

UMA DISCUSSÃO DA LEI Nº 9613/98: A NECESSIDADE DE PROVA DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME ANTECEDENTE PARA CONDENAÇÃO POR LAVAGEM DE DINHEIRO.

1. Introdução ao crime de lavagem de capitais

O Crime de Lavagem de dinheiro vem ganhando maior importância e complexidade com o tempo, principalmente por ser uma forma de combater diretamente crimes mais graves, tais como o tráfico de entorpecentes, o terrorismo e a criminalidade organizada.

Tal crime que integra o chamado Direito Penal Econômico ganhou maior destaque nas últimas décadas em decorrência do avanço da globalização e expansão da economia, bem como chamou a atenção por sua danosidade elevadíssima a diversos bens jurídicos, sendo uma marca característica deste tipo de ilícito segundo Anabela Miranda Rodrigues.¹

Em relação ao Brasil, a legislação sofreu várias alterações visando um combate mais rigoroso ao branqueamento de capitais. A ideia sempre foi evoluir cada vez mais com a legislação a fim de estrangular a movimentação financeira oriunda da prática de graves crimes.

A legislação sofreu significativa alteração no ano de 2012, sendo que a mudança mais importante veio com a extinção do rol antecedentes de crimes, permitindo vincular a lavagem de dinheiro a qualquer tipo de infração penal.

A modificação legislativa trouxe à tona várias discussões, dentre elas a questão da necessidade de comprovação de um crime antecedente para se configurar a lavagem de dinheiro. Tal celeuma causou divisão nos operadores do direito. Há quem defenda que a lei possibilita a desnecessidade de se comprovar o delito anterior, sendo necessário apenas meros indícios para condenar o acusado por lavagem e existe parte da doutrina que sustenta que sem a comprovação cabal do crime antecedente não há que se de um crime de lavagem de ativos, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência.

2. Crimes de colarinho branco e a possível origem do crime de lavagem de dinheiro

¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal económico** – uma política criminal na era do compliance. Coimbra: Editora Almedina. 2019. p. 25.

Atualmente nos deparamos cada vez mais com notícias jornalísticas relacionadas a crimes praticados por agentes públicos em geral, políticos e empresários. Vivemos ainda em uma época em que ocorreram grandes julgamentos de políticos e empresários como foi o caso do julgamento do “Mensalão” e da midiática “Operação lava Jato”.

Grande parte dos ilícitos cometidos nesses casos, estão dentro do que chamamos de crimes de colarinho branco, palavra que vem do inglês *white collar crime*.

A prática de crimes de colarinho branco é extremamente comum e ocorre em escala global sendo que com o avanço da sociedade tecnológica, esse tipo de criminalidade se expandiu em um nível nunca visto antes causando incontáveis crises econômicas e políticas.

O termo crime de colarinho branco foi cunhado pelo sociólogo norte americano Edwin Hardin Sutherland em um artigo de ampla repercussão para a época denominada “*White Collar Criminality*”, publicado no ano de 1940, sendo que mais tarde escreveu “O Delito de colarinho branco” no ano de 1949, obra clássica onde aprofundou o tema.²

A expressão foi criada para enfatizar a posição social privilegiada de determinados tipos de criminosos trazendo para área da criminologia o estudo do comportamento de empresários, homens de negócios e políticos, como autores de crimes profissionais econômicos, o que não ocorria antes. (VERAS, 2010, p. 24)³

Para Veras (2010, p. 29)⁴ a definição de crimes de colarinho branco apresentado na obra de Sutherland era experimental, com forte influência sociológica e ainda se encontrava em desenvolvimento. Era baseado nas características dos autores destes crimes e na finalidade do ato. Para criação da definição utilizava basicamente quatro elementos, quais sejam: é um delito; cometido por indivíduos respeitáveis; elevado status social dessas pessoas; no Exercício da profissão destas; utilizando-se da violação da confiança.

Em que pese ter criado uma percepção, mas sim de um crime que causa um dano não palpável, de grandes dimensões para o desenvolvimento da vida cotidiana e da sociedade em geral.

Diz ainda o autor que este tipo de crime implica possível "macro ou extravitimização", já que com uma mesma conduta realizada em um determinado instante ocasiona o ataque a bens jurídicos penalmente relevantes a diversas pessoas mesmo que sejam de países diferentes ou de extremidades opostas do globo.

² SUTHERLAND, Edwin Hardin. *El delito de cuello branco/white collar crime* – the uncut version. Montevidéu-Buenos Aires: Editora B de F. 2009. p. 04.

