



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**VERENA CASTRO SCHMID**

**O DELITO ANTECEDENTE E A LAVAGEM DE CAPITAIS: O  
ENDURECIMENTO PENAL INTRODUZIDO PELA LEI 12.683  
DE 2012 E A (IN) EFETIVIDADE NA TUTELA DO BEM  
JURÍDICO**

Salvador  
2013

## 1 INTRODUÇÃO

Os crimes contra a ordem econômica não são novidade e remontam desde os primórdios da sociedade, ao afirmar a preocupação com a ordem econômica desde o código de Hamurabi, quando este cria a proteção contra a prática abusiva de juros.

Destaca-se a importância do tema pela lesão causada a coletividade, embora não seja de fácil percepção aos sentidos, e os consequentes danos, inclusive sociais muitas vezes irreparáveis.

A lavagem de dinheiro está entre os crimes econômicos, na medida em que o dinheiro, produto de infração penal passa a circular depois da nova “roupagem ou lavagem” como dinheiro aparentemente “limpo”, ou seja, lícito e que costuma trazer deletérios efeitos, tanto na macro quanto na micro economia.

A comunidade internacional no final da década de 80 voltou-se com maior atenção a “lavagem” de dinheiro ao perceber a articulação e o desenvolvimento do crime organizado e em especial o tráfico de drogas.

Estabelecida estas premissas, cumpre asseverar que este trabalho objetiva apontar, se as alterações realizadas na “nova” Lei de Lavagem de Capitais poderão aumentar a efetividade com relação à lei de 1998, não se pretende, no entanto exaurir o assunto neste quesito, nem tampouco citar e comentar todas as alterações feitas pelo novo diploma legal, mas apenas naqueles considerados mais importantes para a busca do cumprimento desta norma pela população.

No primeiro capítulo foi feito um breve perfil histórico deste crime, assim como da origem de seu nome. Os aspectos tratados foram à busca de harmonização legislativa internacional, devido ao caráter transacional do delito e a evolução legislativa alcançada. As primeiras normas específicas sobre o tema tentaram incriminar as condutas capazes de “lavar” o dinheiro oriundo do tráfico de drogas. Gravitavam assim, na órbita da receptação as condutas relativas a bens, valores e direitos de origem ilícita, que não fossem provenientes do narcotráfico. Os pioneiros,

nestas marés de delinqüência transnacional, eram os traficantes e os proveitos de suas conquistas não poderiam ser tratadas apenas como receptação.

Daí surgindo, num segundo momento as legislações em que se incluíam entre os crimes antecedentes um rol taxativo de crimes graves, modelo adotado pelo por este país até meado de 2012, até avançarmos a terceira geração de normas, na qual hoje se encontra o Brasil, de modo que qualquer crime poderá ser precedente para o “branqueamento” de capitais.

Ainda neste capítulo, são analisadas as fases deste “processo”, ou as condutas consideradas como alvejantes do dinheiro ilícito, que com o endurecimento penal e de sua persecução, se tornam cada vez mais complexas, profissionalizada, utilizando-se até de agentes públicos para o seu fim.

O segundo capítulo se propõe à análise do bem jurídico penal como um todo e qual o bem jurídico neste preceito normativo a ser tutelado, que perpassaria sobre a segurança interna do Estado, sobre os bens jurídicos tutelados pelo delito antecedente, a administração da justiça ou a ordem-econômica. Dificuldade enfrentada por ter um caráter de atingir a coletividade, a sociedade, podendo até sem encarado na sua múltipla ofensividade.

O terceiro capítulo se propõe a uma análise da efetividade das leis com destaque para as normas penais com foco nas alterações feitas pela Lei 12.813/12, que vem com o objetivo de dar uma maior efetividade ao antigo diploma legal, que se mostrou ineficiente ao longo destes quase 15 anos em vigor.

As modificações mais impactantes foram à retirada do rol taxativo de delitos antecedentes e a ampliação dos sujeitos “obrigados” a informar o Estado de atividades suspeitas de lavagem de capitais.

Muito se discute sobre a efetividade das leis no Brasil, que seria justamente analisar se a lei, além de ser aplicável, encontrou aceitação de modo a ser obedecida pela

maioria da sociedade, da qual pode se retirar o famoso jargão “é a lei que pegou” ou do contrario poderá ser chamada “a lei que não pegou”.

De tudo quanto exposto, embora ainda seja cedo para se estabelecer a efetividade de uma Lei que entrou em vigor a menos de um ano, o presente trabalho vem numa tentativa de verificar em abstrato, em que aspectos a nova Lei de “lavagem” de capitais pode contribuir para ser aceita e ter os seus preceitos cumpridos no seio social, com o intuito de figurar no rol daquelas “leis que pegaram”.

Deste modo, através de uma análise crítica, traçando um paralelo com o diploma anterior e os dados objetivos fornecidos pelo COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) poderemos apostar num verdadeiro avanço legislativo ou apenas num Direito Penal Simbólico.

## 2 LAVAGEM DE CAPITAIS

### 2.1 CONCEITO

Etimologicamente lavar vem do latim *lavare* e significa tornar puro, enquanto *denarius*, a cada dez, correspondia a uma moeda romana tendo hoje o sentido de moeda corrente (MORAIS, 2005, p.02).

O conceito de lavagem de dinheiro, segundo a lição de Ricardo Antônio Andreucci (2010, p. 423), se constitui no método pelo qual um indivíduo ou organização criminosa processa os ganhos obtidos em atividades ilegais, buscando trazer para tais ganhos a aparência de licitude.

Na perspectiva de Gustavo Henrique Badaró (2012, p.23) é o ato ou seqüências de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou convencional, com o escopo de inseri-los na economia formal com aparência de licitude.

Para Coelho (2005, p.124) existem vários conceitos, e que na verdade todos traduzem a compreensão de que a lavagem resulta da inclusão de bens de origem ilícita no âmbito do sistema econômico-financeiro, através de uma série de procedimentos destinados a legalizar os bens a serem “lavados”, transformando-os em bens lícitos.

Por fim, o legislador não expressou exatamente o conceito do que seja tal crime, mas delimitou a forma de se pratica-lo e que a finalidade desse processo, muitas vezes complexo, não é só de dissimular ou ocultar a origem delitiva dos crimes, mas de conseguir que eles já lavados, possam ser utilizados na economia legal.

#### 2.1.1 Origem da expressão: *laundry money*

Como marco específico dos crimes de lavagem de dinheiro, tem-se aquele estabelecido na década de 20 nos EUA, quando a máfia da venda ilegal de bebidas,

para dar uma roupagem de licitude ao seu dinheiro investia em estabelecimentos de lavagem de roupas com máquinas industriais e automáticas, as *laundromats* que à época tinham baixa fiscalização, e com o termo *laundry money* foi adotado no Brasil.

A expressão ingressou de fato na literatura jurídica e em textos normativos nacionais e internacionais após ter sido usado em um processo judicial nos EUA em 1982 (BADARO, 2012, p.21).

Além das lavanderias a máfia também se utilizou de lava - rápidos e a mistura do dinheiro legal com o ilícito ocorria, porque estes negócios o dinheiro era rapidamente movimentado, desvinculando assim sua origem criminosa (MORAIS, 2005, p.03).

De forma a caracterizar a transformação de dinheiro sujo em dinheiro limpo, são usados diversos termos no mundo, que em suma sugerem “limpeza” e é assim: *branqueamento de capitais* em Portugal, *blanqueo de capitales* na Espanha, *blanchiment d argent* na França, *money lauderind* nos EUA, na Argentina se chama *lavado de dinero*, a Colômbia denomina *del lavado de ativos*, *Geldwache* na Alemanha, *riciclaggio di denaro* na Itália (MORAIS, 2005, p.3).

Independente dos nomes adotados para o mesmo crime a nível mundial como “reciclagem”, “lavagem”, “branqueamento” o fato é que, metaforicamente há a entrada de um dinheiro negro, aquele obtido por meio ilícito ou até dinheiro sujo, aquele angariado por meio lícito, mas não declarado que após a “lavagem” retornaria como dinheiro lícito.

O Brasil adotou o termo lavagem de dinheiro rechaçando precipuamente o termo “branqueamento”, evitando-se assim estéreis e inoportunas discussões sobre o caráter racista do termo como bem dispõe a Exposição de Motivos da Lei 9613/1998.

O outro motivo da preferência seria porque o termo estaria consagrado no glossário financeiro e popular, em conseqüência de seu emprego internacional. (NUCCI, 2010, p.868).



### **2.1.2 Dinheiro sujo e dinheiro negro**

Ao tocar-se no nome “lavagem de dinheiro”, vem-se logo a mente a idéia de dinheiro sujo apto a ser reciclado, e muito embora no meio econômico sejam sinônimos, no âmbito destes delitos estas expressões não se confundem e serve para distinguir a origem dos proventos manipulados pelos lavadores.

O dinheiro negro segundo Passos (2011, p. 67) é o nome que se dá àquele que adquirido de forma lícita, mas que é escamoteado para fugir das obrigações tributárias sendo, só posteriormente transformado em produto idôneo. Tomando como exemplo de Gomes (2012, p. 370) a sonegação fiscal.

A contrario sensu, se o dinheiro tem sua origem em qualquer atividade ilícita seja ela infracional ou delitiva, é chamado dinheiro sujo, pois é um ganho sobre a atividade criminosa.

Nos dois casos em questão o termo lavagem aplica-se muito bem, já que se tenta “limpar” ou “purificar” a origem deste dinheiro, para mais facilmente inseri-lo no mercado financeiro. (PASSOS, 2011, p. 67).

Sob a nova perspectiva legislativa, Gomes (2012, p. 369) em artigo critica esta distinção, já que perdera qualquer sentido a luz da legislação atual quando o Brasil atendendo as exigências externas, principalmente do GAFI (Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e Financiamento ao Terrorismo) vai à terceira geração das Leis de Lavagem de Capital.

Como a nova lei não traz rol taxativo de crimes precedentes como a anterior, colocando qualquer crime ou contravenção como predisposição a ser “lavado”. De modo que, a contravenção do jogo do bicho passa a ser previsto como fato precedente e passa a ser relevante para o fim de lavagem.



A sonegação fiscal que antes não estava prevista como antecedente, sem gerar então o delito lavagem de capitais e era tratado como dinheiro negro, agora passa a ser precedente, de forma que não há mais praticidade em discutir se, se trata de *Dirty money* ou *Black money*, pois ambos podem ensejar o crime de lavagem de dinheiro (GOMES, 2012, p.01).

### **2.1.3 O crime de colarinho branco**

O estudo da criminalidade esteve por muito tempo voltado às camadas menos favorecidas da sociedade, associado às pessoas não adaptadas socialmente e que viviam a margem da sociedade.

O cometimento de crimes é fortemente interligado a miséria social, tanto que o nosso código Penal é bastante voltado à vertente patrimonial. É só observar que a maior pena aplicada no Código penal Brasileiro, no seu art. 159, parágrafo terceiro, é de origem patrimonial, pois se trata de crime pluriofensivo (extorsão mediante sequestro, com resultado morte).

Não se discute que toda sociedade tem segmentos mais próximos e segmentos mais distantes ou marginalizados do poder e esta estrutura se organiza através do controle social e do sistema penal, como parte punitiva. O sistema penal faz esta sustentação de forma violenta e para cumpri-la faz uma criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais. No entanto criminaliza, ainda que numa proporção menor, pessoas do próprio grupo hegemônico para que não produzam condutas prejudiciais ao próprio grupo. Há, entretanto, casos em que as condutas são punidas apenas para dar tranquilidade aos setores hegemônicos, próximos ao poder, é a função simbólica do direito penal, para sustentar a estrutura social pela via punitiva. (ZAFFARONI, 2009, p.72-73)

A criminalidade econômica surge então, como uma “nova perspectiva” no cometimento de crimes, afastando então o velho paradigma sócio-atávico.

Inspirado na teoria de Edwin Sutherland, que adotou a expressão *white collar* crime no seu discurso de posse na presidência da American Sociological Association em 1939, com o significado de infrações lesivas a ordem econômica cometidas por pessoas de alto nível econômico no desenvolvimento de sua atividade profissional.

Esta designação surgiu fazendo uma alusão aos sujeitos dos crimes, pois a alta sociedade á época usava camisas sociais de gola e punhos brancos, em oposição aos *blue collar*, que eram os trabalhadores braçais que se utilizavam á época de macacões para o trabalho nas indústrias.

Desta forma, Sutherland quebrou o paradigma das correntes criminológicas que apontavam como causas da criminalidade características atávicas ou sócio-patológicas e fatores ligados a miséria social. Afirmando que para ser considerado crime de colarinho branco deveria ser crime cometido por pessoas respeitáveis, que devem pertencer a uma camada social alta, estar no exercício de seu trabalho e por fim significar uma violação de confiança.

Este tipo de crime mostra uma faceta perigosa desta criminalidade dos “poderosos”, na medida em que tende a uma sub-cultura de elite, consistente na aprovação de infratores bem sucedidos, pelos demais integrantes daquele grupo social elitizado, numa verdadeira distorção ética.

Observa-se, no entanto que os crimes de colarinho branco nos dias atuais sofrem certa democratização, uma vez que podem ser cometidos por autores que não são “poderosos” e em outros casos são praticados pelos “poderosos”, mas que não se restringem aos crimes econômicos podendo ser crimes de qualquer espécie. (PASSOS, 2011, p. 25).

## 2.2 DAS LEIS

Percebeu-se no âmbito internacional a necessidade da cooperação entre países, devido ao caráter transnacional destas organizações criminosas que faziam a “lavagem” de dinheiro, devendo haver uma mínima harmonização das legislações

nacionais, uma vez verificadas que as políticas isoladas nacionais não cumpriam seu papel. É tão forte esta cooperação, que as legislações estrangeiras se aproximam bastantes umas das outras, tanto na esfera material como processual.

As convenções mais importantes para o nosso país, por terem sido incorporadas formalmente no ordenamento jurídico brasileiro, são os tratados e convenções de: Ocorrida em Viena em 1988, Palermo em 2000 e Mérida em 2003, inclusive a nova lei de 2012 vem com o objetivo de incorporar recomendações e normativas internacionais. (BADARÓ, 2012, p. 27-32)

A própria exposição de motivos da lei anterior de lavagem de capitais declarou que ela era o fruto de compromissos internacionais que começaram com a Convenção ocorrida em Viena em 1988. Segundo esta convenção, o único delito antecedente capaz de gerar bens a serem reciclados era o tráfico de drogas.

