face de diversos sinais vermelhos – incluindo a grande quantidade de dinheiro e o fato de a transação financeira ter sido estruturada de um jeito que deixou claro o propósito de driblar os órgãos fiscalizatórios – os quais deveriam ser óbvios para ela (Cf. UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *United States v. Tusaneza*, 116 F. App’x 305, decided in November 19, 2004).

³⁸⁰ DRESSLER, Joshua; GARVEY, Stephen. *Cases and Materials on Criminal Law*. 8. ed., West Academic Publishing, 2019, p. 175-78.

³⁸¹ No original, tem-se às páginas 1044-5: “If, in light of certain obvious facts, reasonable inferences support a finding that a defendant’s failure to investigate is equivalent to ‘burying one’s head in the sand’ the jury may consider willful blindness as a basis for knowledge. We have previously noted that the legislative history of 18 U.S.C. §1956, the statute at issue here, supports the conclusion that Congress intended to the knowledge requirements to include instances of willful blindness. We conclude that the evidence taken as a whole was sufficient to support an inference that even if Florez did not have actual knowledge that Crawford was using the bank account for illegal activities, it was only because she chose not to investigate and effectively buried her head in the sand.” (Cf. UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Eighth Circuit. *United States v. Florez*, 368 F.3d 1042, filed in May 27, 2004).

Diante de tais decisões, apesar da *willful blindness doctrine* ser bem consolidada perante as cortes federais nos Estados Unidos da América e, também, no âmbito do *Money Laundering Control Act*, não se pode olvidar que ela padece de severas críticas e é usada com ressalvas. No próprio caso *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S. 754 (2011) supra mencionado – que é o mais recente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América sobre a questão –, em sentido contrário ao relator Ministro Samuel Alito, o Ministro Anthony Kennedy asseverou em seu voto, na página 772 do caso, que a *willful blindness* não é o mesmo que dolo, de modo que os juízes não devem ampliar sua aplicação por analogia³⁸². Isso é, quando uma lei especificamente requer o dolo como um elemento do crime, a substituição por outro elemento subjetivo não é justificável.

De todo modo, a despeito das críticas, fato é que a *willful blindness doctrine* é tão consolidada que ultrapassou a *common law* e chegou até mesmo nos países de *civil law*. Nesse contexto é válido esclarecer desde já que, muito embora a *willful blindness doctrine* e a cegueira deliberada não sejam a mesma coisa, parte da doutrina e grande parte da jurisprudência pátrias acabaram por recepcioná-las como se sinônimos fossem³⁸³. Em verdade, no Brasil, com base no voto da Ministra Rosa Weber na Ação Penal nº 470 Minas Gerais, é comum a tentativa de dizer que a *willful blindness doctrine* teria sido acolhida na *civil law* por meio da Sentença 33/2005 do Supremo Tribunal Espanhol – corte de tradição da *civil law* –, em caso de lavagem de dinheiro que equiparou a cegueira deliberada com o dolo eventual³⁸⁴⁻³⁸⁵.

Não obstante, desde a década de 1990, a discussão sobre a *ignorancia deliberada* já ocorria no Supremo Tribunal Espanhol. No mais, em tal decisão não se exige para o crime de lavagem de dinheiro que o autor aja com dolo direto, bastando o dolo eventual, sendo suficiente situar o autor na posição de ignorância deliberada. Entende a corte espanhola que aquele que podendo e devendo conhecer a natureza do ato solicitado por terceiro e mesmo assim se mantém

³⁸² UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S. 754, decided in May 31, 2011.

³⁸³ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 86.

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470 Minas Gerais*. Plenário, Relator Ministro Joaquim Barbosa, data do julgamento 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>>. Acesso em 23 de janeiro de 2019. A referência feita no voto da Ministra Rosa Weber, na página 1.297 do acórdão, foi a “Sentença 22/2005”, porém tal qual entende LUCCHESI acredita-se que houve um lapso quanto à numeração da sentença citada, pois é na Sentença 33/2005 que está referida discussão. Cf. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 47-8.

³⁸⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A Inovação da Cegueira Deliberada pelo Supremo. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº 470, Junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 221-2.

em situação de não querer saber o que se faz, colaborando com os fatos, incorre nas consequências penais de sua atuação ilícita³⁸⁶.

A partir disso, a doutrina espanhola, com base nas decisões do Supremo Tribunal Espanhol³⁸⁷, no âmbito do *blanqueo de capitales*, acabou por equiparar a *ignorancia deliberada* com o dolo eventual, na medida em que o sujeito pretende desconhecer a procedência ilícita dos valores, quando possui elementos suficientes para deduzi-la³⁸⁸. Porém, por outro lado, a adoção da *ceguera deliberada* dessa forma, acaba por flexibilizar exigências probatórias, pois autoriza a adoção de prova indiciária para a comprovação do delito de lavagem de dinheiro³⁸⁹.

Ante aos problemas que referida equiparação poderia ocasionar, RAGUÉS I VALLÈS, um dos autores mais influentes sobre o tema no âmbito da *civil law*, posiciona-se no sentido de que a depender da amplitude das definições, algumas situações de cegueira deliberada podem configurar ora hipóteses de dolo eventual ora de imprudência³⁹⁰. Por isso, o professor espanhol sugere a adoção da cegueira deliberada na Espanha enquanto categoria de imputação intermediária entre o dolo eventual e a imprudência clássicos³⁹¹.

³⁸⁶ “Esta doctrina se origina en la STS 755/97 de 23 de Mayo, y se reitera en las de 356/98 de 15 de Abril, 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 1842/99 de 28 de Diciembre, 774/2001 de Mayo, 18 de Diciembre de 20001 [sic], 1293/2001 de 28 de Julio, 157/2003 de 5 de Febrero, 198/2003 de 10 de Febrero, 1070/2003 de 22 de Julio, 1504/2003 de 25 de Febrero y 1595/2003 de 29 de Noviembre, entre otras, precisándose en la jurisprudencia citada, que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada. Es decir quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTs 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo.” (ESPAÑA. Tribunal Supremo de España. *Sentencia 33/2005*, Ponente Joaquín Giménez García, Madrid, 19 de enero de 2005).

Tradução livre: “Essa doutrina emanada da Sentença do Supremo Tribunal n.º 755/97 de 23 de Maio, e reforçada nas sentenças n.º 356/98, de 15 de abril, 1637/99, de 10 de janeiro de 2000, 1842/99, de 28 de dezembro, 774/2001, de maio, 18 de dezembro de 20001 [sic], 1293/2001, de 28 de julho, 157/2003, de 5 de fevereiro, 198/2003, de 10 de fevereiro, 1070/2003, de 22 de julho, 1504/2003, de 25 de fevereiro, e 1595/2003, de 29 de novembro, entre outras, especificando-se na jurisprudência mencionada que não é exigida a presença de dolo direto, bastando o dolo eventual ou até mesmo, segundo faz referência expressa a sentença de instância, sendo suficiente colocar-se em situação de ignorância deliberada. Em outras palavras, aquele que podendo e devendo conhecer a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, mantém-se em situação de não querer saber, mas, não obstante, presta a sua colaboração, faz-se devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica. É a teoria da ignorância deliberada a que a jurisprudência desta Sala se referiu, entre outras, nas Sentenças do Supremo Tribunal n.º 1637/99, de 10 de janeiro de 2000, 946/2002, de 16 de maio, 236/2003, de 17 de fevereiro, 420/2003, de 20 de março, 628/2003, de 30 de abril, e 785/2003, de 29 de maio.”

³⁸⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed., Navarra: Aranzadi, 2012, p. 701.

³⁸⁸ CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. Algunas observaciones sobre el blanqueo de capitales. *Justitia*, n. 8, p. 72-3, dez. 2010.

³⁸⁹ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 327-8.

³⁹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p.183-199.

³⁹¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. In: VALENZUELA S., Jonatan (Ed.). *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Buenos Aires: EdiUNS, 2013, p.32.

De todo modo, diversamente do que se pode acreditar, o fato de a cegueira deliberada ter sido aplicada na Espanha contribui muito pouco para a análise de compatibilidade de tal figura no Brasil uma vez que, embora ambos os países sejam da tradição *civil law*, há peculiaridades nos respectivos sistemas de imputação criminal, especialmente no que tange a delimitação do conceito legal de dolo, presente no Brasil, mas ausente na Espanha. Nesse sentido, é esclarecedora a explicação de SILVEIRA³⁹² acerca das diferenças entre o sistema brasileiro e espanhol de imputação subjetiva de responsabilidade penal, que impõe desafios ao estudo comparado:

Fundamental ter-se presente um dos principais alertas quando se estuda legislação comparada. Não se pode, nunca, simplesmente ter a referência da previsão da norma estrangeira, como se dissesse ela respeito à mesma ordem de coisas que a legislação nacional. Veja-se, dessa forma, que a leitura do tipo penal da lavagem de dinheiro, na Espanha, compreende o entendimento acerca da expressa previsão relativa à incidência do que se poderia ter por dolo direto e de dolo eventual, o que se mostra muito diverso da legislação nacional (na qual resta dúvida sobre a extensão ao dolo eventual). Tem-se, por evidente, que a simples menção da legislação estrangeira não referenda e não é tão simples para justificar o pretendido, pois o seu teor é diverso do que, no Brasil, se encontra.

Portanto, considerando o panorama da *willful blindness* – seu desenvolvimento e consolidação pelas cortes federais norte-americanas e seu acolhimento pela *civil law* na Espanha – tem-se o substrato para a discussão acerca da aptidão da cegueira ou ignorância deliberada para figurar como elemento subjetivo da lavagem de dinheiro no Brasil.

4.1.2. APTIDÃO DA CEGUEIRA DELIBERADA COMO ELEMENTO SUBJETIVO DA LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

Como se indicou no tópico 2.1. supra – ao tratar dos tipos penais de lavagem de dinheiro previstos pela Lei nº 9.613/1998 – entende-se que o dolo direto é o elemento subjetivo dos tipos penais previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro. Porém, em razão de uma indevida equiparação entre a cegueira deliberada e o dolo eventual, muito se tem discutido a possibilidade de o dolo eventual preencher a figura típica da Lavagem de Dinheiro. Como esclarece LUCCHESI:

Embora os textos doutrinários não aludem expressamente à relação de equivalência ou de identidade entre dolo eventual e cegueira deliberada, afirmam que o dolo eventual é admitido nos tribunais [norte-]americanos por meio da cegueira

³⁹² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 122, p. 267, set./out. 2016.

deliberada, o que leva a concluir que, na visão dos autores, cegueira deliberada seria algo sinônimo a dolo eventual.³⁹³

A questão acerca da cegueira deliberada e sua equiparação com o dolo eventual começou a ganhar relevância no Brasil, em 2012, por duas razões. Primeiro, como brevemente mencionado na seção 4.1.1., no bojo da Ação Penal nº 470 Minas Gerais abriu-se espaço para a discussão sobre a aplicação da *willful blindness doctrine* no delito de lavagem de dinheiro. O Ministro Celso de Mello, acompanhando o relator Ministro Joaquim Barbosa, afirmou que, no tocante ao crime de lavagem de dinheiro, seria possível sua configuração mediante dolo eventual, notadamente no que pertine ao *caput* do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro, cujo reconhecimento se apoia no denominado critério da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida³⁹⁴.

A Ministra Rosa Weber recorreu aos precedentes das cortes federais norte-americanas para elucidar o que seria a *willful blindness doctrine* e ao direito comparado para indicar a recepção da doutrina da cegueira deliberada, no âmbito da *civil law*, em razão da Sentença 33/2005 do Supremo Tribunal Espanhol, em caso de lavagem de dinheiro que equiparou a cegueira deliberada com o dolo eventual naquele país³⁹⁵. Além disso, asseverou que a admissão do dolo eventual decorre da previsão genérica do artigo 18, I, do Código Penal, jamais tendo sido exigida previsão específica ao lado de cada tipo penal³⁹⁶.

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio manifestou-se contra a aceitação do dolo eventual expressando preocupação relativamente à exegese que a Corte estaria conferindo à lavagem de dinheiro. Igualmente, o Ministro Gilmar Mendes salientou que admitir a figura do dolo eventual – esteando-se na inadequada interpretação e incorporação da *willful blindness doctrine* – ante a abertura descritiva do tipo e a elasticidade que se pode conferir ao elemento subjetivo, gera inequívoco reflexo na esfera individual da liberdade:

Na minha compreensão, as condutas de *ocultar* e *dissimular* exigem o dolo direto, pois afiguram-me inconciliáveis com a mera aceitação de produzir o resultado.

³⁹³ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 55-58.

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 677*, Brasília, 27 a 31 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo677.htm>>. Acesso em 18 de junho de 2020.

³⁹⁵ À página 1.297 do acórdão: “Embora se trate de construção da common law, o Supremo Tribunal Espanhol, Corte da tradição da civil law, acolheu a doutrina em questão, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470 Minas Gerais*. Plenário, Relator Ministro Joaquim Barbosa, data do julgamento 17 de dezembro de 2012, p. 1297. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.).

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 1.298.

Quem oculta ou dissimula o faz querendo o resultado, não apenas admitindo sua ocorrência. [...]

O que se deve verificar, em concreto, é o grau de conhecimento ou de consciência da procedência dos bens, sendo certo que não pode situar-se no campo da mera desconfiança ou, ainda, da negligência (falta de cautela ou cuidado).

Ad argumentandum tantum, deve-se admitir com cautela a tese aqui também já referida acerca da cegueira deliberada (*willful blindness*). Tese essa que encontra limitações teóricas e práticas na *common law* e não pode ser importada sem suas adequadas implicações, por exemplo, a exigência de “criação consciente e voluntária de barreiras que evitem o conhecimento” (Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais, RT, p. 99).

Por outro lado, a exigência de um conhecimento pleno da proveniência ilícita do bem, dinheiro ou valor contrasta com a própria norma penal que se utiliza, no caput, da expressão indiretamente e da regra constante no inciso II e § 1º do art. 2º da Lei 9.613/98. [...]

Com efeito, o que se exige para a consumação do tipo penal não é o *domínio* de toda extensão do crime antecedente (autor, circunstâncias etc.), mas o conhecimento da procedência ilícita do *bem, direito ou valor*.³⁹⁷

Diante disso, nota-se que o julgamento da Ação Penal nº 470 Minas Gerais foi, sem dúvidas, um grande difusor da cegueira deliberada no contexto da lavagem de dinheiro no Brasil. Não obstante, observa-se também que, em razão da sua incompleta e inadequada interpretação, a discussão enveredou-se para sustentar uma similitude entre a cegueira deliberada e o dolo eventual, de modo, a autorizar a aplicação do dolo eventual na lavagem de dinheiro por meio do incorreto acolhimento da *willful blindness doctrine*³⁹⁸.

Além disso, a segunda razão pela qual a cegueira deliberada começou a ganhar relevância no Brasil, em 2012, foi a reforma introduzida pela Lei nº 12.683/2012 que suprimiu a expressão “que sabe serem provenientes” no artigo 1º, parágrafo 2º da Lei de Lavagem de Dinheiro, abrindo ainda mais a interpretação acerca dos elementos subjetivos necessários ao delito de lavagem de dinheiro. Segundo elucida CALLEGARI, referida “expressão [...] fechava, para grande parte da doutrina, a possibilidade de admissão do dolo eventual no delito de lavagem”³⁹⁹.

A partir disso, seguindo a interpretação que recepcionou a cegueira deliberada como sinônimo de dolo eventual, a doutrina propôs “a equiparação dos casos em que há o efetivo conhecimento dos elementos objetivos que configuram o tipo e aqueles em que há o desconhecimento intencional ou construído de tais elementos”⁴⁰⁰.

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470 Minas Gerais*. Plenário, Relator Ministro Joaquim Barbosa, data do julgamento 17 de dezembro de 2012, p. 5717-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

³⁹⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 129 e ss.

³⁹⁹ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 91-2.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 92-4.

Portanto, seja no influxo do julgamento da Ação Penal nº 470 Minas Gerais ou por ocasião da alteração introduzida pela Lei nº 12.683/2012, passa-se a tomar por certo a compatibilidade do dolo eventual derivado da cegueira deliberada no âmbito da lavagem de dinheiro, buscando somente estabelecer os limites da referida teoria no ordenamento pátrio⁴⁰¹.

Nesse sentido, como forma de colocar limites ao reconhecimento da cegueira deliberada o professor espanhol RAGUÉS I VALLÈS fixou três requisitos para sua aplicação. Primeiro, deve haver uma suspeita justificada do agente sobre a concorrência de sua conduta para com a atividade e, ainda assim, o agente cria barreiras ao conhecimento a fim de que não tenha pleno domínio do que suspeita que esteja ocorrendo. Segundo, deve haver disponibilidade de informações que pudessem dar conhecimento ao agente, ou seja, a existência de documentos, provas ou indícios que facilmente revelariam o delito. Por último, deve haver o elemento subjetivo específico de intenção da manutenção do estado de ignorância para proteger-se de eventual descoberta do delito e de futura condenação⁴⁰². Diante desse *checklist*, BOTTINI resume de modo preciso que:

Em síntese, a cegueira deliberada somente é equiparada ao dolo eventual nos casos de criação consciente e voluntária de barreiras que evitem o conhecimento de indícios sobre a proveniência ilícita de bens, nos quais o agente represente a possibilidade da evitação recair sobre atos de lavagem de dinheiro.⁴⁰³

Apesar do louvável esforço para disciplinar a aplicação equiparada da cegueira deliberada ao dolo eventual no ordenamento brasileiro, fato é que não se pode fugir à conclusão de LUCCHESI de que – ainda que exista uma semelhança entre ambos – são institutos provenientes de sistemas jurídicos com estruturas muito díspares⁴⁰⁴. Isso é, como se indicou no tópico 4.1.1. supra, a própria Suprema Corte dos Estados Unidos da América – ao tentar uniformizar os requisitos da *willful blindness doctrine* – ponderou que a instrução da *willful blindness* não pode ser aplicada a todo e qualquer caso de suposto desconhecimento⁴⁰⁵. No mais, o acolhimento da cegueira deliberada na *civil law* operou-se por meio da Espanha com a equiparação ao que se entende por dolo eventual no ordenamento jurídico espanhol, instituto

⁴⁰¹ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94-100.

⁴⁰² RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 142-3.

⁴⁰³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>>. Acesso em 20 de junho de 2020.

⁴⁰⁴ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 153 e ss.

⁴⁰⁵ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S. 754, decided in May 31, 2011.

diverso do dolo eventual no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁰⁶. Por fim, até mesmo os requisitos necessários para a configuração da *willful blindness* e a da cegueira deliberada são diversos⁴⁰⁷.

Portanto, idealmente, o mais adequado seria a insistir em evitar o acolhimento da cegueira deliberada e da sua equiparação ao dolo eventual no ordenamento jurídico brasileiro uma vez que o que se chama de cegueira deliberada no Brasil não guarda identidade com a regra da *willful blindness*⁴⁰⁸. Ciente disso, a rejeição do Ministro Gilmar Mendes na Ação Penal nº 470 Minas Gerais à introdução irresponsável da *willful blindness doctrine* no Brasil se torna extremamente pertinente⁴⁰⁹. Para além das condutas de ocultação e dissimulação na lavagem de dinheiro exigirem o dolo direto em razão da incompatibilidade da mera aceitação de produzir o resultado, o que deve se verificar, *in concreto*, é o grau de conhecimento da procedência dos bens, sendo certo que o elemento subjetivo não pode se situar no campo da mera desconfiança ou, ainda, da negligência.

Não obstante, na prática, mesmo diante de todas essas advertências, a situação posta atualmente no ordenamento jurídico brasileiro é da aceitação do dolo eventual, por meio da cegueira deliberada, como elemento subjetivo apto a configurar a lavagem de dinheiro. Diante disso, como defende CARDOSO “uma vez que a teoria é uma realidade nos tribunais superiores, que ao menos sejam criados parâmetros de aplicação que restrinjam o seu uso para as hipóteses dolosas”⁴¹⁰. Nessa linha, devem ser aplicados, ao menos, os três critérios do *checklist* do professor espanhol RAGUÉS I VALLÈS para balizar a aplicação da cegueira deliberada – que não é sinônimo da *willful blindness* – no âmbito da lavagem de dinheiro no Brasil.

4.2. Autolavagem

O segundo desafio atual é denominado de autolavagem e versa sobre os questionamentos acerca do sujeito ativo do delito de lavagem de dinheiro. Se, de um lado, a

⁴⁰⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, p. 267, set./out. 2016.

⁴⁰⁷ TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 85-6.

⁴⁰⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 153 e ss.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470 Minas Gerais*. Plenário, Relator Ministro Joaquim Barbosa, data do julgamento 17 de dezembro de 2012, p. 5717-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

⁴¹⁰ CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 86. Acesso em 20 de maio de 2019.

doutrina considera, sem grandes dúvidas, de forma unânime que o delito de lavagem de dinheiro é um crime comum – independentemente das previsões dos deveres administrativos especiais impostos aos sujeitos obrigados – não tão pacífica assim é a consequência de tal assunção. Isso é, em se tratando de crime comum, pode ser cometido por qualquer pessoa, inclusive pelo autor da infração penal que antecede a lavagem de dinheiro. Nesse caso, incidir-se-á no questionamento acerca da autolavagem, examinado neste tópico, ou seja: se é possível que o autor da infração penal antecedente seja o mesmo da lavagem de dinheiro.

Diante disso, inicialmente, será exposto como a legislação, doutrina e jurisprudência da Espanha – país usado como paradigma ao longo deste trabalho pelas razões explicitadas na seção 2.2. supra – se posicionaram acerca da adoção do *autoblanqueo*. Apesar da autolavagem ter se difundido muito pelo termo em inglês, *self-laundering*, tal questão não é um problema nos Estados Unidos da América. Acredita-se, portanto, que a difusão do termo *self-laundering*, adveio da necessidade de utilizar a língua inglesa, enquanto língua global, para propagar o termo e sua discussão em países europeus e latinos⁴¹¹. Portanto, não se fará comparação acerca deste tema com os Estados Unidos da América ante a ausência de relevância de tal discussão naquele ordenamento jurídico que aplica a autolavagem de forma indiscriminada⁴¹².

Após estudar o *autoblanqueo* na Espanha, esteando-se na doutrina e precedentes nacionais, serão analisadas as problemáticas em que se insere a autolavagem no Brasil e se há refinamentos que possam ser adotados diante de tal discussão.

4.2.1. AUTOBLANQUEO NA ESPANHA

A Convenção de Viena de 1988, fonte de inspiração no âmbito do *blanqueo de capitales* no ordenamento jurídico espanhol – como explicitado no tópico 1.3. supra –, nada mencionou

⁴¹¹ Ao pesquisar pelo termo “self-laundering” na plataforma privada eletrônica da Thomson Reuters denominada Westlaw, não foi encontrado nenhum *case law* sobre o tema. Somente foram encontradas doze fontes secundárias que eram artigos redigidos em inglês acerca da questão justamente no âmbito de países da Europa e da América Latina. Ademais, a busca por “self laundering” (sem hífen) resultou no mesmo resultado. Esclarece-se, ainda, que a busca por “selflaundering” (em uma única palavra) gerou nenhum resultado uma vez que tal ortografia é incorreta.

⁴¹² SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 111. Acesso em 12 de maio de 2019. Como esclarece BLANCO CORDERO o que há na jurisprudência norte-americana é a discussão acerca do “*dual purpose*” que seriam operações, em que não se consegue distinguir com clareza, se tratam-se de um gasto do recurso ilícito ou se seriam destinadas a ocultar a origem de tais recursos. Assim, a jurisprudência norte-americana teria fixado que tais finalidades devem ser deduzidas com base nas provas indiciárias apresentadas. Veja-se: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed., Navarra: Arazandi, 2015, p. 650-1.

acerca da possibilidade da autolavagem de dinheiro. Em verdade, o primeiro instrumento internacional que tratou sobre o sujeito ativo da lavagem de dinheiro deu-se no âmbito das Convenções do Conselho da Europa, em 1990 com a Convenção de Estrasburgo (Convenção sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime)⁴¹³. Posteriormente, a Convenção de Palermo, em 2000, trouxe em seu artigo 6º, item 2, “e”, a permissão para que os Estados Partes afastassem a responsabilização pela lavagem de capital, caso fosse praticada pelo autor do crime antecedente, se assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno daquele Estado⁴¹⁴. Portanto, há países, como a Itália, em que o autor da infração antecedente não poderá ser responsabilizado pelo crime de lavagem, em virtude da adoção do direito interno da reserva⁴¹⁵.

Esse não é o caso da Espanha. Na Espanha, tal qual no Brasil, também se tem, por unanimidade, o entendimento doutrinário de que o delito de lavagem de dinheiro é um crime comum. Por consequência, não foi surpreendente a previsão do *autoblanqueo* incorporada no artigo 301 do Código Penal Espanhol por meio da reforma da Lei Orgânica 5/2010. Muito pelo contrário, OLIVEIRA afirma que antes mesmo de tal inclusão, a jurisprudência espanhola já vinha admitindo a sanção do *autoblanqueo* com base em uma “*interpretación auténtica*” que já era possível ser feita em relação ao artigo 301 do Código Penal Espanhol⁴¹⁶. Tal questão foi consolidada por meio do “*Acuerdo de 18 de julio de 2006 sobre Art. 301 de CP y concurso real*” em que se fixou, de forma vinculante, que o artigo 301 do Código Penal Espanhol não exclui, em todo caso, o concurso real da lavagem de dinheiro com o delito antecedente⁴¹⁷.

Não obstante, ainda assim, o *autoblanqueo* é alvo de críticas e estudos por parte da doutrina espanhola. A uma, em razão de uma possível sobreposição entre a fase de esgotamento da *actividad delictiva previa* e os atos posteriores de lavagem de dinheiro ocasionando um indesejado *bis in idem*⁴¹⁸; a duas, por ocasião do argumento político criminal de que seria mais adequado focar na punição de terceiros que se prestam a realizar a lavagem de dinheiro com a finalidade de facilitar que os autores do delito antecedente aproveitem destes, do que focar nos

⁴¹³ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed., Navarra: Arazandi, 2015, p. 629-30.

⁴¹⁴ “Artigo 6 - Criminalização da lavagem do produto do crime [...] e) Se assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte, poderá estabelecer-se que as infrações enunciadas no parágrafo 1 do presente Artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham cometido a infração principal;”

⁴¹⁵ TONINI, Paolo Vincenzo. *Self-Money Laundering: A Critical Comparative and Transnational Approach to the Criminalisation Process in Italy, U.K and U.S.A.* LAP LAMBERT Academic Publishing, 2015, p. 1-88.

⁴¹⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Tema 18. Blanqueo de capitales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); ROBLES PLANAS, Ricardo (coord). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa: parte general y especial*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, p. 660.

⁴¹⁷ ESPAÑA. Tribunal Supremo de España. *Acuerdo de 18 de julio de 2006 sobre Art. 301 de CP y concurso real*, Gabinete Técnico, Sala Segunda, Madrid, 18 de julio de 2006.

⁴¹⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 659-61.

atos do autor do delito antecedente dirigidos a assegurar os benefícios oriundos destes⁴¹⁹; a três, porque haveria uma *inexigibilidad de conducta diversa*, posto que, como afirma SIQUEIRA, o agente que obtém bens derivados de um delito forçosamente realizará atos com tendência a empregá-los no mercado lícito⁴²⁰.

Em resposta a tais argumentos, contra-argumenta-se que, para além da recepção expressa do *autoblanqueo* na lei e nos precedentes, há o entendimento acerca da autonomia do delito de *blanqueo de capitales* e da infração penal antecedente que evitaria o risco do *bis in idem*, uma vez que a lavagem de ativos começa com o fim da infração penal que origina os bens, valores ou direitos, ou seja, inicia com a conclusão da *actividad delictiva previa*, sem lugar, portanto, para o prosseguimento do *iter criminis* ou *bis in idem*⁴²¹. No mais, pode haver uma diversidade de bens jurídicos atingidos⁴²². Somente estar-se-ia submetendo o agente à dupla responsabilização penal caso haja consunção entre o delito antecedente e o *blanqueo de capitales*. Em relação ao argumento de política criminal, rechaça-se a perspectiva de que o *autoblanqueo* seria um irrelevante penal uma vez que ainda assim afeta-se a ordem econômica sendo passível de reprovação penal⁴²³.

Para além de tais críticas e defesas gerais ao *autoblanqueo*, fato é que a previsão encontra fundamento legal e é aplicada pelos tribunais espanhóis⁴²⁴, ainda que com algumas limitações. Por exemplo, na Sentencia 265/2015 do Supremo Tribunal Espanhol, no âmbito do *autoblanqueo* fixou-se que se evita sancionar por *blanqueo* o autor do delito prévio pelo mero fato de utilizar os bens que são consequência necessária e imediata da realização do delito⁴²⁵.

Nesse sentido, há relevantes debates acerca dos limites do *autoblanqueo*. Um deles se soma justamente às Recomendações do GAFI de 2012 ao sugerir a expansão do escopo das infrações penais antecedentes da lavagem de dinheiro a fim de incluir os crimes tributários⁴²⁶.

⁴¹⁹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Tema 18. Blanqueo de capitales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); ROBLES PLANAS, Ricardo (coord). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa: parte general y especial*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, p. 659.

⁴²⁰ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 562-66.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 562-66.

⁴²² BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed., Navarra: Aranzadi, 2012, p. 488 et seq.

⁴²³ SIQUEIRA, op. cit., p. 562-66.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 717-20.

⁴²⁵ ESPAÑA. Tribunal Supremo de España. *Sentencia 265/2015*, Ponente Candido Conde-Pumpido Touron, Madrid, 29 de abril de 2015.

⁴²⁶ Informações à imprensa obtidas no sítio eletrônico do GAFI/FATF disponível em: < <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatfstepsupthefightagainstmoneylaunderingandterroristfinancing.html>>. Acesso em 03 julho de 2020.

Tal previsão consta às fls. 168-9 dos Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação. Veja-se: GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA

Nesse contexto, deve-se pontuar importante discussão existente na Espanha acerca especificamente de quando se tem como *actividad delictiva previa* crimes tributários. Em primeiro lugar, há quem questione a idoneidade de um delito fiscal figurar como objeto de lavagem de dinheiro uma vez que não haveria nenhum aumento patrimonial do agente por ocasião de tal conduta⁴²⁷. Isso é, a *cuota tributaria defraudada* não supõe um incremento do patrimônio do sujeito ativo. Em segundo lugar, no mesmo sentido, afirma-se que tampouco haveria origem ilícita dos valores⁴²⁸. Em resposta a esses dois argumentos, outra parte da doutrina afirma que a *cuota tributaria defraudada* ocasiona uma poupança dos gastos que seria apta para figurar como objeto da lavagem de dinheiro⁴²⁹ e que de acordo com o artigo 305 do Código Penal Espanhol a evasão de pagamento de impostos por meio de fraude constitui figura típica que gera uma obrigação tributária⁴³⁰. Consubstancia-se a isso a Sentencia 974/2012 do Supremo Tribunal Espanhol que esclareceu o conceito de *cuota tributaria defraudada* e sua subsunção ao artigo 305 do Código Penal Espanhol⁴³¹.

