

QUESTÕES ATUAIS SOBRE A LAVAGEM DE DINHEIRO

Carla Veríssimo De Carli

Procuradora Regional da República na 4ª Região. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Crime Organizado, Corrupção e Terrorismo pela Universidade de Salamanca. Doutoranda em Direito pela UFRGS. Doutoranda do Programa de Doctorado Estado de Derecho y Gobernanza Global da Universidade de Salamanca.

Área de Direito

Penal.

RESUMO

O clássico modelo explicativo da lavagem de dinheiro em três fases (colocação, estruturação, integração) não é o mais adequado para entender o fenômeno. A lavagem de dinheiro deve ser vista como um processo. As alterações promovidas pela Lei nº 12.683/2012 incluíram novos sujeitos obrigados ao *compliance*, dentre os quais, os consultores e os advogados que prestem os serviços descritos no inciso XIV do artigo 9º da lei de lavagem. Com a ampliação do âmbito dos antecedentes, torna-se mais importante refletir sobre a relação entre eles e o crime de lavagem de dinheiro. A proveniência delitiva não deve ser entendida sob uma ótica causalista, e sim em sua acepção jurídica e econômica.

Palavras-chave. Lavagem de dinheiro. *Compliance*. Relação entre a lavagem de dinheiro e a infração penal antecedente. Proveniência delitiva.

ABSTRACT

The cycle model of money laundering is not the most appropriate to understand it. Money laundering should be seen as a process. Federal law 12.683/2012 added new persons to the compliance regime, including the legal professionals, when they act as consultants in the activities listed in article 9, para XIV, of the money laundering law. In the new configuration, where any crime is able to generate proceeds, the relationship between the predicate crimes and money laundering is more important. Proceeds must be understood in an economic and legal approach.

Keywords

Money laundering. Compliance. Relationship between predicate crimes and money laundering. Definition of proceeds.

RESUMEN

El clásico modelo del blanqueo en tres etapas no es el más adecuado para comprender el fenómeno. El blanqueo es un proceso. La ley 12.683/2012 ha incluido nuevos sujetos obligados al compliance, dentre los cuales los profesionales jurídicos, cuando actuen como consultores en las actividades descritas en el apartado XIV del artículo 9 de la ley antiblanqueo. Después de la ampliación de los delitos previos es más importante reflejar sobre la relación entre ellos y el delito de blanqueo. La procedencia delictiva debe ser entendida bajo una perspectiva jurídica y económica, y no causalista.

Palabras-clave

Blanqueo de capitales. Compliance. Relación entre los delitos previos y el blanqueo. Procedencia delictiva.

Sumário. 1. Introdução. 2. A insuficiência do modelo explicativo de três fases. 3. A inclusão de novos sujeitos obrigados. 4. A expansão da criminalização da lavagem de dinheiro. 5. O que significa ser “proveniente, direta ou indiretamente, de infração penal”?

1. Introdução

O tema deste Seminário Internacional são as “Questões atuais de direito penal”. Pretendo, portanto, no painel sobre lavagem de dinheiro, trazer algumas das questões que me parecem atuais, neste tema. Estruturei minha abordagem tendo como foco as questões nacionais, cuja discussão se impõe em razão das relevantes modificações trazidas pela Lei nº 12.683/2012, que entraram em vigor em 10 de julho de 2012.

Duas das principais novidades, a meu juízo, são a ampliação dos crimes antecedentes e a inclusão de novos sujeitos obrigados. Gostaria de começar, contudo, por uma questão antiga, para propor uma abordagem nova: trata-se do conhecido modelo explicativo da lavagem de dinheiro em três fases.

2. A insuficiência do modelo explicativo de três fases

De acordo com esse conhecido modelo explicativo, a lavagem de dinheiro ocorreria em três fases: uma fase inicial, que é a colocação dos ativos ilícitos no sistema financeiro legal (*placement*), à qual se sucede a fase da estratificação em diversas camadas de operações (*layering*), culminando na fase final, chamada de integração (*integration*), quando os ativos ilícitos, agora já “legitimados”, são reintroduzidos na economia

legal, sem os rastros da ilicitude, prontos para serem utilizados pelo agente do crime antecedente, quer para desfrutar dos ganhos obtidos criminosamente, quer para refinar novas atividades delitivas.

Acho que a adoção desse modelo traz problemas. De um lado, porque pode levar à ideia de que se está a falar de fases do *iter criminis*, o que não é o caso. Há também quem se utilize dessas etapas para avaliar, em concreto, a relevância penal de uma conduta, no sentido de afirmar que, se não se atingiu a fase da integração, não haveria lesão suficiente ao bem jurídico.

Na realidade, esse modelo não funciona. E por que ele não funciona?

Primeiro, porque não corresponde com precisão à fenomenologia da lavagem de dinheiro. Nem sempre as três etapas estão presentes, sendo certo que podemos falar em lavagem de dinheiro consumada apenas com a primeira etapa, a da colocação; outras vezes, as fases podem se apresentar sobrepostas, não sendo possível uma nítida separação entre colocação, estratificação e integração.