³ VERAS, Ryanna Pala. *Nova criminologia e os crimes de colarinho branco*. São Paulo: Martins Fontes.2010. São Paulo. p. 24.

⁴ VERAS, Ryanna Pala. *Nova criminologia e os crimes de colarinho branco*. São Paulo: Martins Fontes.2010. São Paulo. p. 29

Nesta senda é possível afirmar que o mais famoso crime de colarinho branco é a lavagem de dinheiro. Sua prática é complexa bem como pode ser praticado por um único indivíduo ou até por uma extensa organização criminosa.

Não há como precisar quando começou a prática da lavagem de dinheiro, sendo apenas certo que se iniciou em tempos passados. Trata-se de criação antiga da engenhosidade humana onde era costume de criminosos criar mecanismos para transformar bens oriundos de práticas ilícitas em bens de aparência lícita. (BARROS,2012, p 32-33)⁵

Neste escopo, Mendroni,⁶ (2013, p.6) a título exemplificativo, nos remete a pensar sobre a chamada “Guerra de Corso”. Para manter um navio de piratas não custava barato, sendo que era necessário pagar a tripulação, disponibilizar para estes alimentos e estocar pólvora. A maioria dos bens era obtida por meio de furtos que muitas vezes eram vendidos a mercadores. Enfim, o navio necessitava de capital para o seu devido funcionamento. Estes mantinham um esquema de lavagem de dinheiro engenhoso, sendo que entregavam as cargas extraviadas a mercadores específicos que por sua vez, trocavam estas por moedas ou outras mercadorias em quantidades menores. É o que a doutrina chama de fase do *placement* na lavagem de capitais. Não havia necessidade de acomodação (*layering*) destes bens, sendo que os piratas operavam abertamente e as mercadorias eram facilmente aceitas e trocadas. Por fim a integração dos Fundos lavados ocorria quando o pirata se aposentava e, informava que tais valores amealhados eram fruto de conquistas nas colônias e não advindo do butim de navios.

Passados os séculos, o crime de lavagem de capitais ganhou novos contornos, sendo que sua prática se espalhou e ficou mais complexo, principalmente em decorrência da evolução do crime organizado e das grandes empresas que praticam crimes financeiros, merecendo maior atenção por parte dos operadores do direito.

definição robusta do que seria um crime de colarinho branco, Sutherland sofreu severas críticas pelos termos utilizados, bem como os métodos que este utilizou para o estudo e desenvolvimento de teorias sobre este novo tipo de criminalidade que ele estava propondo.

Apesar de opiniões contrárias, poucas doutrinas trouxeram novos elementos a alterar significativamente o conceito proposto inicialmente por Sutherland. O que se pode dizer é que com o advento da globalização e novas formas de criminalidade, pessoas que não fazem parte de uma estirpe superior também começaram a praticar a lavagem de capitais.

⁵ BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais ,2012 p.32-33.

⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas. 2 ed. São Paulo. 2013.p.6.

Nos dizeres de Aller⁷ (2015, p. 29) esse tipo de criminalidade que tem como base o poder financeiro, necessita de ampla atenção dos estudantes da área penal, em virtude do grande dano que tais condutas acarretam, pois não estamos diante delitos tradicionais ou tangíveis, de fácil

3. Evolução, definição e fases da lavagem de dinheiro

O emprego da terminologia “lavagem de Dinheiro” parece ser quase que um consenso no mundo inteiro: *Money Laundering* (Inglaterra e Estados Unidos), *riciclaggio del denaro* (Itália), *blanchiment de l'agent* (França), *geldwach* (Alemanha), *blanqueo de capitales* , *lavado de dinero* (Países de língua espanhola), branqueamento de capitais.

Barros (2012, p. 33)⁸ leciona sobre a origem do termo:

Acontecimentos remotos do século passado são anotados pela literatura como sendo fatos embrionários desta modalidade criminosa. Um deles é o caso de Alphonse (Al) Capone, filho de imigrantes italianos provindos da região de Nápoles, nascido em Nova York...

Apesar de não formalmente utilizada, a etimologia da expressão nos remete a década de 1930, quando a máfia ítalo-americana começou a comprar lavanderias com máquinas automáticas para lavagem de roupas.

Tal esquema idealizado pelo mafioso Mayer Lansky tinha uma premissa básica de adquirir negócios legítimos para proporcionar a mescla dos lucros provenientes de suas atividades ilegais com as receitas das lavanderias (BARROS, 2012, p.33)⁹

No transcorrer dos anos foram aparecendo legislações que criminalizaram a conduta do branqueamento de capitais, sendo a primeira lei dos EUA que data de 1986, seguida pela legislação francesa de 1987 e pela argentina de 1989.