Há outros autores que afirmam que a problemática que circunda essa questão não diz respeito ao delito fiscal em si, mas sim ao autor e sua conduta. Isso é, se o agente que cometeu o delito fiscal, por meio de sua conduta, queria cometer o *blanqueo de capitales* e teria praticado os verbos do tipo do *blanqueo de capitales*. No caso dos crimes tributários, a única opção que o legislador espanhol deu ao autor para evitar sanções é buscar regularizar a situação fiscal. Assim sendo, parece que aquele que comete crime fiscal não teria opção – à exceção da regularização – senão exaurir tais valores, caso contrário, estaria se autoincriminando⁴³². Não obstante, tal tese foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Espanhol afirmando que o direito fundamental de não autoincriminação não pode ser usado para justificar fraudes⁴³³. No mais, refuta-se a problemática ao entender-se pela possibilidade de o autor por meio de sua conduta

INTERNACIONAL. Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação. *As Recomendações do GAFI*, fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

⁴²⁷ PRADO, Ignacio Martínez-Arrieta Márquez de. *El Autoblanqueo el Delito Fiscal Como Delito Antecedente del Blanqueo de Capitales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 67-8.

⁴²⁸ Ibid., p. 69.

⁴²⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, marzo 2011, p. 22-3. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>>. Acesso em 2 julho de 2020.

⁴³⁰ Ibid., p. 19-20.

⁴³¹ ESPAÑA. Tribunal Supremo de España. *Sentencia 974/2012*, Ponente Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, Madrid, 5 de Diciembre de 2012.

⁴³² PRADO, Ignacio Martínez-Arrieta Márquez de. *El Autoblanqueo el Delito Fiscal Como Delito Antecedente del Blanqueo de Capitales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 74-7.

⁴³³ ESPAÑA. Tribunal Supremo de España. *Sentencia 1493/1999*, Ponente Candido Conde-Pumpido Touron, Madrid, 21 de Diciembre de 1999.

cometer tanto o delito fiscal quanto o *blanqueo de capitales*, uma vez que não haveria *bis in idem* em razão da existência de bens jurídicos diversos⁴³⁴.

Portanto, diante desse cenário, é consolidado o entendimento espanhol acerca da possibilidade do *autoblanqueo*. Contudo, a dificuldade remanesce em delimitar os limites do *autoblanqueo*. Nesse sentido, ainda é existente e latente na Espanha a controvérsia sobre a possibilidade de os delitos fiscais figurarem como *actividad delictiva previa* do *blanqueo de capitales*. Contudo, adota-se o entendimento de BLANCO CORDERO no sentido de que a *cuota tributaria defraudada* pode ser objeto de lavagem de dinheiro. Desse modo, a questão recairia especificamente sobre se o autor incorreu em algum dos verbos do tipo de *blanqueo de capitales* com o intuito de dar à *cuota tributaria defraudada* a aparência de legalidade⁴³⁵.

4.2.2. AUTOLAVAGEM NO BRASIL

No Brasil, tal qual na Espanha, não há a vedação à autolavagem. Dessa forma, não se aplica a previsão contida no artigo 6º, item 2, “e” da Convenção de Palermo. Isso porque entende-se que o delito de lavagem de dinheiro é crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa. Caso se vedasse a punição do autor da infração penal antecedente como autor da lavagem de dinheiro, estar-se-ia perante um crime próprio que só poderia ser praticado por pessoas estranhas ao ilícito original. Assim, muito embora pareça ser possível a punição do autor da infração penal antecedente em concurso material com o crime de lavagem de dinheiro, tal questão se cerca de problemas e dúvidas.

O primeiro problema e seus desdobramentos relacionam-se com o bem jurídico tutelado. Isso é, a recepção da punição da autolavagem embasa-se no reconhecimento da autonomia e desvinculação entre a lavagem de dinheiro e a infração penal antecedente. Assim, restaria apenas uma relação de causalidade material entre a lavagem de dinheiro e o delito anterior. Portanto, a corrente minoritária que defende que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro é o mesmo daquele tutelado pela infração penal antecedente não pode proceder uma vez que a ideia da identidade dos bens jurídicos tutelados seria contrária ao movimento político-

⁴³⁴ PRADO, Ignacio Martínez-Arrieta Márquez de. *El Autoblanqueo el Delito Fiscal Como Delito Antecedente del Blanqueo de Capitales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 77-82.

⁴³⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, marzo 2011, p. 43-6. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>>. Acesso em 2 julho de 2020.

criminal de autonomia da lavagem de dinheiro; ocasionaria inegável *bis in idem* e também impediria a punição da autolavagem que tem sido plenamente aceita no Brasil⁴³⁶.

De todo modo, ainda que se reconheça a autonomia entre a lavagem de dinheiro e a infração penal antecedente e, conseqüentemente, a autonomia entre os bens jurídicos tutelados por ambas, o problema ainda permaneceria em relação a alguns delitos antecedentes que já carregam em sua descrição típica um ato de ocultação ou dissimulação. Diante dessa questão, o Supremo Tribunal Federal assentou que não é considerada lavagem de capitais o mero exaurimento do crime anterior⁴³⁷. Em outras palavras, não há que se falar em lavagem de dinheiro quando a conduta que termina o delito “anterior” visa somente exaurir o produto do crime.

Exatamente nesse sentido, no bojo do Inquérito nº 2.471 São Paulo (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 29.09.2011), o Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que o recebimento de vantagem oriunda de corrupção, via interposta pessoa, não pode, além da própria corrupção passiva, configurar também o delito de lavagem na modalidade “ocultar”, por fazer parte dos próprios elementos típicos do artigo 317 do Código Penal. Dessa forma, seria necessário ato subsequente e autônomo, destinado à ocultação, dissimulação ou reintegração dos recursos⁴³⁸.

Portanto, fixou-se que se o único ato de ocultação ou dissimulação foi aquele já contemplado pelo tipo penal da infração penal antecedente, tendo atingido o bem jurídico da infração penal antecedente, haverá consunção e, com isso, não haverá a lavagem de dinheiro. A consunção ocorre quando o fato previsto por um tipo penal está compreendido em outro mais abrangente.

Caso contrário, haverá a chamada autolavagem, hipótese em que o autor da infração penal antecedente é também o agente da lavagem de dinheiro. É possível que o autor do ilícito anterior seja o mesmo do crime de lavagem de capitais desde que sejam comprovados atos

⁴³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 83-4.

⁴³⁷ Indica-se que o método para referida pesquisa foi a busca direta no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Acessou-se a pesquisa de jurisprudência inserindo a procura pelos termos “‘lavagem de dinheiro’ e ‘mero exaurimento’” desta forma e nesta ordem. Com isso, foram obtidos e analisados doze acórdãos da Corte de modo que os entendimentos mencionados no Inquérito nº 2.471 São Paulo foram encontrados a partir de tal pesquisa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=lavagem%20de%20dinheiro%20e%20mero%20exaurimento&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em 29 de janeiro de 2020).

⁴³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 2.471 São Paulo*. Plenário, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, data do julgamento 29 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1783054>>. Acesso em 29 de janeiro de 2020.

subsequentes, autônomos, tendentes a converter o produto do crime em ativos lícitos, e capazes de ligar o agente lavador à pretendida higienização do produto do crime antecedente. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já consolidou a possibilidade de autolavagem de dinheiro no ordenamento jurídico brasileiro⁴³⁹.

Assim sendo, a possibilidade da incriminação da autolavagem “pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado)” tal como se fixou nos Sextos Embargos Infringentes da Ação Penal nº 470 Minas Gerais (Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 13.03.2014)⁴⁴⁰. No âmbito da Ação Penal nº 1.003 Distrito Federal (Relator Ministro Edson Fachin, julgamento em 18.06.2018) também aparece menção acerca da inexistência de vedação da autolavagem na legislação brasileira uma vez “que o crime de lavagem de dinheiro é autônomo em relação à infração penal antecedente, sendo perfeitamente possível que o autor do ilícito anterior seja o mesmo do crime de lavagem de capitais”⁴⁴¹.

De todo modo, mesmo diante da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade da autolavagem no ordenamento jurídico brasileiro; da ocorrência da consunção e das ressalvas realizadas sobre a autonomia entre os bens jurídicos, remanesce outro problema relacionado ao bem jurídico: a ocorrência de *bis in idem* nas hipóteses em que o bem jurídico da infração penal antecedente seja o mesmo identificado na lavagem de dinheiro, *i.e.*, a ordem econômica. A autolavagem, portanto, somente será punível quando o bem jurídico afetado pelo delito antecedente seja diverso do protegido pela Lei de Lavagem de Dinheiro⁴⁴².

Um segundo problema diz respeito à ausência de culpabilidade do agente da autolavagem sob o fundamento de inexigibilidade de conduta diversa. Ou seja, argumenta-se que o autor da infração penal antecedente não teria alternativa, senão lavar os produtos oriundos

⁴³⁹ O método para pesquisa foi a busca direta no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Acessou-se a pesquisa de jurisprudência inserindo a procura pelo termo “autolavagem”. Com isso, foram obtidos e analisados quatorze acórdãos da Corte de modo que os entendimentos mencionados nos Sextos Embargos Infringentes da Ação Penal nº 470 Minas Gerais e na Ação Penal nº 1.003 Distrito Federal foram encontrados a partir de tal pesquisa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22autolavagem%22&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em 06 de julho de 2020).

⁴⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sextos Embargos Infringentes da Ação Penal nº 470 Minas Gerais*. Plenário, Relator Ministro Luiz Fux, data do julgamento 13 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6556191>>. Acesso em 06 de julho de 2020.

⁴⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 1.003 Distrito Federal*. Segunda Turma, Relator Ministro Edson Fachin, data do julgamento 18 de junho de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748804145>>. Acesso em 06 de julho de 2020.

⁴⁴² CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. Da impossibilidade do cúmulo material entre o delito de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião (Org.). *Direito Penal e Processual Penal Contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019, v. 1, p. 39-47.

dessa a fim de que pudesse usufruí-los sem se autoincriminar. Tal argumentação encontra mais apoio alhures do que no Brasil. Por exemplo, como se mencionou quando da análise do *autoblanqueo*, SIQUEIRA defende haver uma *inexigibilidad de conducta diversa* uma vez que o agente que obtém bens derivados de um delito forçosamente realizará atos com tendência a empregá-los no mercado lícito⁴⁴³.

No Brasil, DAL SANTO ao analisar a inexigibilidade de conduta diversa no âmbito da autolavagem diz que “[...] o que se pretende punir com a autolavagem [...] seria necessariamente uma ação já tipificada, sendo inexigível a criação de novo tipo penal para criminalizar a mesma conduta, de modo mais severo e empregado sob o pretexto do princípio da especificidade.”⁴⁴⁴ De outro lado, BOTTINI entende ser inaplicável a tese sobre a ausência de culpabilidade do agente da autolavagem sob o fundamento de inexigibilidade de conduta diversa posto que o autor da autolavagem não estaria somente tomando medidas e precauções para tornar seguro o proveito da infração penal anterior, mas sim buscando “tal segurança pela reciclagem, mascaramento, reinserção dos bens na economia formal, com aparência lícita.”⁴⁴⁵

A terceira questão observada no âmbito da autolavagem relaciona-se com a possibilidade dos crimes contra a ordem tributária figurarem como antecedentes. Considerando a opção legislativa brasileira de que toda e qualquer infração penal pode figurar como antecedente de lavagem de dinheiro, surgem alguns questionamentos acerca da possibilidade e adequação dos delitos contra a ordem tributária – contidos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/1990 e artigos 168-A, 334 e 337-A do Código Penal – serem antecedentes da lavagem de dinheiro. Tais questionamentos e dificuldades foram antecipados pelos ordenamentos jurídicos estrangeiros, dentre eles, a Espanha como se explicitou na seção sobre *autoblanqueo*. De modo semelhante ao que aconteceu naquele país, no Brasil, há dois principais argumentos contrários à previsão dos crimes tributários como antecedentes da lavagem de dinheiro: (i) há a constatação de produto nos crimes tributários? e (ii) no caso de autolavagem, a conduta destinada à prática do crime tributário é posterior e autônoma àquela destinada à lavagem de dinheiro?

Assim como na Espanha, há quem defenda no Brasil que os crimes tributários não geram recursos e não poderiam anteceder a lavagem de dinheiro. Não obstante, corrente majoritária

⁴⁴³ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 562-66.

⁴⁴⁴ DAL SANTO, Luiz Phelipe. A indevida criminalização da autolavagem de dinheiro. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 3, n. 4, p. 193-253, jul. 2018.

⁴⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 131-2.

em ambos os países entendem que os crimes contra a ordem tributária produzem resultado material e, conseqüentemente, geram produto⁴⁴⁶. Portanto, como assevera BOTTINI, “os valores não pagos ou repassados ao fisco nos crimes tributários são produto do delito”⁴⁴⁷, exceto em duas situações: (a) quando o valor for abarcado pelo parâmetro de insignificância nos crimes tributários e (b) quando houver a regularização da situação fiscal com efeitos de extinção da punibilidade.

No que tange à relação causal e posterior entre o crime tributário e a lavagem de dinheiro, é necessário que se constate que o recurso dissimulado é o mesmo advindo do crime tributário. Além disso, como os crimes contra a ordem tributária, geralmente, apresentam como elemento típico a conduta de ocultação de patrimônio com a finalidade de evitar o pagamento dos valores devidos ao fisco, para que não ocorra *bis in idem* a conduta de ocultação da lavagem de dinheiro deve ser posterior e autônoma àquela adotada para a prática do delito tributário⁴⁴⁸.

Portanto, entende-se pela possibilidade de haver autolavagem de dinheiro com o crime tributário figurando como antecedente desde que (i) se tenha com clareza a relação de causalidade entre o recurso oriundo do crime tributário e o recurso dissimulado na lavagem de dinheiro e (ii) o ato de ocultação da lavagem de dinheiro seja posterior e autônomo ao ato de ocultação do delito tributário.

Um quarto ponto interessante de se tratar, no âmbito da autolavagem, é a comparação da lavagem de dinheiro com os delitos de receptação e favorecimento real – analisados de modo aprofundado no tópico 3.4. supra. Embora a criminalização da receptação e do favorecimento real sejam estruturalmente próximas à da lavagem de dinheiro, uma das diversas distinções entre tais delitos esteia-se, de um lado, na possibilidade da autolavagem e, de outro lado, na impossibilidade dos agentes do crime antecedente e da receptação ou favorecimento real serem os mesmos, justamente em decorrência do que dispõe a própria leitura de tais tipos penais, contidos nos artigos 180 e 349 do Código Penal, respectivamente.

Ante a todos esses problemas afeitos à autolavagem, conclui-se pela possibilidade de sua punição no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, como ressalva CALLEGARI “ao permitir a punição, a lei brasileira também não o fez de maneira generalizada, exigindo que

⁴⁴⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, marzo 2011, p. 22-3. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>>. Acesso em 2 julho de 2020.

⁴⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 117.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 118.

sejam respeitados certos princípios de Direito Penal para que a autolavagem seja punível.”⁴⁴⁹ Assim sendo, entende-se que o mais adequado seria solução via *lege ferenda* em que se fixe a possibilidade de autolavagem de dinheiro no bojo da própria Lei de Lavagem de Dinheiro, mas elucidando as devidas ressalvas. Ou seja, que só poderá haver autolavagem caso (i) não haja coincidência entre os bens jurídicos tutelados pela infração penal antecedente e a lavagem de dinheiro (*i.e.* ordem econômica) sob pena de *bis in idem*; (ii) haja conduta posterior e autônoma destinada a ocultar os recursos ilícitos obtidos pelo delito antecedente e (iii) não haja consunção entre a conduta de ocultar e/ou dissimular encerrada na infração penal antecedente e a que inicia a lavagem de dinheiro.

4.3. Limites da responsabilidade penal na lavagem de dinheiro: autoria; participação e condutas neutras

Outro relevante desafio atual existente no âmbito da lavagem de dinheiro é a dificuldade para estabelecer e delimitar a atribuição de responsabilidade penal por tal delito. Isso porque, para além das definições e limites da autoria e participação na lavagem de dinheiro, esse delito é tradicionalmente vinculado com a criminalidade organizada o que impõe ainda mais desafios para uma adequada apuração de responsabilidade penal em estruturas hierarquizadas de poder. Ademais, com a expansão indiscriminada da imputação de lavagem de dinheiro em denúncias, torna-se crucial esclarecer o problema atinente às condutas neutras e profissionalmente adequadas. A bem da verdade, tais dificuldades decorrem também do texto da Lei de Lavagem de Dinheiro uma vez que essa dispõe sobre a prevenção e o estímulo a colaboração de setores sensíveis, nos termos do artigo 9º, e inclui como agente do delito qualquer pessoa que participa de grupo, associação ou escritório, conforme o previsto no artigo 1º, parágrafo 2º, inciso II⁴⁵⁰.

Justamente nesse sentido, SCHORSCHER contextualiza:

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 delitativa, 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

⁴⁴⁹ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. Da impossibilidade do cúmulo material entre o delito de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião (Org.). *Direito Penal e Processual Penal Contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019, v. 1, p. 40.

⁴⁵⁰ “§ 2o Incorre, ainda, na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012): [...] II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.”

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.

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.⁴⁵¹

Diante de tais problemáticas, inicialmente, serão expostas as questões atinentes à autoria e participação à luz da doutrina nacional e internacional e de precedente nacional. Posteriormente, da mesma forma, serão analisadas as denominadas condutas neutras relacionadas ao exercício de atividades profissionais como, preferencialmente, dos agentes financeiros e dos advogados.

4.3.1. AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

Como fixa SANTOS “[a] relação do sujeito ativo com a conduta descrita no tipo legal pelo legislador pode existir sob as formas de autoria ou de participação, como categorias gerais que abrangem todas as modalidades de contribuições pessoais para o fato criminoso.”⁴⁵² Desse modo, a atribuição de responsabilidade baseia-se na possibilidade de imputar uma conduta típica e antijurídica a uma pessoa culpável. Ou seja, para a imputação da responsabilidade penal é necessário demonstrar uma relação entre o agente e o resultado ilícito.

No caso da lavagem de dinheiro, somente é possível responsabilizar o agente caso o delito tenha sido causado por ele – ou se o risco de sua ocorrência foi por ele assumido ou incrementado – e o delito possa ser imputado objetivamente a uma atuação sua. Diante disso, faz-se necessário distinguir tais situações daquelas em que o agente apenas causou um risco permitido de ocorrência da lavagem de dinheiro, quando não poderá ser punido uma vez que suas ações se deram dentro dos limites do risco inerente e regular de sua atividade, por exemplo, através da realização de investimentos em consonância com as normas financeiras e bancárias aplicáveis. Nesse âmbito tem-se o problema relacionado ao limite das ações neutras e social ou profissionalmente adequadas, analisado no tópico 4.3.2.

⁴⁵¹ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 105. Acesso em 12 de maio de 2019.

⁴⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 343.

Portanto, foca-se neste tópico nos casos que não dizem respeito às condutas neutras, mais especificamente, na autoria e participação no âmbito da lavagem de dinheiro. Acerca da autoria na lavagem de dinheiro, BOTTINI diz que:

Autor é o titular do delito, aquele sobre o qual recai a responsabilidade principal ou nuclear pela prática da ação penal. [...] Assim, em primeiro lugar, será autor aquele que pratica diretamente e sem coação, qualquer dos comportamentos descritos no art. 1º da Lei, com ciência e intenção de realização típica. [...] Também será autor aquele que colabora de maneira funcional e essencial com o delito praticado em conjunto, colocando-se em posição chave, central, da prática criminosa, desde que tenha controle consciente de suas atribuições essenciais relacionadas ao curso causal e tenha poder de interrupção de seu desdobramento. [...] Por fim, também são autores aqueles que praticam a lavagem de dinheiro por meio do domínio da vontade de outrem que age sem dolo ou culpabilidade, em regra sob coação ou em erro. São as hipóteses nas quais o agente da lavagem usa o outro como instrumento para o ato delitivo (autoria mediata).⁴⁵³

Assim, a uma, haverá a autoria direta quando o sujeito ativo comete, com dolo, algum dos verbos do tipo contidos no artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro. A duas, será autor (ou coautor) aquele que detém domínio do fato, ou seja, aquela pessoa que, ao longo da realização da lavagem de dinheiro, conscientemente o determina, podendo interferir no modo de sua realização ou mesmo interromper o seu curso. A três, ocorrerá autoria mediata quando o autor da lavagem de dinheiro usa como instrumento alguém que atua sem culpabilidade (por ser inimputável; por agir em erro de proibição ou por exigibilidade de conduta diversa) ou em erro de tipo, levando tal pessoa a executar a conduta criminosa. Nesse caso, somente será passível de punição o autor mediato uma vez que o executor será impunível por ausência de culpabilidade ou por atipicidade da conduta.

Para além de tais formas de autoria mais facilmente reconhecíveis e aplicáveis, questão mais controvertida diz respeito à lavagem de dinheiro por meio da criminalidade organizada, quando há estruturas hierarquizadas de poder destinadas – integral ou parcialmente – a práticas criminosas. Nesses casos, o “chefe” da estrutura dispõe de um aparato de poder por meio do qual determina a prática do delito a um subordinado, que tem ciência dos fatos, dolo e culpabilidade, mas é facilmente substituível. Em tal situação, BOTTINI diz que “[a]inda que falte ao dirigente o completo domínio dos fatos – pois não acompanha o curso causal de cada ato de lavagem de dinheiro – e o agente executor direto seja punível, haverá autoria mediata, dado seu domínio sobre o aparato [...] e a fungibilidade dos executores [...]”⁴⁵⁴. Não obstante, esteando-se no posicionamento de ROXIN, BOTTINI ressalva que referido entendimento aplicar-se-ia

⁴⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 167-170.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 169.

apenas para organizações que “funcionam à margem da legalidade, como em organizações criminosas tradicionais”⁴⁵⁵. Da mesma forma, MARTÍNEZ-BUJÁN sustenta que só deveria caber a autoria mediata em organizações que se dirigem somente ao cometimento de ilícitos penais⁴⁵⁶.

Assim sendo, ainda remanesceria o problema quando a organização criminosa em questão é uma empresa ou instituição notadamente lícita destinada a atividades lícitas aonde, porventura, ocorrem delitos por ordem de superiores. Nesse caso, não há que se falar em autoria mediata posto que “o dirigente que dispõe de uma estrutura organizada de poder e implementa um sistema de lavagem de dinheiro sobre o qual não tem domínio direto dos fatos, responderá por participação na medida de sua culpabilidade, e o executor direto será autor do delito.”⁴⁵⁷ Isso porque, pressupõe-se que, em tais ambientes não seria presente o elemento de fungibilidade dos funcionários que se recusam a realizar a prática delitiva.

Não obstante, na prática, parte da doutrina⁴⁵⁸ e a jurisprudência afastam tal limitação e aplicam a autoria mediata nos casos das empresas ou instituições financeiras que atuam na legalidade, mas também se destinam à lavagem de dinheiro. Nesse sentido, na Ação Penal nº 470 Minas Gerais, reconheceu-se a aplicação da teoria do domínio funcional do fato no delito de lavagem de dinheiro admitindo-se, portanto, a coautoria⁴⁵⁹, a autoria mediata⁴⁶⁰ e a

⁴⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 169 citando ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. 7. ed., Barcelona: Marcial Pons, 1997, t. I, p. 268-73.

⁴⁵⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general*. 2. ed., Tirant Lo Blanch: Valencia, 2007, p. 497.

⁴⁵⁷ BADARÓ, op. cit., p. 170.

⁴⁵⁸ Para uma exposição sobre a questão, veja-se: SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 380-95.

⁴⁵⁹ Veja-se no voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa: “Se a prova dos autos for indicativa de que, ao cumprir a ordem recebida, tinham efetiva consciência do seu caráter ilegal, independentemente desse caráter estar oculto ou manifesto, terão agido com dolo. Pode, ainda, sim, incidir a atenuante do art. 65, III, “c”, do Código Penal – crime cometido sob coação resistível ou cumprimento de ordem de superior hierárquico. Do ponto de vista do concurso de agentes, teriam aderido, nesse caso, à vontade delitiva e agido, portanto, em coautoria (se se compartilhavam do domínio do fato) ou como partícipe/cúmplice. Ainda, se a participação for tida como de menor importância, a pena pode ser reduzida nos termos do art. 29, § 1º, do Código Penal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470 Minas Gerais*. Plenário, Relator Ministro Joaquim Barbosa, data do julgamento 17 de dezembro de 2012, p. 1247. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.)

⁴⁶⁰ Prossegue o Ministro Relator Joaquim Barbosa assim dizendo: “Se a prova dos autos for indicativa de que a ilegalidade das ordens recebidas não era aparente, ao cumpri-las teriam agido em situação de erro de proibição escusável (erro inevitável sobre a ilicitude do fato), induzidas que teriam sido pela obediência hierárquica presente na relação de emprego. Aqui, na condição de empregada, teriam cumprido com a suas tarefas – por exemplo, a realização de um saque ou de um pagamento – ignorando o contexto delitivo mais amplo no qual inseridas. Ao cumprirem ordens superiores de que não tivessem motivos para suspeitar configurassem fato típico e antijurídico, delas seria inexigível conduta diversa. Nesse caso, teriam sido apenas instrumento do(s) autor(es) mediato(s), seu(s) superior(es) hierárquico(s) de quem emanada a ordem – sendo esses coautores mediatos em concurso entre si. Somente eles teriam o domínio do fato criminoso. Como visto, a excludente de culpabilidade relativa à obediência hierárquica (art. 22 do Código Penal) é, em última análise, relativamente ao subordinado,

participação de acordo com a conduta cometida e o grau de conhecimento do fato. Assim sendo, se o “homem de atrás” tinha conhecimento de que determinado capital era sujo por advir de uma infração penal e utilizou um funcionário de uma empresa lícita para lavá-lo, responderá como autor mediato do delito por ter o domínio funcional do fato e o funcionário responderá de acordo com sua culpabilidade, grau de conhecimento da ilicitude do capital e de sua conduta⁴⁶¹.

Já no que diz respeito à participação, SCHORSCHER fixa que:

A participação delitiva, por sua vez, pode ser definida como livre e dolosa colaboração no delito doloso de outrem, prestada sem que o agente detenha o domínio do fato. 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. [...] [D]eve 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.⁴⁶²

A colaboração prestada pelo partícipe deve ser acessória ou marginal, com relevância suficiente para haver tipicidade, mas não para torná-lo em coautor. No mais, só se fala em participação dolosa, ou seja, inexistindo vínculo subjetivo entre o autor e partícipe, não há que se falar em participação criminosa na modalidade culposa⁴⁶³ – diversamente do que ocorre na Espanha⁴⁶⁴. Exceção à regra é a hipótese em que o partícipe é garantidor do bem jurídico uma vez que a imputação criminal lhe é atribuída pela sua omissão quando estava obrigado a agir – como se verá mais detalhadamente no final deste tópico.

um caso específico de erro sobre a ilicitude do fato induzido pela situação jurídica de subordinação na qual inserido. Ambos os fenômenos, sob o prisma da culpabilidade, são compreendidos dentro da ideia de inexigibilidade de conduta diversa.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470 Minas Gerais*. Plenário, Relator Ministro Joaquim Barbosa, data do julgamento 17 de dezembro de 2012, p. 1248. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.).

⁴⁶¹ Também no voto do Relator Ministro Joaquim Barbosa: “O cerne da responsabilização penal reside na demonstração de sua adesão individual à vontade delitiva dos demais réus, a enquadrá-la, como instrumento partícipe ou coautora. Como visto, o fato de se tratar de empregada e, como tal, de trabalhadora subordinada, e de não dispor de poderes sobre o patrimônio da sociedade empresária não afasta, isoladamente, o domínio do fato delitivo, elemento da culpabilidade, cuja presença deve ser aferida tendo em vista a prova produzida em relação à real natureza de sua participação no ilícito, levando-se em conta o seu conhecimento dos fatos e a unidade de desígnios e vontades com os demais agentes.” (Ibid., p. 1255).

⁴⁶² SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 108-9. Acesso em 12 de maio de 2019.

⁴⁶³ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 102-3.

⁴⁶⁴ Segundo CALLEGARI, com base na doutrina dominante na Espanha, o legislador espanhol optou por tipificar a modalidade culposa de *blanqueo de capitales*, uma vez que os destinatários naturais do tipo culposo de lavagem são os diretores e empregados de entidades financeiras. Veja-se: Ibid., p. 115.

Nesse sentido, ainda que não haja distinção expressa entre autores e partícipes no Código Penal, o artigo 29⁴⁶⁵ dispõe que cada agente do crime será punido na medida de sua culpabilidade sendo que o parágrafo primeiro de tal dispositivo legal prevê causa de diminuição para partícipe de menor importância deixando ainda mais evidente a gradação da pena.

Há quem subdivide essa colaboração em moral e material. A primeira ocorreria no caso em que o partícipe instiga ou induz outrem a praticar a lavagem de dinheiro. A segunda decorreria do auxílio ou ajuda na realização do delito, sem domínio dos fatos ou da organização⁴⁶⁶. Nesse caso há maiores dificuldades em se fixar a partir de qual momento tal auxílio se torna relevante para fins penais. Para resolver essa questão, BOTTINI sugere “a utilização dos critérios de imputação objetiva desenvolvidos pela doutrina para determinar os limites da abrangência da norma penal sobre comportamentos concretos.”⁴⁶⁷

Nesse sentido, sob o aspecto objetivo, a conduta será penalmente relevante quando criar um risco não permitido de afetação do bem jurídico (no caso, ordem econômica), que se desdobre em resultado concreto, dentro do âmbito de abrangência da norma penal. Tal risco pode não ser permitido pois (i) desrespeita normas, atos normativos ou regras técnicas profissionais de cuidado ou (ii) porque viola o dever normal de cautela ou abstenção nos casos em que seja previsível o resultado e que seja exigível o cuidado⁴⁶⁸.

Aplicando-se tal fórmula da teoria da imputação objetiva, no caso de condutas de agentes financeiros, CALLEGARI explica que “[se] torna [...] necessário verificar qual a conduta desenvolvida pelo agente financeiro que supostamente é a de participação no delito de lavagem de dinheiro com uma conduta hipotética que deveria ser realizada dentro do marco do exercício da atividade de mercado econômico”⁴⁶⁹. Com base nessa comparação, é possível concluir se há ou não um risco para a ordem econômica – bem jurídico da lavagem de dinheiro – e se tal conduta extrapola o risco inerente do próprio exercício profissional.

Assim, somente no caso concreto poder-se-ia ter um parâmetro seguro para acessar se a conduta do agente preenche o tipo penal da participação na lavagem de dinheiro, não bastando a simples ação e causalidade jurídica para a ocorrência do tipo penal, “sendo necessária, ainda,

⁴⁶⁵ “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).”

⁴⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 172.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 172.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 181.

⁴⁶⁹ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107.

a verificação de que dita participação pode ser vista com o significado social a que o tipo penal faz referência”⁴⁷⁰.

Em verdade, acredita-se que essa deveria, inclusive, ser a baliza para interpretação da última modalidade de lavagem de dinheiro contida no artigo 1º, parágrafo 2º, inciso II da Lei nº 9.613/1998 que tem como verbo do tipo justamente a conduta de participar – de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. Referido tipo penal aponta para uma exacerbada ampliação da responsabilidade penal na medida em que engloba condutas meramente acessórias ou, até mesmo, condutas neutras⁴⁷¹. Nesse contexto, inserem-se, sobretudo, os profissionais de diversos setores da iniciativa privada, que podem realizar comportamentos que facilitem a prática delitiva sem ingressar no campo da participação punível, como se verá no tópico seguinte.

De todo modo, referido tipo penal pressupõe uma conduta específica e dolosa. A especificidade advém do conhecimento do partícipe em relação aos objetivos criminosos, primordiais ou secundários, do grupo, associação ou escritório do qual faz parte. O dolo pessoal resulta da opção deliberada de participar do e contribuir com o grupo, associação ou escritório, tendo conhecimento de sua finalidade delitiva⁴⁷².