Depois, porque o modelo explicativo parte do pressuposto de uma divisão (real) da economia. É claro que usamos os termos economia global lícita para falar dos efeitos da globalização no campo econômico; do conjunto de atividades econômicas que se desenvolvem dentro de um marco de legalidade. Ao mesmo tempo, tratamos da economia global ilícita como o sistema de atividades econômicas internacionais que são criminalizadas pelos Estados nos países exportadores ou importadores dos bens, serviços e práticas financeiras como o tráfico de drogas, contrabando, tráfico de pessoas e de migrantes, despejo de lixo tóxico, contrabando de armas, e a lavagem de dinheiro, obviamente.¹

Mas isso é apenas uma forma de isolar dois aspectos da economia que existem de maneira simultânea e entrelaçada. Na prática, os mercados 'negros' estão interrelacionados, há uma mistura de empreendedores individuais e empresas, grandes e pequenas, que estão engajadas em trocas comerciais de longo alcance. Pouquíssimos navios transportarão apenas artigos contrabandeados, não existe um banco comercial que se dedique somente a lavar dinheiro de seus clientes, e, certamente, todo 'empresário' do crime que pretenda ter sucesso em suas atividades procura se assegurar de que seus negócios ilícitos estejam ligados a um emaranhado de transações comerciais legítimas.²

O que ocorre é que dinheiro 'lavado' circula pelas mesmas instituições financeiras utilizadas pelo sistema financeiro legítimo. Além disso, é da essência da lavagem de dinheiro a pretensão de uma aparência de legalidade, por isso, o 'lavador' normalmente utilizará instrumentos e

expedientes que, em si, são legais: compra de imóveis, compra de moeda, constituição de empresas, aplicação no mercado financeiro nacional ou internacional, remessa de valores para o exterior, investimentos internacionais, etc.

Penso que é preciso abandonar a ideia das três etapas e pensar a lavagem de dinheiro como um processo: um processo de legitimação de um capital espúrio. Um processo que pode sempre ser aperfeiçoado, mediante a adição de novas camadas de operações, as quais vão distanciar cada vez mais o dinheiro de sua origem: a infração penal antecedente.³ A visão da lavagem de dinheiro como um processo é aparada pela definição do Grupo de Ação Financeira (GAFI) e por boa parte da doutrina especializada.⁴

Jamais poderemos dizer que o objetivo da lavagem foi alcançado, no sentido de que o dinheiro está, ao final, 'limpo', que é 'legítimo'. Ele sempre vai manter a ilicitude originária. O que a lavagem de dinheiro consegue é dificultar – ou até mesmo impossibilitar – ao Estado a prova dessa ilicitude e a recuperação dos bens e valores, mas isso é outra coisa.

Para mim, o que a lei quer impedir é justamente o 'processo' de lavagem de dinheiro; por isso ela elegeu alguns momentos dele, criminalizando-os em distintos tipos penais. Eles não corresponderão necessariamente às etapas da divisão mais conhecida do modelo de três fases, mas representam quaisquer das várias camadas de operações que são realizadas com o propósito de ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens ou valores.

Isso, então, é o que caracteriza a lavagem de dinheiro – o que se oculta ou se dissimula é a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade do bem.

3. A inclusão de novos sujeitos obrigados

O segundo aspecto que gostaria de abordar é uma das alterações trazidas pela Lei nº12.683/2012: a inclusão de novos sujeitos obrigados.

No mundo inteiro, a política criminal que pretende enfrentar o fenômeno da lavagem de dinheiro estrutura a ação em duas frentes: a prevenção e a repressão penal.

No aspecto preventivo, a lógica é a de contar com setores da sociedade civil – empresas e profissionais – como colaboradores do Estado na chamada "luta" contra a lavagem de dinheiro. Penso que isso é acertado,

porque o problema da criminalidade não é um problema apenas do Estado, e de seus agentes. É um problema da sociedade, pois o crime afeta a todos⁵ - principalmente em matéria da lavagem de dinheiro, onde as vítimas são normalmente difusas, indeterminadas.

A lavagem de dinheiro permite que condutas criminosas, inclusive as muito danosas, permaneçam impunes. São os milhões desviados dos cofres públicos, e que deixam de ser investidos na saúde, na educação, no saneamento básico, que passam aos bolsos de indivíduos e são por eles usufruídos quando o dinheiro público é 'lavado'.

E são os frutos de todos os delitos que podem ser 'lavados', as fraudes contra a Previdência, os crimes contra o sistema financeiro, ou seja, todos aqueles que apresentem uma dimensão econômica ou patrimonial, porque agora a lei os considera a todos infrações penais antecedentes. Só pensar nisso já nos dá a dimensão da importância do enfrentamento à lavagem de dinheiro. Nesse quadro, parece justificado que haja participação dos setores privados na prevenção da lavagem.

A ideia básica do regime antilavagem de dinheiro é a de que os setores pelos quais o dinheiro "sujo" transita façam o "dever de casa", ou seja, conheçam o seu cliente, guardem registros das operações realizadas, e comuniquem a uma unidade de inteligência financeira quando as transações despertarem suspeitas de serem feitas com produtos de crimes.