O legislador brasileiro só veio a criar a lei em 1998 e optou pela terminologia “Crimes de lavagem” ou “ocultação de bens, direitos e valores”, conforme preceitua a Lei nº 9.613/1988. Aponta Pitombo (2003, p. 33)¹⁰ em sua doutrina que tal escolha se deu em um primeiro momento pois, o termo já seria convencional no glossário de atividades financeiras e na

⁷ ALLER, Germán. White collar crime: Edwin Sutherland y “el delito de cuello blanco”. **Revista de Derecho Penal y Procesal Penal**. n 6. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis. p. 12-35. 2015.

⁸ BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais ,2012 p. 33.

⁹ BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais ,2012 p. 33.

¹⁰ PITOMBO, Antonio Sérgio de Altieri de Moares. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais,2003. p. 33.

linguagem popular e porque o termo “branqueamento de capitais”, poderia ser vinculado ao racismo, causando discussões desnecessárias.

Ou seja, de forma resumida, Lavagem de Capitais no Brasil seria o ato de ocultar, esconder, encobrir, sonegar ou ainda não revelar bens, direitos e valores.

O CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF)¹¹— unidade de inteligência brasileira, define a lavagem de dinheiro como:

(...) um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.

Por sua vez, a Convenção internacional de Viena de 1988 contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas também apresenta uma breve definição, em seu artigo 3º, b, ii, onde o branqueamento de capitais seria caracterizado como conversão, transferência, ocultação ou encobrimento da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens decorrentes de atividades ilícitas

Barros (2012, p.47)¹² por sua vez, diz que a lavagem de capitais seria aquele ato ou conjunto de atos praticados por um agente com a finalidade de dar aparência lícita a ativos (bens, direitos ou valores) provenientes de ilícito penal.

Por fim, sintetizando bem o conceito, Badaró (2018, p. 110-111) diz que a lavagem “é um processo através do qual bens de origem delitiva passam a integrar o sistema econômico legal, com a aparência de lícitos”¹³

Superada a questão da definição, passemos as fases da lavagem de dinheiro que são três: a colocação, a dissimulação e a ocultação.

A primeira é chamada de ocultação, também conhecida como colocação, introdução ou conversão (originado da palavra em inglês *placement*) que é o momento inicial da lavagem de dinheiro onde se tenta distanciar o valor de sua origem ilícita, por meio da alteração qualitativa dos bens, seu afastamento do local da prática da infração antecedente.

Barros (2012, p.49)¹⁴ relata que nesta fase:

¹¹CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS-COAF. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/assuntos/o-sistema-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro/o-que-e-o-crime-de-lavagem-de-dinheiro-ld>. Acesso em: 1 abr. 2021.

¹² BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012 p.47.

¹³ BADARÓ, Jennifer Falk. **Dolo no crime de lavagem de dinheiro**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2018 p. 110-111.

¹⁴ BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais ,2012 p. 49.

Busca-se o distanciamento dos bens, direitos ou valores provenientes do crime antecedente. Geralmente, utiliza-se o sistema financeiro (bancos, empresas de crédito, inclusive de paraísos fiscais) e o sistema geral da economia (casas de câmbio, investimentos em operações de bolsas, transações imobiliárias, aquisições de joias e obras de arte etc.), com o objetivo de encobrir a natureza, localização, fonte, propriedade e o controle de recursos obtidos ilicitamente.

Carli (2013, p. 240)¹⁵ nos apresenta um exemplo de lavagem de dinheiro na modalidade ocultação: é o simples depósito de valores recebidos em paga de corrupção na conta de um terceiro, ocultando-se desta forma a origem, a localização e a propriedade dos valores recebidos de forma ilícita.

A segunda é conhecida como a fase da *dissimulação (layering)*, mascaramento, estratificação ou escurecimento, onde geralmente se usam transações comerciais ou financeiras, logo após a fase da ocultação, que, pelo número ou quantidade destas auxiliam para afastar os valores de sua origem ilegal.

Bottini e Badaró (2012, p.24)¹⁶ apontam que em específico são utilizadas várias operações em instituições financeiras, bancárias ou imobiliárias, entre outras, situadas em diferentes países (alguns considerados paraísos fiscais) para dificultar o rastreamento de tais bens.

É dizer que nesta fase em específico, grandes importes de ativos ilícitos são inseridos no mercado financeiro e terão os seus vestígios camuflados (a isso se deu o nome de *paper trail*). Os fundos ilícitos serão encaminhados para longe, na tentativa de cobrir evidências de seu local de origem, do beneficiário deste e da posição atual dos recursos.