SCHORSCHER diz, com base na Recomendação 1 do GAFI, que a racionalidade por detrás de tal dispositivo “[n]ão 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.”⁴⁷³

No mesmo sentido de dificultar as práticas de lavagem de dinheiro, veio a progressiva transferência de vigilância estatal no âmbito financeiro para as instituições nele atuantes. O contexto fático e normativo dos deveres impostos às pessoas obrigadas, por força do artigo 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro pode ser sintetizado por meio do que elucida OLIVEIRA:

A atividade repressiva do Estado está, assim, profundamente dependente da colaboração de setores que podem ser instrumentalizados para a prática de lavagem e, assim, abastecer os órgãos de investigação com as informações de que necessitam para contrabalancear essa assimetria. Desse modo, a contribuição para a lavagem de dinheiro ou para a sua evitação por parte dos órgãos de colaboração é fundamentalmente uma questão de informação.

Por esse motivo, ao lado da criminalização da lavagem de dinheiro, estabelecem-se, com o mesmo grau de rigor, no capítulo das regras administrativas da Lei de Lavagem de Dinheiro, os sistemas de prevenção. [...]

⁴⁷⁰ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 108.

⁴⁷¹ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 121. Acesso em 12 de maio de 2019.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 120.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 120-1.

[N]esse cenário de íntima conexão entre o desenho de políticas preventivas do Estado e os atores privados, o que se observa é a harmonização das regras preventivas, das medidas administrativas de prevenção pela via de regulamentação das atividades sensíveis e da imposição de programas de *compliance*, para além da harmonização internacional do combate penal à lavagem de dinheiro. Esse é o panorama que, de maneira geral, orienta a criação e exigência dos deveres de colaboração dos sujeitos obrigados nas políticas antilavagem⁴⁷⁴.

Porém, a imposição dos deveres contidos no artigo 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro, ocasionou uma série de problemas⁴⁷⁵, sendo um deles relacionado à delimitação da responsabilidade das pessoas obrigadas. Com base em tal dispositivo, poder-se-ia afirmar que tais pessoas físicas e jurídicas passaram a deter uma posição de garante. Diante disso, muito embora a maior parte das modalidades de lavagem de dinheiro previstas na Lei nº 9.613/1998 sejam comissivas, a omissão pode ser juridicamente relevante na modalidade imprópria, em se tratando de pessoa que ocupa posição de garante – como se elucidará no tópico 4.5.2. ao tratar da posição de garantidor do *compliance officer*.

Ocorre que, na prática, muitas vezes a presunção de um dever de garantia é utilizada como instrumento para driblar a ausência de provas da participação efetiva do garantidor na lavagem de dinheiro, especialmente em conjunto com a cegueira deliberada⁴⁷⁶. Justamente a fim de evitar a responsabilização penal indiscriminada com fundamento no dever de garantia, deve-se atentar ao que fixa a lei penal e ao que esclarece a doutrina.

No caso, o artigo 13, parágrafo 2º do Código Penal fixa que “[a] omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.”. Nesse sentido, é esclarecido nas alíneas quais são as fontes da posição de garantidor, isso é: a) quando tiver por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, excluindo-se atos normativos inferiores (tais como decretos, regulamentos, resoluções, instruções e etc.); b) quando assumir, de outra forma, a responsabilidade de impedir o resultado ou c) se, com o comportamento anterior, o agente criar o risco da ocorrência do resultado.

Como a interpretação do referido dispositivo padece de alguns equívocos⁴⁷⁷, OLIVEIRA citando a doutrina de ROBLES PLANAS esclarece que a “qualificação entre autoria e participação de uma conduta omissiva depende do valor da omissão para o conjunto dos fatos.”⁴⁷⁸ Portanto,

⁴⁷⁴ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 25-8.

⁴⁷⁵ OLIVEIRA traz um breve apanhado dos principais temas relacionados ao “Dever de informação na lavagem de dinheiro”. Veja-se: *Ibid.*, p. 25-38.

⁴⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 197.

⁴⁷⁷ OLIVEIRA trata sobre “A aplicação do art. 13, §2º do Código Penal”. Veja-se: OLIVEIRA, op. cit., p. 191-206.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 212 citando ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación em el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 238.

se a conduta dolosa do omitente tem uma limitada capacidade de configuração do resultado, estar-se-ia perante uma situação de participação por omissão. De outro giro, se a conduta do omitente configura relevantemente o fato, seria o caso de uma coautoria.

Vale dizer também que ainda que se atribua às regras administrativas contidas no artigo 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro a fonte do dever de garantia, o descumprimento dessas e o não impedimento da lavagem de dinheiro não são aptos a configurar a responsabilidade por omissão uma vez que deve se analisar o dolo de resultado⁴⁷⁹.

Com isso, diante das questões enfrentadas neste tópico, fica evidente o quanto é problemática a atribuição de responsabilidade penal na lavagem de dinheiro. Tal situação é agravada ainda no caso de condutas neutras realizadas pelos mais diversos profissionais como se verá a seguir.

4.3.2. *CONDUTAS NEUTRAS: ATIVIDADE PROFISSIONAL DO AGENTE FINANCEIRO E DO ADVOGADO*

Uma vez que o delito de lavagem de dinheiro costumeiramente se insere em um panorama negocial mais complexo, com uma multiplicidade de atores, geralmente vinculado com a criminalidade organizada, não é incomum o questionamento acerca da admissibilidade e legalidade de diversas ações cotidianas – as chamadas ações ou condutas neutras sobretudo aquelas relacionadas com a regular atuação profissional.

Segundo GRECO as condutas neutras são “contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais [...] Contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis”⁴⁸⁰. SCHORSCHER assevera 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.”⁴⁸¹

Nesse sentido, esclarece-se que as ações neutras englobam ações cotidianas que são neutras do ponto de vista externo, também ações adequadas social e profissionalmente – dentro de um determinado *standard* – não sendo necessariamente uma conduta exemplar, mas sim

⁴⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 200.

⁴⁸⁰ GRECO, Luís. *Cumplicidade através das ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 110.

⁴⁸¹ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 126. Acesso em 12 de maio de 2019.

uma conduta realizada dentro dos limites da liberdade de ação⁴⁸². Portanto, usa-se a teoria da adequação social da conduta, inaugurada por WELZEL, como limitadora da responsabilidade penal na lavagem de dinheiro. Nesse contexto, CALLEGARI fixa que “[a] adequação social constitui em certo modo a direção dos tipos penais: é o estado “normal” de liberdade social de ação, que lhes serve de base e é suposto (tacitamente) por eles.”⁴⁸³

Assim, a partir da teoria da adequação social surgiu a denominada teoria da adequação profissional. Sob tal teoria seriam impuníveis as ações realizadas no contexto profissional do agente que estivessem em conformidade com as normas e obrigações profissionais, mesmo que dessas sobrevenha alguma atividade delitiva. Nessa circunstância, a responsabilidade penal no contexto profissional dependerá do *animus* do agente em relação ao cometimento do delito⁴⁸⁴.

Diante disso e das imprecisões que o conceito de adequação profissional acaba gerando⁴⁸⁵, é importante analisar individualmente quais condutas de certos profissionais seriam tidas como condutas neutras. As dúvidas sobre se tais atividades são objetivamente idôneas para configurar a lavagem de dinheiro se aplicam, inclusive, aos casos em que o profissional conhece ou suspeita que os bens com os quais será retribuído provêm de atividade delitiva⁴⁸⁶.

Em resposta RAGUÉS I VALLÈS sugere critério delimitador segundo o qual só se poderia punir como lavagem de dinheiro uma atividade profissional que figura como incentivo para que o potencial infrator realize o delito prévio uma vez que sabe que poderá contar com a conduta profissional posteriormente, diminuindo a dissuasão da pena prevista para o delito⁴⁸⁷. O racional desse critério advém do fato de que por meio da conduta do profissional, o autor do delito prévio terá obtido a consolidação da capacidade econômica obtida mediante a ocultação da origem dos bens ou valores. A partir disso, CALLEGARI entende que “[a] relevância penal com que se denominam *ações ou comportamentos neutros* tem sua sede de discussão sistemática precisamente na configuração do desvalor da ação dos partícipes e a determinação dos critérios de imputação objetiva do comportamento do cúmplice.”⁴⁸⁸ Em outras palavras, a intervenção do profissional somente será relevante para fins penais quando for clara a infração de um dever

⁴⁸² SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 126-7. Acesso em 12 de maio de 2019.

⁴⁸³ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104 citando WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução Juan Bustos Ramírez e Sergio Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 66.

⁴⁸⁴ SCHORSCHER, op. cit., p. 129.

⁴⁸⁵ CALLEGARI, op. cit., p. 105.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 112.

⁴⁸⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Blanqueo de capitales y negocios standard. *Revista Ibero-americana de Ciencias Penais*, Porto Alegre, ano 3, n. 7, p. 186, set./dez. 2002.

⁴⁸⁸ CALLEGARI, op. cit., p. 114.

específico ou quando a conduta (ativa ou omissiva) em questão desviar da conduta profissional lícita para integrar o crime cometido pelo agente do delito anterior⁴⁸⁹.

Desse modo, para tornar a discussão mais tangível, escolheu-se focar nas condutas profissionais dos agentes financeiros e dos advogados. Como se indicou em diversos momentos nesta dissertação, há vários instrumentos nacionais e internacionais que regulam a adequada atuação das instituições financeiras e de certos profissionais liberais impondo deveres. Mais especificamente na Lei de Lavagem de Dinheiro, o artigo 9º elencou os setores e profissionais sensíveis aos quais se impõem as obrigações contidas nos artigos 10 (identificação de clientes e manutenção de registros) e 11 (comunicação de operações financeiras) visando o enfrentamento e prevenção à lavagem de dinheiro.

No caso das instituições financeiras, em ocasiões em que o funcionário, sobretudo da base da instituição financeira, participa do processo de lavagem de dinheiro por meio de condutas rotineiras, que no seu julgamento estão profissionalmente adequadas às regras de *compliance* estabelecidas pela instituição financeira, não seria adequado admitir a punição mesmo que referido comportamento tenha contribuído para a lavagem de dinheiro⁴⁹⁰. Por exemplo, caso um agente financeiro, que tendo realizado todos os cadastros e verificações impostos pelas normas bancárias, realize uma transferência de dinheiro para uma *offshore* situada num paraíso fiscal destinada a ocultação de valores, não há que se falar em conduta punível por parte do profissional. Portanto, se a conduta ativa objetiva do agente financeiro não apresentar qualquer nuance para facilitar a lavagem de dinheiro ou com ela colaborar, ter-se-á uma conduta neutra⁴⁹¹.

Outra hipótese seria: o empregado bancário suspeita da lavagem de dinheiro, realiza a operação e omite a comunicação aos seus superiores hierárquicos. Nesse cenário deve-se analisar se a operação apresentava objetivamente alguma característica de suspeita de lavagem de dinheiro e se faz parte dos deveres daquele funcionário inquirir as informações da operação e repassar aos seus superiores. Em outras palavras, OLIVEIRA sintetiza que “é essencial a concorrência de elementos materiais que indiquem a suspeita da origem delitiva e a infração de

⁴⁸⁹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 240.

⁴⁹⁰ CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 177. Acesso em 20 de maio de 2019.

⁴⁹¹ CALLEGARI, André Luís. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 11, n. 44, jul-set/2003, p. 198-211.

um dever de diligência e cuidado do empregado no cumprimento das funções que lhe foram delegadas.”⁴⁹²

Sendo essas as considerações acerca dos agentes financeiros, no que diz respeito aos advogados, a controvérsia foi intensificada a partir da Lei nº 12.683, de 2012 que incluiu no artigo 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro o inciso XIV fixando como pessoas obrigadas “as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza [...]”. Com isso, surgem as duas principais questões: (i) há participação do advogado na lavagem de dinheiro pelo recebimento de honorários maculados no exercício da defesa de seu cliente? e (ii) o advogado que exerce a função de consultor ou assessor tem a obrigação de comunicar informações de suspeita de lavagem de dinheiro?

No caso do recebimento de honorários sujos por parte dos advogados, a primeira barreira insere-se no plano constitucional. Isso porque para exercer a defesa de réu acusado de lavagem de dinheiro, o advogado criminal recebe honorários que podem ser oriundos de delito. Assim, recepcionar a punição desse advogado por tal fato feriria frontalmente o direito à ampla defesa, ao livre exercício da advocacia e à indispensabilidade do advogado⁴⁹³, especialmente no contexto criminal. Questão diversa, por óbvio, seria caso o advogado tenha participado efetivamente do processo de lavagem de dinheiro com o dolo de branquear os valores.

Na Espanha, igualmente no Brasil, a doutrina também entende que a presunção do recebimento de honorários como lavagem de dinheiro afeta o direito constitucional de defesa, que inclui o direito à livre escolha do advogado, ao livre exercício da profissão e à garantia do sigilo profissional na relação advogado-cliente⁴⁹⁴.

Justamente sob a nuance constitucional, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América já se manifestou sobre o assunto entendendo que, muito embora o *Money Laundering Control Act* não comporte exceções, a aplicação da lei ao advogado feriria à sexta emenda⁴⁹⁵ (que protege o direito de defesa em processo criminal). Portanto, foram fixados os parâmetros a seguir para distinguir os honorários legitimamente recebidos:

⁴⁹² OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 242-3.

⁴⁹³ AMBOS, Kai. *El penalista liberal: libre homenaje a Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires, 2004, p. 55-94.

⁴⁹⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 661-2.

⁴⁹⁵ A Sexta Emenda dispõe: Em todos os processos criminais, o acusado deve gozar do direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do estado e distrito em que o crime foi cometido, referido distrito deve ter sido previamente determinado por lei e [o acusado deve] ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; ser confrontado com as testemunhas contra ele; ter processo obrigatório para obter testemunhas a seu favor e ter a assistência de um advogado para sua defesa. Tradução livre de: “*In all criminal prosecutions, the*

Como o Departamento acredita firmemente que advogados que representam clientes em questões criminais não devem ser prejudicados em sua capacidade de representar seus clientes de maneira efetiva e ética dentro dos limites da lei, o Departamento, por uma questão de política criminal, não processará advogados nos termos do §1957 mediante o recebimento de bens que constituam honorários legítimos pela representação legítima em matéria criminal, exceto se (1) houver provas além de uma dúvida razoável de que o advogado tinha conhecimento real da origem ilegal da propriedade específica recebida (o advogado não pode ser acusado se a única prova de conhecimento é a evidência de cegueira deliberada); e (2) tais evidências não consistem em (a) comunicações confidenciais feitas pelo cliente antes e com relação à realização de representação em matéria criminal; ou (b) comunicações confidenciais feitas durante o curso da representação em matéria criminal; ou (c) outras informações obtidas pelo advogado durante o curso da representação e em apoio à obrigação de representar efetivamente o cliente.⁴⁹⁶

Seguindo tais parâmetros, a presunção de boa-fé do advogado no recebimento dos honorários não pode ser quebrada pela cegueira deliberada ou pelo suposto dever de comunicar operações suspeitas que se chocaria com o dever de confidencialidade oriundo da relação advogado-cliente.

Para além da barreira constitucional, no âmbito nacional, os próprios tipos penais previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro afastam a possibilidade de se considerar o recebimento de honorários como forma de lavagem de dinheiro uma vez que ainda que o advogado tenha conhecimento da origem maculada dos valores, o recebimento dos valores não visa ocultar ou dissimular tal origem. Ou seja, referida conduta nunca poderia ser considerada como participação na lavagem de dinheiro posto que inexistente coincidência de objetivos. No caso, o advogado visa apenas receber o pagamento que lhe é devido pela prestação do serviço e não dar aparência legítima a ganhos de origem delitiva⁴⁹⁷.

accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.”.

⁴⁹⁶ Tradução livre de: “Because the Department firmly believes that attorneys representing clients in criminal matters must not be hampered in their ability to effectively and ethically represent their clients within the bounds of the law, the Department, as a matter of policy, will not prosecute attorneys under § 1957 based upon the receipt of property constituting bona fide fees for the legitimate representation in a criminal matter, except if (1) there is proof beyond a reasonable doubt that the attorney had actual knowledge of the illegal origin of the specific property received (prosecution is not permitted if the only proof of knowledge is evidence of willful blindness); and (2) such evidence does not consist of (a) confidential communications made by the client preliminary to and with regard to undertaking representation in the criminal matter; or (b) confidential communications made during the course of representation in the criminal matter; or (c) other information obtained by the attorney during the course of the representation and in furtherance of the obligation to effectively represent the client.” (UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. The United States Department of Justice Archives. *U.S. Attorneys’ Manual*, 9-105.600. Disponível em: <<https://www.justice.gov/archives/usam/archives/usam-9-105000-money-laundering#9-105.600>>. Acesso em 30 de julho de 2020).

⁴⁹⁷ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 131-2. Acesso em 12 de maio de 2019.

Mais recentemente, uma dessas situações foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 174.061 Paraná⁵⁰¹ (Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 27.09.2019) em que o Ministro Relator entendeu que:

Destaque-se que não há dúvidas quanto ao fato de se tratar do pagamento dos valores lícitamente acordado entre as partes. [...]

Em casos semelhantes, a jurisprudência desta Corte já decidiu pela impossibilidade da instauração de procedimento investigatório, sob pena de indevida restrição à inviolabilidade do advogado e de sua prerrogativa ao sigilo profissional, nos termos estabelecidos pelo art. 133 da Constituição Federal e pelo arts. 2º; 7º, XIX; 34, VII, da Lei Federal 8.906/1994 [...]

Interpretando a norma constitucional, esta Corte já assentou, em diversas oportunidades, que “o Advogado -- ao cumprir o dever de prestar assistência técnica àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado -- converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade” (HC 88.015-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 14.2.2006; HC 98.237, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.12.2009, 2ª T, DJE 6.8.2010).

Na mesma linha, no julgamento da ADI 1.127, esta Corte decidiu que “a imunidade profissional indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu múnus público” (ADI 1.127, Redator para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.5.2006, DJE 11.6.2010). [...]

Esclareça-se que não se está a defender a imunidade absoluta dos profissionais de advocacia para a prática de crimes ou atos ilícitos, o que é rechaçado pela legislação (art. 7º, §6º, da Lei 8.906/94) e pela própria jurisprudência do STF (RHC 81.750, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.11.2002, 2ª T, DJ 10.8.2007; INQ 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 26.11.2008; HC 96.909, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 17.11.2009, Segunda Turma, DJE 11.12.2009).

A constatação de fundados indícios da prática de crimes por parte dos profissionais da advocacia permite a quebra da inviolabilidade profissional prevista pelo art. 7º, II, do Estatuto da Ordem, conforme previsão do §6º do referido artigo. [...]

Não obstante, em se tratando de atividade advocatícia vinculada à administração da justiça, na defesa de investigados ou denunciados em processos penais, e uma vez constatada a efetiva prestação dos serviços, como se observa na hipótese, tendo em vista inclusive o histórico de petições, representações e atos praticados pelos pacientes em diversos autos, o simples receio ou início de investigação que recaia sobre os honorários advocatícios revela-se inadmissível, por ingressar em questão atinente ao sigilo profissional/cliente que impacta diretamente no próprio exercício do contraditório, da ampla defesa e das liberdades públicas de investigados e advogados.⁵⁰²

Com isso, ante à ausência de dispositivo na Lei de Lavagem de Dinheiro que possa criminalizar o recebimento de honorários sujos por parte dos advogados, no âmbito legislativo, há o Projeto de Lei (PL) 442/2019⁵⁰³ proposto, em 5 de fevereiro de 2019, pelo Deputado Federal do Paraná, Rubens Bueno, do antigo Partido Popular Socialista (PPS), atual Cidadania,

⁵⁰¹ Referido Habeas Corpus encontra-se em sigilo de modo que se obteve acesso ao seu conteúdo em razão do exercício profissional da advocacia que possibilitou o conhecimento do caso em questão.

⁵⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 174.061 Paraná*. Decisão monocrática, Relator Ministro Gilmar Mendes, data do julgamento 27 de setembro de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5744213>>. Acesso em 20 de dezembro de 2019.

⁵⁰³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 442/2019 – Ficha de Tramitação*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191114>>. Acesso em 20 de dezembro de 2019.

que busca alterar a Lei nº 9.613/1998 para incluir no artigo 1º, parágrafo 2º, o inciso III com a seguinte redação: “III – receba honorários advocatícios, tendo conhecimento ou sendo possível saber a origem ilícita dos recursos com os quais será remunerado”.

De todo modo, considerando o panorama acerca do recebimento de honorários maculados por advogados, sob o aspecto subjetivo, entende-se pela adequação dos parâmetros estabelecidos pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América de que tais valores presumem-se de boa-fé, não sendo apto o uso da cegueira deliberada para condenar o profissional. Além disso, informações obtidas no contexto do sigilo profissional advogado-cliente não podem ser utilizadas como prova a fim de imputar o conhecimento ou a ignorância deliberada do advogado. Sob aspecto objetivo, acredita-se que o ideal seria compreender o recebimento de honorários advocatícios como atividade neutra segundo a qual não se pode imputar o advogado como responsável pela prática de lavagem de dinheiro⁵⁰⁴.

Assim, passa-se ao segundo problema evidenciado no contexto do exercício da advocacia, isso é se o advogado que exerce a função de consultor ou assessor tem a obrigação de comunicar informações de suspeita de lavagem de dinheiro enquanto sujeito obrigado por força do artigo 9º, inciso XIV, da Lei de Lavagem de Dinheiro. Tal questão se põe justamente pelo conflito entre o dever de comunicar do sujeito obrigado *versus* o sigilo profissional da advocacia em relação às informações e dados repassados pelo cliente.

Referido dispositivo surgiu a partir de influência internacional. Ocorre que, alhures, o cerne da questão está na definição de quando o advogado pode ser incluído no rol de sujeitos obrigados. Ou seja, não se trata de toda e qualquer prestação de serviço advocatício⁵⁰⁵. Isso é, o próprio GAFI, seguindo as Diretivas do Parlamento Europeu⁵⁰⁶, classificou a atividade do advogado fixando na Recomendação 22 que somente seriam obrigados os advogados que preparam ou realizam transações para seus clientes relacionadas às seguintes atividades: (i) compra e venda de imóveis; (ii) gestão de dinheiro, títulos mobiliários ou outros ativos do cliente; (iii) gestão de contas correntes, de poupança ou de valores mobiliários; (iv) organização de contribuições para a criação, operação ou administração de empresas e (v) criação, operação ou administração de pessoas jurídicas ou outras estruturas jurídicas, e compra e venda de entidades comerciais⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 120-1.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 122.

⁵⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 185.

⁵⁰⁷ GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação. *As Recomendações do GAFI*, fevereiro de 2012.

No Brasil, a Lei de Lavagem de Dinheiro padece de imprecisão e não delimita qual atividade jurídica praticada pelo advogado seria apta a inclui-lo no rol dos sujeitos obrigados. Portanto, abarca-se toda atividade de consultoria e assessoria prestada pelo advogado. De todo modo, acredita-se que mesmo que a legislação nacional fosse clara acerca de qual tipo de advocacia estaria submetida aos deveres impostos no artigo 10 e 11 da Lei de Lavagem de Dinheiro, ainda seria prevalente o mesmo debate ora existente. Isso é, ainda que se entenda que o artigo 9º, inciso XIV da Lei de Lavagem de Dinheiro não tenha abarcado a representação contenciosa, a controvérsia ainda remanesceria⁵⁰⁸. Ou seja, o conflito entre o dispositivo em questão e a inviolabilidade do advogado e de sua prerrogativa ao sigilo profissional, nos termos estabelecidos pelo artigo 133 da Constituição Federal⁵⁰⁹ e pelos artigos 2º⁵¹⁰; 7º, XIX⁵¹¹; 34, VII⁵¹², da Lei Federal 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

Diante dessa dicotomia, BOTTINI entende que o dever de informar imposto aos advogados por meio da Lei de Lavagem de Dinheiro prevaleceria se “tivesse revogado explícita ou implicitamente a inviolabilidade.”⁵¹³ o que claramente não ocorreu. Em consonância com as hipóteses de revogação de leis contidas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei nº 4.657/1942), a revogação somente acontece quando lei posterior (i) declare expressamente a revogação da anterior – o que não ocorreu –; (ii) quando seja com ela incompatível – o que também não parece ter ocorrido uma vez que a lei posterior versa sobre qualquer tipo de consultoria enquanto a lei anterior trata sobre consultoria jurídica – ou (iii) quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior – houve somente uma regulação genérica, prevalecendo, portanto, a regulação específica prevista no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil⁵¹⁴.

Interessante observar que prevendo justamente esse conflito a Nota Interpretativa da Recomendação 23 do GAFI fixa que “[n]ão será exigido que advogados [...] comuniquem transações suspeitas se as informações relevantes tiverem sido obtidas em circunstâncias em

Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

⁵⁰⁸ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 122.

⁵⁰⁹ “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

⁵¹⁰ “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.”

⁵¹¹ “Art. 7º São direitos do advogado: [...] XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional; [...]”

⁵¹² “Art. 34. Constitui infração disciplinar: [...] VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional;”

⁵¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 190.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 190-1.

que estiverem sujeitos a segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal.”⁵¹⁵ Assim sendo, situando a Nota Interpretativa da Recomendação 23 do GAFI como limite, entende-se que deve prevalecer a inviolabilidade do advogado e de sua prerrogativa ao sigilo profissional, nos termos estabelecidos constitucionalmente e pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

É importante salientar que o que ora se defende não é a imunidade absoluta dos profissionais de advocacia para a prática de crimes ou atos ilícitos, sendo que diante da presença de indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, o próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio do artigo 7º, §6º autoriza a quebra de inviolabilidade.

Nesse sentido, muito embora o advogado não tenha o dever de comunicar atos suspeitos de lavagem de dinheiro conhecidos em razão da relação advogado-cliente, ele tem o dever de se abster de contribuir com tais atos⁵¹⁶. Caso o advogado colabore dolosamente em união de desígnio com o autor, intelectual ou materialmente, será punido por lavagem de dinheiro na medida de sua colaboração. De outro giro, a sua responsabilidade deve ser excluída quando a conduta realizada encerra apenas a entrega de determinado bem ou serviço, não existindo uma união de desígnios entre o advogado e o autor do crime principal e, portanto, podendo a sua conduta ser distanciada do delito cometido.

Com isso, conclui-se que o advogado que atua dentro dos limites típicos da advocacia não tem o dever de comunicar fatos suspeitos de lavagem de dinheiro que tenha conhecimento por ocasião do exercício de sua profissão. Não obstante, isso não serve de manto protetor ao advogado que tem o dever de se abster de colaborar com atos de lavagem de dinheiro sob pena de figurar como partícipe ou coautor.

Num geral, diante do exercício da profissão pelos agentes financeiros e advogados, acredita-se que a solução considerando as ações neutras é a mais acertada, uma vez que o núcleo da responsabilidade pela lavagem de dinheiro deve ser encontrado exclusivamente na conduta típica objetiva. Em outras palavras, independente de se tratar de uma conduta ativa ou omissiva,

⁵¹⁵ GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação. *As Recomendações do GAFI*, fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

⁵¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 192-3.

o requisito para a atribuição de responsabilidade será uma conduta com sentido de lavar dinheiro ou de colaborar com uma lavagem em curso⁵¹⁷.

4.4. Mescla de capitais e lavagem de dinheiro

O quarto desafio atual diz respeito à mescla ou mistura de recursos lícitos e ilícitos (conhecida também por *commingling*) e suas consequências na persecução da lavagem de dinheiro. A mescla é utilizada como artifício para confundir a origem de patrimônio lícito com aquele oriundo de crime antecedente uma vez que os valores misturados passam a ser considerados como advindos da mesma atividade legítima. Assim, questiona-se (i) até que ponto essa mistura seria uma forma de lavagem de dinheiro e, ainda, (ii) se a mescla do valor sujo com o valor limpo contaminaria a totalidade do capital. Tais questões serão analisadas com base na doutrina e precedentes nacionais e internacionais.

Em relação ao primeiro questionamento, como se sabe, a configuração da lavagem de dinheiro depende não somente da constatação da infração penal antecedente, mas também que o produto advindo dessa seja justamente aquele que foi ocultado ou dissimulado. Em outras palavras, faz-se necessário um elo objetivo entre o produto do delito e o ato de lavagem de dinheiro. Diante disso, há quem diga que a mescla de recursos ilegítimos com recursos legítimos não somente seria apta para configurar o verbo do tipo da lavagem de dinheiro, na modalidade ocultar/dissimular, como, inclusive, seria “uma técnica que apresenta a vantagem de oferecer instantaneamente uma explicação razoável para a origem dos recursos oriundos dos crimes antecedentes de lavagem de dinheiro.”⁵¹⁸

Nos Estados Unidos da América tal questão parece ser mais facilmente resolvida uma vez que o próprio *Money Laundering Control Act* traz a primeira modalidade de lavagem de dinheiro como conduzir ou tentar conduzir uma transação financeira sabendo que a propriedade envolvida em tal transação representa o produto de alguma forma de atividade ilegal específica. O termo transação financeira é definido no *Money Laundering Control Act* de forma ampla o suficiente para que ao contrário do que parece, não se faça sempre necessário o envolvimento

⁵¹⁷ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 243.

⁵¹⁸ ARELLANO, Luis Felipe Vidal. *Fronteiras da responsabilização penal de agentes financeiros na lavagem de dinheiro*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 104. Acesso em 4 agosto de 2020.

de uma instituição financeira⁵¹⁹. Desse modo, ao se analisar os precedentes, constatou-se que as cortes federais norte-americanas entendem que a mescla por si só pode configurar o ato de ocultar da lavagem de dinheiro. Nesse contexto, foram avaliados cinquenta e oito precedentes⁵²⁰, dentre os quais o caso mais relevante para a questão acerca do *commingling* figurar como forma de lavagem de dinheiro foi o *United States v. All Funds on Deposit in Dime Sav. Bank of Williamsburg Account No.*, 255 F. Supp. 2d 56 (E.D.N.Y. 2003), da Corte Distrital Leste de Nova Iorque, julgado em 19 de fevereiro de 2003, em que o relator Robert Levy afirmou que um agente pode cometer lavagem de dinheiro pelo mero depósito de recursos ilícitos em uma conta bancária com a intenção de ocultar ou disfarçar sua origem suja ao mesclar os capitais lícitos e ilícitos uma vez que “é precisamente a mistura dos recursos sujos com o dinheiro legítimo que facilita a lavagem e permite que ela continue”⁵²¹.

No Brasil, o esclarecimento acerca da questão ainda é incipiente, porém, a doutrina parece apontar pela possibilidade da mescla como forma de lavar dinheiro. Nesse sentido, o *commingling* se trata de técnica para lavar dinheiro na fase de ocultação em que “são utilizadas empresas verdadeiras e que efetivamente tem atividade legítima, misturando o produto da atividade legal com os recursos de origem lícita”⁵²². Outrossim, podem também ser utilizadas contas bancárias que contêm dinheiro limpo para misturar o capital maculado. No entanto, como a lavagem se trata de crime doloso, a mescla em questão deve estar-se na vontade ou intenção de lavar o capital ilícito, não bastando a simples mistura do dinheiro para configurar a lavagem⁵²³.

Assim sendo, mesmo com a pouca discussão de tal questão por parte da doutrina, fato é que têm se avolumado as denúncias em que os membros dos órgãos de persecução penal tentam emplacar a lavagem de dinheiro por meio do *commingling*⁵²⁴. A despeito disso, na prática,

⁵¹⁹ Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Money Laundering Control Act (1986). 18 U.S.C. §1956-§1957. *United States Code*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/browse/prelim@title18/part1/chapter95&edition=prelim>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2019.