A literatura sobre lavagem de dinheiro costuma chamar essas pessoas de sujeitos obrigados. Obrigados aos deveres de *compliance*, ou seja, de cumprir as normas e procedimentos do setor em que se inserem, seja financeiro ou não-financeiro, da lei antilavagem, etc.

Em razão de estudos de tipologias desenvolvidos pelo GAFI já se identificou que os profissionais jurídicos e consultores em geral – financeiros, de contabilidade – oferecem serviços especializados a seus clientes, propiciando uma lavagem de dinheiro mais refinada, mais difícil de ser descoberta e comprovada, aos quais normalmente os agentes dos crimes antecedentes não teriam acesso. É por isso que esses profissionais são chamados de *gatekeepers*, ou porteiros, guardiões. São os profissionais que dão acesso ao setor financeiro, contábil ou jurídico.

Pois a lei brasileira, com a inclusão do inciso XIV no artigo 9º da lei de lavagem, incluiu os chamados APFNDs - Atividades e Profissões Não-Financeiras Designadas nas obrigações dos artigos 10 e 11 da Lei nº 12.683/2012.

Compreende-se por APFNDs, na redação da lei brasileira, as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

- a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;
- b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;
- c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;
- d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;
- e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e
- f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

A simples inclusão desses profissionais, nos deveres de *compliance*, já é matéria nova e sujeita a polêmica, no cenário nacional. Mais polêmica e contestada ainda é a questão de se os advogados estão incluídos nas obrigações de *compliance*. A lei brasileira não referiu os advogados expressamente, na redação do inciso XIV. Penso, entretanto, que a eles se aplicam esses deveres, quando prestarem os serviços ali indicados.

O fato é que essa alteração visa dar cumprimento à Recomendação nº 23 do GAFI, pela qual se aplicam igualmente aos advogados, notários e outras profissões jurídicas, bem como consultores e assessores. O GAFI publicou um Guia de Avaliação de Riscos para as Profissões Jurídicas. Para regulamentar essas obrigações, em janeiro de 2013, o COAF publicou a Resolução nº 24, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas não submetidas à regulação de órgão próprio regulador, que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, na forma do §1º do art. 14 da Lei nº 9.613/1998.

A Ordem dos Advogados do Brasil, apoiada em estudo de sua Comissão Nacional de Estudos Constitucionais entendeu que os profissionais da advocacia não se encontram sujeitos aos mecanismos de controle introduzidos pelo inciso XIV do art. 9º da Lei nº 9.613/1998.

Foi proposta, em agosto de 2012, uma das ações diretas de inconstitucionalidade que questionam dispositivos da nova lei. Na ação proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), a

ADI é a 4841 e questiona constitucionalidade do inciso XIV do artigo 9º.

A Procuradoria-Geral da República ofereceu parecer nesta ação direta de inconstitucionalidade, afirmando a constitucionalidade do dispositivo. A definição desta questão pelo STF é de suma importância, porque o que se sustenta é que a lei está impondo, aos profissionais, e em especial aos advogados, a violação do sigilo que existe entre esses profissionais e seus clientes, e que é fundamental para garantir o pleno direito de defesa.

Acho interessante examinar como essa questão foi resolvida no plano do direito internacional e comparado. A recomendação 23 do GAFI - assim como as Diretivas europeias que abordam a matéria – não impõem aos advogados o dever de comunicar as operações suspeitas quando estiverem atuando na condição de defensores, em processo judicial ou administrativo, ou forem procurados pelos clientes para a ‘definição de sua situação jurídica’. Ao contrário, a recomendação só se aplica quando os profissionais estiverem exercendo consultoria nas matérias anteriormente referidas.

Existem decisões, em matéria de direito comparado, sobre esse tipo de exigência feita aos profissionais jurídicos. O Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que os deveres impostos aos advogados, de colaborar com a prevenção à lavagem de dinheiro e de comunicar operações suspeitas dos clientes, quando prestarem assistência ou consultoria em operações financeiras ou imobiliárias não violam o direito a um processo equitativo garantido pelos artigos 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e 6º, n.2, da União Europeia.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, na mesma linha, reconheceu que a imposição, aos advogados, dos deveres de informação e colaboração em matéria de prevenção à lavagem de dinheiro em razão 3ª Diretiva, bem como das normas de transposição ao direito interno não viola o direito à privacidade previsto no artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Nos Estados Unidos da América, questão já foi solucionada, tendo a Associação Americana dos Advogados (*American Bar Association*) elaborado inclusive um Guia de Boas Práticas para o exercício voluntário dos deveres de prevenção, pelos advogados daquele país.

O terceiro e último aspecto que gostaria de trazer à reflexão é decorrente da modificação do artigo 1º da lei de lavagem, que eliminou o rol de crimes antecedentes, substituindo-a pela expressão ‘infração penal’.

4. A expansão da criminalização da lavagem de dinheiro

A história da criminalização da lavagem de dinheiro é uma história de expansão. Em um primeiro aspecto, uma expansão horizontal, que compreende a multiplicação de legislações similares em vários países do mundo, criando um regime global de proibição. Em um segundo aspecto, uma expansão vertical, que aprofundou o âmbito de sua aplicação, dando origem a legislações de primeira, segunda e terceira gerações.

