

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS**

FÁBIO REIS DE NAZARETH

ABORDAGEM CRÍTICA DO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

BELO HORIZONTE

2018

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS**

FÁBIO REIS DE NAZARETH

ABORDAGEM CRÍTICA DO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

**Trabalho de conclusão de curso de pós
graduação *latu sensu* em Ministério Público e
Neo Constitucionalismo do Centro de Estudos
e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério
Público do Estado de Minas Gerais em
conjunto com a Faculdade de Direito Milton
Campos**

Prof. Orientador: Doutor Aziz Tuffi Saliba

Belo Horizonte

2018

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS**

FÁBIO REIS DE NAZARETH

ABORDAGEM CRÍTICA DO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

**Trabalho de conclusão de curso de pós
graduação “latu sensu” em Ministério Público
e Neo Constitucionalismo do Centro de
Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público do Estado de Minas Gerais
em conjunto com a Faculdade de Direito
Milton Campos**

Aprovado em ____/____/____

Doutor Aziz Tuffi Saliba

Doutor Antonio de Pádova Marchi Júnior

Doutor Carlos Henrique Borlido Haddad

Nota: _____

Belo Horizonte

2018

Dedico esse trabalho a meu pai, Marcio Nazareth,
pelo exemplo, esforço, espelho,
e à minha esposa, Paola,
pela compreensão, companheirismo, compaixão.

“Allí donde llueven leys penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad – pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso, allí puede pensarse en la frase de Tácito: *Pessima respublica, plurimae leges*”.

Carl Ludwig von Bar

“En el momento actual, en suma, el tema en el debate social no es la criminalidad de los desposeídos, leit-motiv de la doctrina penal durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XX, sino, sobre todo, la criminalidad de los poderosos y de las empresas (crimes of the powerful-corporate and business crime)”

Jesus-María Silva Sanches

“Deve ser apenas uma questão de tempo até os desiludidos em suas expectativas reconhecerem que trocaram a insegurança assegurada em um regime de liberdade não pela utopia de uma existência absolutamente protegida, mas sim pela liberdade incerta em um regime de exceção da segurança secundariamente neurotizante”.

Gunter Frankenberg

RESUMO

O presente trabalho estuda a eficácia da expansão do direito penal para criminalização da conduta de lavagem de dinheiro como mecanismo de combate à criminalidade. A pesquisa inicia-se com a abordagem crítica da sociedade moderna e os efeitos da globalização e da massificação dos meios de comunicação, provocando o surgimento de novos interesses jurídicos e de uma sensação coletiva de insegurança. A revolução tecnológica e o advento da criminalidade econômica determinaram a expansão do direito penal para incriminar a conduta de lavagem de dinheiro, considerado o elemento comum da moderna macrocriminalidade organizada. Apoiada em doutrinadores europeus, a expansão do direito penal é vista com cautela, havendo quem defenda uma maior relativização das garantias penais em razão das características peculiares dos criminosos do ‘colarinho branco’. Sob o aspecto internacional, a evolução do combate à lavagem de dinheiro se dá através dos tratados internacionais, a partir da Convenção de Viena, de 1990, quando começa a se desenvolver uma grande rede mundial de prevenção e repressão ao crime. O surgimento do GAFI, em 1991, também é fator marcante

para o desenvolvimento das políticas de combate a lavagem de dinheiro, cujas recomendações orientam os Estados. No âmbito da repressão ao crime de lavagem de dinheiro, o estudo comparado demonstra a evolução do conceito de lavagem de dinheiro na Europa e na América Latina, com especial destaque para as abordagens sobre o delito antecedente. Além da repressão, a política internacional contra a lavagem de dinheiro também se sustenta em mecanismos de prevenção que procuram estabelecer regras financeiras a serem observadas pelas instituições financeiras de todo mundo. No Brasil, a Lei 9.613/98 previu a conduta típica de lavagem de dinheiro e introduziu a política brasileira de repressão e prevenção ao crime, criando o COAF – Comitê de Controle de Atividades Financeiras.

Palavras-chave: lavagem de dinheiro; expansão direito penal; sociedade de riscos; macrocriminalidade econômica; bem jurídico; Convenção de Viena; GAFI; políticas de combate à lavagem de dinheiro; repressão à lavagem de dinheiro; prevenção à lavagem de dinheiro; COAF; conceito de lavagem de dinheiro, crime antecedente, know your customer, compliance, evolução histórica.