⁵²⁰ O método para tal pesquisa foi acessar a plataforma privada eletrônica da Thomson Reuters denominada Westlaw e nela inserir a busca “money laundering control act” and “commingling” restringindo a pesquisa apenas aos tribunais e cortes federais.

⁵²¹ No original, tem-se à página 71: “It is precisely the commingling of tainted funds with legitimate money that facilitates the laundering and enables it to continue.” Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Eastern District of New York. *United States v. All Funds on Deposit in Dime Sav. Bank of Williamsburg Account No.*, 255 F. Supp. 2d 56, filed in February 19, 2003).

⁵²² ARELLANO, Luis Felipe Vidal. *Fronteiras da responsabilização penal de agentes financeiros na lavagem de dinheiro*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 104. Acesso em 4 agosto de 2020.

⁵²³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 138.

⁵²⁴ TAJARIBE, Leonardo. A tipificação do delito de lavagem de dinheiro decorrente da ocultação do capital ilícito pela confusão de capitais. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Universidade Federal do Rio

muito embora o termo *commingling* já tenha sido mencionado no Supremo Tribunal Federal, suas menções ocorreram de modo incidental justamente quando o julgador transcreve trechos da acusação sobre como a lavagem de dinheiro investigada teria supostamente se operacionalizado⁵²⁵.

Portanto, ainda que os órgãos de acusação estejam se valendo da mescla de capitais como forma apta a configurar a lavagem de dinheiro, há considerável lacuna doutrinária e jurisprudencial pátria sobre a questão. Diante disso, até se acredita que a doutrina e os tribunais possam, de fato, recepcionar o *commingling* como técnica para branquear capitais, não obstante, a pacificação da questão deve vir pelo olhar atento ao elemento subjetivo. Ou seja, só haverá branqueamento de capitais pela mescla de valores ilícitos e lícitos (em empresas, contas bancárias etc.) caso o agente que misturou os valores tenha a intenção de ocultar os valores provenientes de infração penal antecedente por meio daquele ato.

No que tange ao segundo problema – se a mistura do valor sujo com o valor limpo contaminaria a totalidade do capital –, observa-se que a raiz da discussão se relaciona com as repercussões na esfera patrimonial do agente de lavagem de dinheiro. Isso é, qual deve ser a extensão do confisco patrimonial quando os valores em questão se encontram misturados, havendo recursos lícitos e ilícitos?

Tal questionamento se avolumou no Brasil a partir de dispositivos contidos na Lei de Lavagem de Dinheiro e nas diversas convenções internacionais destinadas ao cerceamento da lavagem de dinheiro das quais o Brasil é signatário. No artigo 7º, inciso I da Lei de Lavagem de Dinheiro consta que um dos efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal, é a perda “de todos os bens, direitos, e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei” em favor da União, nos casos de competência federal, e dos Estados, nos casos de competência estadual. Ou seja, não há uma delimitação muito precisa a respeito do limite do confisco.

Já as convenções indicam de modo mais claro a necessidade de separação do patrimônio maculado daquele com origem lícita. Na Convenção de Viena, o artigo 5, item 6.b. estabelece que “Quando o produto houver sido misturado com bens adquiridos de fontes lícitas, sem

Grande do Sul, v. 8, n. 1, 2020, p. 143. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/98906/57333>>. Acesso em 05 de agosto de 2020.

⁵²⁵ Nesse sentido, em verdade, a busca pelos termos “‘commingling’ e ‘lavagem’” na pesquisa de jurisprudência diretamente no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal resultou somente em um precedente: o Habeas Corpus nº 146.445 Paraná de relatoria do Ministro Edson Fachin que somente menciona o termo *commingling* em sua decisão. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22commingling%22%20e%20%22lavagem%22&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em 05 de agosto de 2020.

prejuízo de qualquer outra medida de apreensão ou confisco preventivo aplicável, esses bens poderão ser confiscados até o valor estimativo do produto misturado.”. Na Convenção de Palermo, o artigo 12, item 4 fixa que “Se o produto do crime tiver sido misturado com bens adquiridos legalmente, estes bens poderão, sem prejuízo das competências de embargo ou apreensão, ser confiscados até ao valor calculado do produto com que foram misturados.”. E por fim, na Convenção de Mérida, o artigo 31, item 5 dispõe que “Quando esse produto de delito se houver mesclado com bens adquiridos de fontes lícitas, esses bens serão objeto de confisco até o valor estimado do produto mesclado, sem menosprezo de qualquer outra faculdade de embargo preventivo ou apreensão.”.

Por sua vez, a doutrina indica a existência de duas teses: a da contaminação total ou da contaminação parcial dos valores mesclados. A primeira teria sido encabeçada por SVEN HUFNAGEL que defendia que bastaria uma unidade da moeda vigente na economia pátria, advinda de crime antecedente, para contaminar todo o capital, fazendo com que a integralidade do valor, portanto, proviesse do crime antecedente⁵²⁶.

Ocorre que, como explica TAJARIBE a corrente da contaminação total padece de sérias falhas como a violação dos princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso, “visto que todos os bens e capitais contidos na relação de causalidade hipotética seriam considerados “sujos”, fazendo jus, inclusive, ao confisco”⁵²⁷. Também pode-se dizer que há afronta ao princípio da culpabilidade insculpido no artigo 29 do Código Penal uma vez que ao responder pelo montante integral, o agente responde além da “medida de sua culpabilidade”.

Logo, a segunda corrente – da contaminação parcial – acabou sendo preferida. Encontrando esteio na doutrina espanhola por parte de BLANCO CORDERO, entende-se que os bens advindos da mescla do capital lícito com o ilícito somente são contaminados na proporção do valor maculado⁵²⁸. Assim sendo, aderindo-se a teoria da contaminação parcial, diante da integralidade do patrimônio do agente de lavagem de dinheiro, cabe à acusação quando da imputação pelo delito identificar quais valores são provenientes dos crimes antecedentes, já que a existência de parte maculada do patrimônio não contamina sua totalidade⁵²⁹.

⁵²⁶ TAJARIBE, Leonardo. A tipificação do delito de lavagem de dinheiro decorrente da ocultação do capital ilícito pela confusão de capitais. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 8, n. 1, 2020, p. 142. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/98906/57333>>. Acesso em 05 de agosto de 2020.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 143.

⁵²⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed., Navarra: Arazandi, 2015, p. 439-45.

⁵²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 114.

Nesse sentido, a contaminação parcial esclarece a previsão contida no artigo 7º, inciso I da Lei de Lavagem de Dinheiro e coaduna-se com os dispositivos das convenções internacionais sobre a necessidade de separação do patrimônio sujo daquele com origem lícita para fins de confisco.

A despeito da tese parecer clara, analisando hipóteses de casos concretos, surgem mais questões a serem elucidadas. Por exemplo, um traficante de drogas compra um apartamento com dinheiro metade lícito e metade ilícito, logo, muito embora a compra só tenha se realizado em razão da mescla dos valores, não é possível daí dizer que existiria relação de causalidade entre a infração penal antecedente e a totalidade dos recursos em análise⁵³⁰ justamente em respeito à teoria da contaminação parcial. Prosseguindo nesse mesmo exemplo, caso o apartamento adquirido pelo traficante tenha uma acentuada valorização e, posteriormente, ele seja vendido pelo dobro do valor pago, deverá ser mantida a proporção. Isso é, metade do valor da venda é lícito e metade é ilícito.

Abrindo-se um parêntese, situação diversa, em que sequer há a mescla de capitais, seria aquela sobre os lucros do delito antecedente que são objeto da lavagem de dinheiro. Por exemplo, no caso em que um traficante que compra drogas por quinhentos reais e as vende por oitocentos reais, entende-se, conforme BLANCO CORDERO, que todos os ganhos brutos são objeto do delito de lavagem de dinheiro uma vez que são provenientes do tráfico de drogas antecedente⁵³¹. Ou seja, os oitocentos reais auferidos pela venda dos entorpecentes serão o produto da lavagem de dinheiro.

Essa questão inclusive já foi grandemente debatida nos Estados Unidos da América quando do julgamento do caso *United States v. Santos*, 553 U.S. 507 (2008) pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *In casu*, o apelante Efrain Santos, era dono de uma loteria ilegal e ganhava dinheiro oriundo das apostas e com ele mantinha o negócio (isso é, pagava os prêmios aos vencedores; os salários dos funcionários; as despesas em geral, etc.). Com base nesses pagamentos, Santos foi condenado por lavagem de dinheiro em razão da utilização de produtos de atividades criminosas (no caso, produtos de jogo ilegal). Assim, sua defesa suscitou perante a corte de apelação federal intermediária, que a palavra produto (“*proceeds*”) englobaria somente os lucros da atividade criminosa e não a receita bruta oriunda das apostas, ou seja, produto seria somente o valor que ele efetivamente conseguia embolsar após o pagamento de todos os custos para manutenção e continuação da loteria.

⁵³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 112.

⁵³¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed., Navarra: Arazandi, 2015, p. 439-50.

Ao se deparar com a controvérsia, o relator Ministro Antonin Scalia, acompanhado pela maioria, concluiu que *proceeds* significam lucro e não receita bruta com base exegese da “regra da leniência” (tradução livre de *rule of lenity*) que diz que, quando uma lei é ambígua, ela deve ser interpretada em favor do acusado⁵³². Em sentido contrário, a minoria (composta pelos Ministros Samuel Alito, Stephen Breyer, John Roberts e Anthony Kennedy), apesar de reconhecer que a palavra *proceeds* pode ter mais de um significado, entendeu que sua adequada interpretação deve advir da história e da racionalidade legislativa do *money laundering*. Portanto, a minoria disse que o legislador optou pelo uso do termo *proceeds* no sentido de englobar a receita bruta com a finalidade de dissuadir e cercear a prática de lavagem de dinheiro. No mais, a interpretação de produtos como sendo somente os lucros líquidos imporia ônus insuperável à acusação uma vez que, na maioria das vezes, as organizações criminosas ou atividades criminosas destinadas a lavar dinheiro não deixam rastros ou registros de suas atividades e operações.

O julgamento teve grande repercussão entre as demais cortes federais e perante o Congresso dos Estados Unidos da América sendo que tal decisão foi suplantada, por via legislativa, em razão da emenda ao *Money Laundering Control Act*, em 20 de maio de 2009, que incluiu a subseção (c) no parágrafo 9 do 18 U.S.C. §1956 dispondo que: “o termo ‘produto’ significa qualquer propriedade derivada de, ou obtida ou retida, direta ou indiretamente, através de alguma forma de atividade ilegal, incluindo as receitas brutas de tal atividade.”⁵³³ Portanto, também nos Estados Unidos da América entende-se que todos os ganhos brutos da infração penal antecedente são objeto do delito de lavagem de dinheiro.

Retomando o problema da mescla de capitais, por fim, BLANCO CORDERO somente excepciona a aplicação da teoria da contaminação parcial quando a mescla dos capitais foi justamente a técnica pelo qual o agente realizou a lavagem de dinheiro. Em outras palavras, como a parte limpa do dinheiro foi utilizada dolosamente para lavar a parte suja do dinheiro, a integralidade dos valores torna-se maculada⁵³⁴. Nesse caso, acredita-se que a adequada aplicação da teoria da contaminação parcial não permitiria nem mesmo essa exceção posto que,

⁵³² Foi sob esse contexto que o Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, John Paul Stevens, proferiu, em seu voto vista, a seguinte frase “Quando o Congresso falha em definir termos legais potencialmente ambíguos, ele está efetivamente delegando para os juizes federais a tarefa de preencher as lacunas da lei”. Tradução livre de: “*When Congress fails to define potentially ambiguous statutory terms, it effectively delegates to federal judges the task of filling gaps in a statute.*” Cf: UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *United States v. Santos*, 553 U.S. 507, decided June 2, 2008.

⁵³³ No *Money Laundering Control Act* consta: “(9) the term “proceeds” means any property derived from or obtained or retained, directly or indirectly, through some form of unlawful activity, including the gross receipts of such activity.”

⁵³⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed., Navarra: Arazandi, 2015, p. 439-50.

como confirma BOTTINI “a parcela limpa ainda que usada como instrumento de lavagem de dinheiro, continua a não ter origem delitiva, a não ser produto de crime”⁵³⁵.

Logo, diante dos dois questionamentos que permearam este tópico, conclui-se (i) que o *commingling* pode ser uma forma de lavagem de dinheiro desde que se demonstre que o agente que misturou os valores tinha o dolo de ocultar o capital proveniente de infração penal antecedente por meio daquele ato e (ii) que a mescla do valor sujo com o valor limpo contamina o capital somente no limite do capital maculado, ou seja, adota-se a teoria da contaminação parcial para quaisquer repercussões na esfera patrimonial do agente de lavagem de dinheiro.

4.5. *Compliance* na lavagem de dinheiro

Por fim, optou-se por terminar o estudo dos desafios atuais por meio do *compliance* na lavagem de dinheiro, pois a temática permeia a análise de um panorama amplo e global – sobre a atuação dos Estados em prol da fixação de marcos regulatórios visando o cerceamento da criminalidade econômica – e é sugestivo para a propositura de refinamentos e soluções acerca dos problemas relacionados ao delito de lavagem de dinheiro a serem analisados no capítulo 5.

Com base nisso, será exposto inicialmente o cenário global que propiciou a gestação do *compliance*; as normativas internacionais e o comportamento do Brasil acerca do *compliance* na lavagem de dinheiro. A partir disso, serão examinados os principais problemas encontrados acerca do *compliance* na lavagem de dinheiro, quais sejam: (i) as empresas como *longa manus* do Estado em razão dos programas de *compliance* e (ii) a posição de garantidor do *compliance officer* e a responsabilidade penal.

Conforme se observou no tópico 1.2. *supra*, o movimento de cerceamento à lavagem de dinheiro foi impulsionado pelo avanço da agenda neoliberal e da globalização. Diante da transformação e evolução da sociedade global permeada por práticas capitalistas extra fronteiriças com mercados globais, houve a expansão do Direito Penal Econômico marcado pelo estabelecimento de marcos regulatórios e legislações penais intensificando a incriminação econômica. Sob tal contexto, as ações de controle e prevenção por parte do Estado tornaram-se mais complexas:

Com as novas tecnologias constantemente aperfeiçoadas e do fim das barreiras físicas, o Estado e as empresas estabelecem uma nova realidade, baseada na prevenção e sanção dos comportamentos delitivos danosos à empresa e ao seu entorno.

⁵³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 114.

[...]

Dotados de alta complexidade, os delitos econômicos não afetam somente a economia de um país determinado, mas podem alcançar transcendência transnacional, razão pela qual assistimos a um crescente fenômeno de expansão do direito penal sobre a atividade econômica e empresarial.⁵³⁶

Isso porque, havendo uma estreita relação entre o Direito Penal Econômico e as ciências empresariais (em especial: contabilidade comercial, auditorias contábeis, a relevância das informações no mercado financeiro e na valoração das condutas empresariais)⁵³⁷, o Estado, previamente excluído pelas políticas de desregulamentação, foi convidado para garantir as liberdades econômicas necessárias e, ao mesmo tempo, evitar fraudes que se desenvolvessem além dos limites dos riscos permitidos pelo sistema⁵³⁸.

Nessa toada, no início do século XXI, precisamente no contexto global, constatava-se o seguinte cenário apresentado por OGUS:

[...] estamos vivendo uma era de diminuição da confiança nas agências públicas e em que os governos estão sob crescente pressão, seja da imprensa ou de outras fontes, para responder aos ‘desastres’ ou ‘escândalos’ de vários tipos (O’Neil, 2002). A suspeita de que as normas regulatórias existentes são, em geral, adequadas, mas aplicadas deficientemente, pode ser bem fundamentada, de todo modo, pode ser também que os críticos estejam cometendo o erro de esperar a ‘aplicação perfeita’ em vez de a ‘aplicação ótima’ que modificam a relação dos custos contra os seus benefícios.

Terceiro, a globalização dos mercados colocou em foco a interação entre os regimes regulatórios nacionais. Inquestionavelmente, há uma maior tendência para um maior reconhecimento mútuo dos regimes nacionais e, em algumas áreas, harmonização, a fim de que a concorrência trans fronteira não seja prejudicada.⁵³⁹

Nesse sentido, em primeiro lugar, na busca pela “regulação perfeita” o Direito Penal foi acionado como mecanismo de intervenção, ante ao fracasso da prevenção, visando dar estímulos positivos para comportamentos conforme a norma. Em segundo lugar, justamente para expandir os parâmetros legais internacionais (*international legal standards*) e permitir a

⁵³⁶ PINTO, Nathália Regina. *A importância dos marcos regulatórios na prevenção à criminalidade econômica*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 10. Acesso em 10 de maio de 2019.

⁵³⁷ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. San José: Grijley, 2009, p. 63.

⁵³⁸ PINTO, op. cit., p. 40.

⁵³⁹ Tradução livre do excerto: “we are living in an era of diminishing trust in public agencies and when governments are coming under increasing pressure, from the press and other sources, to respond vigorously to ‘disasters’ or ‘scandals’ of various sorts (O’Neill, 2002). The suspicion that existing regulatory rules are, in general, adequate but insufficiently enforced may be well founded; but it may also be that critics are making the mistake of expecting ‘perfect enforcement’, instead of ‘optimal enforcement’, which crucially sets off the costs of enforcement against the benefits. Third, the globalization of markets has brought into focus the interaction between national regulatory regimes. Unquestionably, there has been a trend towards greater mutual recognition of national regimes and, in some areas, harmonization, in order that transboundary competition should not be thwarted.” (OGUS, Anthony. *Enforcing regulation: do we need the criminal law?* In: SJÖGREN, Hans and SKOGH, Göran (editors). *New perspective on economic crime*. Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2004, p. 43).

interação entre mercados, houve uma flexibilização dos ordenamentos jurídicos internos, que passaram a ser integrados de maneira supranacional por vias penais.

Portanto, a inserção de marcos regulatórios, ou seja, a regulação econômica, enquanto um padrão de intervenção estatal no mercado, alinou-se aos anseios de correção de deficiências na proteção da ordem econômica⁵⁴⁰. Sob esse cenário, foi criada uma cultura organizacional que redefiniu os mecanismos de prevenção à criminalidade⁵⁴¹.

Tal cultura acabou por cravar a implementação da prevenção de riscos de responsabilidade empresarial por descumprimento de regulações legais, modernamente conhecido sob a rubrica de *compliance*⁵⁴². LAUFER afirma que:

Compliance é uma responsabilidade que é dirigida para baixo na estrutura hierárquica empresarial, bem como nos seus processos e decisões. *Compliance* deve ser institucionalizada para moldar os valores que orientam a empresa; para criar um ambiente que estimule comportamentos eticamente sólidos e para incutir um senso de responsabilidade compartilhada entre os empregados.⁵⁴³

Na esfera internacional, tal qual o cerceamento à lavagem de dinheiro, a regulamentação do *compliance* passou a efetivamente ganhar força a partir da década de 1980. Em 1988, ano da Convenção de Viena, o Comitê da Basileia⁵⁴⁴ introduziu o Acordo de Basileia I buscando implementar princípios básicos de prevenção à lavagem de dinheiro para os bancos privados mundiais e padronizar regras e procedimentos em prol de proporcionar solidez aos mercados financeiros. Com isso, os profissionais do mercado financeiro passaram a ser treinados para conhecer melhor seu cliente (*know your client*) e identificar as operações financeiras suspeitas

⁵⁴⁰ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. San José: Grijley, 2009, p. 22.

⁵⁴¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, v. 2, 2014, p. 112-3.

⁵⁴² O termo *compliance* advém do verbo também em inglês *comply* que significa, em termos semânticos, cumprir, obedecer, concordar, consentir e, no contexto específico da regulação legal, denota o cumprimento das normas reguladoras de determinado setor. Confira-se: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 52.

⁵⁴³ Tradução livre de: “Compliance is an empowered accountability that is driven down the corporate hierarchy through the firm’s structure, processes, and decisions. Compliance should be institutionalized to shape an organization’s guiding values, to create an environment that supports ethically sound behavior, and to instill a sense of shared accountability among employees.” (LAUFER, William. *Corporate Liability, Risk Shifting and the Paradox of Compliance*. *Vanderbilt Law Review*, v. 52, 1999, p. 1393).

⁵⁴⁴ “O Comitê de Basileia para Supervisão Bancária (*Basel Committee on Banking Supervision* – BCBS) é o fórum internacional para discussão e formulação de recomendações para a regulação prudencial e cooperação para supervisão bancária, composto por 45 autoridades monetárias e supervisoras de 28 jurisdições. O Comitê de Basileia – criado em 1974 no âmbito do Banco de Compensações Internacionais (*Bank for International Settlements* – BIS) tem por objetivo reforçar a regulação, a supervisão e as melhores práticas bancárias para a promoção da estabilidade financeira.” BRASIL. Banco Central do Brasil. *Recomendações de Basileia*. Disponível em: < <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/recomendacoesbasileia>>. Acesso em maio de 2019.

de lavagem de dinheiro, e ainda para cooperarem com as autoridades competentes na investigação da prática de crimes⁵⁴⁵.

Posteriormente, em 2004, foi elaborado o Acordo de Basileia II com 25 princípios básicos sobre contabilidade e supervisão bancária visando aprimorar o Acordo de Basileia I por meio da introdução de três pilares. O pilar 1 “consiste nos requerimentos de capital para cobertura dos riscos de crédito, de mercado e operacional”; o pilar 2 “é o processo de avaliação conduzido pelo supervisor de observância dos requisitos prudenciais e da adequação de capital”; e o pilar 3 fomenta a “disciplina de mercado por meio de requerimentos de divulgação ampla de informações relacionadas aos riscos assumidos pelas instituições”⁵⁴⁶.

Por fim, mais recentemente, em 2010, veio o Acordo da Basileia III, para corresponder aos anseios trazidos pela crise financeira de 2008, visando melhorar a capacidade das instituições bancárias de absorver crises, fortalecer a estabilidade dos negócios e a promoção do crescimento econômico sustentável.

Outro órgão que traz estratégia global importante para a regulação do *compliance* na lavagem de dinheiro é o GAFI. Para além dos próprios objetivos do GAFI enquanto organismo⁵⁴⁷, pode-se mencionar no âmbito do *compliance* as Recomendações 10 (Devida diligência acerca do cliente); 11 (Manutenção de registros); 17 (Recursos a terceiros) e 18 (Controles internos, filiais e subsidiárias estrangeiras). A estratégia global do GAFI conta ainda com a publicação periódica da lista de países de alto risco (*high risk jurisdiction list*) que é uma

⁵⁴⁵ CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 23. Acesso em 20 de maio de 2019.

⁵⁴⁶ Informações obtidas em BRASIL. Banco Central do Brasil. *Recomendações de Basileia*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/recomendacoesbasileia>>. Acesso em maio de 2019.

⁵⁴⁷ “O GAFI é um organismo multidisciplinar que reúne o poder de formulação de políticas financeiras e legais e é considerado o órgão mais influente e competente em relação às políticas e aos padrões de combate à lavagem de dinheiro. O GAFI tem três principais tarefas: (i) monitorar o progresso dos membros na implementação de medidas para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo; (ii) revisar as tendências, técnicas e contra medidas de lavagem de dinheiro e suas implicações para as 40 Recomendações; (iii) promover a adoção e implementação das Recomendações por parte dos países não membros.” Tradução livre de: “The FATF is a multi-disciplinary body, bringing together the policy-making power of legal financial and law enforcement experts and is regarded as the most influential and authoritative body in respect of money laundering policy and standards. The FATF has three main tasks: (i) to monitor members’ progress in implementing measures to counter money laundering and terrorist financing; (ii) to review money laundering trends, techniques and counter-measures, and their implications for the 40 Recommendations; (iii) to promote the adoption and implementation of the FATF Recommendations by non-member countries.” (COMMONWEALTH SECRETARIAT. *Combating Money Laundering and Terrorist Financing: A Model of Best Practice for the Financial Sector, the Professions and other Designated Businesses*. London, 2006, p. 20. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/content/publication/9781848590793-en>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2019.)

lista com o nome dos estados não cooperantes com os padrões globais de cerceamento à lavagem e ao terrorismo fixados pelo organismo (Recomendação 19: Países de alto risco⁵⁴⁸)⁵⁴⁹.

Além disso, introdução especialmente relevante feita pelo GAFI foi a criação de Unidades de Inteligência Financeira (UIF), ou seja, agências governamentais especializadas no recebimento ou requisição, análise, verificação e armazenamento de informações relativas a operações suspeitas, papel que no Brasil é desempenhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Nota-se que não existe um instrumento internacional único, que concentre regras de prevenção e formas de cerceamento à lavagem de dinheiro, mas sim “uma miríade de recomendações de medidas específicas buscando conduzir esforços conjuntos para o enfrentamento da criminalidade organizada”⁵⁵⁰.

No Brasil, a preocupação com os deveres do *compliance* chegou mais tardiamente. A primeira aparição no ordenamento brasileiro deu-se, por meio da própria Lei de Lavagem de Dinheiro em sua redação original⁵⁵¹ (Lei nº 9.613/1998) ao dispor os deveres das instituições financeiras de identificação dos clientes, manutenção de registros e comunicações de operações financeiras nos artigos 10 e 11⁵⁵². Além disso, no mesmo ano, em 24 de setembro de 1998, o Banco Central expediu a Resolução nº 2.554/98⁵⁵³ para dispor sobre a implantação e implementação de sistemas de controles internos às instituições financeiras.

Posteriormente, seguindo as recomendações internacionais, a Lei de Lavagem de Dinheiro foi alterada por meio da Lei nº 12.683/12 expandindo os deveres de *compliance* para todo o setor econômico de modo generalizado, incluindo, por exemplo, o consumo de luxo.

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

⁵⁴⁹ CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 99. Acesso em 20 de maio de 2019.

⁵⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 60.

⁵⁵¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Legislação Informatizada - LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998 - Publicação Original*. Brasília, 3 de março de 1998. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei-9613-3-marco-1998-372359-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

⁵⁵² SILVEIRA, Renato de Mello Silveira; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173 e ss.

⁵⁵³ BRASIL. Banco Central do Brasil. *Resolução nº 2.254, 24 de setembro de 1998*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf>. Acesso em maio de 2019.

Diante disso, merecem atenção acerca do *compliance* os artigos 9º, 10 e 11 na Lei de Lavagem de Dinheiro. O artigo 9º⁵⁵⁴ prevê expressamente que as pessoas físicas⁵⁵⁵ e jurídicas que atuam nos setores sensíveis, especificados em tal dispositivo, devem “adotar políticas, procedimentos, que lhes permitam atender” às obrigações impostas pela Lei, por meio dos artigos 10 e 11, como o dever de coletar e sistematizar informações sobre clientes (*know your client*), operações; comunicar atos suspeitos às autoridades públicas e desenvolver sistemas de *compliance* que facilitem o cumprimento das normas impostas.

Já as sanções administrativas decorrentes da omissão no dever de comunicar as operações financeiras suspeitas estão previstas no artigo 12⁵⁵⁶ sendo elas: a) advertência; b) multa pecuniária variável não superior ao dobro do valor da operação, ou ao dobro do lucro real obtido ou presumivelmente obtido pela realização da operação, ou não superior ao valor de vinte milhões de reais; c) inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das instituições financeiras; e d) cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

Além disso, coadunando-se com a orientação do GAFI pela criação de UIF, o artigo 14⁵⁵⁷ da Lei de Lavagem de Dinheiro instituiu a unidade de inteligência financeira brasileira: o

⁵⁵⁴ Recentemente, houve a inclusão das Empresas Simples de Crédito (ESC) no inciso V do artigo 9º por meio da Lei Complementar nº 167, de 2019.

⁵⁵⁵ Como foi pormenorizado no tópico 4.3. supra, passou a figurar como pessoa obrigada o advogado.

⁵⁵⁶ “Art. 12. As pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções: I - advertência; II - multa pecuniária variável não superior: a) ao dobro do valor da operação; b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento. § 1º A pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10. § 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo: I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no prazo assinalado pela autoridade competente; II - não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10; III - deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10; IV - descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11. § 3º A inabilitação temporária será aplicada quando forem verificadas infrações graves quanto ao cumprimento das obrigações constantes desta Lei ou quando ocorrer reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa. § 4º A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com a pena prevista no inciso III do *caput* deste artigo.”

⁵⁵⁷ “Art. 14. Fica criado, no âmbito do Ministério da Economia, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo das competências de outros órgãos e entidades. (Redação dada pela Medida Provisória nº 886, de 2019) § 1º As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12. § 2º O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores. § 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.”

COAF, órgão de natureza administrativa. O COAF detém diversas funções, sendo uma delas a regulação da atividade dos setores sensíveis sem órgão regulatório próprio⁵⁵⁸.

Desse modo, há o *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro como método de prevenção de comportamentos delitivos e também como instrumento facilitador da persecução penal em razão da formação de base de informações e dados para eventual comunicação de um delito à autoridade competente⁵⁵⁹. Nesse sentido, é digno de nota que o *compliance* na lavagem de dinheiro é obrigatório, ou seja, não se trata de mecanismo de prevenção destinado a mitigação de penas, mas sim de dever a ser cumprido por empresas e pessoas obrigadas.

Ante ao panorama de regulamentação do *compliance* na lavagem de dinheiro, passa-se a análise das principais críticas acerca da questão.

4.5.1. EMPRESAS COMO LONGA MANUS DO ESTADO

Como se pode observar, o *compliance* consolidou-se tanto por meio da *hard law* quanto da *soft law*⁵⁶⁰ (no cenário internacional: os Acordos da Basileia (I, II e III), as Recomendações do GAFI e internamente: as Circulares do Banco Central do Brasil e as Resoluções do COAF).

Como sintetiza BOTTINI⁵⁶¹, ao falar sobre os objetivos dos programas de *compliance*:

A implementação de um adequado sistema de *compliance em prevenção à lavagem de dinheiro* tem o escopo de garantir que a instituição tome todas as precauções necessárias para evitar o envolvimento de sua estrutura com práticas delitivas, e impedir a responsabilidade penal, civil e administrativa de dirigentes pelo eventual descumprimento – por parte de funcionários ou terceiro – de normas e atos normativos referentes à atividade desenvolvida.

⁵⁵⁸ “Para isso, expediu desde sua criação 27 resoluções, destinadas a diversos setores de atividade, como administradoras de cartões de credenciamento ou de crédito (Res. 06/1999), pessoas físicas ou jurídicas que operam transações com valores mobiliários (Res. 07/1999), com transferência de numerário (Res. 10/2001), com joias, pedras e outros materiais preciosos (Res. 23/2012), bens de luxo de alto valor (Res. 25/2013), que prestam – mesmo que eventualmente – serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência em determinadas operações (Res. 24/2012) e factorings (Res. 21/2012).” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 59).

⁵⁵⁹ SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Criminal compliance e as novas feições do direito penal econômico. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. (Org.). *Doutrinas essenciais - Direito penal e processo penal: leis penais especiais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. IV, p. 885-904.

⁵⁶⁰ “Em suma, ainda que o *soft law* não seja produto de obrigações juridicamente assumidas pelos Estados, não restam dúvidas de que suas determinações são atendidas prontamente pelos bancos, ainda que o respeito às normas se dê, exclusivamente, em razão das consequências comerciais que possam advir caso sejam desrespeitados os padrões internacionais de *compliance*. Em última análise, o cumprimento das normas de *compliance* inseridas no contexto da *soft law* interessam ao próprio Estado, que assim como as instituições financeiras não pretende sofrer as consequências econômicas decorrentes de sua desatenção às normas internacionais.” (CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 32. Acesso em 20 de maio de 2019).

⁵⁶¹ BADARÓ, op. cit., p. 54-5.