Em realidade, a repressão à lavagem de dinheiro revela um campo de harmonização penal. Por que é importante que os países tenham legislações semelhantes? Para possibilitar a mais ampla cooperação jurídica internacional, no caso dos crimes transnacionais, em razão da exigência da dupla incriminação.

Os tratados internacionais firmados no âmbito da ONU (Viena, Palermo e Mérida) criam direitos e obrigações juridicamente vinculantes (*hard law*). A base do regime global de proibição relativo ao crime de lavagem de dinheiro se encontra aí. Mas o regime não se restringe a esses instrumentos do direito internacional. Diversas iniciativas que não têm força jurídica são fundamentais para forçar o cumprimento das obrigações impostas pelos tratados: é a parte que cabe à *soft law* no regime antilavagem. Por meio de pressões políticas e adotando estratégias de *peer review* e *peer pressure* diversos organismos internacionais conseguem fazer com que os Estados cumpram as normas e atendam aos padrões internacionais.⁶ Nesse quadro, fundamental é o papel do Grupo de Ação Financeira (GAFI, em francês, ou *FATF – Financial Action Task Force*, em inglês), que elaborou as 40 Recomendações, as quais representam os *standards* internacionais em matéria de lavagem de dinheiro.

O GAFI tem sido o ator mais importante para a promoção da harmonização das legislações penais dos países, não importando se pertencem ao sistema da *common law*, da *civil law* ou qualquer outro. E é a regulamentação estrita da *hard law*, aliada à autorregulação provocada pela *soft law* determina a harmonização das legislações antilavagem de dinheiro.

Na evolução das legislações nacionais, a lavagem de dinheiro “descolou” do tráfico de drogas – crime antecedente ao qual estava vinculada, na primeira geração de leis de lavagem de dinheiro - e passou, hoje, a combater toda a criminalidade que preocupa ao Estado. Esse é o quadro brasileiro, após as alterações promovidas pela Lei nº 12.683/2012.

Quando qualquer delito pode ser antecedente da lavagem de dinheiro, aumenta a complexidade do problema: qual a relação que existe entre o objeto material da lavagem de dinheiro e a infração penal antecedente?

5. O que significa ser ‘proveniente, direta ou indiretamente, de infração penal’?

O modelo de lista taxativa de crimes facilita a interpretação da proveniência delitiva. Quando se passa a uma legislação de terceira geração, essa facilidade desaparece, porque a lei não quando haverá (ou não) lavagem de dinheiro, em razão da infração penal antecedente. Claro está que não serão todos os delitos dos quais provirão bens, direitos ou valores aptos a serem lavados. É aqui que a reflexão sobre a estrutura típica do crime de lavagem de dinheiro e sua relação com o delito antecedente passa a ser mais importante.

À primeira vista, a questão não parece difícil. A lei brasileira fala em proveniência delitiva direta ou indireta. Proveniente significa que vem, que provém; originário, procedente, oriundo. Provir significa ser proveniente de, vir, proceder, sair, ter origem em, originar-se, derivar, ser o resultado de, resultar.

Um bem provém diretamente de uma infração penal quando for o produto desse delito; e indiretamente, quando representar qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente, na forma da alínea “b”, inciso II, do artigo 91 do Código Penal.

A referência da lei à proveniência indireta do bem serve para alcançar os bens nos quais os produtos da infração penal antecedente são convertidos ou transferidos, e para os quais se transmite a ilicitude, no processo típico de lavagem de dinheiro (sucessivas camadas de operações). Esse processo também pode ser compreendido como a lavagem de dinheiro em cadeia, ou o *riciclaggio indiretto*, que significa a substituição, a transferência ou a realização de outras operações que incidam sobre o bem objeto de condutas precedentes de lavagem.

Os bens poderão ser indiretamente provenientes de infração penal quando forem resultado de uma operação de lavagem de dinheiro (conversão, transferência, movimentação, etc.) tanto no caso em que houver perda de valor (pelo custo que normalmente tem a lavagem de dinheiro, as chamadas perdas necessárias) como quando, em virtude dos investimentos (aplicação no mercado financeiro, venda de imóvel com ganho de capital) houver um ganho financeiro, ou lucro. Essa parcela dos ganhos e dos lucros é indiretamente proveniente da infração penal, e, portanto, objeto material do delito de lavagem de dinheiro, sujeita a sequestro e perdimento.

Na prática, porém, o problema é mais complexo. Em direito comparado discute-se, em tema de lavagem de dinheiro, o que se deve entender por

ganhos para os fins de confisco (perdimento). Há dois posicionamentos principais: o princípio dos ganhos líquidos e o princípio dos ganhos brutos.⁷ Pelo princípio dos ganhos líquidos, somente poderia ser considerado objeto material do crime de lavagem de dinheiro aquilo que foi obtido com a prática da infração penal antecedente, depois de descontados os valores nela investidos, ou seja, o lucro líquido, aquilo que foi efetivamente acrescido ao patrimônio do agente. Por outro lado, de acordo com o princípio dos ganhos brutos, seriam objeto material da lavagem de dinheiro todos os bens obtidos com a infração penal antecedente, sem que seja preciso descontar-se o valor nela investido.