Para isto, os valores vão ser desmembrados em inúmeros extratos, distribuídos por meio de uma estrutura de negócios e de operações complexas.

Por fim, a terceira e última fase é a *integração (integration)*, onde se vê o exaurimento do esquema e a introdução de valores na economia formal com aparência de ilicitude. Há uma “reciclagem” dos ativos ilegais em simulacros de negócios legais.

Sobre esse ponto em específico, nos ensina Badaró (2018, p. 114)¹⁷ que, *in verbis*:

Durante a integração, o agente procura meios de inserir valores no sistema financeiro, integrando-os em atividades lícitas. Muitas vezes, a integração é feita por meio de investimentos, aquisições, compra de ativos. Podem ser criadas empresas offshore que, na posse de tal numerário, investem em empresas de propriedade do agente, ou compram parte do capital social. Com isso, o proveito dos delitos antecedentes passa a integrar os bens do agente, que poderá deles dispor, sem que haja suspeita da ilicitude.

¹⁵ CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro:** prevenção e controle penal. 2. ed. São Paulo: Verbo Jurídico. 2013. p. 240.

¹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p. 24.

¹⁷ BADARÓ, Jennifer Falk. **Dolo no crime de lavagem de dinheiro.** Belo Horizonte: D' Plácido, 2018. p. 114.

Em interessante complemento, Pitombo (2003, p.87)¹⁸ relata que para a consumação desta fase, há a prática de condutas que abusam do poder econômico e que suprimem a concorrência.

Muitas vezes, fomentadas pelo grande montante de capital ilícito, empresas começam a exercer o monopólio em determinados segmentos do mercado. Isso vilipendia a Livre-Iniciativa e a livre-concorrência, nos termos do artigo 170, *caput* e inciso IV da Constituição Federal.

Em apertada síntese, este são os caminhos clássicos pelos quais os ativos ilícitos passam para serem alvejados e posteriormente reintegrados na economia como bens lícitos. Comete-se um delito antecedente (ex. dinheiro obtido por um roubo), realizam-se diversas operações complexas e futuramente tenta-se transformar tudo em bens lícitos.

4. Evolução da legislação referente a Lavagem de Dinheiro no Brasil

Pode-se dizer que a gênese da legislação do combate à lavagem de dinheiro ocorreu com o advento da Convenção de Viena contra o tráfico de drogas de 1988, em seu artigo 3º.

A mencionada Convenção deu impulso para que diversos países desenvolvessem uma legislação específica de combate à lavagem de dinheiro. Tomando por exemplo esse acordo internacional, se prontificaram e começaram a desenvolver as leis de primeira geração, assim chamadas, pois tinham apenas como crime antecedente o tráfico ilícito de estupefacientes. (VELLOSO, 2006)¹⁹

Por sua vez, as leis de segunda geração ao combate a lavagem de dinheiro apresentaram um leque maior de crimes antecedentes, não apenas considerando o tráfico de drogas, mas outros crimes de grande gravidade como o terrorismo, extorsão mediante sequestro e o crime organizado.

Por fim, as chamadas leis de terceira geração são aquelas onde não existe um rol taxativo de crimes antecedentes, sendo que qualquer ilícito serve como precedente à lavagem.

Em âmbito nacional, a legislação foi influenciada por diversos pactos internacionais, dos quais o Brasil é signatário, dentre eles a Convenção de Viena contra o tráfico de drogas de 1988, a Convenção Anti-propina de funcionários públicos de Paris 2000, a Convenção de Palermo contra o crime organizado transnacional de 2004 e a Convenção de Mérida contra a corrupção de 2006.

¹⁸ PITOMBO, Antonio Sérgio de Altieri de Moares. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 87.

¹⁹ VELLOSO, Ricardo Ribeiro. Origem histórica da lavagem de dinheiro – no Brasil e no mundo. **Site Migalhas**, Ribeirão Preto, 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/21245/origem-historica-do-crime-de-lavagem-de-dinheiro---no-brasil-e-no-mundo>. Acesso em: 25 fev. 2021.

Em especial, com a assinatura da Convenção de Viena do ano de 1988, o Brasil se prontificou a tipificar como infração penal as ações de substituição, conversão ou a ocultação de bens provenientes do tráfico de entorpecentes.

Todavia, a primeira legislação a tratar do assunto surge no Brasil apenas 10 anos após a Convenção de Viena, no ano de 1998 (Lei nº 9613/98), sendo que esta tinha a característica de ser uma lei de segunda geração.