Isso é, os programas de *compliance* ultrapassam a simples imposição de deveres de vigilância, tendo como objetivo mais amplo evitar delitos dentro da empresa instaurando padrões de ética às atividades cotidianas e aplicáveis a todos os seus funcionários e dirigentes⁵⁶².

Não obstante, note-se que o *compliance* não tem – e nem conseguiria ter – como propósito esvaziar totalmente o risco da ocorrência de lavagem de dinheiro haja vista a existência de diversos agentes com interesses próprios que podem driblar o adequado monitoramento e cumprimento das determinações. Em verdade, a finalidade do *compliance* destina-se à implementação de padrões de conduta que reduzam o risco da prática de ilícitos a um mínimo tolerável, nas palavras de YLSA, como “razoável segurança de prevenção”, facilitando a atuação das autoridades de investigação, diante de indícios ou suspeita de tais atos⁵⁶³.

Nesse sentido, as obrigações impostas pela Lei de Lavagem de Dinheiro impactaram a organização de empresas e profissionais atuantes nos denominados setores sensíveis. Isso é, pessoas jurídicas passaram a investir no estabelecimento de programas de *compliance* que fixem padrões internos para garantir o cumprimento das normas de prevenção; afastem responsabilidades administrativas, criminais e os danos à imagem⁵⁶⁴ oriundos de qualquer envolvimento com práticas ilícitas⁵⁶⁵. Com isso, atualmente, as práticas de *compliance* exercem um papel fundamental dentro das empresas. Isso porque, “[e]m uma realidade de autorregulação, as empresas mostram-se como as maiores conhecedoras de suas próprias estruturas e riscos.”⁵⁶⁶

Dessa forma, SILVA SÁNCHEZ indica que as práticas de *compliance* implicam uma autorregulação empresarial, exigida pelo Estado, no sentido de inibir seus déficits organizacionais, para que a própria empresa controle seus riscos e previna eventuais infrações ao ordenamento jurídico⁵⁶⁷. Assim, cria-se uma situação paradoxal em que “ao buscar uma

⁵⁶² PINTO, Nathália Regina. *A importância dos marcos regulatórios na prevenção à criminalidade econômica*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 130. Acesso em 10 de maio de 2019.

⁵⁶³ YLSA, Alain Casanovas. *Legal compliance* - Principios de cumplimiento generalmente aceptados. Madrid: Difusion Juridica, 2012, p. 56.

⁵⁶⁴ “Ademais, um sistema de monitoramento do cumprimento de normas de prevenção à *lavagem de dinheiro* assegura a boa imagem da instituição no mercado (bem como de seus integrantes), confere *confiabilidade*, e evita crises e desgastes inerentes a qualquer suspeita de colaboração com o crime organizado.” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 56.)

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 54.

⁵⁶⁶ PINTO, op. cit., p. 142.

⁵⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamento del derecho penal de la empresa*. Montevideo: B. de F., 2013, p. 193-6.

redução de responsabilidades administrativas e penais, um sistema eficaz de *compliance* pode acabar por antecipar ou mesmo produzir uma imputação que de outra forma não seria revelada ou descoberta pelas autoridades públicas.”⁵⁶⁸ Nesse sentido, o *compliance* passa a ser *longa manus* do Estado, mais especificamente dos órgãos de repressão ao crime, na medida em que os funcionários das instituições dos setores sensíveis serão colaboradores obrigatórios na fiscalização e identificação de práticas delitivas⁵⁶⁹.

Desse modo, mostra-se a face obscura: o Estado ciente de sua incapacidade para fiscalizar todas as transações financeiras, impõe que algumas entidades privadas o auxiliem nessa tarefa. É evidente que não se nega a necessidade de colaboração na prevenção à lavagem de dinheiro, porém, salienta-se que a fonte regulamentar é a autoridade pública, e não o profissional do setor sensível⁵⁷⁰.

De quebra, por meio disso, criou-se uma indústria do *compliance*. Nesse sentido, CARDOSO⁵⁷¹ conclui que:

As exigências legais de combate à lavagem de dinheiro impostas às instituições financeiras fomentaram a criação da indústria do *compliance*, que se ocupa desde a prestação de serviços como consultorias, palestras e treinamentos até a instalação e manutenção de sofisticados *softwares* para o monitoramento e identificação de operações suspeitas.

[...] Nos dias atuais uma boa reputação corporativa é um dos principais ativos que uma empresa pode ter, assim, no setor bancário a implementação das políticas de *compliance* encontrou um ambiente favorável, que indica para a convergência entre os interesses das instituições financeiras e os do poder público.

Diante disso, observa-se que a indústria do *compliance* deixa evidente o uso disfuncional do Direito Penal que se volta para objetivos muito diversos daqueles inicialmente imaginados.

Portanto, vale-se da doutrina nacional e espanhola para pontuar tal crítica que se presta a denunciar a função oculta por detrás do *compliance*. No entanto, esclarece-se que não se pretende defender aqui o afastamento ou inutilização das práticas de *compliance* seja por que já se encontram consideravelmente inseridas na realidade empresarial brasileira; também por

⁵⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 56.

⁵⁶⁹ SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Criminal compliance e as novas feições do direito penal econômico. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. (Org.). *Doutrinas essenciais - Direito penal e processo penal: leis penais especiais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. IV, p. 885-904.

⁵⁷⁰ ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro e Resoluções do COAF. *Valor Econômico*, São Paulo, 27 de março de 2013, disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/3023690/lavagem-de-dinheiro-e-resolucoes-do-coaf>>. Acesso em outubro de 2017.

⁵⁷¹ CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 145. Acesso em 20 de maio de 2019.

que tal argumentação se mostraria inócua em casos concretos perante a realidade prática dos tribunais e, principalmente, por que se enxerga o *compliance* como mecanismo crucial na prevenção à lavagem de dinheiro, mesmo que ainda carente de limitações e esclarecimentos.

4.5.2. POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO COMPLIANCE OFFICER E RESPONSABILIDADE PENAL

Para além da utilização disfuncional do *compliance* na lavagem de dinheiro em que as empresas acabam se tornando *longa manus* do Estado, outro problema latente é a posição de garantidor do *compliance officer* e a sua eventual responsabilidade penal. Optou-se por tratar referido tema nesta seção, e não no tópico 4.3. (“Limites da responsabilidade penal na lavagem de dinheiro: autoria, participação e condutas neutras”) uma vez que apesar deste questionamento versar sobre a responsabilidade penal, se trata de questão específica e relacionada ao *compliance*, suas regulamentações e controvérsias expostas no presente tópico, sendo, portanto, mais produtivo e coerente aproveitar o arcabouço aqui exposto.

Diante disso, há que se contextualizar que há diversos modelos de *compliance*. A estruturação de setores de prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições sensíveis deve ser proporcional ao tamanho e à complexidade organizacional da empresa ou entidade⁵⁷². Por exemplo, em empresas maiores e mais hierarquizadas, seria mais adequada a criação de um setor ou departamento próprio voltado exclusivamente ao desenvolvimento e manutenção de políticas de integridade. Além disso, como os programas de *compliance* demandam a implementação de valores éticos dentro das atividades da empresa, esses terão que fazer parte do cotidiano de todos os seus funcionários. Neste contexto, surge a figura do *compliance officer* que tem por função “a gestão e a correção dos indícios que se mostrem defeituosos no decorrer das atividades da empresa”⁵⁷³ equiparável às funções de um *gatekeeper*⁵⁷⁴ interno.

⁵⁷² COIMBRA e MANZI mencionam os seguintes modelos: a) modelo de integração à gestão de riscos; b) modelo de integração ao departamento jurídico; c) modelo de independência funcional. (COIMBRA, Marcelo Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Org.). *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 23).

⁵⁷³ PINTO, Nathália Regina. *A importância dos marcos regulatórios na prevenção à criminalidade econômica*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 142. Acesso em 10 de maio de 2019.

⁵⁷⁴ “Antes mesmo da institucionalização do *compliance officer*, as funções de inteligência e vigilância já existiam no âmbito bancário. Os *gatekeepers*, ou vigilantes, como preferem os doutrinadores espanhóis, originalmente eram profissionais externos à administração da empresa, que tinham como função o controle de suas atividades, e como finalidade a salvaguarda de certos interesses coletivos. Nessa categoria estavam incluídos, por exemplo, os auditores que pudessem identificar irregularidades na empresa e os advogados de mercados de valores, com atuação independente em relação à hierarquia funcional da empresa.” (CARDOSO, Débora Motta. *A extensão*

Vale mencionar também a figura do *whistleblower* que seria aquele funcionário que denuncia fatos ilícitos ou antiéticos realizados pela empresa ou seus superiores ou terceiros, no âmbito empresarial, sem ter qualquer encargo para tanto, ou seja, sem desempenhar dentro da organização funções de controle ou investigação dos fatos denunciados. Nesse sentido, sua alusão se torna importante em razão de relacionar-se com o mecanismo de denúncias internas que deve estar à disposição dos funcionários das instituições financeiras, para eventuais denúncias de fatos que mereçam posterior investigação⁵⁷⁵.

Nessa toada, o segundo problema identificado no contexto do *compliance* relaciona-se com a ampliação de deveres e responsabilidades no âmbito do Direito Penal Econômico que culmina no alargamento do estabelecimento de posições de garantidores. Tal problema decorre do fato que a introdução do *compliance* não foi acompanhada de maior rigor técnico ou dogmático no que diz respeito a responsabilidade dos agentes envolvidos. A responsabilidade consistente no dever de evitar a prática da lavagem de dinheiro no bojo do *compliance* deve ser sempre bem delimitada uma vez que o mero *status* de administrador, diretor ou gerente não atrai, por si só, o dever de garantia⁵⁷⁶, conforme se observou no tópico 4.3.

No mesmo sentido, por sua vez, a aplicação do Direito Penal em face ao *compliance officer* também deve ser tratada com cautela⁵⁷⁷. Exige-se uma análise contextualizada do *compliance officer*, das funções exercidas por ele e do grau de autonomia e poder que lhe foi conferido pela empresa⁵⁷⁸.

No caso das instituições financeiras, por exemplo, há uma ampla divisão do trabalho delimitada pela hierarquia e especialização laboral. Com isso, as decisões são cada vez mais descentralizadas. Dentro dessa estrutura, o *compliance officer* assume a função de garantidor visando a prevenção de crimes, como no caso, da lavagem de dinheiro. Apesar da posição de garante do *compliance officer* não ter sido definitivamente delineada no Brasil, dentro das instituições financeiras, alguns pontos se mostram incontroversos como, por exemplo, o fato de

do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 64-5. Acesso em 20 de maio de 2019).

⁵⁷⁵ PINTO, Nathália Regina. *A importância dos marcos regulatórios na prevenção à criminalidade econômica*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 151-3. Acesso em 10 de maio de 2019.

⁵⁷⁶ SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Criminal compliance e as novas feições do direito penal econômico. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. (Org.). *Doutrinas essenciais - Direito penal e processo penal: leis penais especiais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. IV, p. 885-904.

⁵⁷⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, jan/fev. 2014, p. 229.

⁵⁷⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Silveira; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 129.

sua existência ser obrigatória. Desse modo, tornou-se forçoso aos bancos a definição das responsabilidades do *compliance officer* dentro da instituição. Na maioria das vezes, o *compliance officer* será independente e terá ampla liberdade de ação. Trata-se, portanto, de uma posição relevante dentro da hierarquia dos bancos na qual a alta direção confiará para o desempenho diligente e cauteloso de suas atividades diante de situações suspeitas de lavagem de dinheiro. Com isso, para ocupá-la será necessário preencher uma série de requisitos, em especial, conhecer toda a estrutura normativa sobre *compliance* e lavagem de dinheiro, ter perfil decisório para avaliar a natureza do risco na omissão dos deveres de *compliance* e para decidir o que levar ao conhecimento da alta direção do banco, e contar com experiência em procedimentos de investigação⁵⁷⁹.

Portanto, a área de *compliance* funciona como uma linha auxiliar da administração tendo responsabilidade de emitir alertas sobre riscos que podem resultar de determinadas decisões. Não obstante, ante a ausência de poder decisório do *compliance officer*, questiona-se: como se dará sua responsabilização em caso de fraudes ou ilícitos que sejam cometidos no âmbito empresarial? Ou ainda, o quão amplo é o dever de garantidor do *compliance officer*? Para LOBO DA COSTA e ARAÚJO, o *compliance officer* “não assume o dever de evitar todo e qualquer resultado de prática de crimes dentro da empresa, mas sim de estabelecer regras, fiscalizar e comunicar problemas aquelas que detêm na empresa os poderes de administração.”⁵⁸⁰

Ante ao não cumprimento do dever de garantidor, como já mencionado, a Lei de Lavagem de Dinheiro prevê em seu artigo 12 as sanções administrativas. No entanto, o enfoque desta seção versa sobre a existência, ou não, de responsabilidade criminal decorrente da omissão no dever de comunicar as operações financeiras suspeitas.

Na realidade bancária, entende-se por operações suspeitas aquelas cujo valor transacionado seja igual ou superior a dez mil reais, ou repetidas operações e valores próximos a esse limite. Não obstante, as características dessas operações foram estipuladas pelos órgãos regulamentadores de diversas áreas do setor financeiro nacional tais como o Banco Central do Brasil (BACEN)⁵⁸¹, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)⁵⁸².

⁵⁷⁹ CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 173. Acesso em 20 de maio de 2019.

⁵⁸⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, jan/fev. 2014, p. 226.

⁵⁸¹ Para mais informações sobre as cartas circulares do BACEN veja-se: SILVEIRA, Renato de Mello Silveira; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 276-7.

⁵⁸² CARDOSO, op. cit., p. 101-2.

Subjetivamente, o conceito de operações financeiras suspeitas é bastante fluido e genérico, uma vez que os elementos que levam à desconfiança de que o dinheiro movimentado em certa operação é ilícito, em regra, decorrem de uma opinião sem a respectiva fundamentação⁵⁸³. Desse modo, acredita-se que o mais adequado em prol do caráter preventivo da função do *compliance officer* seria fundamentar os motivos que o levaram a reportar a operação suspeita, pelo menos nos casos mais vulneráveis (situados entre o limite da ação de comunicar ou não comunicar).

Na rotina do *compliance officer*, nas instituições financeiras operantes no Brasil – onde não há qualquer previsão no ordenamento jurídico sobre a abstenção na execução das operações financeiras suspeitas⁵⁸⁴ –, quatro possíveis situações podem ocorrer: (a) comunicar antes de obstar a operação suspeita; (b) comunicar para depois obstar a operação suspeita; (c) comunicar a operação suspeita e não obsta-la ou (d) não comunicar.

A partir disso, questiona-se qual das referidas condutas melhor se adequa ao caráter preventivo do *compliance*. No primeiro e segundo casos, como houve a interrupção das operações financeiras suspeitas, há quem diga que isso “demonstra, por qualquer que seja o ângulo analisado, uma conduta diligente do *compliance officer* [...] [e] dificilmente poder-se-ia aceitar nessas situações que lhe fosse imputada a prática do crime de lavagem de dinheiro.”⁵⁸⁵

Por outro lado, a partir da terceira situação, em que não se obsta a operação financeira suspeita, surgem os questionamentos acerca da responsabilidade penal do *compliance officer*. Apesar da omissão em coibir a instituição financeira de realizar operações financeiras suspeitas não configurar, com clareza, quaisquer dos tipos penais previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro, CARDOSO diz que “em uma eventual análise sobre a colaboração do *compliance officer* para a realização do crime de lavagem de dinheiro sua participação poderá não ser facilmente afastada [...]”⁵⁸⁶ sob a justificativa que:

A única providência capaz de elidir qualquer suspeita de participação do *compliance officer*, e dos demais membros do banco, na lavagem de dinheiro é a abstenção na realização da transação financeira. Especialmente se considerarmos que a comunicação em si poderia servir como estratégia para não despertar a atenção das autoridades para o envolvimento do banco na prática criminosa.⁵⁸⁷

⁵⁸³ CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 108. Acesso em 20 de maio de 2019.

⁵⁸⁴ Tal qual há no artigo 24 da Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0060&from=CS>>. Acesso em 11 de maio de 2020.

⁵⁸⁵ CARDOSO, op. cit., p. 112.

⁵⁸⁶ Ibid., p. 113.

⁵⁸⁷ Ibid., p. 114.

Porém, referida assertiva ignora o fato de que mesmo que sejam seguidos à risca os padrões de identificação de atividades suspeitas descritos pelo órgão de inteligência nacional, ainda assim não estariam eliminadas as dificuldades intrínsecas à realidade prática do *compliance officer*, nem sempre previstas pela norma. Exatamente nesse sentido, o parágrafo 2º do artigo 11 da Lei de Lavagem de Dinheiro isenta o *compliance officer* da responsabilidade civil e administrativa desde que a comunicação de operações suspeitas tenha sido feita de boa-fé. Ocorre que, como era de se esperar, a delimitação do conceito de boa-fé não é clara uma vez que se translada para um plano subjetivo da conduta em questão⁵⁸⁸.

Já na quarta situação, em que o *compliance officer* sequer comunica a operação suspeita, o questionamento é ainda mais latente: há a configuração de coautoria em delitos em razão da omissão ou apenas uma infração administrativa?

Ciente desse cenário sobre o papel do *compliance officer*, tem-se as reflexões acerca da sua responsabilidade criminal por omissão ao seu dever de garantia. Ainda que haja argumentos favoráveis a tal responsabilização, não há como se justificar a punição de condutas omissivas como se comissivas fossem, tampouco a penalização de condutas, no máximo, negligentes, como se dolosas fossem⁵⁸⁹.

Nos delitos omissivos está presente o dever de agir categorizado por meio de duas modalidades distintas: (i) o delito omissivo próprio ou puro (em que a incriminação recai em razão da inobservância de um dever geral de agir imposto por meio de tipos penais específicos e se perfaz independentemente da produção do resultado⁵⁹⁰) e (ii) o delito omissivo impróprio ou comissivo por omissão (em que há uma equiparação legal entre ação e omissão, tendo por fundamento um dever jurídico especial na figura do garantidor e a superveniência real ou potencial do resultado é elemento caracterizador do crime consumado ou de sua tentativa)⁵⁹¹.

No caso de omissão perpetrada pelo *compliance officer* diante da lavagem de dinheiro, estar-se-ia perante um crime omissivo impróprio tendo em vista sua função de garantidor da ordem econômica que engendra dever jurídico especial de agir.

Segundo o que dispõe o artigo 13, parágrafo 2º do Código Penal, são fontes da posição de garantidor, impondo ao agente obrigação legal de agir: a) quando tiver por lei obrigação de

⁵⁸⁸ CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 151. Acesso em 20 de maio de 2019.

⁵⁸⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Silveira; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 274.

⁵⁹⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 228-30.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 231-5.

cuidado, proteção ou vigilância, excluindo-se atos normativos inferiores (tais como decretos, regulamentos, resoluções, instruções e etc.); b) quando assumir, de outra forma, a responsabilidade de impedir o resultado ou c) se, com o comportamento anterior, o agente criar o risco da ocorrência do resultado. Além do dever de garantia, para a tipicidade da omissão imprópria é necessário que o resultado seja previsível e que sua evitação seja possível⁵⁹².

Para além dos elementos específicos do tipo objetivo do delito omissivo impróprio, sob o aspecto do elemento subjetivo aceita-se o dolo e a imprudência (em crimes em que se admite a modalidade culposa, o que não é o caso da lavagem de dinheiro no Brasil)⁵⁹³.

Aplicando-se isso à conduta omissiva do *compliance officer* na lavagem de dinheiro, sob o aspecto do elemento objetivo, há quem diga que o *compliance officer* tenha “por lei a obrigação de proteção ou vigilância [cabendo] o dever de atuar, por decorrência de seu exercício profissional”⁵⁹⁴; “que por aceitação voluntária ou contratual se coloca na posição de garante da instituição financeira com relação às políticas antilavagem”⁵⁹⁵ e que há “particular circunstância de confiança na disponibilidade interventora do garante uma vez que [o] *compliance officer* enquanto garantidor confere a todos os demais membros do banco, a segurança de que o crime de lavagem de dinheiro não será praticado dentro da empresa”⁵⁹⁶.

Contudo, deve-se ter especial atenção para que não se utilize o descumprimento das regras administrativas previstas na Lei de Lavagem de Dinheiro para a caracterização da omissão imprópria. Nesse sentido, BOTTINI esclarece que:

Ainda que a Lei 9.613/1998 institua o dever de *compliance* para as pessoas obrigadas, nos termos do art. 10, III, vale notar que a determinação normativa não objetiva instituir mecanismos internos para evitar a prática de lavagem de dinheiro, mas apenas de organizar estruturas capazes de manter registro de informações e de notificação de atividades suspeitas. [...] Por isso, não parece que o descumprimento de qualquer das normas administrativas da Lei 9.613/1998 atraia o dever de garantia e seja suficiente para a omissão imprópria.⁵⁹⁷

Diante desse arcabouço, faz-se necessária a delimitação dos critérios que poderiam autorizar a responsabilização criminal do *compliance officer*. O primeiro critério, pertinente à legalidade, é verificar se a conduta exigida do *compliance officer* como forma de prevenção está dentre aquelas estabelecidas pela Lei de Lavagem de Dinheiro. O segundo critério,

⁵⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 199.

⁵⁹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 209-11.

⁵⁹⁴ CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 164. Acesso em 20 de maio de 2019.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 164.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 167.

⁵⁹⁷ BADARÓ, op. cit., p. 200.

relacionado à imputação objetiva, é a atribuição normativa de responsabilidade criminal à conduta omissiva imprópria do *compliance officer*, em outras palavras, “qual nível de influência a ação esperada teve em relação ao risco de verificação do resultado típico”⁵⁹⁸. Em realidade, deve-se perquirir e buscar a comprovação de que a prática dos deveres de *compliance* teria diminuído o perigo que atinge o bem jurídico. O terceiro critério, atrelado ao elemento subjetivo, é diferenciar a conduta omissiva dolosa, punida pela Lei de Lavagem de Dinheiro, da conduta omissiva culposa, considerada atípica no crime de lavagem de dinheiro. Esse critério é o que impõe o maior desafio para uma punição justa devido às dificuldades de provar o elemento subjetivo.

Nesse sentido, em síntese, a responsabilidade criminal por omissão às regras de *compliance* deve se enquadrar em algum dos tipos penais previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro e obedecer aos critérios de imputação objetiva sendo cabível somente nos casos em que inflija perigo à ordem econômica (bem jurídico tutelado pela Lei de Lavagem) dolosamente⁵⁹⁹.

Trazendo-se tal discussão para a realidade prática dos tribunais, no âmbito nacional, a primeira menção mais relevante ao *compliance* ocorreu no bojo do julgamento da Ação Penal nº 470 Minas Gerais, mais conhecida como caso Mensalão, pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁰⁰. No caso, três dirigentes do Banco Rural foram condenados pela prática de crimes de evasão de divisas, formação de quadrilha, gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro com base em violação aos deveres de *compliance*. Um desses dirigentes, Vinícius Samarane, exercia o cargo de diretor de controle interno e diretor estatutário de controle interno e *compliance* do Banco Rural e foi condenado por gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro por omitir informações essenciais de transações ao Banco Central, frustrando a função fiscalizadora da entidade.

Ainda que rodeado de críticas, fato é que referido precedente trouxe para a realidade das ações penais, o envolvimento dos bancos no processo de lavagem de dinheiro na modalidade omissiva, em razão da omissão ao dever de fiscalizar ou de comunicar operações suspeitas de

⁵⁹⁸ CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 174. Acesso em 20 de maio de 2019.

⁵⁹⁹ Muito embora TAVARES entenda que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro é o bem jurídico da infração penal antecedente, sua conclusão acerca da posição de garantidor na lavagem de dinheiro é a mesma que se defende. Cf. TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 100.

⁶⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470 Minas Gerais*. Plenário, Relator Ministro Joaquim Barbosa, data do julgamento 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.

lavagem de dinheiro imposto pela Lei. Muito embora todos os bancários estejam submetidos a essa obrigação legal, o enfoque nesta seção é ao dever de garante do *compliance officer*.

A despeito da referida decisão em que se puniu o *compliance officer* como coautor uma vez que ele, de comum acordo com os agentes de lavagem de dinheiro, omitiu-se dos seus deveres para colaborar com a prática do crime, ainda assim remanesce o questionamento acerca do quão flexível pode ser a responsabilização criminal do *compliance officer* por omissão aos seus deveres de *compliance*. Isso é, mesmo que o *compliance officer* não atue alinhado com os agentes de lavagem de dinheiro, mas ainda assim contribua para a realização do delito por ocasião da sua conduta omissiva, há a configuração de lavagem de dinheiro em razão da omissão ou apenas uma infração administrativa?

Ante a tal questionamento, nota-se que, na realidade prática, tanto o Judiciário quanto a Administração têm buscado responsabilizar o *compliance officer*⁶⁰¹. Esse cenário se impõe uma vez que a legislação brasileira não criminalizou o descumprimento dos deveres de *compliance* tal qual disposto na recomendação do Regulamento Modelo proposto pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD) sobre delitos de Lavagem de Ativos Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e outros Delitos Graves⁶⁰². Portanto, no caso do descumprimento dos deveres de *compliance*, que são infrações administrativas contidas na Lei de Lavagem de Dinheiro, o *compliance officer* se sujeita tão somente às sanções administrativas previstas no artigo 12. Por outro lado, ao se analisar os efeitos da conduta dolosa omissiva do *compliance officer*, a inexistência de previsão legal específica poderá ensejar uma punição criminal, uma vez que o responsável pelo *compliance* assume a posição de garante na instituição financeira.

⁶⁰¹ Nesse sentido, cita-se como exemplo, no âmbito judicial, a ação penal nº 5028910-85.2019.4.04.7000 que foi distribuída perante a 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba em que foram denunciadas 9 pessoas em razão de supostas operações de lavagem de dinheiro realizadas por meio do Banco Paulista. Uma dessas pessoas, era o titular da Diretoria Geral de Controladoria do Banco Paulista (à qual estão vinculados os departamentos: *Compliance*; Controladoria; Ouvidoria; Processamento e Liquidação; e Recursos Humanos) que teria assinado contratos falsos sem a adoção de providências mínimas de controle, possibilitando as operações de lavagem de dinheiro dentro da instituição financeira (denúncia disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lava-jato-denuncia-ex-executivos-do-banco-paulista-por-lavagem-e-gestao-fraudulenta/>). Já no âmbito administrativo, cita-se como exemplo, o processo nº 10372.000421/2016-31 julgado pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional em que o defendente foi condenado administrativamente porque deixou “de implementar políticas, procedimentos e controles internos, de forma compatível com seu porte e volume de operações, destinados a prevenir a utilização da instituição para a prática de crimes de que trata a Lei nº 9.613, de 1998” e deixou “de comunicar às autoridades competentes, tempestivamente, na forma determinada pelo Banco Central do Brasil, movimentações de recursos com indícios de existência de crime previsto na Lei nº 9.613, de 1998.” (acórdão pode ser obtido pela busca no <https://www.bcb.gov.br/crsfn/ementasacordaos.html>).

⁶⁰² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas. *Projeto de resolução Modificações ao Regulamento Modelo da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas sobre delitos de Lavagem de Ativos Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e outros Delitos Graves*. Aprovado na sessão realizada em 11 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.oas.org/csh/portuguese/Otrotstemas.asp#CICAD>>. Acesso em 23 de maio de 2020.

Na prática, BARBOSA assevera que em razão na inexistência de um tipo penal específico, as varas federais especializadas em crimes econômicos e lavagem de dinheiro têm recorrido a tipos penais da lei de crimes contra o sistema financeiro⁶⁰³. Ocorre que, na falta de dispositivo próprio para tutelar criminalmente a violação aos deveres de *compliance* pelas instituições financeiras, não parece ser o melhor caminho aplicar os artigos da lei dos crimes contra o sistema financeiro, uma vez que os deveres de *compliance* não se destinam diretamente à tutela do sistema financeiro.

Por outro lado, a criação de um tipo penal específico para abarcar a conduta omissiva do *compliance officer* ante a seus deveres de garante, de igual modo apresenta dificuldades, sobretudo porque ocasiona a indesejável inflação legislativa criando um tipo penal de perigo para tutela dos interesses dos órgãos de inteligência financeira⁶⁰⁴.

Com isso, entende-se que o mais adequado seria seguir os critérios dogmáticos que possibilitam incriminações (elencados acima: legalidade, imputação objetiva e elemento subjetivo) para checar se a responsabilização criminal do *compliance officer* pode ou não ocorrer. Nesse sentido, a despeito do entendimento contrário dos tribunais nacionais, conclui-se que não há fundamento legal na Lei de Lavagem de Dinheiro apto a ensejar a responsabilidade criminal do *compliance officer* em razão da omissão do cumprimento de seus deveres⁶⁰⁵. Há somente a previsão de sanções administrativas previstas no artigo 12.

Portanto, por tudo o que foi dito sobre o *criminal compliance* como mecanismo de cerceamento à lavagem de dinheiro, a nova perspectiva jurídico penal trazida por ele incrementou as respostas penais, na medida em que o simples recrudescimento das penas deixou de ser o protagonista, focando-se agora na prevenção. Por outro lado, por consequência, o *compliance* tornou-se um mecanismo de prevenção e de cerceamento ao crime imposto de forma implacável, visto que seu não cumprimento – especialmente no ambiente das instituições financeiras – implica resultados que variam de sanções administrativas até condenações criminais. Diante disso, enxerga-se a introdução do *compliance* como um avanço, mas que ainda deve ser lapidado no âmbito da lavagem de dinheiro, principalmente no que diz respeito

⁶⁰³ BARBOSA, Daniel Marchionatti. Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de obrigações de compliance. In: HIROSE, Taadaqui; BALTAZAR JR, José Paulo (Org.). *Curso de Direito Penal Modular*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, v. 2, p. 492.

⁶⁰⁴ CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 182-3. Acesso em 20 de maio de 2019.

⁶⁰⁵ BADARÓ, Jennifer Falk. Responsabilização penal pelo crime de lavagem de dinheiro a partir do descumprimento de deveres administrativos. In: SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). *Compliance no direito penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 147, 152.

às omissões aos deveres de *compliance* pelo *compliance officer* uma vez que não há na Lei de Lavagem de Dinheiro fundamento legal apto a criminalizar tal conduta.

Assim sendo, considerando a totalidade dos desafios tradicionais e atuais expostos nos capítulos 3 e 4, entende-se que o *compliance* – enquanto mecanismo de prevenção ao delito de lavagem de dinheiro que ainda precisa ser melhor delapidado – se trata de ferramenta indispensável para pensar em soluções pontuais e globais para os desafios analisados, como se passará a ver no capítulo 5.

5. LAVAGEM DE DINHEIRO: REFINAMENTOS E SOLUÇÕES

Ao longo desta dissertação, apresentou-se o panorama da evolução histórica e legislativa da lavagem de dinheiro (capítulo 1); analisou-se a Lei de Lavagem de Dinheiro e suas modalidades em conjunto com o *money laundering* na legislação norte-americana e o *blanqueo de capitales* no ordenamento espanhol (legislações estrangeiras escolhidas como paradigmas comparativos) (capítulo 2) e realizou-se o estudo detalhado e individual dos denominados desafios tradicionais (capítulo 3) e atuais (capítulo 4). Com isso, neste último capítulo, busca-se analisar o delito de lavagem de dinheiro sob uma perspectiva micro e macro, respectivamente, para propositura de refinamentos e soluções. Isso é, considerando os problemas identificados nos capítulos 3 e 4, busca-se pontuar soluções específicas a cada um dos desafios analisados e, realizando uma avaliação global, enquanto crime inserido no contexto do Direito Penal Econômico, pretende-se indicar potenciais refinamentos gerais.