Essa questão foi alvo de amplos debates nos EUA, quando a Suprema Corte americana, no Caso Santos, entendeu que *proceeds* não era definido pela lei de lavagem de dinheiro, daí porque a interpretação deveria ser a mais favorável ao réu, no caso, o princípio dos ganhos líquidos.⁸

A discussão é importante, e os dois lados têm argumentos em seu favor. Em defesa do princípio dos ganhos brutos estão argumentos de justiça (não é justo que aquele que comete um delito possa beneficiar-se dele; além disso, deve assumir o risco de perder os bens que investiu em sua prática); argumentos de ordem prática (seria difícil ao Estado imiscuir-se na contabilidade – nem sempre existente - do agente do delito, comprovando o que foi investido e o quanto foi efetivamente ganho), e de política criminal (o caráter dissuasório do perdimento de todos os bens envolvidos na prática da infração penal, na linha da prevenção geral).

Em defesa do princípio dos ganhos líquidos se alega que o perdimento de todas as receitas obtidas com a infração penal, incluídos os gastos realizados pelo agente para sua prática, vão além da ideia de neutralização do enriquecimento ilícito, atingindo (eventualmente) patrimônio lícito anteriormente existente; que facilitar a prova do que sejam os ganhos por tomá-los como ganhos brutos não poderia servir para limitar garantias e direitos, e, finalmente, que seria igualmente injusto determinar o perdimento do patrimônio legal que foi investido na prática da infração penal porque esse patrimônio não teria sido obtido criminosamente, não representando um enriquecimento ilícito.

Em resposta à decisão da Suprema Corte no Caso Santos e aos efeitos que ela teve quanto à eficácia da lei de lavagem de dinheiro americana, no ano seguinte o Congresso norteamericano aprovou uma nova lei, chamada *Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009* (ou FERA) - uma lei geral sobre a fraude, e que se destinava igualmente a disciplinar a recuperação de ativos de diversos delitos. Na Seção 2 (f) a lei faz uma emenda ao 18 USC 1956 (c) para definir *proceeds of unlawful activity* como qualquer propriedade derivada, obtida ou possuída, direta ou

indiretamente, através de alguma forma de atividade ilegal, incluindo os ganhos brutos de tal atividade. É por isso que Blanco Cordero afirma que os Estados Unidos foram do princípio dos ganhos brutos ao princípio dos ganhos líquidos, e depois retornaram ao princípio dos ganhos brutos.

Em estudo anterior, já fiz referência ao julgado do Caso Santos, dizendo que a questão ali discutida não se colocava no direito brasileiro, em razão da Lei nº 9.613/1998 definir o objeto material do delito como “os bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime...” Mesmo na redação anterior da Lei nº 9.613/98, contudo, colocava-se uma questão similar, ainda que não na amplitude da discussão que gira em torno do princípio dos ganhos brutos ou líquidos: é a de que o objeto material da lavagem de dinheiro seja representado pelos valores que tenham sido gerados pelo crime antecedente, de forma a representar um acréscimo ao patrimônio do agente. Com efeito, a própria exposição de motivos da lei consignava, como justificativa para deixar de incluir o crime contra a ordem tributária no rol de crimes antecedentes:

Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento no patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal lavagem de dinheiro – a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito.

Essa interpretação parece coincidir com o princípio dos ganhos líquidos, no sentido de que somente seria objeto material da lavagem de dinheiro o lucro líquido, porque é algo que se acrescenta ao patrimônio anterior do agente – seja ele lícito ou ilícito. Não farei aqui uma análise do crime de sonegação fiscal – ou, mais tecnicamente, do crime contra a ordem tributária – como antecedente do crime de lavagem de dinheiro, porque isso extrapola os objetivos do presente artigo. Observo, apenas, que, caso tenha sido essa a intenção do legislador como critério geral (e creio que não foi, tanto que em relação aos demais crimes anteriormente incluídos nos incisos do artigo 1º da lei essas considerações não costumavam importar, como a prática cotidiana dos tribunais revela) ela foi modificada com a edição da Lei nº 12.683/2012. Em primeiro lugar, pelo fato de uma das principais alterações ter sido a abertura do âmbito dos delitos antecedentes a um grau máximo, para abranger quaisquer crimes ou contravenções penais, o que determina, logicamente, a

inclusão dos crimes contra a ordem tributária entre as infrações penais antecedentes. Em segundo lugar, pela expressa referência, na justificativa do projeto de lei, aos crimes contra a ordem tributária:

Também era ilógica a ausência no rol do art. 1º dos crimes contra a ordem tributária. Só a sonegação na área da Previdência está em torno de 40%. Isso significaria, em 2002, cerca de R\$ 28 bilhões. Os latifundiários, que deveriam pagar R\$ 2 bilhões de ITR por ano, não chegam a pagar R\$ 300 milhões, dada a falta de estrutura de fiscalização da Receita Federal. São montantes que, além de acarretarem enriquecimento ilícito, são suficientes para desestabilizar o bem jurídico tutelado pela lei.⁹

Se, antes, o legislador expressara que a utilização dos recursos omitidos à tributação se dava sobre recursos próprios, que não tinham origem em um delito, agora ele afirma que os crimes contra a ordem tributária implicam em enriquecimento ilícito. É claro que a intenção do legislador não deve ser o único critério para a interpretação da lei, mas o que observo – e aqui retorno ao princípio da reflexão – é que as modificações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012 se inserem num outro momento da história da criminalização da lavagem de dinheiro, qual seja, a era das legislações de terceira geração.