Conforme seu ementário, a Lei 9.613/98²⁰ foi criada com a seguinte finalidade:

Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

Em seu artigo 1º²¹ trazia diversos crimes antecedentes, alguns inclusive criticados por não existir definição legal no ordenamento jurídico, tal como era o crime antecedente de Organização Criminosa e Terrorismo.

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

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo e seu financiamento; (Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)

III- de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante sequestro;

V- contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional; VII - praticado por organização criminosa.

VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal). (Inciso incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002)Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

Necessário frisar que a lei já havia sofrido algumas modificações no decorrer do tempo, antes da profunda alteração realizada no ano de 2012. O Brasil ratificou a Convenção Anti-Propina em 15 de junho de 2000²², e promulgou legislação específica para implantar as sanções penais

²⁰ BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/19613.html. Acesso em: 10 abr. 2021

²¹ BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/19613.html. Acesso em: 10 abr. 2021

²² BRASIL. **Decreto nº 3.678 de 30 de novembro de 2000.** Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em transações comerciais. Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Acesso em: 10 de fev. de 2021.

exigidas pela mesma (Lei Federal 10.467/2002), emendando o Código Penal e a Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro.

Importante deixar consignado que a Lei 9.613/98 trouxe alterações criminais substanciais ao combate da lavagem de ativos. Segundo Maia (2004, p.63)²³. a lei possui escopos imediatos e mediados:

Os imediatos seriam:

- a) A identificação da origem de determinados bens, para a descoberta e punição dos autores de ilícitos que os produziram;
- b) A inviabilização da fruição e uso daqueles produtos de crime pelos próprios criminosos ou por terceiros, por meio de seu confisco;
- c) O provimento aos órgãos estatais das condições jurídicas necessárias ao alcance de tais misteres, através da criação do dever de vigilância (“conheça seu cliente”) e transparência (*disclosure*) para as empresas e indivíduos cujas áreas de atuação prestam-se especialmente à prática das condutas incriminadas.

Nesta esteira os mediados seriam: (i) desestimular a prática de crimes, (ii) evitar as consequências socialmente indesejáveis de sua prática e, eventualmente, (iii) restaurar os danos causados aos particulares e/ou pessoas jurídicas vítimas daqueles ilícitos penais. (MAIA, 2004, p. 63)²⁴

Posteriormente a lei se tornaria mais rígida no combate à lavagem de dinheiro pois, com a promulgação da Lei nº 12.683/2012²⁵ o rol de crimes antecedentes desapareceria evoluindo para uma lei de terceira geração. É dizer que qualquer ilícito – inclusive contravenções penais - podia ser conectado à lavagem de capitais, senão vejamos:

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
Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.:

A novel legislação recebeu críticas quase que imediatamente, tendo em vista que com o rol taxativo, punia-se indivíduos que praticavam crimes graves, tais como o terrorismo ou tráfico

²³ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.p.63

²⁴ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.p.63

²⁵ BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20112014/2012/lei/l12683.htm# ~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.683%2C%20DE%209,crimes%20de%20lavagem%20de%20dinheiro. Acesso em: 10 mar.2021

de estupefacientes. Com a alteração, abriu-se margem a punir não só o traficante, mas também o indivíduo que oculta os lucros de uma rifa de quermesse, o que nos remete a pensar na existência de uma clara desproporcionalidade. (BOTTINI, 2012)²⁶

Com o decorrer dos anos várias questões atinentes à constitucionalidade da Lei vieram à tona, dentre elas a questão da necessidade de comprovação do crime antecedente, que não é um ponto pacífico até o momento. Além do mais, aspectos dogmáticos do crime também ainda não são pacíficos, conforme será mostrado.

5. A necessidade de comprovação do crime antecedente para a condenação por lavagem de dinheiro

Conforme já explicado anteriormente, para que seja imputado a alguém a lavagem de capitais, necessário a comprovação do crime antecedente. Sem ele não há que se falar em lavagem de ativos financeiros. Tanto é que nos dizeres de Maia (2004, p.23)²⁷ e Barros (2012, p.55)²⁸ se trata de um crime parasitário, que não subsiste sem a realização de um crime anterior

Todavia, tanto a legislação como decisões judiciais se mostram em descompasso com essa realidade, conforme podemos extrair de recente julgado²⁹:

PENAL. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO PARCERIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 12.234/2010. PRESCRIÇÃO RETROATIVA RECONHECIDA ENTRE A DATA DOS FATOS E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PARCELA DOS FATOS ATINGIDA. MÉRITO. **AUTONOMIA DO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO. DESNECESSIDADE DE CONDENAÇÃO PELO CRIME ANTECEDENTE.** AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS. REPARAÇÃO DOS DANOS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. REDUÇÃO EM FACE DAS INFRAÇÕES PRESCRITAS. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO. MANUTENÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. 1. Inaplicáveis as disposições da Lei nº 12.234/2010 aos fatos praticados antes de sua entrada em vigor, a prescrição deve retroagir à data da consumação de cada um dos crimes. 2. Considerando a pena aplicada, abstraído o aumento decorrente da continuidade delitiva (Súmula 497 do STF), tem-se uma pena de três anos, que prescreve em oito anos, lapso esse que transcorreu entre a maior parte dos fatos e a data do recebimento da denúncia, devendo ser reconhecida a prescrição retroativa dos fatos praticados até 12/09/2009. **3. O crime de lavagem de dinheiro é autônomo em relação ao delito antecedente, vez que possui estrutura típica independente, pena específica e conteúdo de culpabilidade própria. Havendo mais do que indícios do crime de peculato, mas condenação dos membros do Centro Integrado e Apoio**

²⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Nova lei de lavagem trará problemas a justiça. **Consultor Jurídico.** São Paulo,2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/012-jul-09/direito-defesa-lei-lavagem-dinheiro-trara-problemas-justica>. Acesso em: 10 abr. 2021.

²⁷ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro.**2. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

²⁸ BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas.** 3.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais,2012.

²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4^a Região . ACR: 50375219520174047000 PR 5037521-95.2017.4.04.7000 -Sétima Turma. Relator: Salise Monteiro Sanchotene. 9 de julho de 2019. **Consultor Jurídico.**<https://www.conjur.com.br/2015-mai-26/cervero-condenado-prisao-lavar-dinheiro-apartamento>.Acesso em: 15 fev. 2021.

Profissional por crime contra a Administração Pública, aliado às provas de que a empresa da qual o réu é proprietário recebeu dinheiro público do CIAP para fins de branqueamento, tendo, inclusive, feito o repasse de parte desses valores a terceiros, sem qualquer justificativa legal, devem ser mantida a condenação sobre os fatos que não estão acobertados pela prescrição. 4. A pena de reparação dos danos deve ser suportada por quem recebeu o dinheiro ilícito desviado. 5. Acolhido em parte pleito da defesa para reduzir o montante do valor mínimo para reparação do dano aos montantes envolvidos nos quatro atos de lavagem não prescritos. 6. Manutenção da fração da continuidade delitiva, 1/4, em razão do reconhecimento de quatro atos de lavagem. 7. Execução provisória da pena autorizada, conforme entendimento firmado pelo STF (HC 126.292). Súmula 122 TRF4. 8. Apelação parcialmente provida. (G.N).

Decisões que entendem pela aplicação do artigo 2º, II da Lei 9.613/98 sem contestar são comuns, principalmente após o advento da midiática Operação Lava-Jato, que inclusive condenou inúmeras pessoas por Lavagem de Dinheiro sem comprovação do crime antecedente. Todavia, em que pese as decisões judiciais e o aval da lei para se condenar sem comprovação do crime antecedente, ambas se mostram contrárias a princípios constitucionais garantidores, em especial vai de encontro ao Princípio da Presunção de Inocência.

O Princípio da Presunção de inocência, disposto no artigo 8º, 2, do Pacto de São José da Costa Rica e insculpido no artigo 5º, incisos LVII da Constituição Federal dispõe que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Para Queijo (2004, p. 137)³⁰ tal princípio:

É decorrência do mencionado princípio que não poderá o acusado receber tratamento como se condenado fosse, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que ainda é passível de reforma.

Corroborando com esta definição, temos a visão de Lima(2015,p.43)³¹ que menciona que referido princípio consiste:

(...) no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)

Pois bem. A redação do artigo 2º, inciso II da Lei nº 9.613/98³² estabelece o que segue:

Artigo 2º — O processo e julgamento dos crimes previstos nesta lei II. independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país”

³⁰ QUEIJO, Maria Elisabeth. **Estudos em processo penal.** São Paulo: Editora Siciliano Jurídico. 2004. p. 137.

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 43

³² BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l9613.html. Acesso em: 10 abr. 2021

Conforme já falado anteriormente, se infere de referido artigo que há possibilidade de existir uma sentença condenatória pelo crime de lavagem de ativos, ainda que não tenha julgamento do crime antecedente que deu origem aos bens que foram lavados.

Todavia, há aqui uma questão fulcral a ser destrinchada: com esteio em quais provas o juiz condenaria o indivíduo acusado do branqueamento de capitais?