Assim, serão apontadas soluções individuais aos desafios estudados focando-se especificamente na Lei de Lavagem de Dinheiro e também nos debates existentes na recente comissão de juristas, instituída no dia 8 de setembro de 2020 e instalada em 23 de setembro de 2020 pela Câmara dos Deputados, que será responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma da Lei de Lavagem de Dinheiro⁶⁰⁶ (tópico 5.1.). Por fim, será feita uma exposição do cenário de desenvolvimento do Direito Penal Econômico para então avaliar de modo global os problemas existentes e as possíveis soluções no âmbito da lavagem de dinheiro enquanto crime econômico (tópico 5.2.).

5.1. Lavagem de dinheiro e os desafios tradicionais e atuais: possíveis soluções e refinamentos

Para a proposição de sugestões e refinamentos aos desafios estudados ao longo desta dissertação, inicialmente, levou-se em consideração o estudo da doutrina e de precedentes nacionais e dos países escolhidos como paradigmas (Estados Unidos da América e Espanha).

Porém, próximo ao término da escrita desta pesquisa foi instituída e instalada uma comissão de juristas que será responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma da Lei de

⁶⁰⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Câmara instala hoje comissão de juristas que vai propor mudanças na lei de lavagem de dinheiro*, 23 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/694228-camara-instala-nesta-quarta-comissao-de-juristas-que-vai-propor-mudancas-na-lei-de-lavagem-de-dinheiro/>>. Acesso em 8 de outubro de 2020.

Lavagem de Dinheiro⁶⁰⁷. Foi designado como relator da comissão o Desembargador Federal do Tribunal Regional da 1ª Região, Ney Bello, e como presidente o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Reynaldo da Fonseca. Ao longo do primeiro mês da comissão, houve o ingresso de mais membros do que aqueles 19 inicialmente indicados⁶⁰⁸ sob a justificativa de que deveria haver mais representantes da magistratura e do Ministério Público. Com isso, no dia 23 de setembro de 2020, com 43 membros ocorreu a instalação da comissão que tinha o prazo de 90 dias para concluir seu trabalho.

A partir disso, em outubro de 2020, houve reuniões internas e fechadas entre os membros da comissão para a indicação dos pontos problemáticos, obscuros ou omissos da atual legislação com a eventual sugestão de nova redação. Muito embora existam especulações sobre o conteúdo de tais reuniões⁶⁰⁹, fato é que não há qualquer informação oficial pública divulgada. Posteriormente, ao longo do mês de novembro de 2020, foram realizadas diversas audiências públicas cujas filmagens encontram-se disponíveis no canal do YouTube da Câmara dos Deputados⁶¹⁰. Foram ouvidos nas audiências públicas, dentre outros, o Ministro da Justiça e Segurança Pública André Mendonça, o Advogado Geral da União José Levi Mello do Amaral Júnior, representantes do COAF, BACEN, CVM, ENCCLA, PGFN, ABIN, FEBRABAN, BNDES, CNJ e membros representantes de classes dos advogados, dos magistrados e do Ministério Público. Em um geral, as audiências públicas se prestaram para uma exposição do panorama da Lei de Lavagem de Dinheiro e a pontuação de algumas das preocupações que concernia cada um dos expositores, sem haver, na maioria das vezes, a sugestão clara de uma mudança. Em verdade, os expositores poderiam enviar suas propostas escritas até o dia 15 de novembro de 2020 para o relator da comissão.

Dentre os principais pontos trazidos pelos participantes das audiências públicas estavam (i) a preocupação do país estar em conformidade com *standards* do GAFI sobretudo considerando a avaliação que será realizada pelo organismo em relação do Brasil em 2021; (ii)

⁶⁰⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Câmara instala hoje comissão de juristas que vai propor mudanças na lei de lavagem de dinheiro*, 23 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/694228-camara-instala-nesta-quarta-comissao-de-juristas-que-vai-propor-mudancas-na-lei-de-lavagem-de-dinheiro/>>. Acesso em 8 de outubro de 2020.

⁶⁰⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Ato do presidente*, 8 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/comissao-de-juristas-lavagem-de-capitais/conheca-a-comissao/criacao-e-constituicao/Criaoeinstituiao.pdf>>. Acesso em 8 de outubro de 2020.

⁶⁰⁹ KADANUS, Kelli. Três ameaças ao combate à corrupção que podem vir do Congresso em 2021. *Gazeta do Povo*, Brasília, 5 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/congresso-pode-votar-em-2021-projetos-que-enfraquecem-combate-corrupcao/>>. Acesso em 08 de janeiro de 2021.

⁶¹⁰ Veja-se: <<https://www.youtube.com/c/C%C3%A2maradosDeputadosoficial/videos>>. Acesso em 08 de janeiro de 2021.

o questionamento acerca da infração penal antecedente e a (des)necessidade de uma melhor limitação; (iii) uma maior clareza a respeito dos sujeitos obrigados, sua proteção e as repercussões de um não cumprimento dos deveres impostos; (iv) uma maior delimitação sobre as atividades que devem ser reportadas em prol de uma maior eficiência da prevenção ao delito; (v) o esclarecimento acerca do bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro; (vi) a possibilidade da autolavagem; (vii) a possibilidade do dolo eventual como elemento subjetivo; etc.

Como as audiências se estenderam até o final de novembro, a comissão requereu que suas atividades fossem retomadas em fevereiro de 2021 de modo que até o presente momento as únicas informações públicas disponíveis são aquelas que se encontram no sítio eletrônico e no YouTube da Câmara dos Deputados. De todo modo, tais informações já se prestam para indicar que os pontos estudados como desafios nesta dissertação se sobrepõem aos pontos que a própria comissão tem verificado como problemáticos. Diante disso, passa-se à propositura de refinamentos e sugestões aos desafios ditos tradicionais e atuais.

5.1.1. SOLUÇÕES E REFINAMENTOS AOS DESAFIOS TRADICIONAIS

Ao longo do capítulo 3 foram elencados e analisados cinco ditos desafios tradicionais do crime de lavagem de dinheiro. Optou-se pela adoção de referida denominação uma vez que os problemas em questão não são novos seja sob o aspecto temporal e, principalmente, sob o olhar do Direito Penal Econômico na doutrina e nos tribunais. Não obstante, o fato da problemática ser clássica ou tradicional tampouco afasta a necessidade de sua revisitação; a sugestão de eventual refinamento ou até mesmo a indicação de pontos pouco explorados para que se tornem objeto de pesquisas futuras.

Em primeiro lugar, tratou-se da infração penal antecedente no delito de lavagem de dinheiro (tópico 3.1.). Muito embora desde 2012, por advento da Lei nº 12.683/2012, tenha sido extinto o rol de delitos antecedentes ficando fixado, então, que qualquer infração penal – crime ou contravenção penal – pode figurar como antecedente da lavagem de dinheiro no Brasil, ainda assim remanescem os questionamentos.

Se, de um lado, a extinção de um rol antecedente parece estar alinhada com as legislações mais modernas de cerceamento à lavagem de dinheiro (como a legislação espanhola), de outro, a opção de prever todas as infrações penais como antecedentes da lavagem de dinheiro não encontra respaldo direto em nenhuma recomendação ou instrumento internacional. O próprio GAFI em sua Recomendação 3 apenas dispõe que “[o]s países

deveriam criminalizar a lavagem de dinheiro com base na Convenção de Viena e na Convenção de Palermo. Os países deveriam aplicar o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, de maneira a incluir a maior quantidade possível de crimes antecedentes.”⁶¹¹

No mesmo sentido, a opção do legislador brasileiro também é passível de crítica por ter criado uma estrutura normativa estanque e desproporcional ao incluir delitos como furto ou contravenções simples como infrações penais antecedentes da lavagem de dinheiro que poderiam ensejar a aplicação de suas penas (de três a dez anos de reclusão, e multa nos termos do artigo 1º, *caput* da Lei de Lavagem de Dinheiro).

Diante disso, sugere-se a delimitação das infrações penais antecedentes, com base na Recomendação 3 do GAFI, ou seja, excluindo as contravenções simples e conservando os crimes graves que seriam estabelecidos como aqueles cuja pena mínima cominada é de quatro anos de reclusão⁶¹², mantendo, portanto, a proporcionalidade com a pena do delito de lavagem de dinheiro.

Sob o aspecto dogmático, constatou-se a adoção de uma concepção dualista do delito em que pode haver lavagem de dinheiro quando o ato anterior for um injusto penal, ou seja, um ato típico e antijurídico, sendo cabível a persecução penal mesmo que desconhecido ou isento de pena o agente do delito antecedente. Por consequência, é necessária a comprovação indiciária da tipicidade e ilicitude da atividade delitativa antecedente com base justamente na teoria da acessoriedade limitada do delito antecedente com a lavagem de dinheiro. Isso encontra esteio inclusive no Supremo Tribunal Federal, nas legislações norte-americana e espanhola e nos parâmetros atuais internacionais de lavagem de dinheiro sob o discurso do reconhecimento da autonomia entre a infração penal antecedente e o delito de lavagem de dinheiro. Porém, nota-se uma crescente flexibilização da necessidade de comprovação da infração penal antecedente.

Portanto, deve-se examinar a possibilidade de um refinamento no sentido da aplicação da teoria tripartida do delito à infração penal antecedente tornando racional e legítima sua

⁶¹¹ GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação. *As Recomendações do GAFI*, fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

⁶¹² Sugere-se quatro anos de reclusão seguindo justamente a racionalidade do legislador penal e processual penal que: (i) no artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal fixou que “o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”; (ii) no artigo 28-A do Código de Processo Penal fixa-se que o acordo de não persecução penal pode ser proposto “tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos” e (iii) no artigo 313, inciso I do Código de Processo Penal admite-se a decretação de prisão preventiva “I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.”

estrutura dogmática ou, ao menos, que sejam fixados parâmetros mínimos para comprovação da infração penal antecedente.

Em segundo lugar, buscou-se perquirir qual o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro (tópico 3.2.). Assim, realizou-se, inicialmente, uma contextualização da capacidade de rendimento dogmático da teoria do bem jurídico na atualidade que justifica o porquê a identificação do bem jurídico protegido pela norma penal se impõe como tarefa dogmática crucial.

Com isso, analisou-se quatro possíveis respostas encontradas na doutrina brasileira, levando em conta o desenvolvimento da Lei nº 9.613/98, quais sejam: (i) a identidade com o bem jurídico tutelado pela infração penal antecedente; (ii) a administração da justiça como bem jurídico tutelado; (iii) a pluriofensividade da lavagem de dinheiro e (iv) a ordem econômica como bem jurídico protegido.

Assim, tecendo as devidas críticas e considerações a cada uma das hipóteses, adotou-se o entendimento que a lavagem de dinheiro busca resguardar o bem jurídico ordem econômica. De modo geral, chegou-se a tal conclusão uma vez que a ordem econômica se trata de bem jurídico que fomenta a autonomia da lavagem de dinheiro com relação à infração penal antecedente. Outrossim, a atuação e diretrizes do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) evidenciam ao que se destina o cerceamento da lavagem de dinheiro. Isso é, cuidam-se de guias práticos para a detecção e prevenção da lavagem de dinheiro em prol do desenvolvimento de políticas econômicas e sociais e de fomentar boas práticas a serem adotadas tanto pela administração pública quanto pelos setores privados aplicáveis à realidade nacional⁶¹³.

Igualmente, pela análise das modalidades de lavagem de dinheiro e de seus elementos dogmáticos também é possível depreender a tutela da ordem econômica. Ou seja, os atos de ocultação, encobrimento e reciclagem do capital sujo afetam a estabilidade da economia e a reinserção dos valores lavados afetam a livre iniciativa, a livre concorrência, as relações de consumo, a transparência, o acúmulo e o reinvestimento de capital sem lastro em atividades produtivas ou financeiras lícitas e, portanto, o adequado funcionamento da economia formal. Da mesma forma, o elemento subjetivo especial de duas dentre as quatro modalidades de lavagem de dinheiro previstas na Lei nº 9.613/98 é a demonstração do elemento subjetivo

⁶¹³ Nesse sentido, confira-se as seguintes informações obtidas acerca do enfrentamento à lavagem de dinheiro no sítio do governo federal: <<http://receita.economia.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2020.

especial de reciclagem, ou seja, a intenção de reinserir os valores ilícitos na economia com aparência de lícito por parte do agente.

Em contrapartida, pontuou-se que referido bem jurídico padece de conceituação precisa o que pode ocasionar confusão na busca dos elementos próprios dos delitos que se desejem classificar dentro do Direito Penal Econômico. Portanto, apontou-se como refinamento a adoção da ordem socioeconômica como interesse supraindividual. Não obstante, no conteúdo remanesceu o questionamento sobre se a lavagem de dinheiro efetivamente prejudica a ordem econômica uma vez que ao lavar dinheiro, os valores em questão retornam para a economia formal, colocando tais capitais sob o controle público, sujeitos ao pagamento de tributos e ao cumprimento das demais leis. Em resposta, entende-se que tal perspectiva não é completamente acurada posto que capital sujo ainda assim gera os efeitos mencionados acima. No mais, referida assertiva é construída pelo viés exclusivamente econômico ignorando os demais reflexos, como, o risco aos interesses individuais e sociais ao gerar grave desestabilização de todo o sistema financeiro e da ordem econômica nacional em decorrência da perda de sua credibilidade e, conseqüentemente, da inviabilização do desenvolvimento de todo um país.

Nesse sentido, sugere-se como refinamento na Lei de Lavagem de Dinheiro que se tenha a indicação clara de que o bem jurídico que se pretende tutelar é a ordem econômica.

Em terceiro lugar, aplicou-se o princípio da lesividade ou ofensividade penal na lavagem de dinheiro (tópico 3.3.) que é intimamente relacionado com a teoria do bem jurídico. Com isso, tendo em vista que o delito de lavagem de dinheiro visa a proteção do bem jurídico ordem econômica, tal delito é de perigo abstrato. Assim sendo, questiona-se a aplicação do princípio da ofensividade penal uma vez que se adota uma tutela penal antecipatória pela formulação de crimes de perigo abstrato, ou presumido, focando-se no desvalor da ação, sem qualquer aferição concreta de lesividade penal. Tal estrutura é comum no âmbito do Direito Penal Econômico.

Há quem tente elencar danos decorrentes da lavagem de dinheiro, *i.e.*, danos materiais financeiros para a ordem econômica e danos imateriais relacionados à perda de confiança e equilíbrio do mercado e à eliminação da concorrência. Mesmo com tais indicações, ainda assim não há como mensurar concretamente como a lavagem de dinheiro afeta a ordem econômica, posto que representa crime de perigo abstrato consistente na tentativa de se evitar o perigo inerente ao aproveitamento do lucro ilícito a partir da promoção de outros delitos, mas não na proteção de um bem jurídico penalmente relevante que lhe seja particular e concretamente atingível.

Desse modo, entende-se que o delito de lavagem de dinheiro viola o princípio da lesividade. Nesse sentido, propõe-se como refinamento a despenalização de condutas quando

não gravemente nocivas para a ordem econômica, optando, ao invés disso, pela expansão das políticas de prevenção de riscos de responsabilidade empresarial por descumprimento de regulações legais. Esclarece-se que as condutas ditas como “não gravemente nocivas” à ordem econômica deveriam ser fixadas a partir da quantificação do eventual dano, ou seja, poder-se-ia estabelecer um teto máximo que não seria sujeito ao interesse penal posto que insuficiente para configurar uma afetação à ordem econômica ou à estabilidade da economia, como ocorre, por exemplo, com a aplicação do princípio da insignificância no âmbito dos crimes tributários.

Em quarto lugar, comparou-se o crime de lavagem de dinheiro com os crimes de receptação e favorecimento real em razão da estrutura semelhante de tais delitos (tópico 3.4.).

Considera-se a receptação como a semente dogmática estrutural da lavagem de dinheiro. Porém, o panorama internacional; a racionalidade legislativa e o desenvolvimento dogmático da lavagem de dinheiro acabaram por distinguir severamente tais delitos. Ambos se assemelham nos seguintes pontos: (i) a existência de um delito antecedente e autônomo cujo produto será utilizado e (ii) a dificuldade de indicar qual o bem jurídico autônomo e unitário se busca proteger. Em contrapartida, se diferem em vários outros aspectos: (i) na receptação o delito antecedente deve ser necessariamente um crime enquanto na lavagem de dinheiro aceita-se qualquer infração penal antecedente; (ii) a receptação tem como bem jurídico o patrimônio enquanto na lavagem de dinheiro tutela-se a ordem econômica; (iii) permite-se a incriminação da autolavagem, o que não ocorre na receptação que exige que os agentes do crime antecedente e da receptação sejam diversos e (iv) há substancial diferença nas penas aplicadas. Portanto, a comparação da lavagem de dinheiro com o crime de receptação resulta em limitadas contribuições para o aperfeiçoamento do delito de lavagem de dinheiro tendo em vista o contexto substancialmente diverso de ambos os delitos que conduzem a interpretações distintas.

No que tange ao favorecimento real, a coincidência adviria dos fatos de que ambos apresentam estrutura dogmática parecida, em razão da necessidade da existência de um delito anterior e de que poderia haver a afetação à administração da justiça em algum grau – para aqueles que consideram que o bem jurídico na lavagem de dinheiro seria a administração da justiça ou se trataria de um delito pluriofensivo.

Porém, a semelhança das estruturas esbarra na necessidade do agente do favorecimento real ser necessariamente diferente do agente do crime anterior em decorrência da própria redação do tipo penal. Diversamente, da lavagem de dinheiro em que se permite a autoincriminação. Outrossim, tais delitos têm, inclusive, penas bastante díspares: no favorecimento real tem-se pena de detenção, de um a seis meses, e multa e na lavagem de dinheiro, pena de reclusão, de três a dez anos, e multa. Portanto, mesmo possuindo estrutura

dogmática semelhante, a comparação entre ambos os delitos pouco auxilia na melhor compreensão da lavagem de dinheiro.

Em último lugar, foi perquirido momento consumativo do crime de lavagem de dinheiro: se se trata de crime instantâneo ou permanente ou instantâneo de efeitos permanentes (tópico 3.5.). A distinção acerca da duração do momento consumativo de um delito – enquanto instantâneo; permanente ou instantâneo de efeitos permanentes – importa para a determinação do marco inicial da prescrição; para o momento de aplicação de nova lei penal sobre atos em andamento e para averiguar a possibilidade de prisão em flagrante durante a prática do delito.

Com isso, para descobrir o momento consumativo da lavagem de dinheiro, deve-se atentar aos verbos do tipo do delito. Em primeiro lugar, observa-se o verbo ocultar/dissimular contido no *caput* do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro. Porém, diante desses verbos já se depara com interpretações distintas: poderia ser um crime permanente, enquanto o bem permanecer oculto, ou um instantâneo cuja manutenção da ocultação seria um efeito permanente da conduta inicial.

Somente em 2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do Habeas Corpus nº 143.333 Paraná de relatoria do Ministro Edson Fachin, fixou que o crime de lavagem de bens, direitos ou valores, quando praticado na modalidade típica “ocultar” é permanente, protraindo-se sua execução até que os objetos materiais do branqueamento se tornem conhecidos. A despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal, parte da doutrina⁶¹⁴ entende que o ato de ocultar ou dissimular consuma o delito no momento de sua prática sendo a manutenção da ocultação do bem um desdobramento do ato inicial. Sob essa racionalidade, a lavagem de dinheiro na modalidade ocultação, do *caput* do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro seria crime instantâneo de efeitos permanentes. A adoção desse entendimento gera consequências que conferem maior segurança jurídica aos acusados: a uma, ao não permitir a prisão em flagrante tampouco a imposição de prisão preventiva sob alegação de contemporaneidade da ocultação; a duas, ao não permitir a aplicação de lei penal nova em desfavor do acusado e a três, o marco inicial da prescrição ocorreria no dia em que a conduta de ocultar se consumou, nos termos do artigo 111, inciso I, do Código Penal.

Para além do *caput* do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro, concluiu-se que a modalidade do inciso I (conversão em ativos lícitos) e do inciso III (importação ou exportação de bens com valores não correspondentes aos verdadeiros) do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro são crimes instantâneos. Já a modalidade prevista no inciso II abriga diversos verbos

⁶¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 133-4.

do tipo, dentre eles “guardar” e “ter em depósito”, que denotam a natureza permanente do delito, para os demais entende-se pela natureza instantânea. Já as duas últimas modalidades previstas nos incisos I e II do parágrafo 2º do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro também têm natureza instantânea posto têm como verbos dos tipos “utilizar” e “participar”.

Com isso, sugere-se, a despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal, (i) que a lavagem de dinheiro na modalidade ocultação, prevista no *caput* do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro, seja reconhecida como delito instantâneo de efeitos permanentes e (ii) que os demais tipos penais previstos nas outras modalidades sejam reconhecidos como de caráter instantâneo, com exceção dos verbos “guardar” e “ter em depósito” contidos no artigo 1º, parágrafo 1º, inciso II que se tratam de crimes permanentes.

Diante disso, têm-se algumas soluções e refinamentos para os cinco desafios tradicionais analisados no bojo do capítulo 3.

5.1.2. SOLUÇÕES E REFINAMENTOS AOS DESAFIOS ATUAIS

No capítulo 4 foram apontados e estudados cinco problemas contemporâneos do delito de lavagem de dinheiro. Tais desafios foram denominados de atuais uma vez que eles se inserem em um panorama mais recente relacionado com o desenvolvimento do Direito Penal Econômico e com sua aplicação corrente influenciada, sobretudo, pela prática internacional absorvendo termos em inglês e figuras naturais da *common law*.

Nesse sentido, muito embora os problemas em questão, em sua maioria, já tenham aparecido na doutrina e nas discussões dos tribunais nacionais, entende-se que tais aparições foram incipientes ou pontuais de modo que se fazem necessários estudos adicionais. Portanto, buscou-se complementar as análises já existentes apontando refinamentos ou ao menos situando com precisão o que ainda carece de aprofundamentos para servir de estímulo a novas pesquisas.

Em primeiro lugar, foi analisada a figura da cegueira deliberada enquanto elemento subjetivo importado da *common law*, mediante a incorreta compreensão da *willful blindness doctrine*, para verificar a possibilidade de figurar como elemento subjetivo da lavagem de dinheiro no Brasil (tópico 4.1.). De início, contextualizou-se o que é a *willful blindness* por meio da doutrina e de precedentes norte-americanos e como tal elemento subjetivo foi absorvido pela doutrina espanhola, país de *civil law*. Para a configuração da *willful blindness doctrine* no *Money Laundering Control Act* as cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime; (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse

conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa⁶¹⁵⁻⁶¹⁶. Porém, mesmo a *willful blindness* sendo bem consolidada perante as cortes federais nos Estados Unidos da América, ela é alvo de críticas sendo usada com ressalvas.

De todo modo, fato é que a *willful blindness doctrine* saiu da *common law* e chegou até mesmo nos países de *civil law*. Inicialmente chegou na Espanha que, com base nas decisões do Supremo Tribunal Espanhol, no âmbito do *blanqueo de capitales*, acabou por equiparar a *ignorancia deliberada* com o dolo eventual, na medida em que o sujeito pretende desconhecer a procedência ilícita dos valores, quando possui elementos suficientes para deduzi-la.

Assim, no Brasil, em razão de uma indevida equiparação entre a cegueira deliberada e o dolo eventual (segundo o exemplo espanhol), muito tem se discutido a possibilidade de o dolo eventual preencher a figura típica da Lavagem de Dinheiro. A questão inclusive foi abordada no julgamento da Ação Penal nº 470 Minas Gerais. A maioria dos ministros entendeu pela possibilidade da configuração da lavagem de dinheiro mediante dolo eventual, nos termos do *caput* do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro, apoiando-se no critério da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, então, alcançar a vantagem prometida⁶¹⁷.

Além do incompleto e inadequado entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, com a reforma da Lei de Lavagem de Dinheiro em 2012, por meio da Lei nº 12.683/2012 que suprimiu a expressão “que sabe serem provenientes” no artigo 1º, parágrafo 2º da Lei, expandiu-se ainda mais a margem para interpretação acerca dos elementos subjetivos necessários ao delito de lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, grande parte da doutrina tomou por certa a compatibilidade do dolo eventual derivado da cegueira deliberada no âmbito da lavagem de dinheiro, buscando somente estabelecer os limites da referida teoria no ordenamento pátrio. Porém, idealmente sugere-se a revisão do acolhimento da cegueira deliberada e da sua equiparação ao dolo eventual no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa toada, os votos vencidos dos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio trazem fundamentos contundentes contra a introdução irresponsável da cegueira deliberada no Brasil. No mais, mesmo que existam semelhanças entre o dolo eventual

⁶¹⁵ Cf: UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit. *United States v. Campbell*, 977 F.2d 854, decided in September 28, 1992.

⁶¹⁶ Cf: UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *United States v. Tusaneza*, 116 F. App'x 305, decided in November 19, 2004.

⁶¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 677*, Brasília, 27 a 31 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo677.htm>>. Acesso em 18 de junho de 2020.

e a cegueira deliberada, esses são institutos provenientes de sistemas jurídicos com estruturas muito díspares. Por fim, o acolhimento da cegueira deliberada na *civil law* adveio da equiparação com o que se entende por dolo eventual no ordenamento jurídico espanhol, instituto diverso do dolo eventual no Brasil.

De todo modo, caso se enxergue a cegueira deliberada como posta no ordenamento jurídico brasileiro, mediante a equiparação dogmáticamente incorreta com o dolo eventual, sugere-se, ao menos, a adoção do *checklist* de três requisitos proposto por RAGUÉS I VALLÈS, *i.e.*, (i) que o agente ao menos suspeite que sua conduta concorre com a atividade ilícita e, ainda assim, cria barreiras ao conhecimento para não ter pleno domínio do que suspeita que esteja ocorrendo; (ii) que o agente disponha de informações que possam lhe dar conhecimento da atividade ilícita e (iii) que haja o elemento subjetivo específico de intenção da manutenção do estado de ignorância para proteger-se de eventual descoberta do delito e de futura condenação⁶¹⁸.

Em segundo lugar, foi estudada a possibilidade da autolavagem de dinheiro no Brasil (tópico 4.2.). Esse desafio diz respeito ao sujeito ativo do delito de lavagem de dinheiro. Muito embora seja unânime que o delito de lavagem de dinheiro se trata de um crime comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa, há dúvidas acerca da possibilidade do autor da infração penal antecedente ser o mesmo da lavagem de dinheiro, isso é, da autolavagem.

Para esclarecer a questão voltou-se, inicialmente, ao *autoblanqueo* na Espanha para posteriormente verificar a autolavagem no ordenamento jurídico brasileiro. Na Espanha, tal qual no Brasil, também se entende, unanimemente, que o delito de lavagem de dinheiro é um crime comum. Assim, não foi surpreendente a introdução do *autoblanqueo* no artigo 301 do Código Penal Espanhol por meio da reforma da Lei Orgânica 5/2010 até porque a jurisprudência espanhola já vinha admitindo a sanção do *autoblanqueo*. Não obstante, o *autoblanqueo* é alvo de diversas críticas que também são aplicáveis a autolavagem.

No Brasil, a autolavagem não está prevista na legislação, porém, como inexistente vedação expressa e o delito de lavagem de dinheiro é crime comum, parece ser possível a punição do autor da infração penal antecedente em concurso material com o crime de lavagem de dinheiro. A partir disso surgem diversos questionamentos.

O primeiro diz respeito ao bem jurídico tutelado. Muito embora seja reconhecida a autonomia e desvinculação entre a lavagem de dinheiro e a infração penal antecedente, restando apenas uma relação de causalidade material entre eles, o problema advém do fato de que alguns

⁶¹⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 142-3.

delitos antecedentes já carregam em sua descrição típica um ato de ocultação ou dissimulação (como, por exemplo, o delito de corrupção passiva). Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal fixou que não é considerado lavagem de capitais o mero exaurimento do crime anterior. Além disso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o recebimento de vantagem oriunda de corrupção, via interposta pessoa, não pode, além da própria corrupção passiva, configurar também o delito de lavagem na modalidade “ocultar”, por fazer parte dos próprios elementos típicos do artigo 317 do Código Penal, sendo necessário ato subsequente e autônomo, destinado à ocultação, dissimulação ou reintegração dos recursos⁶¹⁹. Com isso, é possível a autolavagem desde que sejam comprovados atos subsequentes e autônomos destinados a converter o produto do crime em ativos lícitos conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de autolavagem de dinheiro no ordenamento jurídico brasileiro⁶²⁰⁻⁶²¹.

Mesmo com tais esclarecimentos, há um segundo questionamento: ocorre *bis in idem* nas hipóteses em que o bem jurídico da infração penal antecedente é o mesmo identificado na lavagem de dinheiro, *i.e.*, a ordem econômica? Nesse caso, entende-se que a autolavagem, portanto, somente será punível quando o bem jurídico afetado pelo delito antecedente seja diverso do protegido pela Lei de Lavagem de Dinheiro.

O terceiro ponto versa sobre a ausência de culpabilidade do agente da autolavagem sob o fundamento de inexigibilidade de conduta diversa uma vez que não resta alternativa ao autor da infração penal antecedente senão lavar os produtos oriundos para poder usufruí-los sem se autoincriminar. Esse argumento parece ser mais contundente na Espanha do que no Brasil. Aqui, há apenas corrente minoritária que menciona essa problemática havendo inclusive doutrina que entende ser inaplicável a tese dado que o autor da autolavagem não estaria somente tomando medidas e precauções para tornar seguro o proveito da infração penal anterior, mas sim buscando essa segurança por meio da lavagem de dinheiro.

O quarto problema diz respeito aos crimes tributários. Semelhantemente ao que ocorreu na Espanha, há dois principais argumentos contrários à previsão dos crimes tributários como

⁶¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 2.471 São Paulo*. Plenário, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, data do julgamento 29 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1783054>>. Acesso em 29 de janeiro de 2020.

⁶²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sextos Embargos Infringentes da Ação Penal nº 470 Minas Gerais*. Plenário, Relator Ministro Luiz Fux, data do julgamento 13 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6556191>>. Acesso em 06 de julho de 2020.

⁶²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 1.003 Distrito Federal*. Segunda Turma, Relator Ministro Edson Fachin, data do julgamento 18 de junho de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748804145>>. Acesso em 06 de julho de 2020.

antecedentes da lavagem de dinheiro: (i) há a constatação de produto nos crimes tributários? e (ii) no caso de autolavagem, a conduta destinada à prática do crime tributário é posterior e autônoma àquela destinada à lavagem de dinheiro? Para o primeiro ponto, a corrente majoritária no Brasil e na Espanha entende que os crimes contra a ordem tributária produzem resultado material e, conseqüentemente, geram produto⁶²². Sobre o segundo ponto parece ser possível haver a autolavagem de dinheiro com o crime tributário antecedente desde que se tenha com clareza a relação de causalidade entre o recurso oriundo do crime tributário e o recurso dissimulado na lavagem de dinheiro e o ato de ocultação da lavagem de dinheiro seja posterior e autônomo ao ato de ocultação do delito tributário.

Diante disso, ante à inegável possibilidade da punição da autolavagem no ordenamento jurídico brasileiro acredita-se que o mais adequado seria solução via *lege ferenda* prevendo tal possibilidade no bojo da própria Lei de Lavagem de Dinheiro, com as devidas ressalvas, *i.e.*, (i) não pode haver coincidência entre os bens jurídicos tutelados pela infração penal antecedente e a lavagem de dinheiro (*i.e.* ordem econômica) sob pena de *bis in idem*; (ii) deve haver conduta posterior e autônoma destinada a ocultar os recursos ilícitos obtidos pelo delito antecedente e (iii) não pode haver consunção entre a conduta de ocultar e/ou dissimular encerrada na infração penal antecedente e a que inicia a lavagem de dinheiro.