O Decreto 154 de 26 de junho de 1991, considerando a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, ocorrida em Viena em 1998, já demonstrava a preocupação com o caráter transnacional destes crimes, ao reconhecer desde o preâmbulo, que as organizações criminosas envolvidas neste tipo de crime são danosas a economia e até a soberania dos países, passando a expor o que seria o embrião, do que hoje se tipifica como lavagem de dinheiro demonstrado em seu artigo terceiro, 1-b):

ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão;

Em 1998, o Brasil publicou sua primeira lei inspirada nas Convenções Internacionais firmadas, que especificamente incriminava a atividade (Lei 9.613/1998), tipificou a conduta de “mascaramento”, apresentou os aspectos processuais peculiares, estabelecendo regras e condutas a aqueles que exercem atividades em áreas sensíveis ao esquema de lavagem de dinheiro e criou a unidade de inteligência

financeira nacional, o COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras (BADARO, 2012, p. 23-28).

A Convenção de Palermo, Decreto 5.015 promulgado em 12 de março de 1994 propõe o combate ao crime organizado, utiliza-se expressamente o termo “lavagem de dinheiro”, define o crime organizado, aponta meios eficazes de investigação e amplia para outras infrações além do tráfico de drogas, ditas infrações graves que são colocadas numa lista fechada de crimes antecedentes. Previu ainda, medidas de regulação de bancos e outras instituições que são sensíveis a lavagem de dinheiro.

A segunda geração de leis sobre a lavagem de capitais, que esteve em vigor até a primeira metade de 2012 no Brasil, molda-se a Convenção de Palermo e trouxe um rol taxativo de crimes passíveis de “lavagem”, além do já previsto. Por esta taxatividade, não permitia que se alcançassem outros crimes além daqueles de colarinho branco, que também permitem a ocultação de bens, direitos e valores como os estelionatos, receptações, furtos e roubo (NUCCI, 2010, p.868-869).

Houve ainda a Convenção de Mérida, adotada em 2003 pela ONU e promulgada em 2006 no Brasil no Decreto 5687, tendo o objetivo principal de combater a corrupção, no seu preâmbulo e em seu artigo 14, dedica-se a lavagem de dinheiro propondo aos Estados, rígidos controles em seus setores sensíveis a reciclagem, sejam eles financeiros ou não, estabelecendo ainda medidas de cooperação internacional. Há de se notar a importância da ligação entre a corrupção e a lavagem de capitais desde o seu preâmbulo: “Preocupados, também, pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro;”.

Ainda neste sentido e em preâmbulo destaca o Decreto 5.678 de 31 de janeiro de 2006, que a corrupção rompe as barreiras do próprio estado, trazendo transtornos também a economias estrangeiras: “Convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas

as sociedades e economias, faz-se necessária à cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela;”.

Diversos outros diplomas, frutos de intensos debates internacionais, foram posteriormente e sucessivamente tratados e apesar de não integrarem o direito pátrio, serviram de fontes de produção legislativa.

A terceira geração das leis que trata do crime de lavagem de capitais, assim classificada a norma atual brasileira com a Lei 12683, sancionada em nove de julho de 2012, tem como um dos pontos mais polêmicos, a exclusão do rol taxativos de crimes, previstos na norma anterior. A Lei de 2012 dispõe que qualquer infração penal passa a ser antecedente deste crime e traduz o que já vinha sendo adotado no âmbito internacional.

O objetivo principal desta lei é dar contribuição ao combate ao crime organizado em nível transnacional, conforme dispõe o art.1º da nova lei de lavagem de capitais quando descreve que revoga a anterior “para tornar mais eficiente à persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”. (ANDREUCCI, 2010, p. 423)

O projeto de lei aprovado reproduziu um anteprojeto que foi fruto do trabalho conjunto da ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e a Lavagem de Dinheiro), estratégia montada pelo Ministério da Justiça para o combate e prevenção ao crime de lavagem de capitais e tem ligação com compromissos internacionais firmados pelo Brasil como a Convenção de Palermo (sobre crime organizado transnacional), Mérida (sobre a corrupção) e das 40 recomendações do GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional) (ARAS, 2012, p.02).

A ENCCLA foi criada em 2003, como forma de contribuir para o combate sistemático à lavagem de dinheiro no País. Consiste na articulação de diversos órgãos dos três poderes da República, Ministérios Públicos e da sociedade civil que atuam, direta ou indiretamente, na prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, com o objetivo de identificar e propor seu aprimoramento.

### 2.2.1 Fases e Técnica de Lavagem de Capitais

O processo da lavagem de capitais tem a necessidade de uma infração penal antecedente, onde nasce o capital ilícito, mas começa mesmo com a ocultação deste capital ilicitamente aferido. Desenvolvem-se diversas operações posteriores para dissimular a origem dos bens, completando-se na reinserção deste capital na economia formal com a aparência de licitude. De modo que, o processo completo de lavagem de dinheiro é composto e compreende a ocultação, dissimulação e integração dos bens a economia formal, que nem sempre são bem delimitados, havendo muitas vezes sobreposição entre as etapas do delito, mas que se voltam ao ato final da integração do capital a economia licita (BADARÓ, 2012, p. 23).

Nota-se que o *modus operandi* que leva o branqueamento de dinheiro é bastante multifacetado. É por meio de uma verdadeira “alquimia econômica” envolvendo um processo complexo e sofisticado, que se transforma o dinheiro “sujo”. Com desenvolvimento de novas formas de delinquência, dentre eles os crimes econômicos, que o sistema penal vem a reboque tentando a sua efetiva repressão (OLIVEIRA, 1998, p.111-129).

Alguns autores como Andreucci (2010, p.424) e Coelho (2005, p.124) dividem os procedimentos da lavagem de capitais em regra, em três fases ou técnicas:

#### 2.2.1.1 Conversão

Segundo Andreucci (2010, p.424) a conversão, colocação ou *placement* onde o dinheiro é separado de sua fonte ilegal, sendo fracionado em pequenas quantias e assim movimentado para outro local.

Segundo Badaró (2012, p.23) é justamente nesta fase, que visa o distanciamento do valor de sua origem criminosa a de maior proximidade entre o produto da lavagem e a infração penal.

Como exemplo do que se pratica nesta fase, temos a conversão de bens ilícitos, seu depósito em conta de terceiros (laranjas), a transferência do capital sujo para fora do país em pequenas quantias, para não chamar a atenção das autoridades.

Segundo Coelho (2005, p.124) procura-se separar fisicamente as grandes somas financeiras obtidas ilicitamente, ocultando-se sua origem com a aplicação destes ativos no mercado, de forma a legalizar sua permanência no contexto econômico financeiro, através de sua conversão em papel moeda, podendo ou não convertê-las em dólar, aplicando pequenas quantias em nome de “laranjas”.

#### 2.2.1.2 Dissimulação

Segundo Andreucci (2010, p.424) a dissimulação, mascaramento ou *empilage* em que o dinheiro é movimentado de forma eletrônica ou misturado a dinheiro lícito, faz-se múltiplas transações para afastá-lo de sua origem ilegal.

Como exemplos, Badaró (2012, p.25) cita operações bancárias ou até mobiliárias em países distintos, geralmente paraísos fiscais, para dificultar o rastreamento dos bens, como operação em que enviam o dinheiro já convertido, em moeda estrangeira para o exterior, via cabo.

Seria na visão de Coelho (2005, p.124) a tentativa de construir alternativas que dificultem a localização dos ativos ilícitos, por parte dos poderes públicos, fazendo operações financeiras múltiplas, tão variadas quanto às necessárias para transformar aquele ativo em lícito, é o branqueamento propriamente dito. Como etapa posterior à colocação, converteria estas pequenas somas depositadas na fase anterior, em depósitos para outras contas com posterior aplicação em investimentos em títulos ou aplicações financeiras.

#### 2.2.1.3 Integração

A fase final de Integração ou *integration* em que se exaure a reciclagem de dinheiro e o agente cria explicações legítimas para os recursos. Podem surgir aqui às organizações de fachada, como transações de importação/exportação com preços

excedentes ou subfaturados, compra e venda de imóveis com valores diferentes dos de mercado. (ANDREUCCI, 2010, p.424)

Para Coelho (2005, p.124), o dinheiro nesta etapa já de aparência lícita, deverá ser inserido no mercado produtivo para que possa se completar o ciclo e sua justificação, gerando a compra de bens móveis e imóveis, investindo em capital de empresas, em cotas de empresas de capital limitado ou ações de Sociedade anônimas (S/A), gerando a partir deste momento, um centro econômico que será o centro da lavagem de futuros ativos ilícitos. Nesta etapa, os ativos já estão “legalizados” e funciona como uma fase de complementação da lavagem.

Importante salientar é que a legislação brasileira não exige que o processo seja completo, bastando à consumação da ocultação para a materialidade delitiva, incidindo sobre ela a mesma pena aplicável a dissimulação ou integração.

Inúmeras são as técnicas de lavagem desenvolvidas com o passar dos tempos e assim dificultar a constatação do crime, mas subsistem ainda métodos comuns como: 1) a mescla quando o agente mistura seus recursos com recursos legítimos; 2) a empresa de fachada que de constituição lícita aparenta participar de negócio lícito, mas seu objetivo é a lavagem de dinheiro; 3) contrabando de dinheiro ou o transporte físico de dinheiro. Entre outras, como cheques pessoais, compra e venda de mercadoria na bolsa de valores, faturas falsas de importação e exportação e etc. (ANDREUCCI, 2010, p. 424).

Embora composta de fases Coelho (2005, p.124) acredita que, elas não são sempre temporalmente separadas, podendo ocorrer simultaneidade de ações e tem o objetivo de eliminar qualquer vestígio sobre a origem criminosa dos benefícios ilícitos.



### **2.2.2 Do crime de Lavagem de Capitais em espécie**

Uma verdadeira revolução se operou, com a multiplicação dos fluxos comerciais e financeiro entre os países, obtido pela maior oferta e facilidade de transporte e telecomunicação entre eles. Esta aproximação econômica, social e cultural entre os países, denominada de globalização além de permitir o desenvolvimento econômico, também trouxe maior facilidade para a internacionalização dos crimes e os mecanismos tradicionais para o seu enfrentamento, se tornaram obsoletos.

A legislação penal dos países não respondeu de pronto a este novo ambiente entre as nações, fruto de uma cooperação jurídica internacional nos anos 80, a partir da Convenção de Viena que fez surgir embrionariamente à legislação com escopo de prevenção e o combate à lavagem de dinheiro. Foram mudanças relativamente recentes e é natural o seu aperfeiçoamento, incorporando lições aprendidas desde a sua incorporação e da troca de experiências entre os países.

Oliveira (1998, p. 111-129) publicou artigo, contemporâneo a primeira produção legislativa específica sobre a lavagem de dinheiro, salientando que a mesma surgiu da necessidade do Estado Democrático de Direito em dar uma resposta penal às novas formas de delinquência, diante de um quadro que buscava à época a punição específica ao crime de lavagem de capitais, inaugurando um sistema de controle de operações financeiras e fiscalização da movimentação de capitais.

Seguindo a técnica de criar figuras penais especiais, prevendo um texto autônomo que visa à criação de um espectro punitivo próprio, pretendendo abarcar exhaustivamente todo o âmbito da matéria, concentrando num só diploma os aspectos da resposta penal e os dela decorrentes. Verificou este mesmo autor, que esta metodologia erode a harmonia legislativa punitiva, fragmentando o sistema, produzindo uma dificuldade de interpretação da norma e diminuindo seus efeitos na prevenção geral, pois a maior parte da doutrina acredita que a inclusão de determinada conduta no Código Penal ocorre, pois a figura penal é relevante.

Com quase 15 anos, a legislação brasileira de lavagem de capitais vem mudando ao longo do tempo para se adequar a um padrão internacional, afetando os agentes em diversas maneiras.

O COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras, órgão de inteligência criado pela Lei 9616/1998, por exemplo, com a nova lei deverá exercer dupla função, segundo definições internacionais deverá receber, analisar e disseminar as comunicações de operações suspeitas aos órgãos obrigados e ainda regular e aplicar penas administrativas as pessoas obrigadas, que não possuam órgão regulador próprio (RODRIGUES, 2012, p.14 -15).

Como se percebe a lavagem é um processo composto por diversos atos, com o objetivo final de reintegração do objeto da lavagem no sistema econômico legal. Não importa se a lavagem é realizada em poucos ou muitos atos, mas que ela se caracteriza como um processo e assim se demonstra pela Lei 12683 de 09 de julho de 2012 dispondo que:

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 descrição do tipo penal se caracteriza pela pluralidade de condutas descritas, bastando que tenha praticado uma das condutas o agente será punido, ainda que não atinja os resultados pretendidos e pelo caráter alternativo ainda que ele tenha praticado mais de um comportamento proibido, a pena será a mesma (OLIVEIRA, 1998, p.119).

O legislador optou por utilizar-se de um tipo misto alternativo, enumerando diversos verbos numa tentativa de cercar as condutas passíveis de obtenção da reciclagem.

O verbo ocultar, como representante da primeira fase do processo, que é uma preparação para a fase seguinte, distanciando o bem, valor ou direito de sua origem criminosa. Assim, qualquer procedimento que objetive “não deixar ver”, esconder a

origem criminosa deve ser entendido como típico, se houver prova que é parte do processo de lavagem.

É interessante notar, que comprovada a ocultação se faz necessária provar a intenção do agente de reintegrar o bem, direito ou valor ao sistema econômico, mediante fraude ou dissimulação.

Já a dissimilação prevista no tipo penal deverá ser vista como esconder através de um ardil, em relação à conduta criminosa, como um *plus* em relação à mera ocultação, nesta fase o objeto da lavagem já possui uma aparência de legalidade e já se considera como lavado.

O objeto de escamoteamento, agora já com aparência lícita vai ao processo final quando o agente utiliza-se do produto final da lavagem, para reintegrá-lo ao sistema econômico, é a terceira conduta tipificada no artigo 1 (VILARDI, 2004, p. 11-30).

Dispõem ainda nos parágrafos seguintes, deste mesmo artigo da Lei 12.683/12, as formas especiais ou derivadas:

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

I - os converte em ativos lícitos;

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

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

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

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; ([Redação dada pela Lei nº. 12.683, de 2012](#))

Isto significa que, se o indivíduo praticar uma das condutas destes parágrafos, tendo o objetivo de ocultar e dissimular sua utilização, o crime estará consumado, tendo o legislador optado por punir cada fase do processo com pena idêntica àquela aplicada a operação completa. O que não se confunde com tentativa, que é prevista no tipo penal, ocorrendo quando o agente tenta transferir o bem e não consegue por circunstâncias alheias a sua vontade.

A nova norma de reciclagem de dinheiro suprimiu a expressão “que sabe” da terceira modalidade típica da lavagem de capitais (art. 1, § 2o, I), substituindo o dolo direto pelo dolo eventual, esvazia assim o elemento subjetivo e autoriza a punição mesmo nos casos em que o agente não tem ciência plena da origem infracional dos bens recebidos (AUTORIA DESCONHECIDA, 2012, p.01).