Para Callegari e Weber (2017, p.)³³

A sentença condenatória fundamentada somente com indícios do crime antecedente fere o princípio da presunção de inocência, uma vez que sequer restou provado o fato anteriormente imputado ao acusado. Assim, no processo penal dominado pelo princípio da presunção da inocência, a atividade probatória deve atender à verificação dos fatos imputados e não aos indícios destes. Traduzindo-se isso para o crime de lavagem, torna-se necessária a verificação do crime antecedente para viabilizar a sentença e não somente os indícios daquele.

Ou seja, meros indícios do crime antecedente não podem gerar uma condenação por lavagem de dinheiro. Seria ao menos necessário uma sentença condenatória com trânsito em julgado do crime antecedente ou o juiz que julga a lavagem mostrar de forma cabal a existência do crime anterior.

Essa é a posição de Barros (2012, p. 203)³⁴:

(...) a comprovação da ocorrência do crime básico configura uma questão prejudicial do próprio mérito da ação penal em que se apura o crime de lavagem. Desse modo, ao fundamentar a sentença condenatória o juiz tem o dever funcional de abordar essa questão, afirmando estar convencido da existência do crime antecedente, apontando as provas dos autos que o levam a formar essa convicção.

Todavia, há uma parte da doutrina, mais rigorosa que diz que a infração anterior seria um elemento normativo do tipo.

D'Avilla (1999,p. 4)³⁵ sustenta em seu artigo que a técnica legislativa utilizada pelo legislador pátrio tornou o crime antecedente como elemento do tipo previsto no artigo 1º da Lei 9.613/98. Isso porque ao redigirem o tipo penal de lavagem e após definir os verbos que fazem parte da figura típica, utilizou-se a palavra “infração penal”, deixando claro que para a ocorrência da lavagem de ativos é necessário que os bens ocultados ou dissimulados surjam de “infrações penais” que estejam previstas na legislação brasileira.

³³ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro.**2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Atlas,2017

³⁴ BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas.** 3.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais,2012.

³⁵ D'AVILLA, Fábio Roberto, A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 7, n 79, junho,1999, p.4.

Entende-se que essa posição é a mais acertada. Para se condenar não basta que o juiz responsável pelo julgamento do crime de lavagem faça menções ou o órgão acusatório apresente apenas indícios do delito antecedente. Não pode haver dúvidas do crime anterior. Este deve restar comprovado e descrito de forma exaustiva, seja por uma sentença condenatória em outro processo ou por provas concretas juntadas ao processo demonstrando de forma hialina a realização do crime antecedente, sob pena de se violar o princípio da presunção de inocência e da imputação da lavagem de dinheiro ser atípica.

Neste sentido é o ensinamento de Tavares e Martins (2020, p. 27)³⁶:

Se o crime de lavagem pressupõe um delito antecedente, este deve ser descrito de modo exaustivo pelo Ministério Público, principalmente em crimes de consumação antecipada, como o delito de corrupção passiva, em que se deve demonstrar a correlação entre a solicitação e a aceitação da vantagem ilícita e a correspondente ocultação dos bens ou do dinheiro auferido pelo funcionário público. Quando não exista a descrição dos atos antecedentes de corrupção e também do proveito auferido pelos respectivos agentes, não se poderá afirmar a existência do delito de lavagem. Até porque seria absurdo que um objeto dependente viesse da demonstração da existência do delito antecedente e da respectiva relação de causalidade da lavagem, consequente, nada tem a ver com a afirmação ou negação de sua punibilidade. Essa é uma exigência de configuração típica do crime de lavagem.

E continuam:

Dessa forma, a falta de descrição de condutas passíveis de enquadramento no delito antecedente, como o delito de corrupção passiva – seja pela atipicidade das condutas narradas, seja pela inépcia da denúncia, impede o recebimento da acusação pela prática de lavagem de dinheiro. Da mesma forma, a ausência de certeza quanto à ocorrência do crime antecedente impede a configuração e, consequentemente, a punição por lavagem. (TAVARES;MARTINS,2020,p. 27)³⁷

Portanto, o artigo 2º, inciso II da Lei nº 9613/98, é um artigo inconstitucional, na medida em que permite a condenação de um indivíduo pelo grave crime de lavagem de dinheiro, sem a necessidade de comprovação e ou condenação de um crime antecedente, devendo sua redação ser revista pelo legislador.