Em terceiro lugar, foi examinada a responsabilidade penal na lavagem de dinheiro, isso é, os limites da autoria, da participação e das condutas neutras capazes de vincular penalmente pessoas pela prática do delito (tópico 4.3.). Como o delito é tradicionalmente atrelado à criminalidade organizada, isso impõe ainda mais desafios para uma adequada apuração de responsabilidade penal em estruturas hierarquizadas de poder. Outrossim, com a introdução dos sujeitos obrigados no artigo 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro, torna-se crucial esclarecer o problema atinente às condutas neutras e profissionalmente adequadas.

Portanto, inicialmente, foram estudadas as questões relacionadas com a autoria e a participação e, posteriormente, foram analisadas as condutas neutras relacionadas ao exercício de atividades profissionais como, preferencialmente, dos agentes financeiros e dos advogados.

No que diz respeito à autoria, pode haver (i) autoria direta; (ii) autoria ou coautoria quando se detém domínio do fato e (iii) autoria mediata. Em se tratando de criminalidade organizada, quando há estruturas hierarquizadas de poder destinadas a práticas criminosas a delimitação das condutas e responsabilidade penal é mais intrincada. Nesses casos, o “chefe”

⁶²² BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, marzo 2011, p. 22-3. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>>. Acesso em 2 julho de 2020.

da estrutura dispõe de um aparato de poder por meio do qual determina a prática do delito a um subordinado, que tem ciência dos fatos, dolo e culpabilidade, mas que é substituível. Assim haveria autoria mediata por parte do chefe em razão do domínio sobre o aparato, mesmo sem ter completo domínio do fato, e autoria por parte do agente executor direto.

Porém quando eventualmente a atividade ilícita ocorre dentro de uma empresa ou instituição lícita destinada a atividades lícitas por ordem de superiores, entende-se que não há que se falar em autoria mediata do dirigente posto que ele não necessariamente detém domínio do aparato, já que não há o elemento de fungibilidade dos funcionários que se recusem a realizar a prática delitiva. Com isso, o dirigente responderá por participação na medida de sua culpabilidade, e o executor direto será autor do delito. Ocorre que, parte da doutrina⁶²³ e a jurisprudência⁶²⁴ afastam tal limitação e aplicam a autoria mediata nos casos das empresas que atuam na legalidade, mas também se destinam à lavagem de dinheiro.

Em relação à participação, a colaboração prestada pelo partícipe deve ser acessória ou marginal, moral ou material com relevância suficiente para haver tipicidade, mas não para torná-lo coautor. Quando se diz “com relevância suficiente”, sob o aspecto objetivo, está-se falando na criação de um risco não permitido de afetação do bem jurídico (no caso, ordem econômica) que se desdobra em resultado concreto abrangido pela norma penal. No caso de condutas de agentes financeiros que poderiam ser vistas como participação delitiva, deve-se analisar qual a conduta do agente seria destinada à participação no delito de lavagem de dinheiro para analisar se ela desvia do risco ordinário do regular exercício profissional e inflige risco para a ordem econômica.

Esse racional deveria ser seguido também para dar interpretação à última modalidade de lavagem de dinheiro contida no artigo 1º, parágrafo 2º, inciso II da Lei nº 9.613/1998 que tem como verbo do tipo participar – de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

⁶²³ Para uma exposição sobre a questão, veja-se: SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 380-95.

⁶²⁴ Veja-se no voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa: “Se a prova dos autos for indicativa de que, ao cumprir a ordem recebida, tinham efetiva consciência do seu caráter ilegal, independentemente desse caráter estar oculto ou manifesto, terão agido com dolo. Pode, ainda, sim, incidir a atenuante do art. 65, III, “c”, do Código Penal – crime cometido sob coação resistível ou cumprimento de ordem de superior hierárquico. Do ponto de vista do concurso de agentes, teriam aderido, nesse caso, à vontade delitiva e agido, portanto, em coautoria (se se compartilhavam do domínio do fato) ou como partícipe/cúmplice. Ainda, se a participação for tida como de menor importância, a pena pode ser reduzida nos termos do art. 29, § 1º, do Código Penal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470 Minas Gerais*. Plenário, Relator Ministro Joaquim Barbosa, data do julgamento 17 de dezembro de 2012, p. 1247. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3678648>>. Acesso em 23 de janeiro de 2019.).

No mesmo sentido de ampliar a possibilidade de responsabilização pela prática de lavagem de dinheiro, veio a progressiva transferência de vigilância estatal para as instituições financeiras por meio do artigo 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro que impôs deveres a diversos sujeitos obrigados. Com isso, para evitar a responsabilização penal indiscriminada com fundamento no dever de garantia, deve-se atentar ao que fixa a lei penal e ao que esclarece a doutrina. Assim, tendo em vista o artigo 13, parágrafo 2º do Código Penal, adota-se o seguinte entendimento: se a conduta dolosa do omitente tem uma limitada capacidade de configuração do resultado, estar-se-ia perante uma situação de participação por omissão, ao passo que, se a conduta do omitente configura relevantemente o fato, seria o caso de coautoria.

Por fim, no que tange às condutas neutras relacionadas ao exercício de atividades profissionais como, preferencialmente, dos agentes financeiros e dos advogados, esclarece-se que as ações neutras englobam ações cotidianas que são neutras do ponto de vista externo, também ações adequadas social e profissionalmente realizadas dentro dos limites da liberdade de ação. Assim, sob esse contexto seriam impuníveis as ações realizadas no âmbito profissional do agente que estivessem em conformidade com as normas e obrigações profissionais, mesmo que dessas sobrevenha alguma atividade delitiva. Nessa circunstância, a responsabilidade penal dependerá do *animus* do agente em relação ao cometimento do delito⁶²⁵ situado dentro do contexto do profissional em questão.

Focou-se nas condutas profissionais dos agentes financeiros e dos advogados para contextualizar as ações neutras. No caso das instituições financeiras, se a conduta ativa objetiva do agente financeiro não apresentar qualquer nuance para facilitar a lavagem de dinheiro ou com ela colaborar, ter-se-á uma conduta neutra. Caso o empregado bancário suspeite da lavagem de dinheiro, realize a operação e omita a comunicação aos seus superiores hierárquicos, deve-se analisar se a operação apresentava objetivamente alguma característica de suspeita de lavagem de dinheiro e se fazia parte dos deveres daquele funcionário inquirir as informações da operação e repassar aos seus superiores.

No que diz respeito aos advogados o questionamento acerca de seu limite de atuação foi intensificado com a inclusão do inciso XIV no artigo 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro surgindo dois principais questionamentos: (i) há participação do advogado na lavagem de dinheiro pelo recebimento de honorários maculados no exercício da defesa de seu cliente? e (ii)

⁶²⁵ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 129. Acesso em 12 de maio de 2019.

o advogado que exerce a função de consultor ou assessor tem a obrigação de comunicar informações de suspeita de lavagem de dinheiro?

No caso do recebimento de honorários maculados, a primeira barreira insere-se no plano constitucional uma vez que recepcionar a punição do advogado, que para exercer a defesa de réu acusado de lavagem de dinheiro recebe honorários que podem ser oriundos de delito, feriria frontalmente o direito à ampla defesa, ao livre exercício da advocacia e à indispensabilidade do advogado, especialmente no contexto criminal. Outrossim, do ponto de vista legal, os próprios tipos penais previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro afastam a possibilidade de se considerar o recebimento de honorários como forma de lavagem de dinheiro uma vez que ainda que o advogado tenha conhecimento da origem maculada dos valores, o recebimento dos valores não visa ocultar ou dissimular tal origem, mas sim servir de pagamento pela prestação do serviço.

Não obstante, tem se tornado cada vez mais comum a investigação e persecução penal de advogados sob a justificativa de lavagem de dinheiro em razão do recebimento de honorários sujos. Diante disso, sugere-se como refinamento a adoção de parâmetros que delimitem as ações neutras dos advogados, principalmente criminalistas, sob o aspecto objetivo, fixando que o mero recebimento de honorários por serviços advocatícios prestados se trata de atividade neutra e, sob aspecto subjetivo, fixando que tais valores presumem-se de boa-fé, não sendo apto o uso de informações obtidas no contexto do sigilo profissional advogado-cliente como prova a fim de imputar o conhecimento ou a ignorância deliberada do advogado.

Sobre o dever de comunicar do advogado que exerce a função de consultor ou assessor enquanto sujeito obrigado nos termos do artigo 9º, inciso XIV, da Lei de Lavagem de Dinheiro há um evidente conflito com a inviolabilidade do advogado e de sua prerrogativa ao sigilo profissional, nos termos estabelecidos pelo artigo 133 da Constituição Federal e pelos artigos 2º; 7º, XIX; 34, VII, da Lei Federal 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Assim, entende-se que o dever de informar imposto aos advogados por meio da Lei de Lavagem de Dinheiro não pode prevalecer seja sob aspecto constitucional seja porque o Estatuto da Ordem dos Advogados se trata de lei anterior e mais específica que não foi revogada. Soma-se a isso a Nota Interpretativa da Recomendação 23 do GAFI que esclarece que deve prevalecer a inviolabilidade do advogado e de sua prerrogativa ao sigilo profissional.

Vale ressaltar que não se está defendendo a imunidade absoluta dos profissionais de advocacia para a prática de crimes ou atos ilícitos uma vez que o próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio do artigo 7º, §6º autoriza a quebra de inviolabilidade diante da presença de indícios de autoria e materialidade da prática de crime. Por consequência, embora não tenha o dever de comunicar atos suspeitos de lavagem de dinheiro conhecidos em

razão da relação advogado-cliente, o advogado tem o dever de se abster de contribuir com tais atos sob pena de ser responsabilizado criminalmente caso colabore dolosamente.

Em uma síntese conclusiva, entende-se que independentemente de se tratar de uma conduta ativa ou omissiva, o requisito para a atribuição de responsabilidade penal deve ser uma conduta típica objetiva, que extrapole as ações neutras, com sentido de lavar dinheiro ou de colaborar com uma lavagem.

Em quarto lugar, tratou-se da mescla de capitais ilícitos e lícitos (também conhecida por *commingling*) e seus efeitos na persecução da lavagem de dinheiro (tópico 4.4.). Na prática, a mescla é utilizada como artifício para confundir a origem de patrimônio lícito com aquele oriundo de crime antecedente uma vez que os valores misturados passam a ser considerados como advindos da mesma atividade legítima. Com base nisso, surgem dois principais questionamentos (i) até que ponto essa mistura seria uma forma de lavagem de dinheiro e, ainda, (ii) se a mescla do valor sujo com o valor limpo contaminaria a totalidade do capital.

Sobre o primeiro ponto, a configuração da lavagem de dinheiro depende não somente da constatação da infração penal antecedente, mas também da existência de um elo objetivo entre o produto do delito e o ato de lavagem de dinheiro. Nesse sentido, embora o posicionamento doutrinário seja incipiente e exista lacuna jurisprudencial pátria sobre a questão, há quem diga que o *commingling* se trata de técnica para lavar dinheiro na fase de ocultação⁶²⁶. Com isso, até se acredita na recepção do *commingling* como técnica para branquear capitais, porém, sugere-se que se delimite o elemento subjetivo necessário, somente havendo branqueamento de capitais pela mescla de valores ilícitos e lícitos (em empresas, contas bancárias etc.) caso o agente que misturou os valores tenha a intenção de ocultar os valores provenientes de infração penal antecedente por meio daquele ato.

Sobre o segundo ponto que diz respeito à contaminação da totalidade do capital em razão da mistura do valor sujo, a raiz da questão advém das repercussões na esfera patrimonial do agente de lavagem de dinheiro. Tal questionamento se avolumou no Brasil a partir de dispositivos contidos na Lei de Lavagem de Dinheiro e nas diversas convenções internacionais destinadas ao cerceamento da lavagem de dinheiro das quais o Brasil é signatário. Na Lei não há delimitação muito precisa sobre o limite do confisco, já as convenções apontam de modo mais claro a necessidade de separação do patrimônio maculado daquele com origem lícita.

⁶²⁶ ARELLANO, Luis Felipe Vidal. *Fronteiras da responsabilização penal de agentes financeiros na lavagem de dinheiro*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 104. Acesso em 4 agosto de 2020.

Por sua vez, a doutrina indica a existência de duas teses: a da contaminação total ou da contaminação parcial dos valores mesclados. A primeira defende que qualquer valor sujo misturado com capital limpo seria suficiente para contaminar todo o capital. A segunda, que acabou sendo adotada, diz que os bens advindos da mescla do capital lícito com o ilícito somente são contaminados na proporção do valor maculado.

Logo, sugere-se (i) que seja recepcionado o *commingling* como forma de lavagem de dinheiro desde que se demonstre que o agente que misturou os valores tinha o dolo de ocultar o capital proveniente de infração penal antecedente por meio daquele ato e (ii) que seja adotada a teoria da contaminação parcial, em que a mescla do valor sujo contamina o valor limpo somente no limite do capital maculado, para quaisquer repercussões na esfera patrimonial do agente de lavagem de dinheiro.

Em último lugar, realizou-se o estudo do *compliance* na lavagem de dinheiro uma vez que a temática permeia a análise de um panorama amplo e global e auxilia na sugestão de refinamentos e soluções globais acerca dos problemas relacionados ao delito de lavagem de dinheiro a serem analisados no tópico a seguir.

Em síntese, o *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro é um método de prevenção de comportamentos delitivos e também um instrumento facilitador da persecução penal devido a formação de base de informações e dados para eventual comunicação de um delito à autoridade competente. Nesse sentido, o *compliance* na lavagem de dinheiro é obrigatório, ou seja, não se trata de mecanismo de prevenção destinado a mitigação de penas, mas sim de dever a ser cumprido por empresas e pessoas obrigadas.

Sobre o tema do *compliance* foram identificados dois principais problemas (i) as empresas como *longa manus* do Estado em razão dos programas de *compliance* e (ii) a posição de garantidor do *compliance officer* e a responsabilidade penal.

No que diz respeito ao primeiro ponto, verifica-se que, ao fim e ao cabo, as práticas de *compliance* implicam uma autorregulação empresarial, exigida pelo Estado, no sentido de inibir seus déficits organizacionais, para que a própria empresa controle seus riscos e previna eventuais infrações ao ordenamento jurídico. Com isso, observa-se o uso disfuncional do *compliance* uma vez que esse passa a ser *longa manus* do Estado, mais especificamente dos órgãos de repressão ao crime, dentro das empresas. Como refinamento, o que se sugere não é a completa negação da necessidade de colaboração das empresas na prevenção à lavagem de dinheiro, mas sim que se delimite que a fonte regulamentar é a autoridade pública, e não o profissional do setor sensível. Porém, não se endereçou qual seria a forma adequada de realizar

tais limitações. Portanto, apesar da crítica posta e do refinamento indicado, resta ainda o aprofundamento acerca de como instrumentalizá-lo.

Sobre o segundo ponto, questiona-se se o *compliance officer* pode ser responsabilizado penalmente em decorrência de sua função e dos seus deveres. Tal questionamento advém do fato que a introdução do *compliance* não foi acompanhada de maior rigor dogmático no que diz respeito a responsabilidade dos agentes envolvidos.

Na prática brasileira, diante de uma operação suspeita o *compliance officer* atuante nas instituições financeiras se depara com quatro possíveis cenários: (a) comunicar antes de obstar a operação suspeita; (b) comunicar para depois obstar a operação suspeita; (c) comunicar a operação suspeita e não obsta-la ou (d) não comunicar. Os dois primeiros parecem se adequar melhor ao caráter preventivo do *compliance*. Por outro lado, a partir da terceira situação, em que não se obsta a operação financeira suspeita, surgem os questionamentos acerca da responsabilidade penal do *compliance officer*. Antecipando justamente isso, o parágrafo 2º do artigo 11 da Lei de Lavagem de Dinheiro isenta o *compliance officer* da responsabilidade civil e administrativa desde que a comunicação de operações suspeitas tenha sido feita de boa-fé.

Porém é na quarta situação, em que o *compliance officer* sequer comunica a operação suspeita, que o questionamento sobre a responsabilidade penal do *compliance officer* se torna mais latente em razão da omissão ao seu dever de garantia. Há quem diga que estar-se-ia diante de um crime omissivo impróprio tendo em vista sua função de garantidor da ordem econômica que gera dever jurídico especial de agir.

Não obstante, não se deve utilizar o descumprimento das regras administrativas previstas na Lei de Lavagem de Dinheiro para a caracterização da omissão imprópria. Em síntese, a responsabilidade criminal por omissão às regras de *compliance* deve se enquadrar em algum dos tipos penais previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro e obedecer aos critérios de imputação objetiva sendo cabível somente nos casos em que inflija perigo à ordem econômica (bem jurídico tutelado pela Lei de Lavagem) dolosamente.

Diante disso, o refinamento que se sugere é o uso dos critérios dogmáticos que possibilitam incriminações – *i.e.* legalidade, imputação objetiva e preenchimento do elemento subjetivo – como balizas para checar se a responsabilização criminal do *compliance officer* pode ou não ocorrer. Nesse sentido, a despeito do entendimento contrário dos tribunais nacionais, entende-se que não há fundamento legal na Lei de Lavagem de Dinheiro apto a ensejar a responsabilidade criminal do *compliance officer* em razão da omissão do cumprimento de seus deveres, mesmo que de forma dolosa. Há somente a previsão de sanções administrativas previstas no artigo 12. Portanto, enxerga-se a introdução do *compliance* como um avanço, mas

que ainda deve ser lapidado no âmbito da lavagem de dinheiro, principalmente no que diz respeito às omissões aos deveres de *compliance* pelo *compliance officer*.

Assim, tendo sido expostas as conclusões específicas e os refinamentos sugeridos para cada desafio estudado, resta somente analisar alternativas globais para o delito de lavagem de dinheiro.

5.2. Lavagem de dinheiro sob um cenário global do Direito Penal Econômico, problemas identificados e possíveis soluções

A criminalidade hodierna chacoalhou a teoria geral do delito na medida em que trouxe elementos de organização, transnacionalidade e forte poderio econômico antes desconhecidos e inexistentes sob a ótica da prevenção e repressão do criminoso individual⁶²⁷. Há quem diga que a criminalidade organizada e o tráfico de drogas foram um marco inicial para o processo de globalização do Direito Penal⁶²⁸. Isso porque, diante do fracasso mundial na sua repressão direta focou-se em dar uma resposta “global” para estas práticas delitivas que constituíram um sistema econômico paralelo. Assim, chegou-se na ideia de necessidade de enfretamento à criminalidade econômica globalizada, promovida em nome da segurança da sociedade e para afagar os sentimentos de desconfiança e insegurança generalizados – também existentes no mercado –, característicos da chamada sociedade do risco.

O conceito de sociedade do risco, muito frequentemente abordado em obras que tratam sobre a expansão e globalização do Direito Penal na sociedade pós moderna, foi elaborado pelo sociólogo alemão BECK. Muito embora os riscos sociais sempre estiveram presentes nos diversos momentos históricos da sociedade, na era pós-industrial, a globalização e seus avanços tecnológicos e científicos aumentaram os riscos, difundindo riscos coletivos e globais⁶²⁹.

Sob tal mote, tem se vivenciado um momento ímpar de expansão do Direito Penal “em sentidos horizontal (através da tutela de novas situações, criminalizando-se cada vez mais condutas, antes atípicas, e pela proteção de bens jurídicos antes não protegidos), e vertical (por meio de recrudescimento de sanções penais já existentes [...])”⁶³⁰, sendo um dos campos em

⁶²⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 26.

⁶²⁸ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 12-3.

⁶²⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed., São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23-8.

⁶³⁰ SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 57.

expansão o Direito Penal Econômico. Isso porque, as novas orientações da legislação penal e da política criminal advém de um Direito Penal globalizado que tem como pressuposto a impotência dos ordenamentos nacionais para lidar com a criminalidade transnacional⁶³¹.

Com isso, tornou-se lugar-comum o reconhecimento da necessidade de tutela jurídica do ambiente econômico e das relações econômicas principalmente pela via penal⁶³². Por outro lado, não tão pacífica assim é a definição ou a delimitação do que vem a ser Direito Penal Econômico⁶³³. Nesse contexto, a despeito das teses de diversos doutrinadores alemães – ora muito amplas, ora muito estritas – sobre o conceito de Direito Penal Econômico⁶³⁴, alinha-se à visão de SOUZA sobre a primordialidade da identificação do bem jurídico penal econômico para então delimitar o que é o Direito Penal Econômico posto que “apenas a proteção de bens jurídicos com dignidade penal representa o referencial interpretativo material desse ramo do Direito.”⁶³⁵

Nesta dissertação, a tarefa de identificar o bem jurídico penal existente no bojo do Direito Penal Econômico já foi cumprida. Em outras palavras: ao se reconhecer o delito de lavagem de dinheiro como um crime econômico, constatou-se, no tópico 3.2. supra, que o bem jurídico tutelado – pelo delito de lavagem de dinheiro e pelo Direito Penal Econômico – é a ordem econômica, ainda que tal conceito também padeça de imprecisões e seja alvo de críticas. SCHORSCHER resume a problemática: “o bem jurídico ordem econômica é excessivamente vago e abstrato, englobando todos os órgãos públicos, instituições (públicas e privadas) e atividades desenvolvidas no âmbito econômico.”⁶³⁶

Diante disso, entende-se que a ordem socioeconômica é um interesse supraindividual tutelado pelo Direito Penal Econômico em prol da manutenção da confiança enquanto elemento indispensável para o adequado e justo equilíbrio da produção, circulação e distribuição de riquezas⁶³⁷.

⁶³¹ PINTO, Nathália Regina. *A importância dos marcos regulatórios na prevenção à criminalidade econômica*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 40-1. Acesso em 10 de maio de 2019.

⁶³² SOUZA, Luciano Anderson de. Regulação econômica e direito penal. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 311-12, 2012.

⁶³³ SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 15-6.

⁶³⁴ NATHÁLIA PINTO faz um panorama acerca dos posicionamentos. Cf. PINTO, op. cit., p. 36-8.

⁶³⁵ SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 41.

⁶³⁶ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 89-90.

⁶³⁷ SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 48-53.

De todo modo, mesmo sem uma definição satisfatória unanimemente aceita sobre o que é Direito Penal Econômico e/ou mesmo sem o consenso acerca de qual é o bem jurídico tutelado, ao menos pode-se concluir sem grandes dissensos que os delitos que se inseriram sob essa nova tutela penal econômica têm características comuns, *i.e.*, (i) a criminalização de condutas que não afetam um bem jurídico individual determinado, mas sim conceitos indeterminados e classificados como bem jurídicos supraindividuais; (ii) por consequência, a criação de delitos de perigo abstrato, em que não se exige a efetiva lesão⁶³⁸; (iii) a dificuldade da adequada responsabilização penal ante ao envolvimento de pessoas jurídicas e uma miríade de atores; (iv) a complexidade das condutas delitivas que impõe uma longa duração aos processos e investigações⁶³⁹.

Diante da ausência de uniformidade na conceituação e nos limites do Direito Penal Econômico, depara-se com uma miríade de recomendações, convenções, normativas e leis visando o cerceamento da criminalidade econômica. A partir daí, surgem várias dificuldades para sua justificação ou sua aplicação⁶⁴⁰. O mesmo se verifica em relação aos crimes em espécie inseridos sob o guarda-chuva do Direito Penal Econômico, como é o caso da lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, pode-se pontuar algumas distorções existentes na nova tutela penal econômica: (a) perda da importância da relação entre o comportamento desaprovado e o resultado de lesão para a imputação em razão da criminalização de condutas que não afetam um bem jurídico individual, mas sim bens jurídicos supraindividuais ou institucionais⁶⁴¹; (b) no mesmo sentido, depara-se com a criação de delitos de perigo abstrato, em que não se exige a efetiva lesão⁶⁴²; (c) criminalização de condutas que dizem respeito ao meio e não ao resultado, que pedem complemento de ramos extrapenais e de tipos abertos⁶⁴³; (d) possibilidade da figura do dolo eventual no centro da responsabilização por ocasião da ocorrência de déficits cognitivo-valorativos entre os membros do grupo⁶⁴⁴; (e) dificuldade da adequada responsabilização penal

⁶³⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. Regulação econômica e direito penal. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 316, 2012.

⁶³⁹ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 12-3.

⁶⁴⁰ SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 57-8.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 58.

⁶⁴² SOUZA, Luciano Anderson de. Regulação econômica e direito penal. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 316, 2012.

⁶⁴³ SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 58.

⁶⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamento del derecho penal de la empresa*. Montevideo: B. de F., 2013, p. 7-10.

uma vez que os conceitos de ação e resultado estão dissociados⁶⁴⁵; (f) fragmentação dos elementos do tipo, em razão da divisão de funções entre a execução material, o conhecimento completo da situação e a tomada de decisão⁶⁴⁶, dentre outros.

Para facilitar o estudo de tais dificuldades, SOUZA didaticamente os divide em estruturais e conjunturais. No que diz respeito aos problemas estruturais do Direito Penal Econômico, o professor sintetiza que “[...] o modelo típico de crime da Teoria Geral do Delito, qual seja, o homicídio, mostra amplo descompasso com um subsistema voltado a interesses etéreos, supraindividuais, de cunho econômico, conformado por um modelo de tutela aberto, variável [...]”⁶⁴⁷ Já em relação aos problemas conjunturais, SOUZA diz que o Direito Penal Econômico:

[...] mostra-se conjunturalmente comprometido, seja por novéis interesses tutelados, seja pela utilização desenfreada das citadas construções porosas de crimes de perigo abstrato, tipos penais abertos, tipos omissivos e culposos e tipos penais de assessoriedade administrativa, bem como pela incoerência do discurso legitimador dos fins da pena, tudo a consubstanciar um simbolismo penal sem precedentes.⁶⁴⁸

Nesse sentido, ao longo desta pesquisa já se observou justamente as consequências oriundas de tais problemas conjunturais do Direito Penal Econômico, especificamente, no âmbito do delito de lavagem de dinheiro.

Isso é, em primeiro lugar em sendo a lavagem de dinheiro um crime sabidamente de perigo abstrato, analisou-se, no tópico, 3.3. supra, tal crime diante do princípio da lesividade. A construção dos crimes de perigo abstrato se trata de opção político-criminal advinda da sociedade do risco que apresenta uma estrutura criminalizadora de um momento prévio à lesão⁶⁴⁹. Portanto, ao confrontar sua estrutura com o princípio da lesividade, conclui-se que não tem como se admitir a vedação de condutas sem que se indique uma afetação grave e concreta de um interesse humano indispensável para a convivência pacífica dos indivíduos⁶⁵⁰.

Em segundo lugar, tem-se a relação entre o Direito Administrativo e o Direito Penal Econômico, comumente conhecida como “administrativização” do Direito Penal. No caso da lavagem de dinheiro, observou-se tal relação sobretudo nos tópicos 4.3. e 4.5. ao estudar o *compliance* e os limites da responsabilidade penal. Isso porque no artigo 9º da Lei de Lavagem

⁶⁴⁵ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 12-3.

⁶⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamento del derecho penal de la empresa*. Montevideo: B. de F., 2013, p. 7-10.

⁶⁴⁷ SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 63.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 71.

⁶⁴⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87.

⁶⁵⁰ SOUZA, op. cit., p. 75.

de Dinheiro há o rol de pessoas obrigadas a cumprir as obrigações previstas nos artigos 10 e 11 da Lei. Em caso de descumprimento, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras deve aplicar as sanções administrativas contidas no artigo 12 da Lei. Ocorre que, a despeito da clareza do dispositivo legal, não tem sido incomuns as tentativas de investigar e processar criminalmente sujeitos obrigados que eventualmente descumpram suas obrigações, sendo que isso não é por si só suficiente para configurar alguma das modalidades de lavagem de dinheiro.

Em terceiro lugar, na toada de um Direito Penal do risco usam-se fórmulas tipificadoras culposas e omissivas. Muito embora inexista modalidade culposa e/ou omissiva na Lei de Lavagem de Dinheiro, tem-se visto tentativas para alastrar o dolo eventual (tópico 4.1.) e a omissão de deveres como forma apta a configurar a lavagem de dinheiro (tópicos 4.3. e 4.5.). No caso do dolo eventual na lavagem de dinheiro, depara-se não só com o viés de sociedade do risco, mas também com o caráter globalizado do Direito Penal Econômico uma vez que sua aceitação pátria tem origem na incorreta visão do dolo eventual derivado da cegueira deliberada, como sinônimo da *willful blindness doctrine*, no âmbito da lavagem de dinheiro. Já no caso das condutas omissivas, muito tem se discutido sobre a extensão dos deveres impostos às pessoas obrigadas do artigo 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro e até que ponto a omissão ao seu dever configura uma omissão imprópria (em que há uma equiparação legal entre ação e omissão, tendo por fundamento um dever jurídico especial na figura do garantidor). Porém, o ponto nodal acerca da aptidão é que tais deveres na Lei de Lavagem de Dinheiro tratam-se de regras administrativas que preveem inclusive a imposição de sanções administrativas.

Diante de tais problemas, é latente o questionamento acerca da legitimidade do Direito Penal Econômico. Isso porque a atividade legiferante destinada à proteção penal da economia não respeita os paradigmas clássicos do Direito Penal e acaba concebendo uma alteração na compreensão dos critérios de imputação⁶⁵¹.

Nesse sentido, surgem as alternativas jurídicas ao Direito Penal Econômico, isso é, idealizações que “têm em comum a busca por soluções legítimas no regramento de atos sociais danosos decorrentes das complexidades da pós-modernidade”⁶⁵². SOUZA indica alguns pensamentos que oferecem alternativas jurídicas à expansão da criminalização no ambiente econômico.

⁶⁵¹ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 139.

⁶⁵² SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 89.

Em primeiro lugar, trata da “Escola de Frankfurt”, uma tendência que reuniu penalistas de origem acadêmica frankfurtiana com pensamento liberal que resistem ao expansionismo penal existente na sociedade do risco em prol da proteção extremada da liberdade dos cidadãos. Tais autores entendem que o Direito Penal deve cuidar de um núcleo mínimo de condutas que protejam bens indispensáveis para a convivência em sociedade⁶⁵³.

Entremeio às críticas da “Escola de Frankfurt” surge a proposta concreta de HASSEMER sobre a criação de um novo ramo chamado de Direito de Intervenção. Tratar-se-ia de um novo sistema sancionatório situado entre o Direito Civil ou Administrativo e o Direito Penal⁶⁵⁴. Muito embora a proposta seja interessante, o autor não delimita os contornos desse novo ramo. Portanto, a sugestão padece de clareza e perde sua força⁶⁵⁵.

Partindo de premissa semelhante sobre o descompasso entre a dogmática penal tradicional e os novos interesses da sociedade do risco, SILVA SÁNCHEZ propõe a criação de um Direito Penal de duas velocidades. Haveria, assim, uma bipartição do Direito Penal (*i*) em que os problemas pós-modernos que zelam de interesses difusos estariam sujeitos a um Direito Penal mais flexível e menos garantista que não cominaria em pena privativa de liberdade, mas se valeria do caráter intimidatório e simbólico do Direito Penal e (*ii*) em que os problemas tradicionais que protegem bens jurídicos individuais clássicos, estariam sujeitos ao Direito Penal com todo seu rigor técnico e seu garantismo⁶⁵⁶. A despeito da proposta assinalar para uma conciliação entre o Direito Penal “clássico” e o Direito Penal do risco, entende-se se tratar de uma teoria expansionista que relativiza as regras de imputação.