O legislador preocupou-se em descrever causas ou circunstâncias relacionadas à dosimetria de pena, que irão influenciar no computo da resposta penal, por ser crime tentado, ter maior ou menor reprovabilidade, reconhecendo também o instituto da delação premiada. Percebe-se certo rigorismo em relação à pena que poderá chegar a dez anos, podendo ser aumentada se praticada reiteradamente ou por organização criminosa. (OLIVEIRA, 1998, p.115)

O sujeito ativo é qualquer pessoa que tenha praticado a infração antecedente, podendo ele ser o sujeito ativo da infração antecedente ou não, como previsto nos §§ 1º e 2º deste artigo. Desta forma, pode ser autor, co-autor ou participe dos delitos precedentes (NUCCI, 2010, p. 870).

O sujeito passivo é o Estado e a sociedade.

E segundo ARAS (2011, p.02) este segmento do direito penal exige uma perfeita interação entre três subsistemas: o de prevenção, composto pelos denominados “sujeitos obrigados” e pelos órgãos de inteligência financeira, especialmente o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF); o de repressão ou persecução, integrado pelo Ministério Público e pela Polícia; e o de recuperação de ativos, tarefa que é desempenhada pelo Parquet e por órgãos do Poder Executivo, valendo mencionar o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI).

Aqui fica claro que não basta ampliar a lista de sujeitos obrigados, a *compliance* fora aumentada substancialmente no art. 9º da nova lei de lavagem de capitais e agir na prevenção, mas tem que haver uma coordenação para a efetiva de interação entre

Estado e o intermediário econômico e financeiro, para que funcione a prevenção e a repressão à lavagem de dinheiro.

A conduta é esconder ou disfarçar a natureza, a origem, a localização, a disposição e a propriedade do bem, além de indícios da existência de crime antecedente. (ROMANO, 2012, p.01)

O produto direto do crime de lavagem de dinheiro é o resultado imediato da delinqüência, que, a partir da nova lei, vem de forma aberta e não mais fechada. Podem ser objeto de lavagem de bens, produto ou proveito de infrações anteriores. O proveito é o resultado útil mediato da operação, ganho, lucro. Tal o imóvel adquirido com o dinheiro oriundo da atividade de tráfico de entorpecentes de venda ilegal de armas, de atividade de rufianismo, de apostas ilegais, etc.

Basta o nexo de causalidade entre o crime antecedente e os bens, objeto material da lavagem, adotando-se os pressupostos teóricos da *teoria da equivalência de condições*. Esta é a teoria abraçada pelo nosso código penal em seu artigo 13, que é a de equivalência de antecedentes ou *conditio sine qua non*, que estipula que tudo que concorre para o resultado é causa. Todas as forças concorrem para o evento no caso concreto, isoladas ou conjuntamente, independe de ser causa ou condição causa e ocasião ou até, concausa (MARZAGAO, 2004, p. 01).

O delito antecedente é *conditio sine qua non* para que determinados bens façam parte do patrimônio de determinada pessoa. O crime antecedente é aquele que gera o objeto material do crime de lavagem de dinheiro, ou seja, o produto ou proveito.

O Brasil, neste novo texto de lei, aboliu a lista com o rol taxativo dos crimes antecedentes e descreve apenas como infração, sendo considerado como antecedente qualquer crime ou contravenção penal.

Note-se que houve uma evolução legislativa desde a Convenção em Viena de 88, oportunidade em que a comunidade internacional inclusive o Brasil passou a atuar em conjunto no combate a este tipo de delito.

As primeiras gerações de legislações passaram a incriminar a reinserção do dinheiro oriundo do tráfico de drogas, em razão deste ser o delito de maior evidência naquele momento histórico.

Nas legislações de segunda geração passaram a elencar um rol de delitos taxativos, que poderiam funcionar como pressupostos à lavagem e assim fez o Brasil quando promulgou a Lei 9613 de 03 de março de 1998 (PASSOS, 2011, p.57 a 61).

Aqueles países que não definiram expressamente o rol taxativo de crimes antecedentes apenas ligando o delito lavagem aos crimes graves, fizeram à terceira geração das legislações e assim se enquadra a legislação brasileira hoje, com relação ao crime de lavagem de capitais, com diversas mudanças com relação ao diploma de 1998 e dentre elas retirada deste rol taxativo de crimes antecedentes que só diminuía sua eficácia.

É necessário apenas que seja um delito produtor e que ele seja capaz de gerar ativos ilícitos. (ARAS, 2011, p.03)

Desta forma, o crime de lavagem se classifica como crime comum (podendo ser praticado por qualquer pessoa), material (já que causa prejuízo para o Estado ou para a sociedade), de forma livre (pode ser utilizado qualquer meio pelo agente), comissivo ou omissivo, unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa), plurissubsistente já que é praticado em vários atos, admitindo tentativa. (NUCCI, 2010, p. 872)

Uma das características mais marcantes do crime de lavagem é a internacionalização de suas atividades, o que dificulta a persecução por parte das autoridades, facilitando a ocultação do dinheiro e enquanto países se unem e enrijecem sua legislação outros países o sistema de controle e persecução é débil, sendo muitas vezes praças fortes e comumente utilizados para este fim, são os paraísos fiscais.

Outra característica é o grande montante de dinheiro envolvido nas operações, já que geralmente decorrem de uma alta lucratividade de uma atividade ilícita e segundo dados da COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) cerca de 2% do PIB (Produto interno bruto) mundial é proveniente de atividade ilícita.

Para alcançar seu fim, os lavadores devem empregar técnicas cada vez mais complexas e sofisticadas o que requer maior profissionalização e emprego de agentes externos.

Há necessidade de cooperação entre profissionais das mais diversas áreas como contadores, bancários, advogados, políticos, pessoas ligadas a serviços bancários. Sem contar com a cooperação de agentes da polícia e membros do judiciário envolvidos em corrupção.

Funciona como uma empresa com seus diretores e encarregados cumprindo assim uma hierarquia, já que estas pessoas fazem deste crime o seu meio de vida.

Há também um caráter de permanência e confiança em seus membros dispostos numa relação de subordinação. (PASSOS, 2011, p.72-75)

Apesar da disposição legal de que compete a Justiça Estadual o julgamento deste crime, da leitura atenta do diploma legal, observa-se que a maior parte dos casos compete a Justiça Federal julgar, pois é difícil não enquadrar como lesão ao sistema financeiro e ordem econômica, cabendo apenas por exclusão a Justiça Estadual. A competência da Justiça Estadual é residual como dispõe Badaró (2012, p.199).

Atualmente há diversas varas da Justiça Federal especializadas em crimes de lavagem de dinheiro, o que traz mais celeridade aos processos, mas traz algumas discussões acerca da sua criação, já que foi iniciativa do próprio poder judiciário e não do legislativo e que estaria ferindo também o princípio do juiz natural.

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

III - são da competência da Justiça Federal:

a) quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas;

b) quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal. (Redação dada pela Lei nº. 12.683, de 2012).

A denúncia será feita, mesmo sem indícios de autoria ou ainda que o autor esteja isento de pena como prevê o art.2º, §1º, da Lei 12683/12. Tratando-se de crime de natureza acessória, já que depende da conexão causal com o precedente para sua materialização, devendo ser estabelecido um nexu causal entre os objetos da lavagem e a infração antecedente.

Oliveira (1998. P. 122-127) lembra que a lavagem de dinheiro é um crime que “olha adiante”, possuindo objeto próprio e prescinde de identificação e punição dos responsáveis pelos crimes antecedentes, para que se complete sua tipicidade.

Neste mesmo sentido, há a decisão no HC 10798/RJ: “iiii) não é apenas aquele que pratica o crime antecedente que pode ser autor de lavagem de dinheiro, mas também com ele respondem todos aqueles que, de alguma forma, concorrem para a conduta de dissimulação, emprestando nomes.”

Apesar de serem necessários, meros indícios da existência da infração para a denúncia, o mesmo não ocorre para a condenação, já que exige prova da materialidade ainda que a autoria seja desconhecida ou já esteja extinta a punibilidade do crime. De modo que, se houver no crime antecedente e absolvição por inexistência do fato, por falta de provas da existência do fato, por não constituir o fato infração penal ou por existirem excludentes do crime, não será possível a lavagem de dinheiro (BADARÓ, 2012, p. 89-90).

A nova Lei de Lavagem de Capitais, segundo Badaró (2012, p. 277) trouxe várias mudanças em relação ao diploma anterior, já que necessita de indícios suficientes de infração penal, amplia as medidas assecuratórias, não se limitando apenas ao seqüestro e apreensão, poderão incidir inclusive sobre os instrumentos dos crimes e passou a permitir que incida até nos bens do acusado, que utilizar-se de interpostas pessoas, “os laranjas”.



Quanto à busca e apreensão é possível aplicar medidas que assegurem os bens, valores e direitos que sejam produto ou proveito de crime, aqui o ônus da prova é invertido já que a lei prevê que cabe ao réu comprovar a licitude de sua origem.

Haverá perda dos bens em favor da União ou Estados dos capitais relacionados à prática dos crimes previstos nesta Lei.

Se os crimes forem praticados no estrangeiro haverá cooperação internacional nos moldes do art.8º caput e §2º.

De qualquer forma fica proibido o excesso, pois nenhuma medida assecuratória pode restringir Direitos Fundamentais sejam lá quais forem os seus argumentos, segundo Romano (2011, p.22).

### 3 DOS BENS JURIDICOS

#### 3.1 O BEM JURIDICO PENAL

O bem jurídico é qualquer ente, seja este bem material ou imaterial identificado como importante para o Direito, e por isto alcançou a tutela jurídica, mas nem tudo aquilo que tem importância para o Direito são merecedores da primazia penal, entendidos como aqueles que são mais relevantes à sociedade.

Para identificar que bens seriam estes, deve se verificar como bens caros a sociedade aqueles capazes de trazer uma vida segura e livre por garantir todos os direitos humanos e civis a cada um na sociedade ou de modo que o estado venha a funcionar para estes objetivos (ROXIN, 2009, p.18-19).

A função do direito penal é a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao funcionamento da sociedade, mas vem-se mostrando difícil a definição de quais bens seriam relevantes para a sociedade, uma vez que os valores sociais são dinâmicos. Por não existirem imperativos categóricos absolutos é difícil à elaboração de listas precisas e fechadas daquilo que pode e deve ser protegido pela norma penal, através da lei.

Diante da dificuldade de precisão do que seria bem jurídico para o direito penal, adota-se um critério negativo que afasta da proteção penal tudo aquilo que esteja fora dos parâmetros definidos.

Para fixar um marco conceitual e definir quais os critérios para dotar um bem de dignidade penal, é preciso recorrer a Constituição Federal e a partir dela identificar características, que indiquem se determinado valor ou bem é ou deverá ser tutelado por normas penais.

A Constituição Federal prevê que o modelo de organização político-social-jurídico da sociedade brasileira é o Estado Democrático de Direito, em seu artigo primeiro e neste sentido, respeita a dignidade da pessoa humana e o pluralismo, de modo que

os bens jurídicos passíveis de proteção penal são aqueles essenciais à preservação e ao exercício da liberdade de autodeterminação do ser humano.

A Constituição então cumpre duplo papel, pois de um lado orienta o legislador, elegendo valores considerados indispensáveis à manutenção da sociedade, por outro, segundo a concepção garantista do direito penal, impede que este mesmo legislador viole direitos fundamentais com a suposta finalidade de protegê-los (GRECO, 2009, p.06).

Araújo (2011, p. 158-160) discorre no sentido de que alguns parâmetros norteiam o a atuação legislativa descrevendo a importância à proteção dos bens jurídicos dos quais seriam pressupostos materiais mínimos a tutela penal, limitando esta atuação. De modo que, não se pode deixar a cargo do legislador ordinário este poder ilimitado, prevendo condutas como criminosas, podendo levar até a arbitrariedade como criminalizar opiniões ou gosto pessoal (como considerar determinado gosto musical como criminoso). Estes parâmetros devem ser objetivos e buscados na Constituição.

Resultando em normas penais que protegem bens e valores individuais como vida, patrimônio, honra ou coletivos como o meio ambiente e a ordem econômica, mas sempre pautadas na visão antropocêntrica para preservar as condições ideais para o desenvolvimento do homem e de sua capacidade de livre relacionamento sócio e econômico.

A política econômica, implementada pelo legislador, é uma política de concretização de princípios Constitucionais e não uma política sem carga axiológica ou de neutralidade econômica, impondo limites e ao mesmo tempo impulsionando o legislador (CARVALHO, 2009, p. 2713).

Mudou-se o paradigma até outrora conhecida de proteção da sociedade feita pelo Direito Penal, pois agora não se protege apenas a vida, a honra como ocorre nos delitos clássicos. Tutela-se neste instante a ordem econômica, o sistema financeiro, a ordem tributária previdenciária e as relações de consumo. São crimes vagos, que

não tem vítima certa e determinada, mas atingem a sociedade, o Estado, os consumidores enfim atingem a uma coletividade. A própria CF/88 passou a tutelar bens jurídicos difusos, coletivos, de cunho transindividual não sendo este fenômeno exclusivo do Direito Penal.

É ai que se insere a lei de lavagem de capitais, à dita criminalidade econômica com lesão a coletividade. (BADARÓ, 2012, p.47 -49)

O conceito de ordem econômica como objeto da tutela jurídica se revela na forma estrita pela intervenção do Estado na economia e de forma ampla como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Importando para efeito de proteção penal a ordem econômica *lato sensu* que significa a ordem econômica do Estado intervindo na economia, na organização, no desenvolvimento e na conservação de bens econômicos, assim como na sua produção, circulação, distribuição e consumo.

Esse conceito de ordem econômica acaba por abarcar as ordens tributária, financeira monetária e a relação de consumo, constituindo assim um bem jurídico supra-individual, genericamente considerado, não excluindo, contudo a proteção aos interesses individuais.

O texto constitucional de 1988 dos artigos 170 a 181 disciplina a ordem econômica e financeira, formando parte da denominada Constituição Econômica, onde se encontram ancorados os pressupostos constitucionais dos bens jurídicos que devem ser tutelados pela lei penal. (PRADO, 2004, p.27-33)

A perspectiva para análise de qual seria o bem jurídico tutelado perpassa justamente na Constituição, que impõe um sentido de como deverá se organizar a economia em nosso país, estabelecendo suas diretrizes e princípios. Tratando-se a Ordem Econômica de valor Constitucional, devendo então ser protegida como um bem jurídico de grande importância, utilizando-se para isto, de todo o instrumental jurídico

para necessário a sua proteção, inclusive da *ultima ratio* representada pelo direito penal (COELHO, 2005, p.127-129).

Os bens jurídicos caracterizam-se por serem entes que o legislador considerou relevantes para o direito, a ponto de expressá-los em uma norma jurídica.

O legislador penal ao tutelar através da norma uma conduta, pune sua violação com uma pena. A pena decorre da prática de uma conduta típica que é a lesão ao bem jurídico descrito na norma penal. (ZAFFARONI, 2009, p. 398)

### 3.2 O BEM JURIDICO TUTELADO PELA LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS

O bem jurídico penalmente tutelado é aquele essencial ao indivíduo e a comunidade, imputando-se pena pela lesão destes bens, valores e interesses mais significativos da sociedade e por serem extremamente valiosos, merecem a tutela do Direito Penal, já que os demais ramos do direito não foram suficientes para protegê-los.