6. Conclusão

A evolução na legislação que combate à lavagem de dinheiro, considerando todo fato ilícito como crime antecedente, em grande parte foi benéfica e auxilia de forma concreta o combate a graves crimes como o terrorismo, organizações criminosas, tráfico de drogas e outros. Todavia, deve-se ter em mente que o tipo penal, em flagrante desproporcionalidade, criminaliza a pessoa

³⁶ TAVARES, Juarez ; MARTINS, Antonio. **Lavagem de capitais**. São Paulo: Ed. Tirant lo Blanch 2020. p. 27.

³⁷ TAVARES, Juarez ; MARTINS, Antonio. **Lavagem de capitais**. São Paulo: Ed. Tirant lo Blanch. 2020. p. 27.

que ganha dinheiro com o jogo do bicho no mesmo patamar do indivíduo que pratica atos terroristas.

Além disso, como já exaustivamente apresentado, para configurar o crime de lavagem de capitais previsto na Lei nº 9613/98, necessário que se tenha a certeza de que o indivíduo praticou o crime antecedente, sendo que para alcançar tal desiderato a doutrina mais rígida entende pela necessidade de uma sentença criminal transitada em julgado do crime antecedente ou ao menos provas concretas do crime anterior juntado ao processo que discute o branqueamento de capitais. Sem essa certeza se viola o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

Sendo assim, em que pese o artigo 2º, inciso II da Lei 9.613/98 autorizar a condenação independentemente da existência ou não de crime antecedente, trata-se de um dispositivo inconstitucional e, portanto, sua aplicação deve ser contestada pelos operadores do direito.

Autores:

FÁBIO PAIVA GERDULO

Advogado. Fundador do escritório Fábio Paiva Gerdulo Advogados.

Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP (COGEAE).

DIEGO ENEAS GARCIA

Advogado. Fundador do escritório Enéas Garcia Advogados.

Especialista em Direito Penal Econômico pela FGV-SP.

7. Referências Bibliográficas

ALLER, Germán. White collar crime: Edwin Sutherland y “el delito de cuello branco”. **Revista de Derecho Penal y Procesal Penal**. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis, n 6. p. 12-35. 2015.

BADARÓ, Jennifer Falk. **Dolo no crime de lavagem de dinheiro**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2018.

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais,2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Nova lei de lavagem trará problemas a justiça. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-09/direito-defesa-lei-lavagem-dinheiro-trara-problemas-justica>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. **Decreto nº 3.678 de 30 de novembro de 2000**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em transações comerciais. Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Acesso em: 10 de fev. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l9613.html. Acesso em: 10 abr. 2021

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2012/lei/l12683.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.683%2C%20DE%209,crimes%20de%20lavagem%20de%20dinheiro. Acesso em: 10 mar. 2021

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4^a Região. ACR: 50375219520174047000 PR 5037521-95.2017.4.04.7000 -Sétima Turma. Relator: Salise Monteiro Sanchotene. 9 de julho de 2019. **Consultor Jurídico.**<https://www.conjur.com.br/2015-mai-26/cervero-condenado-prisao-lavar-dinheiro-apartamento>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro.** 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2017

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro:** prevenção e controle penal. 2. ed. São Paulo: Verbo Jurídico. 2013.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS -COAF. Disponível em:<https://www.gov.br/coaf/pt-br/assuntos/o-sistema-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro/o-que-e-o-crime-de-lavagem-de-dinheiro-ld>. Acesso em: 1 abr. 2021.

D'AVILLA, Fábio Roberto, A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 7, n 79, junho, 1999

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro.** 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro.** São Paulo: Editora Atlas. 2 ed. São Paulo. 2013.

PITOMBO, Antonio Sérgio de Altieri de Moares. **Lavagem de dinheiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIJO, Maria Elisabeth. **Estudos em processo penal.** São Paulo: Editora Siciliano Jurídico. 2004.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal económico** – uma política criminal na era do compliance. Coimbra: Editora Almedina. 2019.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. **El delito de cuello blanco/white collar crime** – the uncut version. Montevidéu-Buenos Aires: Editora B de F 2009.

TAVARES, Juarez e MARTINS, Antonio. **Lavagem de capitais.** São Paulo: Ed. Tirant lo Blanch, 2020.

VERAS, Ryanna Pala. **Nova criminologia e os crimes de colarinho branco.** São Paulo: Martins Fontes.2010. São Paulo.

VELLOSO, Ricardo Ribeiro. Origem histórica da lavagem de dinheiro – no Brasil e no mundo. **Site Migalhas**, Ribeirão Preto, 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/21245/origem-historica-do-crime-de-lavagem-de-dinheiro---no-brasil-e-no-mundo>. Acesso em: 25 fev. 2021.