Diante disso, a última alternativa jurídica ao Direito Penal Econômico é o Direito Administrativo Sancionador. Tal solução esteia-se no fato de que não haveria diferença substancial entre a norma penal e a administrativo-sancionadora. Ocorre que, na prática, a operacionalização de tal solução, isso é, a descriminalização de condutas com sua transferência para a tutela do Direito Administrativo mostrar-se-ia extremamente difícil. Para além disso, mudar-se-ia apenas a forma de etiquetamento sem a imposição de sanção prisional e também sem as garantias existentes no Direito Penal⁶⁵⁷.

⁶⁵³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 60-1.

⁶⁵⁴ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. Trad. Cezar Roberto Bittencourt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, out.-dez. 1994, p. 49.

⁶⁵⁵ SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 92.

⁶⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145-6.

⁶⁵⁷ FERRARI, Eduardo Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua concepção constitucional. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. *Experiências do direito*. Campinas: Millennium, 2004, p. 102.

Portanto, a fim de evitar as consequências negativas dessa alternativa, SOUZA sugere que se alie a eficiência do Direito Administrativo com o respeito às garantias individuais e com a independência de atuação do Direito Penal para que se consagre um Direito Administrativo Sancionador⁶⁵⁸.

Pensando tais alternativas no contexto da lavagem de dinheiro, SCHORSCHER questiona se seria possível cercear a lavagem de dinheiro por meio do Direito Administrativo Sancionador⁶⁵⁹. Em verdade, tal alternativa já está presente na legislação atual em certa medida por meio dos controles e penalidades específicos introduzidos dos artigos 9 a 13 da Lei e pela função reguladora da ordem econômica em geral que a Lei engendra. No mais, historicamente, as normas de detecção de movimentações financeiras suspeitas em ambiente extra penal precedem a criminalização da lavagem de dinheiro e não foi a sua ineficácia que propulsionou a criminalização, mas sim, inicialmente, as dificuldades para persecução do crime antecedente originário que era o tráfico de drogas⁶⁶⁰.

Nesse sentido, questiona-se até que ponto tem sido respeitado o princípio da subsidiariedade do Direito Penal uma vez que não se tem por evidente a insuficiência de regulamentação quanto ao controle administrativo dos circuitos econômicos⁶⁶¹. Muito pelo contrário, a figura do *compliance* obrigatório na lavagem de dinheiro e a imposição de deveres às pessoas obrigadas tem auxiliado o isolamento econômico dos autores do crime e, ao fim e ao cabo, auxiliado na persecução do delito.

Por outro lado, ninguém questiona a ineficácia das normas penais destinadas ao cerceamento da lavagem de dinheiro. É inclusive com base nesse pressuposto que se realizou o presente estudo visando indicar (i) soluções pontuais e específicas para cada problema existente na Lei de Lavagem de Dinheiro e sua repercussão na dogmática jurídico-penal brasileira e (ii) alternativas globais para a lavagem de dinheiro enquanto delito inserido no Direito Penal Econômico.

Diante disso, como solução global, SCHORSCHER defende a alternativa do Direito Administrativo Sancionador na lavagem de dinheiro:

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

⁶⁵⁸ SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019, p. 97.

⁶⁵⁹ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 155.

⁶⁶⁰ GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do Crime de "Branqueamento de Capitais"* - Introdução e Tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, p. 155-6.

⁶⁶¹ SCHORSCHER, op. cit., p. 156.

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.⁶⁶²

Já LUCCHESI, ao se deparar com alguns dos problemas da lavagem de dinheiro, defende uma “interpretação restritiva da incriminação, por a redação genérica violar garantias fundamentais do direito penal”⁶⁶³.

Adotando uma postura intermediária, ALLDRIDGE propõe a manutenção do crime de lavagem de dinheiro na legislação como fundamento para as obrigações e sanções administrativas, mas sem ou com poucas persecuções penais⁶⁶⁴. Ocorre que tal proposta se vale da norma penal como simples alavanca para o cumprimento das obrigações administrativas, o que viola o princípio da subsidiariedade penal⁶⁶⁵.

Portanto, para além das sugestões de soluções e refinamentos individuais a cada um dos desafios verificados ao longo deste estudo, não se entende em âmbito global pela total descriminalização dos delitos econômicos e/ou pela completa transferência da tutela penal para a seara administrativa, até porque isso seria inviável no plano prático e apenas levaria os problemas verificados para outro ramo do Direito. O que se entende como sugestão ideal em âmbito global tanto para o Direito Penal Econômico quanto para o delito de lavagem de dinheiro seria a melhor delimitação de sua aplicação e a interpretação restritiva dos tipos penais econômicos inseridos no limite da dogmática jurídico-penal brasileira. Outrossim, que seja estimulada a prevenção ao delito por meio do *compliance* obrigatório na lavagem de dinheiro e no caso de seu descumprimento a imposição de sanções administrativas às pessoas obrigadas.

⁶⁶² SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 159.

⁶⁶³ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Lavagem de dinheiro como mascaramento: limites à amplitude do tipo penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coords.). *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance – RDPEC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, ano 1, p. 160, jan.-mar. de 2020.

⁶⁶⁴ ALLDRIDGE, Peter. *Money Laundering law: forfeiture, confiscation, civil recovery, criminal laundering and taxation of the proceeds of crime*. Oxford: Hart, 2003, p. 69.

⁶⁶⁵ SCHORSCHER, op. cit., p. 158.

CONCLUSÕES

1. O panorama histórico da criminalização da lavagem de dinheiro auxilia na compreensão do desenvolvimento legislativo do delito. Identifica-se que, inicialmente, a lavagem de dinheiro destinava-se mais a coibir a infração penal antecedente – especialmente o tráfico de drogas – ante a ineficiência dos órgãos estatais, do que a proteger a ordem econômica dos efeitos nocivos da ocultação de valores ilícitos e de sua reinserção como se lícitos fossem no mercado.

2. Muito embora os Estados Unidos da América tenha sido o país pioneiro em influenciar as produções e recomendações internacionais no cerceamento da lavagem de dinheiro – o que justificou a escolha do país como paradigmático para fins de estudo de sua legislação e precedentes – observa-se que nos dias correntes, as contribuições norte-americanas para o tema são limitadas e antigas.

3. No presente, observa-se que a Espanha se encontra na dianteira das discussões doutrinárias acerca do *blanqueo de capitales* por apresentar uma legislação severa em termos de lavagem de dinheiro e por estar bastante alinhada às Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional.

4. O GAFI por meio de suas Recomendações sobremaneira impactou e impacta o ritmo, a forma e o conteúdo da legislação de cerceamento à lavagem de dinheiro no Brasil. Tais mudanças visam, de fato, o aprimoramento da prevenção e repressão ao delito, porém, algumas vezes, acabam flexibilizando a dogmática jurídico-penal brasileira, algo comum no âmbito do Direito Penal Econômico.

5. A Lei de Lavagem de Dinheiro, no Brasil, apresenta quatro modalidades distintas para o mascaramento de recursos de origem ilícita e pressupõe uma infração penal antecedente: (i) ocultação ou dissimulação (*caput*); (ii) uso de meios para ocultação ou dissimulação (parágrafo 1º); (iii) uso de bens, direitos ou valores sujos na atividade econômica ou financeira (parágrafo 2º, inciso I) e (iv) participação em entidade dirigida à lavagem de dinheiro (parágrafo 2º, inciso II).

6. No que diz respeito à infração penal antecedente, desde 2012, por advento da Lei nº 12.683/2012, foi extinto o rol de delitos antecedentes, deixando o Brasil alinhado com as legislações mais modernas de cerceamento à lavagem de dinheiro (como a legislação espanhola) e evidenciando a autonomia entre a infração penal antecedente e o delito de lavagem

de dinheiro. Não obstante, a opção do legislador brasileiro é criticável por ter criado uma estrutura normativa estanque e desproporcional.

7. Diante disso, sugere-se a delimitação das infrações penais antecedentes, com base na Recomendação 3 do GAFI, ou seja, excluindo as contravenções simples e conservando os crimes graves que seriam estabelecidos como aqueles cuja pena mínima cominada é de quatro anos de reclusão, mantendo, portanto, a proporcionalidade com a pena do delito de lavagem de dinheiro.

8. Em relação ao bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro, a doutrina brasileira aponta quatro possíveis respostas: (i) a identidade com o bem jurídico tutelado pela infração penal antecedente; (ii) a ordem econômica como bem jurídico protegido; (iii) a administração da justiça como bem jurídico tutelado e (iv) a pluriofensividade da lavagem de dinheiro.

9. Com isso, entende-se que a lavagem de dinheiro busca resguardar o bem jurídico ordem econômica. De modo geral, chegou-se a tal conclusão uma vez que a ordem econômica se trata de bem jurídico que fomenta a autonomia da lavagem de dinheiro com relação à infração penal antecedente. Outrossim, a atuação e diretrizes do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) evidenciam ao que se destina o cerceamento da lavagem de dinheiro.

10. Como desdobramento da identificação do bem jurídico, há o princípio da lesividade ou ofensividade penal na lavagem de dinheiro. Tendo em vista que o delito de lavagem de dinheiro visa a proteção do bem jurídico ordem econômica, tal delito é de perigo abstrato. Entende-se que o delito de lavagem de dinheiro viola o princípio da lesividade pois é impossível de se mensurar concretamente como a lavagem de dinheiro afeta a ordem econômica, posto que representa crime de perigo abstrato consistente na tentativa de se evitar o perigo inerente ao aproveitamento do lucro ilícito a partir da promoção de outros delitos, mas não na proteção de um bem jurídico penalmente relevante que lhe seja particular e concretamente atingível.

11. Sugere-se como refinamento a despenalização de condutas quando não gravemente nocivas para a ordem econômica, optando, ao invés disso, pela expansão das políticas de prevenção de riscos de responsabilidade empresarial por descumprimento de regulações legais.

12. Ao se comparar o crime de lavagem de dinheiro com os crimes de receptação e favorecimento real em razão da estrutura semelhante de tais delitos, conclui-se que mesmo possuindo estrutura dogmática semelhante, a comparação entre os delitos pouco auxilia na melhor compreensão da lavagem de dinheiro.

13. No que diz respeito ao momento consumativo do crime de lavagem de dinheiro, somente em 2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou que o crime de lavagem de

bens, direitos ou valores, quando praticado na modalidade típica “ocultar” é permanente, protraindo-se sua execução até que os objetos materiais do branqueamento se tornem conhecidos. Sugere-se, a despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal, (i) que a lavagem de dinheiro na modalidade ocultação, prevista no *caput* do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro, seja reconhecida como delito instantâneo de efeitos permanentes e (ii) que os demais tipos penais previstos nas outras modalidades sejam reconhecidos como de caráter instantâneo, com exceção dos verbos “guardar” e “ter em depósito” contidos no artigo 1º, parágrafo 1º, inciso II que se tratam de crimes permanentes.

14. No que tange à figura da cegueira deliberada – enquanto elemento subjetivo importado da *common law*, mediante a incorreta compreensão da *willful blindness doctrine* – constata-se a existência de uma indevida equiparação entre a cegueira deliberada e o dolo eventual e a consequente discussão sobre a possibilidade de o dolo eventual preencher a figura típica da Lavagem de Dinheiro.

15. A questão inclusive foi abordada no julgamento da Ação Penal nº 470 Minas Gerais. A maioria dos ministros entendeu pela possibilidade da configuração da lavagem de dinheiro mediante dolo eventual, nos termos do *caput* do artigo 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro, apoiando-se no critério da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, então, alcançar a vantagem prometida.

16. Nesse sentido, grande parte da doutrina tomou por certa a compatibilidade do dolo eventual derivado da cegueira deliberada no âmbito da lavagem de dinheiro, buscando somente estabelecer os limites da referida teoria no ordenamento pátrio. Porém, idealmente sugere-se a revisão do acolhimento da cegueira deliberada e da sua equiparação ao dolo eventual no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa toada, os votos vencidos dos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio trazem fundamentos contundentes contra a introdução irresponsável da cegueira deliberada no Brasil. No mais, mesmo que existam semelhanças entre o dolo eventual e a cegueira deliberada, esses são institutos provenientes de sistemas jurídicos com estruturas muito díspares. Por fim, o acolhimento da cegueira deliberada na *civil law* adveio da equiparação com o que se entende por dolo eventual no ordenamento jurídico espanhol, instituto diverso do dolo eventual no Brasil.

17. Em relação a autolavagem de dinheiro no Brasil, conclui-se que é inegável a possibilidade da punição da autolavagem no ordenamento jurídico brasileiro. Acredita-se que o mais adequado seria solução via *lege ferenda* prevendo tal possibilidade no bojo da própria Lei de Lavagem de Dinheiro, com as devidas ressalvas, *i.e.*, (i) não pode haver coincidência

entre os bens jurídicos tutelados pela infração penal antecedente e a lavagem de dinheiro (*i.e.* ordem econômica) sob pena de *bis in idem*; (ii) deve haver conduta posterior e autônoma destinada a ocultar os recursos ilícitos obtidos pelo delito antecedente e (iii) não pode haver consunção entre a conduta de ocultar e/ou dissimular encerrada na infração penal antecedente e a que inicia a lavagem de dinheiro.

18. No que diz respeito à responsabilidade penal na lavagem de dinheiro, entende-se que pode haver (i) autoria direta; (ii) autoria ou coautoria quando se detém domínio do fato e (iii) autoria mediata. Em se tratando de criminalidade organizada, quando há estruturas hierarquizadas de poder destinadas a práticas criminosas a delimitação das condutas e responsabilidade penal é mais intrincada. Assim haveria autoria mediata por parte do chefe em razão do domínio sobre o aparato, mesmo sem ter completo domínio do fato, e autoria por parte do agente executor direto.

19. Em relação à participação, a colaboração prestada pelo partícipe deve ser acessória ou marginal, moral ou material com relevância suficiente para haver tipicidade, mas não para torná-lo coautor. Quando se diz “com relevância suficiente”, sob o aspecto objetivo, está-se falando na criação de um risco não permitido de afetação do bem jurídico (no caso, ordem econômica) que se desdobra em resultado concreto abrangido pela norma penal.

20. Para ampliar a possibilidade de responsabilização pela prática de lavagem de dinheiro, veio a progressiva transferência de vigilância estatal para as instituições financeiras por meio do artigo 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro que impôs deveres a diversos sujeitos obrigados. Com isso, para evitar a responsabilização penal indiscriminada com fundamento no dever de garantia, deve-se atentar ao que fixa a lei penal e ao que esclarece a doutrina. Assim, tendo em vista o artigo 13, parágrafo 2º do Código Penal, adota-se o seguinte entendimento: se a conduta dolosa do omitente tem uma limitada capacidade de configuração do resultado, estar-se-ia perante uma situação de participação por omissão, ao passo que, se a conduta do omitente configura relevantemente o fato, seria o caso de coautoria.

21. Por fim, no que tange às condutas neutras relacionadas ao exercício de atividades profissionais como, preferencialmente, dos agentes financeiros e dos advogados, esclarece-se que as ações neutras englobam ações cotidianas que são neutras do ponto de vista externo, também ações adequadas social e profissionalmente realizadas dentro dos limites da liberdade de ação.

22. No caso das instituições financeiras, se a conduta ativa objetiva do agente financeiro não apresentar qualquer nuance para facilitar a lavagem de dinheiro ou com ela colaborar, ter-se-á uma conduta neutra. Caso o empregado bancário suspeite da lavagem de dinheiro, realize

a operação e omita a comunicação aos seus superiores hierárquicos, deve-se analisar se a operação apresentava objetivamente alguma característica de suspeita de lavagem de dinheiro e se fazia parte dos deveres daquele funcionário inquirir as informações da operação e repassar aos seus superiores.

23. No que diz respeito aos advogados o questionamento acerca de seu limite de atuação foi intensificado com a inclusão do inciso XIV no artigo 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro. Em uma síntese conclusiva, entende-se que independentemente de se tratar de uma conduta ativa ou omissiva, o requisito para a atribuição de responsabilidade penal deve ser uma conduta típica objetiva, que extrapole as ações neutras, com sentido de lavar dinheiro ou de colaborar com uma lavagem.

24. Sobre a mescla de capitais ilícitos e lícitos (também conhecida por *commingling*) e seus efeitos na persecução da lavagem de dinheiro, sugere-se (i) que seja recepcionado o *commingling* como forma de lavagem de dinheiro desde que se demonstre que o agente que misturou os valores tinha o dolo de ocultar o capital proveniente de infração penal antecedente por meio daquele ato e (ii) que seja adotada a teoria da contaminação parcial, em que a mescla do valor sujo contamina o valor limpo somente no limite do capital maculado, para quaisquer repercussões na esfera patrimonial do agente de lavagem de dinheiro.

25. Por fim, observa-se o *compliance* obrigatório na lavagem de dinheiro. Trata-se de método de prevenção de comportamentos delitivos e também um instrumento facilitador da persecução penal devido a formação de base de informações e dados para eventual comunicação de um delito à autoridade competente. Dois problemas advêm disso: (i) as empresas como *longa manus* do Estado em razão dos programas de *compliance* e (ii) a posição de garantidor do *compliance officer* e a responsabilidade penal.

26. No que diz respeito ao primeiro ponto, não é incomum se observar o uso disfuncional do *compliance* uma vez que esse passa a ser *longa manus* do Estado, mais especificamente dos órgãos de repressão ao crime, dentro das empresas. Como refinamento, o que se sugere não é a completa negação da necessidade de colaboração das empresas na prevenção à lavagem de dinheiro, mas sim que se delimite que a fonte regulamentar é a autoridade pública, e não o profissional do setor sensível.

27. Sobre o segundo ponto, questiona-se se o *compliance officer* pode ser responsabilizado penalmente em decorrência de sua função e dos seus deveres. Tal questionamento advém do fato que a introdução do *compliance* não foi acompanhada de maior rigor dogmático no que diz respeito a responsabilidade dos agentes envolvidos. De todo modo,

ressalta-se que não se deve utilizar o descumprimento das regras administrativas previstas na Lei de Lavagem de Dinheiro para a caracterização da omissão imprópria.

28. Com isso, a despeito do entendimento contrário dos tribunais nacionais, entende-se que não há fundamento legal na Lei de Lavagem de Dinheiro apto a ensejar a responsabilidade criminal do *compliance officer* em razão da omissão do cumprimento de seus deveres, mesmo que de forma dolosa. Há somente a previsão de sanções administrativas previstas no artigo 12. Portanto, enxerga-se a introdução do *compliance* como um avanço, mas que ainda deve ser lapidada no âmbito da lavagem de dinheiro, principalmente no que diz respeito às omissões aos deveres de *compliance* pelo *compliance officer*.

29. Em setembro de 2020 foi instituída e instalada pela Câmara dos Deputados uma comissão de jurista que deve elaborar um anteprojeto para reforma da Lei de Lavagem de Dinheiro. Até o presente momento, observou-se que muitos – senão todos – os desafios abordados neste trabalho estão sendo objeto de atenção da comissão. Não obstante, ainda não há um documento oficial emitido pela comissão que somente retomará seus trabalhos em fevereiro de 2021.

30. Em âmbito global e em se tratando a lavagem de dinheiro de um delito econômico deve-se atentar que o Direito Penal Econômico erige-se como um Direito Penal do risco e caminha próximo da deslegitimidade. Isso porque a atividade legiferante destinada à proteção penal da economia não respeita os paradigmas clássicos do Direito Penal e acaba concebendo uma alteração na compreensão dos critérios de imputação.

31. Portanto, em âmbito global sugere-se tanto para o Direito Penal Econômico quanto para o delito de lavagem de dinheiro uma melhor delimitação de sua aplicação e a interpretação restritiva dos tipos penais econômicos inseridos no limite da dogmática jurídico-penal brasileira.

32. Ademais, deve-se incentivar o uso de mecanismos preventivos ao delito, como o *compliance* e no caso de seu descumprimento a imposição de sanções administrativas às pessoas obrigadas.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. *El penalista liberal: libre homenaje a Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires, 2004.

AMERICAN LAW INSTITUTE. *About ALI*. Disponível em: <<https://www.ali.org/about-ali/>>. Acesso em 03 de junho de 2020.

AMERICAN LAW INSTITUTE. *Publications - Model Penal Code*. Disponível em: <<https://www.ali.org/publications/show/model-penal-code/>>. Acesso em 03 de junho de 2020.

ARELLANO, Luis Felipe Vidal. Fronteiras da responsabilização penal de agentes financeiros na lavagem de dinheiro. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Acesso em 4 agosto de 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Jennifer Falk. Responsabilização penal pelo crime de lavagem de dinheiro a partir do descumprimento de deveres administrativos. In: SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). *Compliance no direito penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 133-154.

BAJO FERNANDÉZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de obrigações de compliance. In: HIROSE, Taadaqui; BALTAZAR JR, José Paulo (Org.). *Curso de Direito Penal Modular*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, v. 2.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre Docência em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n.1, jan./abr. 2009, p.16-29.

BECK, Ulrich. *Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed., São Paulo: Editora 34, 2011.

- BERKIN, Carol; MILLER, Christopher L.; CHERNY, Robert W.; GORMLY, James L.; EGERTON, Douglas. *Making America: A History of the United States*. 5th ed., Boston: Wadsworth Publishing, 2010, v. 2.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 2. ed., Navarra: Arazandi, 2002.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed., Navarra: Aranzadi, 2012.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed., Navarra: Arazandi, 2015.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, marzo 2011. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>>. Acesso em 2 julho de 2020.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>>. Acesso em 20 de junho de 2020.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro na apn 470 [parecer]. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 22, n. 110, 2014, p. 475-95.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo código de ética. *Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, v. 36, n. 129, 2016, p. 134-148.
- BRÍGIDO, Carolina. Lavagem de dinheiro: sentença ainda é rara; doze anos após lei específica, apenas 17 processos. *O Globo*, Rio de Janeiro, junho de 2011. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/lavagem-de-dinheiro-sentenca-ainda-rara-doze-anos-apos-lei-especifica-apenas-17-processos-2959387>>. Acesso em 08 de outubro de 2020.
- CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da lei n. 9.613/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- CALLEGARI, André Luís. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 44, jul-set/2003, p. 198-211.
- CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. Da impossibilidade do cúmulo material entre o delito de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião (Org.). *Direito Penal e Processual Penal Contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019, v. 1, p. 39-47.
- CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. Algumas observaciones sobre el blanqueo de capitales. *Justitia*, n. 8, p. 59-86, dez. 2010.

CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Acesso em 20 de maio de 2019.

CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro - Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

CERQUA, Luigi Domenico. Il Delitto di Riciclaggio nel Sistema Penale Italiano (I). *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 97, n. 7, p. 7-32, 2008. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/52/50>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2019.

COBO DEL ROSAL, Manuel; LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos Zabala. *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.

COIMBRA, Marcelo Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Org.). *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

COMMONWEALTH SECRETARIAT. *Combating Money Laundering and Terrorist Financing: A Model of Best Practice for the Financial Sector, the Professions and other Designated Businesses*. London, 2006. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/content/publication/9781848590793-en>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2019.

COMMONWEALTH SECRETARIAT. *Money Laundering Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors*, 2009. Disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/crime/money-laundering-awareness-handbook-for-tax-examiners-and-tax-auditors.pdf>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2019.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: MARTINS, Antonio; GRECO, Luís (orgs.). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, jan/fev. 2014.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. A indevida criminalização da autolavagem de dinheiro. In: *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 3, n. 4, p. 193-253, jul. 2018.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DRESSLER, Joshua; GARVEY, Stephen. *Cases and Materials on Criminal Law*. 8. ed., West Academic Publishing, 2019.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro e Resoluções do COAF. *Valor Econômico*, 27 de março de 2013, disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/3023690/lavagem-de-dinheiro-e-resolucoes-do-coaf>>. Acesso em outubro de 2017.

FERRARI, Eduardo Reale. Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua concepção constitucional. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. *Experiências do direito*. Campinas: Millennium, 2004.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. Anti-money laundering and combating the financing of terrorism. *Mutual evaluation report summary on Federative Republic of Brazil*, 25 June 2010. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Brazil%20full.pdf>>. Acesso em 8 de outubro de 2020.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. Mutual Evaluations. *Statement on Brazil*, June 2019. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/brazil-statement-june-2019.html>>. Acesso em 8 de outubro de 2020.

GAROUPA, Nuno. The economics of business crime. In: SJÖGREN, Hans and SKOGH, Göran (editors). *New perspective on economic crime*. Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2004.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do Crime de "Branqueamento de Capitais" - Introdução e Tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através das ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação. *As Recomendações do GAFI*, fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.

GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação. *As Recomendações do GAFI*, fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-Port.pdf>>. Acesso em 19 de dezembro de 2019.

- HARMON JR., James. United States Money Laundering Laws: International Implications. *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, v. 9, 1988.
- HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. Tradução livre. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.
- HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. Trad. Cezar Roberto Bittencourt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, out.-dez. 1994.
- KADANUS, Kelli. Três ameaças ao combate à corrupção que podem vir do Congresso em 2021. *Gazeta do Povo*, Brasília, 5 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/congresso-pode-votar-em-2021-projetos-que-enfraquecem-combate-corrupcao/>>. Acesso em 08 de janeiro de 2021.
- KADISH, Sanford H.; SCHULHOFER, Stephen J.; BARKOW, Rachel E. *Criminal law and its processes: cases and materials*. 10. ed., New York: Wolters Kluwer, 2017.
- LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, tradução livre, v. 87, nov. 2010.
- LAUFER, William. Corporate Liability, Risk Shifting and the Paradox of Compliance. *Vanderbilt Law Review*, v. 52, 1999.
- LUBAN, David; O’SULLIVAN, Julie R.; STEWART, David., *International and Transnational Criminal Law*. 2. ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. Lavagem de dinheiro como mascaramento: limites à amplitude do tipo penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coords.). *Revista de Direito Penal Económico e Compliance – RDPEC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, ano 1, jan.-mar. de 2020, p. 143-162.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general*. 2. ed., Tirant Lo Blanch: Valencia, 2007.
- MCCLEAN, David. *Transnational organized crime: a commentary on the UN convention and its protocols*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007.
- MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-18, 2015, p. 18:1-18:24. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2020.
- MORAES, Luciana Furtado de. Crimes antecedentes. In: CARLI, Carla Veríssimo de (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

NAYLOR, Robin Thomas. *Hot Money and the Politics of Debt*. New York: The Linden Press/Simon and Schuster, 1987.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Lavagem de dinheiro: A Questão do Delito Antecedente. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº 470, Junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 27-8.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Lavagem de Dinheiro e seu Protagonismo no Direito Penal. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº 470, Junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 87-8.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais comentadas*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OGUS, Anthony. Enforcing regulation: do we need the criminal law? In: SJÖGREN, Hans and SKOGH, Göran (editors). *New perspective on economic crime*. Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2004.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Tema 18. Blanqueo de capitales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); ROBLES PLANAS, Ricardo (coord). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa: parte general y especial*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, p. 639-74.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas. *Projeto de resolução Modificações ao Regulamento Modelo da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas sobre delitos de Lavagem de Ativos Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e outros Delitos Graves*. Aprovado na sessão realizada em 11 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.oas.org/csh/portuguese/Otostemas.asp#CICAD>>. Acesso em 23 de maio de 2020.

OTOBONI, Jessica; FREIRE, Diego. Seis anos da Lava Jato: relembre todas as fases da operação. *CNN Política*, São Paulo, 07 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/03/07/seis-anos-da-lava-jato-relembre-todas-as-fases-da-operacao>>. Acesso em 08 de outubro de 2020.

O'SULLIVAN, Julie Rose. *Federal White Collar crime: cases and materials*. 7. ed., Saint Paul: West, 2019.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luis. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. *O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique (Dir.). *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hamurabi, 2004.

PHELPS, William. Validity, construction, and application of 18 U.S.C.A. § 1956, which criminalizes money laundering. *American Law Reports*, Westlaw, v. 121, p. 525 et seq.

PINTO, Nathália Regina. *A importância dos marcos regulatórios na prevenção à criminalidade econômica*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Acesso em 10 de maio de 2019.

PITOMBO, Antônio Sergio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PLOTKIN, Mark; SANFORD, Barak. *The customer's view of 'know your customer' – section 326 of the USA Patriot Act*. Washington: Covington & Burling, 2006. Disponível em: <<https://www.cov.com/~media/files/corporate/publications/2006/09/747.pdf>>. Acesso em 8 de maio de 2019.

PRADO, Ignacio Martínez-Arrieta Márquez de. *El Autoblequeo el Delito Fiscal Como Delito Antecedente del Blanqueo de Capitales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. In: VALENZUELA S., Jonatan (Ed.). *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Buenos Aires: EdiUNS, 2013.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Blanqueo de capitales y negocios standard. *Revista Iberoamericana de Ciencias Penais*, Porto Alegre, ano 3, n. 7, p. 186, set./dez. 2002.

RICHARDS, James. *Transnational Criminal, Organizations, Cybercrime, and Money Laundering*. CRC Press: Washington, D.C., 1998.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación em el delito: fundamento y limites*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. 7. ed., Barcelona: Marcial Pons, 1997, t. I.

ROXIN, Claus. *Derecho penal - Parte general*. Tradução Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia e Javier de Vicente Remsal. 2. ed., Madrid: Civitas, 1997, t. 1.

SAAD-DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, v. 2, 2014.

- SAAD-DINIZ, Eduardo. Dos crimes contra a Administração da Justiça. In: REALE JR., Miguel (Org.). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1038-1041.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.
- SCHORSCHER, Vivian Cristina. *A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamento del derecho penal de la empresa*. Montevideo: B. de F., 2013.
- SILVEIRA, Renato de Mello Silveira; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A Inovação da Cegueira Deliberada pelo Supremo. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Crônicas Franciscanas do Mensalão: Comentários Pontuais do Julgamento da Ação Penal nº 470, Junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP)*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 221-2.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A segurança como critério de estipulação de crimes. In: MARTINS, Antonio; GRECO, Luís (orgs.). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, set./out. 2016.
- SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SOUZA, Luciano Anderson de. Considerações dogmáticas quanto ao crime de receptação. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; NETTO, Alamiro Velludo Salvador; SOUZA, Luciano Anderson de (Coords.). *Direito Penal na Pós-Modernidade – Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Luciano Anderson de. Passado e presente do Direito Penal Econômico. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, ano 5, n. 2, p. 177-89, 2016.

SOUZA, Luciano Anderson de. Regulação econômica e direito penal. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 311-21, 2012.

SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico: Leis Penais Especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 1, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de.; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Criminal compliance e as novas feições do direito penal econômico. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. (Org.). *Doutrinas essenciais - Direito penal e processo penal: leis penais especiais*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. IV.

TAJARIBE, Leonardo. A tipificação do delito de lavagem de dinheiro decorrente da ocultação do capital ilícito pela confusão de capitais. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 8, n. 1, 2020. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/98906/57333>>. Acesso em 05 de agosto de 2020.

TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. San José: Grijley, 2009.

TIGRE MAIA, Rodolfo. *Lavagem de Dinheiro - Anotações às Disposições Criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TONINI, Paolo Vincenzo. *Self-Money Laundering: A Critical Comparative and Transnational Approach to the Criminalisation Process in Italy, U.K and U.S.A*. LAP LAMBERT Academic Publishing, 2015.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da Miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução Juan Bustos Ramírez e Sergio Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

YLSA, Alain Casanovas. *Legal compliance - Principios de cumplimiento generalmente aceptados*. Madrid: Difusion Juridica, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro.
Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003,
v. 1.