Como bem adverte Passos, a Política criminal, vem tutelar certos bens que possuam extrema relevância, a ponto de merecer a *ultima ratio* das tutelas funcionando também como limite ao *ius puniendi* do Estado (PASSOS, 2011, p. 98).

Reconhece-se, entretanto, que a seleção dos bens a serem penalmente protegidos, ocorre partindo do pressuposto não de seu valor econômico, mas político, pois a sociedade evolui e bens que outrora mereciam a tutela penal, hoje já não mais gozam deste *status*. A seleção legislativa, dos bens relevantes ao direito penal, deve ter como norte a Constituição Federal, seja de forma a não ferir os valores por ela abrigados como liberdade, segurança, igualdade, justiça que são indispensáveis à manutenção da sociedade ou impeça, segundo a concepção garantista, que a proteção a certos bens viole os direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana. (GRECCO, 2009, p.4-5)

A identificação do bem jurídico aqui tutelado é de suma importância dogmática, já que a depender da posição, as respostas sobre a natureza do crime, seus

elementos, abrangência do tipo e a extensão dos elementos subjetivos necessários à tipicidade serão diferentes.

Muito se discute acerca do bem jurídico lesado no crime de lavagem de capitais, é o que costuma ocorrer nos crimes que envolvem interesses difusos e coletivos para uns seria a lesão à própria administração da justiça, já que circularia no sistema financeiro nacional bens e valores ilícitos, para outros seriam lesados os bens dos tipos antecedentes e impede-se com a tipificação que o sujeito goze dos proveitos obtidos com o crime antecedente.

Há quem pense ainda, que as somas vultosas de quantia injetadas na macroeconomia e lesem o sistema econômico financeiro por criar monopólios, facilitariam a corrupção, entretanto outros afirmam que este seria um crime pluriofensivo (PASSOS, 2011, p.99-101).

A identificação do bem jurídico tutelado pela Lei de Lavagem de Capitais não encontrou ponto pacífico na doutrina, sendo os três posicionamentos mais frequentes, o primeiro tutelaria a Ordem Econômica, o segundo teriam proteção idêntica àqueles protegidos para os crimes antecedentes e terceiro protegeria a administração da justiça.

Em nível internacional também não é pacífico qual seria o bem jurídico tutelado, sendo majoritária na Itália a doutrina que o entende como lesão a administração da justiça, na Espanha entende-se que há lesão a Ordem Econômica, na Alemanha a doutrina divide-se entre os que acham que a lesão seria a administração da justiça ou ao bem jurídico tutelado pelos crimes anteriores (COELHO, 2005, p. 128).

O objeto material lesado pode ser o bem, direito ou valor proveniente do crime, no entanto o objeto jurídico lesado é complexo, envolvendo a ordem econômica, o sistema financeiro (por evasão de divisas), a ordem tributária (impedindo o recolhimento de tributos), a paz pública (instigando a formação de organizações criminosas) e a administração da justiça (NUCCI, 2010, p. 871).

A intervenção jurídica penal, como costuma ser especialmente grave, deve respeito inarredável aqueles princípios de garantia constantes na Constituição. O bem jurídico é o interesse constitucionalmente determinado pelo poder constituinte ao selecionar os interesses da sociedade e os corporificar como diretrizes básicas, que servirão de norte a edificação de tipos penais supedâneo a Constituição e aos bens jurídicos nela tutelados.

Este fenômeno de expandir a tutela penal para propiciar a tutela penal de interesses supraindividuais não é pacífico na doutrina, sofre críticas no sentido em que a massificação aguda destes delitos está pautada num intenso temor social, que redundaria numa tutela penal simbólica (CARVALHO, 2009, p. 2705-2707).

O simbolismo, identificado no normativismo monista de Jakobs, utiliza-se para justificar a pena, a desestabilização causada pela infração de uma norma, devendo então a punição (pena) servir como exemplo para os outros, de modo a desestimular certos comportamentos. Desta forma, o conceito material de bem jurídico perderia todo o sentido e função, já que no simbolismo penal extremo é o mesmo que a validade fática da norma e se encerra por buscar a prevenção geral positiva, com o objetivo de inibir comportamentos infringentes futuros (BITENCOURT, 2013, p 124-127).

Através do funcionalismo sistêmico, Jakobs afirmava que a tutela do Direito Penal tinha como finalidade a estabilidade normativa e inverte a ordem lógica, conceituando o delito e suas categorias de acordo com o fim da pena, com função geral preventiva positiva. A teoria na visão de Carvalho (2009, p. 2716) estaria errada, por descartar a teoria do bem jurídico e desconhecer que a finalidade do Direito penal seja ele individual ou supraindividual, é o homem.

Carvalho (2009, p. 2708) admite que a tutela penal de interesses difusos seja conciliável com um direito penal moderno e garantista, desde que se mantenha o respeito aos valores e princípios Constitucionais. Aqui, não se trata de proceder à tutela de meras funções, mas de autênticos bens jurídicos transindividuais e como

tal, alavanca discussões acerca do papel que deve desempenhar o direito penal econômico no combate a lavagem de capitais.

### **3.2.1 De acordo com a lesão ao bem jurídico de crime antecedente**

Se levarmos em consideração o bem jurídico lesado no crime antecedente como objeto de tutela desta norma, teremos que a primeira tentativa de âmbito internacional de demarcar legalmente o crime, foi atrelá-lo ao tráfico de drogas e, portanto o bem jurídico protegido seria a saúde pública.

Com a ampliação do rol de crimes antecedentes na segunda geração de normas de lavagem de dinheiro, além do tráfico de drogas outras infrações foram introduzidas. Desta forma, não só a saúde pública tinha sido afetada, mas todos os bens jurídicos abarcados nos crimes anteriores, como o patrimônio e a administração pública.

Já no novo regramento, não existindo um rol taxativo de infrações ou crimes antecedentes impossibilita a determinação dos bens jurídicos afetados sem estarmos à luz do caso concreto.

São muitas as críticas doutrinárias quando se determina o bem jurídico de acordo com o delito antecedente, como o fato da criminalização de um comportamento que incide sobre um bem jurídico já afetado e lesionado por um delito anterior, de forma que a punição do segundo crime, a lavagem de dinheiro, está fundada num bem jurídico já lesionado, caracterizando assim um *bis in idem*.

A tutela dos bens jurídicos contidos nos crimes antecedentes serão indiretamente protegidos pela repressão a lavagem de dinheiro, uma vez que os proventos obtidos com estes delitos após a “limpeza” não poderão ser reutilizados. (PASSOS, 2011, p.102)

Outra perspectiva é de a lei de lavagem de dinheiro não se utiliza do delito antecedente, mas teria uma perspectiva futura de evitar a utilização do dinheiro para novos crimes, inibindo a repetição de condutas similares. Posição difícil de sustentar, pois a pena se apoiaria num fato futuro e ainda não praticado pelo autor



não se coadunando com um direito penal que limita a responsabilidade ao autor do delito e certo nexó psicológico com a lesão produzida.

Do ponto de vista da política criminal esta classificação do bem jurídico também parece imprópria, pois se tenta desvincular cada vez mais a lavagem de dinheiro dando-lhe certa autonomia do delito original para evitar que a dificuldade de apuração do delito anterior contamine a persecução a reciclagem de dinheiro. Tanto nas leis estrangeiras como na nacional basta indícios da infração precedente para o recebimento de denúncia por lavagem de dinheiro.

Entender que o bem jurídico do crime de lavagem é o mesmo do delito anterior impede a criminalização da lavagem feita pelo próprio autor do crime anterior, pois recairia em *bis in idem* e puniria o agente, duas vezes pelo mesmo crime.

Outra consideração a fazer é a quebra da proporcionalidade na fixação das penas, uma vez que o crime de lavagem teria diversas penas em abstrato e estas estariam ligadas ao delito antecedente, ainda exista relação entre os crimes.

Diante de tudo quanto exposto, não parece razoável determinar o bem jurídico deste crime de acordo com o delito antecedente, pois apesar de relacionados são materialmente distintos e o crime de lavagem tem sua autonomia, o que legitima sua punição em concurso material com o crime antecedente e justifica a mesma pena para todos os crimes de lavagem. (BADARÓ, 2012, p.50-52)

Baseou-se este posicionamento, de incriminação pelo bem jurídico afetado pelo delito antecedente, no código penal espanhol que inseriu em seus preceitos no art. 546, um combate mais incisivo ao narcotráfico conferindo uma maior tutela a saúde pública, maximizando a proteção a esse bem jurídico. Em contrapartida pensar desta forma seria admitir que o delito de branqueamento de capitais carecesse de injusto próprio o que comprometeria sua autonomia conceitual e valorativa.

Seria como acolher um supertipo penal, que atuaria nas hipóteses de ineficácia do outro tipo penal, que não merece prosperar já que produziria uma confusão

valorativa, com a fusão indevida, sendo extremamente nociva a função de garantia dos bens jurídicos (CARVALHO, 2009, p.2709-2711).

### **3.2.2 A segurança interna do Estado**

O branqueamento de capitais traz riscos a própria preservação do Estado Democrático e Social de Direito, já que a inserção de proveitos ilícitos poderá trazer reflexos sócio-econômicos e até alterando indicadores que permitem o apontamento exato das políticas públicas.

Não há dúvida que as organizações criminosas menosprezam a força do Estado como mantenedor da ordem pública, enfraquecem o setor público, fomentam a economia informal e alastram a corrupção do setor público.

A maioria dos delitos, supraindividuais, influem sobremaneira na segurança do Estado e não somente a lavagem de capitais. Valendo mencionar que, nem todo crime desta natureza envolve organização criminosa e nem sempre é relevante a ponto de conduzir a insegurança interna.

De modo que, seria um exagero colocar a segurança do Estado como o bem a ser tutelado e conduziria a uma instrumentalização indevida do Direito penal, pois se valeria das conseqüências jurídicas para inibir a criminalidade organizada e sob o a desculpa de inibir um tipo de delinquência, converteria a tutela penal em Direito penal do autor (CARVALHO, 2009, p. 2711).

### **3.2.3 A Administração da Justiça**

A lavagem é entendida aqui, como um processo de mascaramento que não lesione o bem originalmente violado, mas põe em risco a própria operacionalização e credibilidade do sistema de Justiça, utilizando-se de complexas transações que passam a obstruir o seu rastreamento pelas autoridades públicas.

Aqui supera a questão da proporcionalidade das penas, pois com a lesão a administração da justiça é possível uniformizar as penas, muito embora sofra críticas

no sentido de que para ocorrer à lesão a este bem, teria que existir a intenção direta do agente de lavagem, o que normalmente não ocorre, principalmente nos casos de reciclagem voltada para o lucro (BADARÓ, 2012, p.52-54).

Com a prática da lavagem de capitais a justiça seria atingida enquanto instituição, de forma a ofender o seu prestígio e confiança.

Coelho (2005, p. 131) rechaça esta vertente doutrinária, já que a tese de proteger a administração da justiça, sob o argumento que a lei teria a função de reforçar a tentativa do Estado de punir os crimes antecedentes é fraca, na medida em que estas atividades criminosas já possuem normas específicas, regulamentando sua punibilidade e que elas, é que devem buscar a efetivação da atividade punitiva estatal.

A lavagem de capitais afeta em vários aspectos a sociedade refletindo-se numa pluralidade de substratos fáticos, cabendo ao Estado o dever e o interesse em combatê-la, de modo que cairão em descrédito, caso estas condutas não sejam reprimidas.

Protege-se o prestígio e a dignidade da tutela jurisdicional prestada pelo Estado, com a função de controlar a ordem pública e a vida em sociedade. A idéia remonta ao pensamento liberal, onde o indivíduo dá ao Estado, mediante o pagamento de tributos e a autolimitação da liberdade em prol de pautas de convivência, a incumbência delegada ao ente estatal de velar pela segurança pública (CARVALHO, 2009, p. 2707-2709).

Tigre Maia (2009, p.57) embora reconheça a pluriofensividade do delito reconhece que primordialmente se fere a administração da justiça como ofensa imediata porque comportamento ilícito viola o interesse do Estado de apurar a procedência dos bens e identificar o sujeito passivo.

### 3.2.3.1 A diferença entre a Lavagem de Capitais e o Favorecimento Real

Considerando que o crime de favorecimento real, pode levar a uma confusão com a lavagem de capitais e também lesar a administração da justiça é que breves considerações merecem se feitas. Os dois crimes têm como bem jurídico tutelado a administração da Justiça, mas existem diferenças que asseguram sua autonomia no plano da tipicidade.

Descrito no artigo 349 do Código Penal, o sujeito ativo do favorecimento real não pode ser o autor do crime antecedente, podendo chamá-lo de crime próprio enquanto o de lavagem é comum e pode ser praticado por qualquer pessoa.

No caso de favorecimento real a intenção do agente é apenas tornar seguro o proveito do crime, escondendo-o em casa ou enterrando-o no quintal, na lavagem do dinheiro há a intenção do autor em escamotear a origem daqueles valores utilizando-se para isto a ordem econômica. O objetivo é o mesmo de modo que afetam a funcionalidade da justiça, no entanto a lavagem de capitais é mais grave, tendo inclusive pena maior.

A diferença entre o crime de favorecimento e o de lavagem é justamente no fato deste ser uma forma qualificada e passível de verificação no plano objetivo (BADARÓ, 2012, p. 52-54).

Outra diferença entre o favorecimento real e a conduta de lavagem de capitais é que naquela não há proveito econômico com o crime, na reciclagem há intenção de aproveitar-se, assim como ocorre na receptação, tipo penal presente no artigo 181 do código penal. A receptação se diferencia do favorecimento real, pois aquele é lesivo ao patrimônio e não a justiça e visa o proveito econômico próprio ou de terceiro (PRADO, 2003, 768 e 1153).

Com a nova lei de lavagem de capitais admite o dolo eventual e isto não ocorre com os crimes de Receptação e Favorecimento Real.

Carvalho (2009, p. 2708) entende que a confusão se dá apenas, se levarmos em consideração a administração da justiça como único bem tutelado na lavagem de

capitais, conferindo a este crime o condão uma especialidade em relação ao favorecimento real, com uma pena muito mais grave, o que seria desproporcional e por isto defende a idéia que a administração da justiça é atingida de forma indireta pelo delito de branqueamento.

### **3.2.4 Lesão a Ordem Econômica**

O tratamento jurídico penal apresenta uma dificuldade de apreensão, resultado do tecnicismo terminológico e da relativa fluidez conceitual que a envolve, pelas variáveis político-econômica e pela instabilidade e relatividade de suas normas, dando lugar a tipos penais complexos e imprecisos.

Considera-se ordem econômica em sentido estrito a regulação jurídica da intervenção do Estado na Economia e em sentido amplo a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. E é no sentido estrito que é alçado ao patamar de bem jurídico diretamente tutelado, ainda que manifestado em determinado interesse da administração.