O exame das demais disposições relativas ao perdimento, como consequência da condenação, reforçam o entendimento de que a lei de lavagem de dinheiro em vigor contempla o princípio dos ganhos brutos, relativamente ao objeto material do crime de lavagem de dinheiro. Além disso, essa interpretação é a que melhor se amolda, em minha opinião, às finalidades das leis antilavagem de dinheiro: evitar a fruição dos bens ou valores obtidos ilicitamente, bem como impedir o refinanciamento de atividades criminosas, além de resguardar a circulação lícita de bens na economia.

As dificuldades interpretativas sobre o conceito de proveniência ilícita surgem especialmente depois que as legislações eliminam o rol de crimes antecedentes, como ocorreu na Itália, após a reforma de 1993. Castaldo explica que a noção de proveniência ilícita, fundamental para uma aplicação não excessivamente ampla das leis de lavagem, torna mais complexo o pressuposto positivo do crime de lavagem de dinheiro, ao mesmo tempo em que debilita (se não faz desaparecer) o valor da jurisprudência cronologicamente precedente a essa alteração legislativa. Uma leitura estritamente causal poderia, segundo o autor, estender a limites preocupantes a expressão “proveniente de delito”. Depois de examinar os conceitos de preço, provento e *profitto* do crime, e afirmar que também a lavagem indireta (ou em cadeia) é sancionada, afirma que a preferência deve ser por uma acepção jurídica (e não naturalística) de proveniência ilícita, o que torna dispensável a relação direta com os bens ou valores produzidos pelo delito antecedente, para fins de configuração da lavagem de dinheiro.¹⁰

Na doutrina italiana, a interpretação de 'proveniência' é obtida através de dois filtros: um, de natureza dinâmica, que exalta as conotações intrinsecamente coordenadas ao complemento de movimentação de lugar (introduzido pela preposição *da*), e outro, de valência estática, que põe em relevo o nexo de proveniência em sentido econômico, conferindo-lhe o significado de derivação causal da atividade delituosa, na qual o enriquecimento (ou também a ausência de empobrecimento) encontraria sua origem e colocação. Em outros termos, a proveniência exigiria: a) um fluxo de riqueza ilícita proveniente do exterior e confiscada pelo reciclador que opera mediante substituição, transferência ou outras operações, no primeiro caso (o de natureza dinâmica); b) a conservação ilícita de um *quantum* já interiorizado na esfera patrimonial do réu por meio de atividades legítimas, segundo a acepção estática.¹¹

As diversas consequências que decorrem das premissas anteriores incidem de maneira decisiva sobre a inclusão, ou não, dos delitos antecedentes que produzem vantagens econômicas sob forma de economia, ou ausência de empobrecimento, como é o caso dos crimes fiscais: de acordo com a acepção expressa em a), tais condutas seriam excluídas da lavagem de dinheiro. Na acepção da hipótese b), essas mesmas condutas seriam incluídas e sancionadas.¹²

A doutrina espanhola reconhece as dificuldades que advêm das noções referidas à procedência delitiva: uma interpretação meramente gramatical poderia indicar que os bens têm origem em um delito antecedente quando nele nascem ou dele são provenientes. Outros tipos de interpretação, como a histórica ou teleológica, realizam-se em função da evolução legislativa de cada Estado e os fins que se pretendem alcançar com a incriminação da lavagem de dinheiro. Ao analisar a ação típica de *blanqueo de capitales*, entretanto, Blanco Cordero afirma não ser necessário que se produza um incremento patrimonial, porque a aquisição de um bem também ocorre quando se paga por ele um preço muito superior ao real, o que produz uma diminuição do patrimônio, em sentido econômico.¹³

Um dos estudos mais citados quando o ponto debatido é a interpretação do que seja a proveniência delitiva é sem dúvida o de Barton, que propõe critérios para determinar quando um bem procede e quando não procede de um delito antecedente. Essa delimitação é necessária porque um bem que possui valor econômico e tem sua origem num delito não deve ser visto para sempre como inapto para a circulação na economia e, em consequência, ser excluído definitivamente das transações comerciais.¹⁴

Depois de analisar a relação entre o crime antecedente e o objeto material da lavagem de dinheiro pela ótica dos métodos clássicos de

interpretação (gramatical, sistemático e histórico), o autor reflete sobre o tema à luz da interpretação teleológica (considerando os objetivos da lei que incrimina a conduta), passando então a questionar a relação de causalidade: testa a aplicabilidade da teoria da equivalência das condições, da teoria da adequação e da teoria da imputação objetiva.