O conceito amplo de ordem econômica acaba por agasalhar a ordem tributária, financeira, monetária e as relações de consumo, entre outros setores sendo então um bem jurídico supraindividual, genericamente considerado, o que não impede a proteção de interesses individuais (PRADO, 2004, p. 27-28).

O Estado deve resguardar a igualdade na concorrência uma vez condutas que desequilibram a paridade das forças entre os agentes econômicos afetam a circulação de riquezas e atingem os consumidores e toda a sociedade. A livre concorrência é fundamental a vida econômica de uma sociedade e ao Estado cabe intervir seja pela exploração direta ou pelo dirigismo do rumo e nortes econômicos.

Ao Estado, no plano econômico como prevê o próprio texto Constitucional, cabe fiscalizar, incentivar e planejar tendo papel determinante no setor público e apenas indicativo ao setor privado.

A inserção de capital reciclado que entra no Estado sem passar por todas as etapas de apuração adentra sem a tributação adequada de forma que a injeção deste capital mais barato nos mercados lícitos desequilibra o tratamento entre os concorrentes e desestrutura o mercado, a concorrência e toda cadeia de consumo.

Os capitais de origem ilícita têm um custo menor para sua obtenção que os lícitos, e isto vêm a afetar a ordem financeira, a livre concorrência e a estabilidade de todo um sistema.

Vale lembrar, que nem sempre a legitimação de capitais está ligada a um ilícito antitruste ou grandes empresas que visam o lucro, muitas vezes para se tornarem mais silentes e transparentes ao poder publico, suportam reverses empresariais e encargos governamentais com o intuito de melhor diluir o capital, objetivando apenas a uma fruição transparente do capital.

Existem efeitos microeconômicos ocasionando concorrência desleal, turbando o equilíbrio de mercado com o recurso da empresa de fachada, com práticas comerciais mais agressivas e menos compassadas com os limiares da economia. A imprevisibilidade da conduta do branqueador é um verdadeiro atentado as regras da concorrência, pois como não é dotado de racionalidade investem em títulos de baixa rentabilidade e isento de controle do Estado, buscando tranqüilidade e não o lucro. Como não tem uma lógica de mercado, atenta contra a leal concorrência e assim contra o consumidor, o sistema financeiro e societário.

Badaró (2012, pág. 54 a 62) identifica como bem jurídico afetado a ordem econômica, pois os atos praticados para reciclar o dinheiro representariam um elemento de desestabilização econômica, pois os valores derivados das infrações penais e crimes seriam reinseridos na economia afetando a livre iniciativa, a livre concorrência, as relações de consumo, a transparência, o acumular e o reinvestimento do capital sem lastro mesmo em atividades licita e produtivas, turbariam a economia formal e o equilíbrio entre seus operadores.

Diversos são as recomendações de foros e institutos econômicos mundiais sobre o tema, inclusive estabelecendo sanções aos Estados que não consolidarem estes instrumentos.

Esta concepção do bem jurídico *ordem econômica*, praticamente desvincula este crime do antecedente, trazendo a ele sua autonomia e evitando assim o *bis in idem*, quando o autor dos dois crimes for o mesmo.

A lesão a este bem, também está em consonância com a nova lei de lavagem de dinheiro, que retirou o rol taxativo de crimes antecedentes, pouco importando para ela qual atividade criminosa ocorrera, já que haverá sempre prejuízos a ordem econômica. Aqui, o que está em questão é se os valores são significativos ou não para a afetação do equilíbrio econômico, não existindo desta forma diferença em relação ao tipo de crime original. A importância está no desvalor, causado pelo ingresso dos bens na economia formal e não na turbação causada pela infração que o antecedeu.

Há também críticas a esta corrente, principalmente diante do conceito impreciso de ordem econômica, que muito embora possa ser bem identificada como o conjunto de instrumentos que asseguram o funcionamento das relações de produção, distribuição, troca e consumo em determinada sociedade. O termo também não é desconhecido já que muitas vezes é citado na nossa Constituição, no artigo 109, VI e em todo o Título VII.

Há quem pense, que a entrada de capital, ainda que após um mascaramento na economia a alavanca, mas ele afeta a livre iniciativa e a livre concorrência, elementos estruturantes da ordem econômica constitucional, desequilibrando assim as forças da economia, pois coloca os atores do mercado que operam na legalidade e financiadas por dinheiro lícito em desvantagem.

Passos (2011, pág. 101) propõe com relação especificamente a lavagem de capitais, que quando se seleciona um bem a categoria de bem jurídico penal é porque o Estado entendeu ser esta uma medida útil e necessária no combate a esta prática.

Verifica-se também que sua natureza é pluriofensiva por tutelar a Administração da Justiça, já que com a incriminação dos antecedentes se impede que o sujeito goze dos ganhos com os demais, a ordem socioeconômica (com a monta em dinheiro é possível a prática de outras condutas que lesam o sistema financeiro). Sem contar a proteção individual ao bem jurídico da infração antecedente, visto que com a repressão a lavagem de capitais, tangencialmente se pune todos os antecedentes desmotivando a prática dos mesmos, uma vez que os lucros obtidos com eles não poderão ser usufruídos.

Partindo de um conceito da Ordem Econômica prevista no Título VII, da Constituição Federal, como sendo um conjunto de normas ou instituições jurídicas que realizam uma determinada ordem econômica no sentido concreto, regulando os limites de atuação do estado e do setor privado no domínio econômico. Além de seu valor constitucional, tem a finalidade de garantir a existência digna das pessoas, conforme os ditames da justiça social, impondo então, a capacidade legítima de auferir a tutela penal, alçando a dignidade de um bem jurídico penal.

O artigo 192 da Carta Magna, em seu caput faz referência a promoção ao desenvolvimento econômico equilibrado e servir aos interesses da coletividade, demonstrando a importância do sistema financeiro para o país e por ter valor constitucional, também merece a tutela penal enquanto bem jurídico.

O mecanismo de lavagem de dinheiro coloca em perigo a livre concorrência e o sistema de livre mercado, pois empresas que lavam dinheiro encontram-se em posição de superioridade em relação aquelas que só se utilizam do dinheiro lícito para o desenvolvimento de sua atividade econômica. No entanto, deve-se ter o cuidado de analisar o caso concreto, principalmente após a retirada do rol exaustivo de crimes antecedentes, pois condutas tipificadas como crime de lavagem de capitais, lesariam apenas a órbita individual de determinadas pessoas e não a ordem econômica propriamente dita. (COELHO, 2005, p.130)

### 3.3) POSICIONAMENTO



Para Badaró (2012, p.61) ser o bem jurídico antecedente o identificador do bem jurídico afetado, não merece acolhida e também tratá-lo como lesão a ordem econômica também não parece o mais correto já que, mesmo não ocorrendo prejuízos a ordem econômica há prejuízos a administração da justiça.

Para este doutrinador o bem jurídico nuclear da norma da lavagem de dinheiro é a administração da justiça, não devendo ser considerado pluriofensivo, porque na maior parte das vezes se constate também a lesão na ordem econômica, só assim poderemos extrair conseqüências hermenêuticas capazes de orientar o interprete de forma coerente.

Partindo do prisma de lesão a administração da justiça há o exemplo da compra de um barco com dinheiro ilícito para uso particular pelo preço de mercado, desta forma não houve lesão ao bem jurídico ordem econômica, mas mesmo assim é crime de lavagem de capitais, uma vez que obstrui o regular funcionamento da justiça. Por vezes, impossibilita, até mesmo, que o estado descubra a materialidade e autoria dos delitos precedentes.

Badaró (2012, p.61-63) critica a idéia da lei e das diretrizes internacionais sobre o tema, que dele se utiliza para suprir suas necessidades de investigar os crimes antecedentes e rastrear o seu produto. O direito penal caminha para se tornar um mero instrumento de reforço dos mecanismos de organização da administração pública, com o bem jurídico se afastando de seu referencial antropocêntrico, passando a abrigar meras funcionalidades sistêmicas.

Outra ressalva feita pelo mesmo autor é que além do afastamento do bem jurídico do referencial humano, houve um exagero na reprimenda de três a dez anos e multa, já que não guarda proporcionalidade e a pena prevista ao crime mais próximo que é o favorecimento real não passa de um ano, na pior das hipóteses.

Considerou ainda que, a norma penal neste caso tem o objetivo de suprir a inoperância estatal diante da sofisticação da criminalidade atual e não proteger a liberdade humana.

Por sua vez Coelho (2005, p.130-132), assim como a maior parte da doutrina pátria, adota um posicionamento a favor de lesão a ordem econômico-financeira, baseada na penetração no sistema financeiro de capital “lavado”, suprimindo a concorrência em qualquer setor da economia, destacado pela facilidade do seu ingresso e desprovido da incidência de tributos, colocando-se desta forma em posição mais vantajosa, que a da concorrência. Podendo contribuir não só com a desestabilização da concorrência, afetando o sistema financeiro e gerando ainda que indiretamente, uma dependência econômica que pode ser indesejável para o Estado.

A Colômbia é o exemplo mais claro de como uma determinada economia ou sistema financeiro, pode se tornar dependente de dinheiro de origem ilícita, proveniente do narcotráfico, para desenvolver suas atividades produtivas.

Considerando as opiniões doutrinárias divergentes e que estão distantes de serem unânimes acerca do tema, a posição adotada por Passos (2011, p.98-105) é de que o crime teria um caráter pluriofensivo.

Destacando a lesão a administração da justiça, por dificultar a punição do sujeito pelo crime antecedente, ao apagar os rastros da origem do dinheiro.

Fere-se a ordem sócio econômica, pela reinserção do dinheiro com aparência limpa no mercado, tanto de forma macro pelo montante envolvido, quanto pelo fato de afetar a livre concorrência.

Sendo evidente também, para aqueles que acreditam ser este tipo penal mais uma forma enviesada de alcançar os delitos antecedentes, lesão ao bem jurídico tutelado para o crime antecedente.

Não há que se falar, contudo, que o fato de não termos mais o rol exaustivo dos delitos antecedentes retiraria o caráter de lesão aos bens jurídicos por eles tutelados, deixando-os apenas para serem analisados em momento posterior e a luz do caso concreto.

Oliveira (1998, p.117) em posicionamento a favor da pluralidade ofensiva na atividade criminosa que visa reciclar capitais ilícitos, visto que uma série de interesses inclusive individuais podem ser atingidos por este tipo de criminalidade. Destaca ainda a evidente múltipla ofensividade, pois a norma está vocacionada a atender interesses globais ou metaindividuais relativos a uma normal ordem econômico-financeira.

O mesmo autor considera a ordem econômica lesada na medida em que ao participar da normal vida econômica, com o fim de “depurar” o proveito do crime, a organização criminal injeta capital no comércio, indústria, agenciamento ou intermediação. Desta forma, é criada uma competição desleal e um profundo desconhecimento da realidade de mercado e que ao final produzirá um efeito nefasto sobre as bases da economia, comprometendo a estabilidade econômica.

O bem jurídico ordem econômica é autônomo e independente, porém de características coletivas. Ao reconhecer que interesses individuais também podem ser atingidos, pode-se verificar a luz do caso concreto que determinada conduta por ter baixa lesividade ao sistema econômico financeiro pode afetar apenas as órbitas individuais e menos genéricas, requerendo um menor espectro de proteção (OLIVEIRA, 1998, p.117-119).

Carvalho (2009, p.2715-2719) também acredita na pluriofensividade do delito, demonstra lesão à ordem socioeconômica, pois a irregular injeção de capital no mercado lícito acarreta serias conseqüências a circulação de riquezas lícitas, dificultando o rearranjo interno da intervenção estatal, dificultando então o dirigismo estatal sobre a ordem sócio econômica, sendo efeitos macroeconômicos. Ferindo inclusive a micro economia que é a mais sensível, pois atravanca o crescimento interno e atinge a formulação de políticas econômicas, já que desestabiliza a economia local, por atingir a livre concorrência.

Atinge a justiça, pois o mascaramento dos proveitos ofusca o interesse estatal em desvelar a fonte de onde emanam os bens de procedência indevida.

No entanto, este autor reconhece que o bem jurídico predominantemente ofendido é a ordem socioeconômica, pois o influxo de capitais injetados na economia legal traz conseqüências tanto macroeconômicas quanto microeconômicas.

#### 4 A EFETIVIDADE

Ao tratarmos de efetividade de uma norma temos antes que discorrer sobre a eficácia. A eficácia é o atributo normativo que se relaciona com a produção concreta de efeitos, por ter condições técnico-normativos exigíveis para sua aplicação ou por estarem presentes as condições fáticas necessárias a sua observância, espontânea ou imposta.

A eficácia é vislumbrada de uma perspectiva social (efetividade) ou técnico-jurídica (aplicabilidade).

A aplicabilidade da norma ocorre quando a norma já dispõe das condições normativas necessárias para a produção de seus efeitos, não dependendo de outra norma jurídica posterior. Como exemplo de uma norma de eficácia comprometida, tomemos a Constituição brasileira: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: “(...) VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.”

Desta forma, a lei só produzirá efeitos jurídicos se outra lei, agora complementar for elaborada, não tendo até o momento aplicabilidade nenhuma, apesar de estar no texto constitucional desde 1988.

Por outro lado a efetividade de uma norma ou eficácia social é a compatibilidade normativa com os fatos sociais ou realidade circundante, de forma que só são efetivas as normas assimiladas e cumpridas concretamente pelos sujeitos de direito. Tomemos como exemplo de uma norma inefetiva, a Lei de Contravenções Penais, pois apesar do jogo do bicho em seu artigo 58 assim o tipifica-lo, é praticado e explorado por parcelas significativas da população sem qualquer sanção fática aos contraventores. (SOARES, 2011, p.38-39)

No fato jurídico devem ser consideradas três situações: a sua criação, a irradiação das conseqüências que as normas jurídicas imputa a conduta humana subjetiva e a efetivação dessas conseqüências no plano social.

A eficácia normativa define o efeito que tem a norma jurídica de juridicializar o suporte fático e desta forma, cria o fato jurídico.

A eficácia jurídica designa as conseqüências impostas pelas normas jurídicas ao fato jurídico, decorrendo então do fato jurídico.

A eficácia do direito designa a efetiva realização da norma jurídica no seio social, referindo as circunstâncias em que as conseqüências impostas pelas normas jurídicas, tornam-se realidade. De forma que, o direito eficaz é aquele em que a norma jurídica é obedecida, ao menos em um mínimo, pela comunidade jurídica respectiva. É o correspondente a efetividade do direito, que é a terminologia mais utilizada no âmbito internacional (MELLO, 2011, p. 13-15 ).

O fenômeno jurídico não é uma coisa abstrata, de pura lógica sem o objetivo de se realizar no plano concreto.

A comunidade jurídica quando ao tomar os fatos sociais, edita normas jurídicas a respeito deles, o faz com o escopo de que, a conduta por elas prevista seja adota por aqueles a quem a norma se destina. A norma jurídica é abstrata no sentido de que ela consubstancia uma hipótese que se estima a ocorrência de certa situação fática, que pode ocorrer ou não e desta forma não terá eficácia jurídica. Se o fato hipoteticamente previsto na norma jurídica ocorrer, deverá produzir conseqüências no campo do relacionamento inter-humano é o efeito ou eficácia jurídica.

Ao considerarmos a vida do homem as normas jurídicas regulam sua vida desde a sua concepção, ao preservar os direitos do nascituro, indo além da sua morte e até em fatos cotidianos como tomar um ônibus, sair livremente de casa, plantar uma árvore, consumir um cigarro, tem sempre um conteúdo jurídico nos levando a afirmar que mais se cumprem, do que se descumprem as normas jurídicas.

As normas jurídicas são feitas para serem cumpridas, mas como é imposta pela comunidade ao homem é possível e comum o seu descumprimento. No entanto, a conduta individual que infringe o direito não retira a legitimidade de suas normas,

desde que o grupo social como um todo, as aceite e as imponha pelos meios e instrumentos que cria para assegurá-las, utilizando-se inclusive da força e atendam aos pressupostos gerais de legitimidade.

A expressão efetividade da norma jurídica é a situação na qual a comunidade se comporta de acordo com o modelo de conduta traçado pela norma jurídica, sendo aceita e aplicada por seus destinatários.

Alguns juristas como Kelsen e Bobbio usam o termo eficácia da norma, no entanto como a expressão gera confusão com outros vocábulos, como eficácia normativa e eficácia jurídica, prefere-se o termo efetividade no mesmo sentido que vem largamente sendo utilizado no âmbito internacional. (MELLO, 2008, p. 12-14)

#### 4.1 A EFETIVIDADE DA LEI PENAL

Luiz Flávio Gomes (2012, p.01) em artigo destaca que o discurso de repressão e punição do delito de reciclagem de dinheiro está na pauta do dia desde 1994 com a Conferencia mundial da ONU (Organização das Nações Unidas), diversas medidas vem sendo pactuadas, mas o discurso não se traduz em efetividade.

Neste quesito o Brasil vem sendo acompanhado de perto pelo GAFI, e está na primeira avaliação de suas recomendações e só não foi rebaixado à situação de nações que não adotam o sistema anti-lavagem de capitais porque editou a Nova Lei em 2012.

Os pontos cruciais tocados foram a falta de efetividade da justiça penal e medidas de prevenção, e ainda a falta de criminalização do terrorismo.

Os relatórios do Ministério Público Federal comprovam que as condenações são raras, a exemplo de no ano de 2011 em que no Rio de Janeiro das 283 denúncias, não houve um condenado sequer.

Os números são convergentes aos do CNJ que em 2011 verificaram que 207 pessoas foram condenadas no Brasil por lavagem de dinheiro e corrupção e neste mesmo ano 1,3 milhões de operações foram consideradas suspeitas pelo COAF.

Verifica-se com isto que o sistema penal rigoroso no Brasil, recai sobre aqueles que cometem crimes violentos e sobre os criminosos perigosos, que são os marginalizados e de classe baixa, deixando impunes os poderosos, mantidos em seus privilégios.

#### 4.2 A NOVA LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS E A EFETIVIDADE

Desde a convenção de Viena em 1988, que foi o primeiro texto internacional que indicou aos países a criminalização da conduta considerada lavagem de capitais, como uma resposta da comunidade internacional ao tráfico de drogas e a sua ligação com o crime organizado que os países signatários se comprometeram a legislar e tipificar o crime. O Brasil demorou a editar sua Lei, o que só veio a ocorrer em 1998, pois á época era pouco atraente para a lavagem de dinheiro.

Diversos são os organismos internacionais preocupados com o tema, entre eles destaca-se o GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional), criado em 1989 pelos países membros do G7, com o propósito de desenvolver e promover uma resposta internacional para o combate à lavagem de dinheiro. Reconhecida amplamente em todo o mundo, existem 40 recomendações do GAFI, que são princípios a serem seguidos pelos países no combate a lavagem de capitais. Eles representam princípios básicos, um mínimo existencial a ser seguido, de forma a orientar as diversas legislações pelo mundo.

Rodolfo Tigre Maia (1999, p.53-54) aponta, baseado na Lei de 1998, as finalidades de se implementar um mecanismo eficaz de prevenção e repressão ao crime de lavagem de dinheiro, naquilo que seriam consideradas imediatas: que seria a identificação da origem de determinados proveitos de forma a individualizar os autores e puni-los, inviabilizar a fruição destes proveitos através do seu confisco, dar condições aos órgão estatais de alcançar estes objetivos. Em finalidades mediatas



seria o desestímulo a prática do crime, evitar as consequências indesejadas de sua prática e restaurar os danos causados aos particulares ou pessoas jurídicas, vítimas daqueles crimes.

A nova Lei de lavagem de capitais foi também fruto de um relatório produzido pelo GAFI em junho de 2011, que criticava as falhas da legislação anterior que resultava na inefetividade da Lei vigente até 2012. Entre as críticas apontadas haviam poucas condenações finais por lavagem de dinheiro, problemas sistêmicos judiciais que dificultavam estas condenações finais, variedade de crimes antecedentes pequena, falta de responsabilização civil ou administrativa das pessoas jurídicas pelo crime, número de confiscos baixo, entre outros. (SAADI, 2012, p.07)

Em dados disponibilizados pelo Ministério Público Federal em 2013, que mostra o número de ações penais referentes aos anos de 2010, 2011 e 2012 só servem para reforçar a inocuidade da atual da lei, ao tomar o ano de 2012, por exemplo, só ocorreu em todo o Brasil 92 ações penais por lavagem de capitais, decorrente de 358 inquéritos policiais.

Não resta dúvida, que a nova lei possui sua aplicabilidade, já que não deixou em aberto regulamentação *a posteriori* a cargo de outra lei, no entanto cabe-nos discutir aqui, se apesar de todo o esforço, ela será de fato eficaz no seio social.

Houve um endurecimento penal da nova lei com relação à anterior, não só do ponto de vista da exclusão do rol taxativo dos crimes precedentes, como também em outros aspectos inclusive processuais.

Restando saber, se estas medidas realmente assegurarão maior efetividade à lei, que não se confunde com aplicabilidade, já que as normas de forma técnica e com tentativa de maior abrangência do crime já foram postas, se serão realmente obedecidas a ponto de seus reflexos serem sentidos no seio social. (TEBET, 2012, p.19)

Para Passos, (2011, p. 97) existe um simbolismo envolto no combate a lavagem de capitais, posto que partiria de uma falsa aparência de efetividade e instrumentalidade da norma, com o Direito Penal Simbólico mascarando através do endurecimento da norma as reais funções latentes da mesma, para satisfazer as demandas de atuação, mostrando um Estado forte, mas que na verdade serviria de base para que não haja punições, deixando assim desprotegida a sociedade.

#### 4.2.1 A ABOLIÇÃO DO ROL TAXATIVO DE DELITOS ANTERIORES E A EFETIVIDADE

Como crime parasitário, a lavagem de dinheiro depende agora não mais daqueles crimes antecedentes taxativamente listados na Lei de 1998, mas de qualquer infração penal antecedente para a sua configuração (BELLOTO, MADRUGA, TOSI, 2012, p.15).

Apesar da evidencia de crime parasitário, isto é, daquele que necessita de existência de crime anterior como antecedente lógico incontornável, para sua ocorrência aos moldes do que ocorre na receptação e no favorecimento real, é um crime autônomo.

Oliveira (1998, p.120) os denomina de tipos “diferidos” ou “remetidos”, pois mencionam crimes anteriores ou precedentes, dependendo destes para a sua conformação e adequação típica.

No aspecto processual penal o crime de lavagem de capitais independe do crime anterior pelo principio da independência ou autonomia. Basta a razoável certeza do crime anterior, do qual se originou o bem reciclado, para ser considerada a lavagem, mesmo sendo inimputável o autor do crime precedente ou ignorada sua autoria, existirá o delito.

Esta também é a interpretação jurisprudencial conforme se observa em decisão do STJ, através do HC 207.936MG, em ementa:

Lavagem de capitais (artigo 1º, 4º, da lei 9.613/1998). Paciente acusado também pelos crimes antecedentes, praticados contra o sistema financeiro nacional. Posterior extinção da punibilidade pela prescrição no que se refere aos referidos delitos. Alegada impossibilidade de se provar que o réu teria

auferido recursos provenientes de atividades ilícitas. Autonomia do delito de lavagem de dinheiro. Crimes anteriores imputados a vários corréus. Existência de indícios de que o paciente tinha conhecimento da ilicitude dos valores e bens cuja origem e propriedade foram ocultadas e dissimuladas. Atipicidade da lavagem de dinheiro não caracterizada. Legalidade da manutenção da ação penal. Ordem denegada.

As críticas a antiga Lei foram muitas, principalmente na técnica de formular os crimes antecedentes em lista fechada e por não ter elencado entre aqueles descritos os crimes tributários, que na prática inúmeras investigações conectam esses delitos a lavagem de dinheiro (MORAIS, 2005, p.6).

Em artigo contemporâneo a primeira Lei brasileira que tratava do branqueamento de dinheiro, Oliveira (1998, p.124) previa no aparente garantismo que o rol taxativo propunha a existência de futuros problemas com existência de um *numerus clausus* de delitos precedentes. Desta forma, o legislador deveria estar atento aos novos acontecimentos delitivos, pois ao surgir novas formas de criminalidade ele deveriam ser ampliado e na contramão deveria se encolher caso algum delito deixasse de ser considerado crime, e á época já discutia a questão do terrorismo, não tipificado especificamente em 1998 e que perdura até os dias atuais.

As chamadas gerações legislativas marcam a conformação que a própria lavagem de capitais tomou ao longo dos anos, preocupando-se a principio com trafico ilícito de entorpecentes, depois abarcando um rol taxativo de crimes precedentes, como dispôs o legislador brasileiro ao promulgar a Lei 9613 de 1998, em seu artigo primeiro.

No inciso I, o crime antecedente previsto era o tráfico ilícito de substancias entorpecentes ou drogas afins, aparecendo o terrorismo e seu financiamento no seguinte, embora ainda inexista tipo penal que corresponda na legislação pátria.

O terrorismo embora seja tratado a Constituição Federal como hediondo de caráter inafiançável e insusceptível de graça ou anistia, não há na legislação penal tipificação delineada de forma suficiente, havendo apenas alusões na Lei 7170

(Crimes Contra a Segurança Nacional) e na Lei de Crimes Hediondos (OLIVEIRA, 1998, p.122-123).

No dispositivo legal antecedente e ainda no atual no tocante ao terrorismo, como um crime precedente, considerando o princípio da reserva legal e a inexistência de um tipo penal com este *nomem juri* é ineficiente, pois ainda não existe no Brasil tipificação para tal ato e mesmo que haja lavagem no Brasil de proveito decorrente de ato terrorista praticado no exterior, tal conduta será atípica no Brasil, portanto inexistente crime antecedente e não se caracteriza a lavagem (MAIA, 1999, p.68-80).

O contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção, encontravam-se previstos no inciso III, no inciso IV previa a extorsão mediante seqüestro, o inciso V vislumbrava os crimes contra a Administração Pública, o inciso VI tratava de crimes contra o sistema financeiro, no VII estava previsto os crimes praticados por organizações criminosas e por fim o inciso VIII previa os crimes praticados contra a administração pública estrangeira.

De modo que a lei abarcava infrações graves como previa a convenção de Palermo e que seriam graves, aquela com pena superior a quatro anos (LIMA, 2011, p. 03).

No entanto, não há de se olvidar que determinadas condutas criminosas passíveis de lavagem de capitais, não foram tratadas na lei anterior e assim só seriam consideradas se cometidas por organização criminosa, o que fragilizava o sistema e obrigava o Ministério Público a fazer divagações na tentativa de enquadrar certos crimes neste tipo de organização, a fim de conseguir a adequada persecução penal (SAADI, 2012, p.07).

Deste modo, para Aras (2012, p. 05-06) a supressão da lista fechada de crimes anteriores, tornam superadas as discussões semelhantes às travadas no HC 96007/SP em que o STF decidiu não ser possível imputar o crime de branqueamento, se o delito anterior não estivesse naquele rol de precedentes da Lei de 1998, como disposto num trecho deste Habeas Corpus:

(...) em que lhes é imputada a suposta prática do delito tipificado no artigo 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98 - lavagem de dinheiro e ocultação de bens, por meio de organização criminosa. Sustenta a atipicidade da conduta, porque, consoante a legislação brasileira, o enquadramento como lavagem de dinheiro não dispensaria a ocorrência de crime antecedente. Aduz, também, ser atípica a acusação relativa à organização criminosa, que não encontraria definição nas Leis nºs 9.034/95 e 9.613/98. em que lhes é imputada a suposta prática do delito tipificado no artigo 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98 - lavagem de dinheiro e ocultação de bens, por meio de organização criminosa. Sustenta a atipicidade da conduta, porque, consoante a legislação brasileira, o enquadramento como lavagem de dinheiro não dispensaria a ocorrência de crime antecedente. Aduz, também, ser atípica a acusação relativa à organização criminosa, que não encontraria definição nas Leis nº 9.034/95 e 9.613/98.

Na visão deste mesmo autor, para não haver divergências sobre o conceito de organização criminosa deveria ser utilizado o do artigo 2º da Convenção de Palermo para conferir segurança jurídica a esta regra, já que embora tenha sido suprimido do artigo 1 na Lei 12683/12 o inciso VII, ele continua figurando no parágrafo 4º, como a causa especial de aumento de pena.

Para Foppel (2011, p.59-60) não há na legislação pátria definição do que seria organização criminosa, não tem figura típica associada, não considera a Convenção de Palermo suficiente para o crime, já que não há Lei Complementar concluindo pela atipicidade do crime antecedente.

Isto porque, em 1998 o legislador optou por esta lista fechada e taxativa, apesar da época já existirem legislações em alguns países contemplando um rol aberto de crimes precedentes. A opção legislativa foi explicada em diversos itens da Exposição de motivos número 692 de 18/12/1996. O item 26, do referido texto, chega a explicar o que seria a taxatividade, para evitar uma interpretação mais ampla a ponto de pensar num rol exemplificativo para os crimes precedentes. Conforme veremos no dispositivo:

26. Com o objetivo de reduzir ao máximo as hipóteses dos tipos penais abertos, o sistema positivo deve completar-se com o chamado princípio da taxatividade. A doutrina esclarece que, enquanto o princípio da reserva legal se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade deve presidir a formulação técnica da lei penal. Indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na

determinação dos tipos legais, a fim de se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido. (Cf. Fernando Mantovani, *Diritto penale - Parte generale*, ed. Cedam, Pádua, 1979, p. 93 e s.)