Barton rejeita a causalidade determinada pela equivalência das condições (a conhecida fórmula da *conditio sine qua non*) porque ela estende ao infinito a contaminação dos bens que constam numa cadeia de conversões, transferências e operações típicas da lavagem de dinheiro, já que todos seriam considerados provenientes do delito inicial. Acaba por concluir que um bem provém de uma infração antecedente quando esta for a responsável pela concreta configuração da existência, composição material, valor ou titularidade econômica dele, e quando a relação causal não for rompida por considerações normativas (carência de significação jurídica do antecedente para o objeto material da lavagem de dinheiro). Correspondendo às finalidades objetivas da lei esse entendimento conduziria tanto à aplicação da norma a um amplo leque de bens e valores aptos à lavagem de dinheiro, assim como evitaria uma interminável derivação do nexa entre infração antecedente e objeto material.¹⁵

Depois de examinar algumas reflexões da doutrina de direito comparado, penso que o entendimento que considera necessário o incremento patrimonial, para que se possa falar de proveniência ilícita do objeto material de lavagem de dinheiro, está ligado a uma concepção estritamente causalista. Como afirma Blanco Cordero, os detratores assinalam que a relação causal com a atividade delitiva impõe que o autor obtenha algo que não tinha antes do delito, e que este produza um incremento do patrimônio material de seus autores ou partícipes. Los detractores señalan que la relación causal con la actividad delictiva precisa que el autor obtenga algo que no tenía antes del delito y que éste produzca un incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes.¹⁶ Porém, o autor logo rejeita essa conclusão, ao analisar a possibilidade do delito fiscal ser antecedente de lavagem de dinheiro.

Se, de um lado, há quem considere que aquele que, mediante fraude consistente na omissão de informação quando existente o dever de declarar sofre um não-empobrecimento pelo não-recolhimento dos tributos devidos, Blanco Cordero afirma sem hesitação que aplicando as teorias causais válidas na ciência jurídico-penal o delito fiscal supõe um aumento do patrimônio do sonegador, com bens ou valores que de outro modo não estariam nele. O valor do imposto não recolhido é justamente a medida do incremento do patrimônio.¹⁷

No Brasil, o exame dos crimes tributários como antecedentes de lavagem de dinheiro é ainda mais complexo em razão do entendimento do Supremo Tribunal Federal, expresso na súmula vinculante 24:

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

A jurisprudência nacional tem entendido que, antes da constituição definitiva do crédito tributário, não poderá haver a propositura de ação penal, e sequer instauração inquérito policial para investigação.

Como fica o processo e o julgamento da lavagem de dinheiro do produto da sonegação fiscal? É certo que a autonomia entre os delitos é tranquilamente reconhecida, mas como se fixará o debate em torno desse ponto, quando os valores têm origem num crime fiscal, no Brasil?

Há ainda outros delitos que têm comportado discussão, em casos concretos, como o é a evasão fiscal, onde já se sustentou que os valores evadidos são lícitos e já integravam o patrimônio do agente, não importando em crescimento patrimonial, pelo que não poderiam ser antecedentes de lavagem de dinheiro.

As questões não são simples, e o debate acadêmico é importante. Pessoalmente, penso que a ilicitude de um bem ou valor se origina com a prática de uma infração penal (considerada, aqui, somente a ilicitude e antijuridicidade da conduta¹⁸) que possua significação econômica. Não é necessário que provoque um aumento do patrimônio do agente. Mesmo um delito que mantenha o *quantum* do patrimônio, representando somente uma circulação ilícita de valores, como ocorre com a evasão de divisas, pode ser antecedente da lavagem de dinheiro, porque macula os valores que saíram do território nacional em desacordo com as normas aplicáveis.

Aliás, com frequência se diz que a evasão de divisas e os crimes contra a ordem tributária não poderiam ser antecedentes do crime de lavagem de dinheiro porque seu objeto material seria composto por valores lícitos, que já integravam o patrimônio do agente. Não é sempre esse o caso, todavia. Muitas vezes são justamente os valores ilicitamente obtidos que são remetidos para o exterior, a fim de torná-los seguros para fruição. E, apesar de ser possível a tributação de atos ilícitos, na maior parte das vezes a renda ilícita é escondida do Fisco.¹⁹

A análise que desejo fazer aqui, contudo, supõe a hipótese de que esses valores tenham sido auferidos licitamente. Assim como a remessa para o exterior à margem das normas aplicáveis contamina de ilicitude os valores saídos do território nacional, no caso do crime de evasão de divisas, a parcela do patrimônio do agente que representa o tributo

devido (a cota defraudada, como referem os autores espanhóis) no crime de sonegação fiscal igualmente macula essa parcela do patrimônio do agente, o que a torna apta a ser objeto material da lavagem de dinheiro.

A proveniência delitiva é melhor compreendida quando é tomada em sua acepção jurídica e econômica, e não no sentido naturalístico ou estritamente causalista.

A noção de contaminação desenvolvida pela doutrina alemã parece-me perfeitamente adequada para descrever a transmissão da ilicitude que ocorre pela conversão de um bem em outro, em uma das manifestações típicas da lavagem de dinheiro. E, por isso mesmo, é correta a ideia da descontaminação, que evita que a mancha da ilicitude se alastre por toda a economia.