O término do rol de crimes antecedentes, na verdade alinham-se as legislações mais modernas e aos padrões recomendados pelo GAFI, que exclui a lista fechada de antecedentes criminais previstos na Lei anterior, passando no art. 1 da Lei 12683/2012 a descrever qualquer infração penal, seja ele crime ou contravenção ser considerado como antecedente. (SAADI, 2012, p.07)

Existem correntes doutrinárias que apregoam, que esta retirada do rol de crimes antecedentes foi excessiva e desnecessária, em razão das figuras típicas existentes na Lei 9613/1998, o que remete a concordância e a revisitação da Exposição de motivos número 692 de 18/12/1996: “ 22. Assim, o projeto reserva o novo tipo penal a condutas relativas a bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais.”

O legislador chegou á época, ao ponto de tecer detalhes motivando a sua opção, quanto a não concordância com o conceito aberto de crimes antecedentes e as conseqüências que poderiam trazer o excesso de criminalização da conduta, com o risco de vulgarização do crime, a exemplo de um furto simples figurar como antecedente do crime de lavagem.

Para Tebet (2012, p.18-19) há uma criminalização em excesso e a utilização de figuras delitivas de menor gravidade, irá aumentar as estatísticas em condenação por lavagem e desta forma, dará efetividade simbólica a nova Lei de lavagem de capitais, elevando o percentual, considerado insignificante pelas autoridades.

De outro modo, o legislador pode ter como real motivo a inclusão das contravenções penais, como os jogos de azar e loterias não autorizadas, como figuras antecedentes a lavagem, por isto da escolha do termo infrações penais e não mais os crimes. Objetivo este, que poderia ser atingido em reformas da própria figura penal tratada nas contravenções.

A nova Lei viola em certos casos a proporcionalidade e não atingiu o devido grau de análise e reflexão da comunidade jurídica quanto a sua aplicabilidade, pertinência e constitucionalidade.

No mesmo sentido Tebet (2012, P.18-19) pondera que há a demonstração da desproporcionalidade, quando se tipifica como lavagem delitos ou contravenções menores, punindo com a mesma pena mínima de três anos o traficante de drogas que dissimula seu capital ilícito e organizador de bingo ou quermesse que oculta seus rendimentos.

Melhor seria se, para ser considerado crime antecedente, houvesse uma pena mínima a ele imputada para assim determinar-lhe uma gravidade, e desta forma merecer o status para que o crime de lavagem lhe fosse acessório (AUTORIA DESCONHECIDA, 2012, p.01).

Tebet (2012, p.19) acredita que a retirada do rol fechado de antecedentes tinha o escopo de incluir as contravenções penais como os jogos de azar e as loterias não autorizadas como crimes antecedentes, para que transversalmente se pudesse atingir esta parcela da população, mas que acabou a atingindo outros crimes de menor importância que terão uma sanção desproporcional e excessiva para os fins que se propõe.

Considera-se a supressão da lista exaustiva uma medida excessiva para Bottino (2012, p.02), ao colocar as contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo passíveis de serem crimes antecedentes, consideradas de menor lesividade e por isto terem penas menores.

É desarrazoada, no sentido em que, aquele que promover um jogo de azar estará sujeito a uma pena mais severa pela lavagem de capitais (três a dez anos) do que pelo próprio crime que se quer coibir (jogo de azar, pena de três meses a um ano e multa). Poderia se atingir o jogo do bicho por outra via como torná-lo um crime, ao invés de sobrecarregar o sistema penal com condutas de pouca gravidade.

Na visão de Bottino (2012, p.02) o legislador se afastou sobremaneira da convenção de Palermo, que demanda crimes antecedentes aqueles com alguma gravidade, cujo padrão foi considerar os crimes com pena mínima não inferior a quatro anos.

No mesmo sentido de apontar alguma críticas a extinção do rol taxativo de crimes antecedentes, mas sem perder de vista que a Lei agora vigente foi editada baseada do PLS 209/2003, ou seja, com quase um decênio tramitando junto ao poder legislativo, havendo lapso temporal suficiente para que nenhum dos agentes interessados em dar efetividade a esses preceitos se diga surpreso. Sendo de opinião comum que a legislação de terceira geração publicada em 2012, não foi fruto de meros retoques ou pinceladas oportunistas de algum legislador desconhecedor da política criminal relacionada ao crime transnacional.

Segundo Rios (2012, p.04) esta busca de homogeneidade legislativa, com os diplomas internacionais, traz algumas conseqüências negativas, detectadas no risco de vulgarização, apenando a lavagem com punição superior ao do crime antecedente, o que é desproporcional. A repercussão imediata é o desvio de esforços que sempre primaram na prevenção e na persecução dirigida aos crimes mais graves. Percebe-se erro em nivelar o crime de tráfico de entorpecentes, a mera irregularidade tributária, passível de regularização administrativa com efeitos extintivos de punibilidade, cuja prioridade dos bens jurídicos tutelados no delito tributário é a arrecadação. Ao punir condutas menos graves, o legislador fere os princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima.

#### 4.1.2.1) A criminalização da sonegação fiscal

Merece especial atenção a inclusão do crime tributário como antecedente, pois muitas controvérsias se formaram. O crime não estava incluído entre os delitos precedentes na antiga lei e o legislador á época fez questão de fundamentar sua decisão na exposição de motivos para a Lei 9813/1998. A sua não inclusão foi determinada pela inexistência de aumento patrimonial do agente, por isto excluiu-se a sonegação fiscal, já que não agrega valores novos. A manutenção do patrimônio já



existente, baseada numa origem licita de recursos, pelo não cumprimento da obrigação fiscal.

Em contrário senso, se verificou que inevitável seria a inclusão da sonegação fiscal neste rol de precedentes, embora as pressões para a não incriminação da sonegação fiscais fossem grandes, já que envolvia interesses de bancos multinacionais que tinha metade de seus depósitos originários da evasão fiscal, a necessidade do controle financeiro do terrorismo acabaria por colocar os crimes contra a ordem tributária como antecedente. Não se justificando a não incriminação por restar bis in idem, pois a mesma ocorreria com os outros crimes antecedentes, pela existência de crimes tributários que aumentam o patrimônio e a própria cumulação de importâncias não pagas permite ganhos e aumento patrimonial, o subfaturamento ou o superfaturamento em importações e exportações, é uma forma de ocultação e a conversão em ativos ilícitos.

A ofensa a ordem econômica, não deriva apenas da atividade econômica legal utilizando-se de proveitos de atividades criminosas e ilícitas, mas também da atividade criminosa de operadores econômicos “legais”. A evasão fiscal pode construir bolsões de riqueza ilegal, capazes de perturbar a ordem econômica e distinguir o que é capital licito do ilícito proveniente da atividade criminal comum é estreito. (CASTILHO, 2004, 46-57).

A retirada da taxatividade do rol de antecedentes criminais, na nova lei de lavagem de dinheiro gera diversas discussões, uma vez que há correntes a favor como a posição de Aras (2011, p.3) que considera que o desaparecimento dos incisos da Lei 9613/98 que exauria os crimes precedentes, bastando apenas que haja um delito produtor que irá gerar os ativos ilícitos, não sendo necessário ser crime como nos casos das infrações.

A antiga lei de lavagem de dinheiro prestigiou os crimes mais graves para elencar como antecedentes, mas alguns deles sequer tinham sido tipificados no código penal como o caso do terrorismo e organização criminosa, surgindo um problema para o direito penal pautado no princípio da legalidade, extraído do código penal em

seu primeiro artigo e também de acordo com o art. 5, da CF/88 que destaca: “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

Os crimes elencados na Lei 9613/98 como o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes; terrorismo; contrabando ou tráfico de armas, munições, ou material destinado a sua produção; extorsão mediante sequestro; crimes contra a Administração Pública, crimes contra o sistema financeiro, organização criminosa; corrupção ativa em transação comercial internacional e tráfico de influência em transação comercial internacional que são crimes de uma gravidade maior, foram suprimidos na forma descrita e ampliados de forma que é admitido na nova lei qualquer delito produtor como precedente.

Tebet (2012, p.19) vem à contra senso do que propõe a nova lei, por considerá-la excessiva na medida em que o rol existente na Lei de 1998, apesar das discussões envolvidas tutelava o bem jurídico a ser protegido, sem gerar distorções. Na própria exposição de motivos da lei anterior (exposição de motivos EM 692/MJ, 1996, item 24) o legislador considerava a retirada do rol uma massificação de crimes, como no caso de alguém que praticasse um furto e que para ocultar o crime comprasse um relógio, seria tipificado no crime de lavagem e se utilizaria de um aparato policial e judicial sem necessidade, abarrotando um sistema já deficiente, com situações de menor importância.

A opinião expressa em Badaró (2012, p. 81) considera que, apesar de coerente com a idéia de proteger a administração da justiça, o abandono do antigo modelo de moldura penal e dispor de que qualquer infração seja ela crime ou contravenção possa ser antecedente foi além do razoável.

O sistema aberto de antecedentes impõe que, independente da gravidade da infração precedente houve lesão a administração da justiça, mas a estrutura criada na nova lei foi pesada demais, pois furtos ou contravenções simples, como a organização de uma rifa, será enviada as varas especializadas contribuindo com o acúmulo de processos nestas unidades.

Outro ponto relevante para se analisar é a fixação dos efeitos da nova lei penal no tempo. Parte da doutrina entende que o crime de lavagem de capitais são delitos de natureza permanente, em especial no que se refere a ocultar, com sua consumação protraída no tempo. Segundo este entendimento a nova lei incidirá sobre condutas de ocultação, ainda que os bens escamoteados tenham origem em delitos que na época de sua prática não integrava, o rol de antecedentes.

Na visão de Bottini (2012, p.02) é crime instantâneo, mesmo na forma de ocultação e o delito se consuma no momento do mascaramento, e a permanência do escamoteamento é consequência do ato inicial, sem nova conduta lesiva, então a ocultação pretérita de bens por aquele que praticou crime fiscal, que não figurava no rol de antecedentes antes da vigência da nova lei, não caracterizava a prática de lavagem, mesmo que os bens permaneçam ocultos sobre o novo marco legal.

Para Aras (2012, p.05) o novo enquadramento dos crimes fiscais, foi expressamente incluídos na lista mínima de infrações penais antecedentes exigidos pelo GAFI, em sua Recomendação 3. Desta forma, caso a sonegação fiscal fraudulenta seja extinta pelo pagamento do tributo, ainda assim se configurará a reciclagem pela autonomia típica, seguindo o modelo da receptação que também é processualmente destacada da infração penal antecedente e nem mesmo a Súmula Vinculante 24, impede a acusação por lavagem de dinheiro decorrente de sonegação fiscal.

Cordero (2011, p.40-46) verifica que alguns crimes que agora se perfilam como precedentes, referindo-se a sonegação fiscal no caso da legislação espanhola, merecem uma ponderação, pois considera um *bis in idem* e sua criminalização através da lavagem de capitais deveria ser regulamentada a partir de um valor mínimo de sonegação para ser assim considerado, pois a expansão do seu raio de ação desprestigia a figura delitiva, poderá levar a trivialização da sua aplicação requerendo interferência dos tribunais superiores para limitá-lo.

#### **4.2.2 Outras formas de buscar a efetividade**

Quanto à requisição direta de dados cadastrais pelo Ministério Público, Aras (2012, p. 6-7) não considera novidade, já que a LC 75/1993 permitia ao MPU (Ministério Público da União) essa regra para a instrução de seus procedimentos cíveis ou criminais e também não detecta inconstitucionalidade, pois o que existe é o acesso a dados cadastrais de simples qualificação do suspeito, sem ferir assim sua intimidade. Pois estas informações não se confundem com interceptação de sigilo telefônico ou quebra de sigilo bancário que necessitam da autorização judicial. A inovação que traz o art. 17-B da Lei 12.683/12 é a extensão dessa situação a polícia judiciária.

Estruturalmente organizado, globalizado, hierarquizado e dotado de impessoalidade percebeu-se que a desarticulação do crime organizado, como o tráfico de drogas exigia muito mais que a prisão de seus membros, que eram facilmente substituídos por outros ou continuavam a comandar seus grupos mesmo da unidade prisional.

Isto mudou a perspectiva político criminal, percebeu-se que trazia mais impacto o confisco dos valores que mantêm operante sua estrutura, já que o dinheiro é a alma da organização criminosa. Boa parte deste capital é mascarada em atividades de aparência lícita, por isto a importância não só do aparato repressivo tradicional, mas de serviços de inteligência passando usar também dados, dossiês e relatórios que pudessem identificar o dinheiro sujo (BADARÓ, 2012, p.22).

Saadi (2012, p.07) verifica como positiva a alienação antecipada de bens, já que tem extrema utilidade prática é adequada, pois representa o menor risco de depreciação do valor do bem, possibilitando uma melhor preservação do valor real, até o fim da prestação jurisdicional. Outro ponto importante e que vem de encontro a determinações internacionais é que os bens retirados do criminoso devem ser utilizados pelo Estado para aparelhar as instituições no combate ao crime organizado.

Quanto à medida de se afastar o servidor público desde o seu indiciamento, como prevê o artigo 17 D, muito se discute se a medida é excessiva, já que o afastamento automático do servidor violaria a presunção de inocência e deixaria sem o controle

judiciário uma medida restritiva de direito muito agressiva, pois impede o servidor de exercer sua função (ARAS, 2012, p.17).

Tebet (2012, p.19) considera um retrocesso em medidas cautelares, pois na vigência da Lei anterior existia uma vedação a prisão preventiva em crimes dolosos com pena máxima inferior a quatro anos, só que com o novo dispositivo após a acumulação, dificilmente um furto ou estelionato terão pena menor com a cumulação material e essa vedação fere a razoabilidade do crime.

Ponto bastante controverso é a admissão pela nova Lei do dolo eventual, de modo que o agente pelo menos deveria saber na origem infracional do capital. Na lei anterior se exigia subjetivamente o dolo do sujeito ativo (TEBET, 2012, p.19).

É por este e outros aspectos que Sanchez (2012, p. 330-341) considera que o Direito Penal Econômico tenciona a teoria do delito, primordialmente concebido tendo como base o homicídio, verificando que no caso de organização criminosa existem verdadeiros cegos cognitivos ou no mínimo distorções cognitivas entre seus membros, imputando-lhes o dolo que é um dado psicológico num plano do “deveria saber”. Deste modo que, o Direito Penal Econômico está deixando um espaço aberto acerca do alcance do dolo típico.

Na visão de Vilardi (2012, p.17-18) não há o que se falar em dolo eventual e a retirada do verbo “que sabe” do § 2o, do Art. 1o na Lei alterada em 2012, foi equivocada, pois ninguém pratica o crime de lavagem sem aderir ao “processo”, a uma das fases, para ser configurado o delito. Deverá ser provado que o agente ao ocultar o proveito tem a intenção de reintroduzi-lo no mercado com a aparência lícita, do mesmo modo que não é crime esconder o dinheiro debaixo da cama após um roubo, que é o mero exaurimento da infração anterior. Desta mesma forma, não se pune a utilização de um dinheiro “sujo”, mas apenas aquele que tem aparência de licitude, que passou pelo processo de dissimulação e sem o qual não poderia ser considerado “lavado”.

Há mais, o agente deveria além de conhecer que se tratava de um dinheiro proveniente de infração penal deve estar ciente da aparência de licitude, pois sem isto não estaria participando do processo, mas da utilização do dinheiro sujo.

E o fato de presumir o bem originário de atividade criminosa não caracterizaria o dolo eventual, pois basta traçar um paralelo com a receptação que admite a forma culposa quando pune no artigo 180 do Código Penal: “§ 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: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996).

De modo que, o autor não considera razoável admitir por isonomia o dolo eventual onde só se verifica a culpa e o legislador não consagrou a forma culposa na lavagem de capitais.

#### 4.2.2.1 A expansão dos sujeitos obrigados: *a compliance*

Segundo Coelho (2005, p. 121) o Brasil neste contexto globalizado de benefícios, no que tange a possibilidade de absorção de novas tecnologias, acesso a novos mercados e produtos, competitividade fundada em novos padrões de interação econômica traz também o infortúnio de tornar o seu sistema financeiro mais vulnerável e sujeito ao ingresso e retirada de capitais de maneira ilícita, devido à maior facilidade e exposição do mercado brasileiro a estas atividades, mas que não se restringe a circunstância de abertura de mercado a sociedade globalizada.

É neste cenário de economia, crimes e idéias globalizadas que surgem novas formas de se ocultar e dissimular o dinheiro ilícito e a legislação não pode se esquivar de abarcar aqueles sujeitos particulares que devem junto com o Estado ter o dever de vigilância já que dentro de suas atividade podem ter proveitos passíveis de “reciclagem”, por isso nota-se a preocupação de ampliar em quinze incisos as pessoas sujeitas ao mecanismo de controle, que no novo diploma incluem-se as pessoas físicas.

Listado por Grandis (2012, p. 9) que junto à extinção de rol de delitos antecedentes e considerado um avanço da nova legislação foi à ampliação das pessoas “obrigadas” a manutenção de cadastros e a comunicação de atividades suspeitas. No caso de alguns obrigados foi tido como excessiva e em outros traz bastante polemica quanto à inclusão de certos profissionais, no que se inclui o advogado.

Para Oliveira (1998, p.129) o aspecto mais importante na prevenção aos delitos de lavagem de dinheiro é o aperfeiçoamento do sistema administrativo e dos controles financeiros. De pouco valerá a mera criação de crimes neste aspecto.

Saadi (2012, p. 07-08) considera um avanço o artigo 9 e este combate ao branqueamento de capitais a expansão dos “obrigados” que deverá ser compartilhado entre o Estado e os setores da economia mais frequentemente utilizados na prática deste crime. Considera inevitável o trânsito de recursos que querem ter aparência de licitude pelos setores regulares da economia, para que possam ser usufruídos pelos criminosos. Estes setores pela proximidade econômica que mantém com os clientes e pela capacitação específica necessária ao negócio, dispõem de maiores condições de diferenciar operações lícitas de ilícitas e a obrigatoriedade de tais setores “sensíveis” a lavagem de capitais de participarem do combate a lavagem de dinheiro trazem uma eficiência muito maior ao sistema.

Este mesmo autor considera importantes as sanções previstas para aqueles que deixam de cumprir seus deveres nos moldes do artigo 9 da Lei de lavagem de dinheiro principalmente no aumento do valor da multa para 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) já que o valor anterior de 200.000,00 dependendo da situação, era muito baixo e para determinadas empresas, valia à pena arriscar-se.

A comunicação das suspeitas deverão ser enviadas ao órgão regulador e na ausência dele ao COAF, órgão de inteligência, que acumula as funções reguladoras e fiscalizadoras. Além disso, o COAF, órgão do Ministério da Fazenda, avalia muitas das resoluções do FAFT –GAFI (Financial Task Force and Terrorism), um organismo inter governamental do qual participam 187 países empenhados em combater a lavagem de dinheiro e o terrorismo, é responsável por elaborar políticas

internacionais para combater estes crimes e faz constantes avaliações dos países participantes e o Brasil, só não foi rebaixado para um patamar daquelas “jurisdições não colaborativas” graças à mudança legislativa ocorrida em julho de 2012.

#### *4.2.2.1.1 O advogado como sujeito obrigado*

Embora não seja exatamente objeto deste trabalho, pela polemica que tem trazido serão feitas breves considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro, já que o dispositivo muito embora não mencione expressamente os profissionais da área jurídica, a Lei opta por colocar neste pólo pessoas físicas que prestem ainda que eventualmente, serviços de consultoria, assessoramento e aconselhamento de qualquer natureza nas citadas operações financeiras.

Grandis (2012, p.09-10) partindo de uma interpretação razoável não considera inconstitucional a imposição do dever de comunicação de atividade suspeita ao advogado, desde que não incida sobre aquele advogado que defenda o interesse em sede de processo penal, civil, trabalhista ou administrativo, ou da consultoria sobre específica situação jurídica relacionada a um processo judicial, no caso em que seria uma violação ao segredo profissional.

Não deve, no entanto se esquivar de dar informações aquele advogado procurado em consultoria que recai, sobre a melhor forma de ocultar ou dissimular os valores criminosamente obtidos.

Filho (2012, p14) vem no mesmo sentido quando prevê a hipótese do advogado que deixa de sê-lo e vem a ser peça de organização criminosa ou de conluio para a prática de crimes.

Diez (2012, p.11-12) fazendo um comparativo com a legislação espanhola atual, verifica-se que há certa similitude, com a brasileira neste aspecto, uma vez que se faz necessário este afinamento entre as legislações para o combate deste crime de caráter transnacional, elas são inclusive fruto de Diretrizes da Comunidade



Européia. Discorre sobre a necessidade da pessoa física “obrigada”, que no caso é o advogado, ter o devido dever de diligência, pois o Estado passa ao particular o dever de avaliar os riscos e verifica que a legislação brasileira não explicitou claramente, como fez a espanhola no seu art. 22, enumerando as situações em que os advogados não estariam obrigados a fazer comunicações ao Estado para manter o sigilo profissional, abarcado pela legislação vigente.

Filho (2012, p.13-14) verifica a necessidade de se fazer uma ponderação de bens jurídicos e o advogado tem a seu favor o sigilo profissional, garantia, não apenas do exercício profissional, mas principalmente dos eventuais envolvidos em infração penal, pois quem consulta um advogado não pode estar contando um fato a um delator, o que violaria a ampla defesa. Neste sentido, a figura do advogado não estaria vinculada na evitação do resultado pelo seu cliente, não podendo lhe ser imputado crime praticado por terceiro, ainda que saiba que o cliente cometeu ou cometerá.

Em previsão no próprio site da COAF e publicado em 30/04/2013 demonstra-se o resultado da reunião dos representantes da OAB e do COAF, para sanar as dúvidas com relação ao artigo 9, de modo que não se aplica a classe no contencioso administrativo nem judicial, nem tampouco aos honorários recebidos pela defesa do cliente, e como há órgão próprio de classe é a OAB e não o COAF, que irá regulamentar as situações que fogem ao habitual.

#### 4.3 O SIMBOLISMO PENAL

Diante da aprovação da “nova” lei de lavagem de capitais obedecendo a pressões internacionais, sem estabelecer um debate local acerca do tema, em nome de uma busca da efetividade não alcançada pelo diploma anterior é que se tece estas considerações.

A denominada legislação álibi fortifica a confiança dos cidadãos no Governo e no Estado, este é o objetivo simbólico, que não tem a função de confirmar os valores de determinados grupos, mas de produzir uma confiança no sistema político e jurídico.

Sofrendo a pressão direta do público em certas situações de grande comoção, diplomas são feitos para satisfazer a expectativa dos cidadãos, como uma forma solucionadora imediata, contrastando com sua baixa probabilidade de solucionar os problemas.

Muito conhecidas são as normas editadas em período eleitoral, sendo um este período lapso temporal curto, para que se comprove o sucesso das leis então aprovadas, não é possível estabelecer se a lei surtiu ou não efeitos social desejado, mas cumprindo o intuito de mostrar um legislador atuante.

Em pleno século XX, muito se discute sobre o papel das leis penais rigorosas, seria ela comparada a um alibi, pois o que existe não é falta de legislação tipificadora, mas dos pressupostos sócio-econômicos e políticos para a legislação em vigor.

O Estado então manipula, ilude e imuniza o sistema político contra outras alternativas, tendo uma função apenas ideológica. As massas por sua vez, ao terem a sensação de bem estar também se iludem.

Seu emprego abusivo leva a descrença no próprio sistema jurídico, que tem de um lado os enganados e do outro atores cínicos (NEVES, 2007, p. 36-41).

Para Maia (2009, p.40-65) as Leis antilavagem são um resultado da hegemonia conservadora que absorve servil e sem críticas experiências estrangeiras, pressionado por grupos “de colarinho branco” e do G7, estabelecendo uma “pressa” governamental em aprovar de forma célere e pouco transparente estes diplomas normativos, muitas vezes passando por cima do estado Democrático de Direito em nome de um combate ao crime organizado, e abandonando os princípios e garantias do direito penal.

Pitombo (2003, p. 07-23) também vem no sentido, que existem freios ao poder-dever de punir do Estado e eles são Constitucionalmente estabelecidos, pois existem parâmetros a serem obedecidos aos dispositivos penais sob influencia estrangeira, que vem estimulando o intervencionismo desmedido do Estado, ao invés de limitar o

seu *ius puniendi*, por uma suposta proteção social. Com essa globalização abre-se mão da soberania Estatal para efetivação da repressão dos delitos transnacionais.

Sanchez (1995, p.34-38) concorda que a internacionalização dos problemas, exige que as soluções também sejam globais, sem contudo afastar, o princípio da dignidade humana e as garantias fundamentais do indivíduo. Verifica também que embora sofram influencia transnacional, os diplomas não podem se distanciar da cultura e dos valores locais, sob pena de não terem efetividade.

Para Ripolles (2004, p.40) o efeito simbólico, parte do engano em que são perseguidos determinados fins, que são diferentes daqueles efetivamente perseguidos, como uma ficção de que se cumprem algumas funções, as patentes, quando na verdade as que são satisfeitas são outras, as latentes.

## 5 CONCLUSÃO

A “nova” lei de lavagem de capitais é baseada num anteprojeto de iniciativa do Senador Pedro Simon, que tramita desde 2003 e apenas alterou a Lei 9613/198, preservando grande parte de sua estrutura original. A lei vem como uma tentativa de harmonização com as legislações internacionais, considerando o caráter transnacional da lavagem de capitais, pois as dissonâncias normativas entre os países enfraqueciam a prevenção e a repressão deste crime.

Traduzindo as recomendações da COAF e os acordos internacionais que o Brasil é signatário, foram modificados alguns de seus artigos na tentativa de dar maior efetividade ao combate a este crime, que em última instância traz sérias repercussões sociais.

Das modificações realizadas, a mais impactante foi a retirada do rol fechado de antecedentes, necessários para a configuração da reciclagem de dinheiro, ampliado significativamente, incluindo também o dolo eventual como característica do crime, ampliou-se em muito o rol de sujeitos obrigados, como forma de prevenção e identificação.

De certa maneira, a manutenção de um rol taxativo e fechado de delitos precedentes, não se coaduna mais com as formas de delinquência desenvolvidas e nem as que estão por vir. A retirada desta lista fechada de crimes antecedentes foi solicitada e aguardada, desde a primeira lei específica sobre o tema. No entanto, a forma como foi editada é excessiva, pois não delimitou a gravidade mínima necessária para que fosse considerado precedente para a “reciclagem”, como já faziam alguns países com legislações ditas mais avançadas e de terceira geração.

Para incluir infrações consideradas relevantes, como o tráfico de pessoas, a sonegação fiscal e o “jogo do bicho”, deixou de impor limites aos crimes precedentes e por não delimitar um quantum de pena mínima necessária ao crime antecessor capaz de gerar a “lavagem”, desvirtua-se a função da pena em proteger o bem jurídico. Desta maneira, poderá ser punido por lavagem de capitais até aqueles que

cometeram furto simples e o proveito do mesmo se amoldou ao tipo previsto no art 1º da Lei 12.863 , ao ocultá-lo, dissimulá-lo com o intuito de torná-lo lícito.

É neste aspecto, que se questiona a verdadeira intenção da Lei e se teria apenas uma função simbólica, com objetivos latentes pouco esclarecidos. Traduzindo-se numa sensação inicial do bem estar ocasionado, ainda é cedo para revelar com clareza se houve ou não aumento da efetividade pelo endurecimento normativo, já que o COAF, ainda não disponibilizou os números de inquéritos e condenações, após a publicação da nova lei.

Atendendo a pressões internacionais, especialmente com a preocupação trazida pela expansão do terrorismo, houve um endurecimento normativo com relação ao diploma anterior. Neste quesito, o Brasil vem sendo cobrado com pressões internacionais para tipificar o terrorismo, já que não há ainda um diploma adequado para este crime.

Vislumbra-se desde já, o inconveniente de se vulgarizar este crime, que poderá formar uma lei “pega ladrão... de galinha!”, podendo abarrotar as varas especializadas com infrações com pouca relevância a ordem econômica, pelo seu pouco valor, deixando de analisar e dar mais celeridade com a punição dos grandes “lavadores” e com isto ludibriar a sociedade, com a apresentação de uma lei mais severa.

A elevação em número de condenações e investigações, poderão estar distorcidas com infrações penais e crimes de menor potencial ofensivo fazendo volume na listagem, sendo apresentados gráficos em ascensão de como relatório do COAF ao GAFI, e não representando de fato a lesão ao bem jurídico tutelado.

Fazendo um paralelo com a Lei de 1998, verifica-se que não faltou tipificação, mas falta de vontade política para se fazer cumprir a lei, objetivamente analisado em dados do COAF, que não verificou uma condenação sequer por lavagem de dinheiro no Rio de Janeiro em 2012, mesmo sendo o tráfico de drogas o delito antecedente tratado no Inciso I desta Lei.

Diante de tudo quanto exposto se conclui que as leis não são capazes por si só de resolverem a realidade de forma direta. Uma resposta aos problemas, alavancado por pressões internacionais no campo jurídico não se traduz em obediência imediata no campo social.

Não estando com isto, querendo afirmar a não há importância na formulação de leis mais duras e que vislumbram coibir este tipo de criminalidade, pois em muitos aspectos a lei traz avanços que por enquanto são teóricos, como a expansão do rol de obrigados, as medidas assecuratórias que atingem os proveitos diretos ou indiretos do crime, impedindo que o “lavador” dissipe o que conseguiu de forma ilícita, a perda dos bens em favor do Estado.

Destacando que as perspectivas de maior efetividade estão num melhor serviço de inteligência e em ações estatais, que vão muito além do texto que legislativo para que a lei seja respeitada e efetivamente cumprida pela sociedade.