Por outro lado, se a ilicitude do bem ou valor começa com a prática de uma infração penal, termina, por exemplo quando for determinado seu perdimento em razão de decisão condenatória definitiva. Isso porque se trata de uma recuperação do bem para a reparação do dano causado ou para adjudicação para a União ou para o Estado-membro (art. 4-A, §§ 10 e 11 da Lei nº 9.613/98). Os bens ou valores perdidos, restituídos ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, leiloados a particulares ou adjudicados ao Estado não mais portarão a marca da ilicitude, podendo livremente circular na economia. Rompeu-se o nexu que os ligava à infração penal antecedente.

Essas são apenas algumas reflexões que quis trazer para o debate, neste Seminário. Espero que contribuam para o desenvolvimento da doutrina sobre lavagem de dinheiro.

¹FRIMAN, H. Richard; ANDREAS, Peter. "International Relations and the Illicit Global Economy". In: *The Illicit Economy & State Power*, Edited by H. Richard Friman & Peter Andreas (orgs.) Lanham; Boulder; New York; Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1999, p. 1.

²DE CARLI, Carla. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 71-72.

³CERVINI, Raúl. "Panorama sobre la evolución de la legislación antilavado en el Uruguay". RT. Fasc. Pen. Año 96, v. 861, julho 2007, p. 393.

⁴DE CARLI, Carla. "Dos Crimes: aspectos Objetivos" In: DE CARLI, Carla (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico: 2013, p. 231. O GAFI é um

grupo de trabalho internacional que elabora os padrões antilavagem de dinheiro, as chamadas “40 Recomendações”; faz avaliações dos países quanto ao grau de cumprimento dessas recomendações, e é uma importante referência na elaboração das políticas criminais relativas ao crime de lavagem de dinheiro. Mais informações em www.fatf-gafi.org.

⁵ GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Tratado de Criminología*. Tirant lo Blanch: Valencia, p. 103.

⁶ Traduzindo-se, na ordem: *soft law* é o direito flexível, não juridicamente vinculante. *Peer Review* é a revisão pelos pares (os demais países), e *peer pressure* é a pressão política feita pelos pares.

⁷ Isidoro Blanco Cordero explica em detalhes esse debate. Para que se compreenda os efeitos da distinção entre os dois princípios, traz o exemplo de um traficante que compra uma determinada quantidade de droga por 1.000,00 e quando a vende obtém 3.000,00. Os ganhos líquidos serão 2.000,00, depois de descontar-se dos 3.000,00 finais o valor de 1.000,00 que foram o investimento inicial. Se adotarmos o princípio dos ganhos líquidos, somente seriam objeto da lavagem de dinheiro – e portanto de perdimento – os 2.000,00. Se adotarmos o princípio dos ganhos brutos, seriam objeto da lavagem de dinheiro e do posterior perdimento os 3.000,00.(BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3ª ed. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2012, p. 251-262)

⁸ UNITED STATES v. SANTOS (No. 06-1005) 461 F. 3d 886, affirmed.

⁹ Justificação do PLS 209/2003, publicada no Diário do Senado Federal de 29 de maio de 2003, p. 13339-13340.

¹⁰ CASTALDO, Andrea. NADDEO, Marco. *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*. Milão: CEDAM, 2010, p.155

¹¹ Idem, ibidem.

¹² CASTALDO, Andrea. NADDEO, Marco. *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*. Milão: CEDAM, 2010, p.155

¹³ O tipo espanhol, previsto no art. 301 do Código Penal, inicia a descrição da conduta típica pelo verbo nuclear ‘adquirir’: “El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes...” BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 339-340 e 451-452

¹⁴ BARTON, Stephan. *Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?* (NStZ 1993, 159), p. 160.

¹⁵ “Ein Gegenstand rührt dann aus einer Katalogtat des § 261 StGB her, wenn die Vortat kausal und adäquat für den Vermögensgegenstand in seiner konkreten Gestalt oder dessen wirtschaftlicher Zuordnung ist und wenn der ursächliche Zusammenhang nicht aus normativen Erwägungen – wegen fehlender rechtlicher Signifikanz der Vortat für den Gegenstand – unterbrochen wird. Dem objektiven Zweck des Gesetzes entsprechend führt ein solches Verständnis sowohl zu der prinzipiell gebotenen weiten Erfassung von in Betracht kommenden geldwäschetauglichen Gegenständen als auch zur Verhinderung eines unendlichen Ableitungszusammenhanges zwischen Vortat und Gegenstand.” BARTON, Stephan. *Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?*, p.165. Para uma análise profunda da tese de Barton, ver BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 343-369.

¹⁶ Em tradução livre, Idem, p.414.

¹⁷ Idem, ibidem.

¹⁸ Em razão da acessoriedade limitada, não é necessário que seja culpável a conduta da infração penal antecedente para que se possa ter o objeto material da lavagem de dinheiro.

¹⁹ Em outros casos, a declaração de valores ilícitos poderá se revelar uma técnica de lavagem de dinheiro, na tentativa de “legitimar” o que não tem, na realidade, origem legal.