ABSTRACT

The present study studies the effectiveness of the expansion of criminal law to criminalize the conduct of money laundering as a mechanism to combat crime. The research begins with the critical approach of modern society and the effects of globalization and mass media, provoking the emergence of new legal interests and a collective sense of insecurity. The technological revolution and the advent of economic crime have led to the expansion of criminal law to incriminate money laundering, considered the common element of modern organized macro-crime. Supported by European doctrinators, the expansion of criminal law is viewed with caution, with some arguing for a greater relativization of criminal guarantees because of the peculiar characteristics of white-collar criminals. Internationally, the evolution of the fight against money laundering has taken place through international treaties since the Vienna Convention of 1990, when a large worldwide network for the prevention and repression of crime begins to develop. The emergence of the FATF in 1991 is also a significant factor in the development of anti-money laundering policies, whose recommendations guide States. In the context of the repression of money laundering crime, the comparative study shows the evolution of the concept of money laundering in Europe and Latin America, with special emphasis on approaches to previous crime. In addition to repression, international anti-money laundering policy is also based on prevention mechanisms that seek to establish financial rules to be observed by financial institutions around the world. In Brazil, Law 9.613 / 98 foresaw the typical conduct of money laundering and introduced the Brazilian policy of repression and crime prevention, creating the COAF - Financial Activities Control Committee.

Keywords: money laundering; criminal law expansion; risk society; economic macro-crime; legal good; Vienna Convention; FATF; anti-money laundering policies; repression of money laundering; prevention of money laundering; COAF; concept of money laundering, antecedent crime, know your customer, compliance, historical evolution.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO.....	4
2- ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DA LAVAGEM DE DINHEIRO.....	6
2.1- GLOBALIZAÇÃO E MACROCRIMINALIDADE.....	6
2.1.1- A globalização enquanto fenômeno econômico: o surgimento de novos interesses, a massificação da informação e o enfraquecimento do conceito de Estado Nacional.....	6
2.1.2- A sociedade de riscos e a sensação generalizada de insegurança: o medo como fundamento do ‘moderno’ Direito Penal.....	10
2.1.3- Em busca de um conceito de organização criminosa: macrocriminalidade organizada e econômica.....	19
2.1.4- A finalidade do direito penal no contexto da sociedade de riscos: o direito penal de duas (ou três) velocidades e o discurso da eficiência.....	26
2.2- A LAVAGEM DE DINHEIRO NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....	32
2.2.1- A lavagem de dinheiro como elemento das organizações criminosas: necessidade de criminalização?.....	32
2.2.2- Bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora da lavagem de dinheiro.....	33
3- O COMBATE AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO ÂMBITO INTERNACIONAL E NACIONAL.....	36
3.1- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS NORMATIVAS INTERNACIONAIS DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO.....	36
3.1.1- A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – Convenção de Viena.....	36
3.1.2- Surgimento de mecanismos antilavagem na União Europeia.....	39
3.1.3- A criação de grupos supranacionais de unidades financeiras.....	42
3.1.4- A criação do GAFI – Groupe d’Action Financière sur le Blanchiment des Capitaux.....	45
3.1.5- A Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional: a Convenção de Palermo.....	54

3.1.6- A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção: a Convenção de Mérida.....	55
3.1.7- A Convenção do Conselho da Europa relativa à Lavagem de Dinheiro, Apreensão, Perda e Confisco de Vantagens do Crime e ao Financiamento ao Terrorismo: a Convenção de Varsóvia	56
3.1.8- O panorama atual.....	56
3.2- OS MECANISMOS DE REPRESSÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO.....	58
3.2.1- A denominação ‘lavagem de dinheiro’ e o seu conteúdo normativo: em busca de um conceito criminológico.....	59
3.2.2- As fases do processo de lavagem de dinheiro.....	67
3.2.3- O crime antecedente no Direito Comparado: a ampliação do conceito em busca da efetividade no combate à macrocriminalidade.....	73
3.2.4- O crime antecedente no ordenamento jurídico brasileiro.....	81
3.3- MECANISMOS DE PREVENÇÃO.....	88
3.3.1- Regras para o setor financeiro: o processo <i>know your costumer</i>	89
3.3.2- O dever de <i>compliance</i>	91
3.3.3- O dever de comunicação de atividades financeiras suspeitas: cooperação privada.....	92
3.3.4- As unidades de inteligência financeira: COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras.....	93
3.4- O COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL.....	94
4- CONCLUSÃO.....	97
5- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	99

1- INTRODUÇÃO

A sociedade atual experimenta uma indisfarçável sensação de insegurança frente ao crime. O aumento populacional, a complexidade e velocidade das relações sociais e o derretimento de conceitos tradicionais servem de mola propulsora a uma sociedade de riscos que ainda não encontrou resposta adequada às demandas por segurança.

Essa sensação de insegurança é potencializada pelos meios de comunicação que, orientados pelo viés econômico, exploram o ‘polêmico’ com pouco compromisso com o verdadeiro. Chega-se a ponto de se questionar se de fato existiria um aumento da criminalidade real a justificar tamanho medo social.

Por outro lado, em paralelo à essa demanda por segurança, proporcionalmente relacionado ao crescimento da criminalidade, nota-se o desenvolvimento de uma moderna criminalidade, engajada em ilícitos de natureza econômica, cujo lucro financeiro é o principal objetivo do delinquente. A esses criminosos, denominados de ‘colarinho branco’, o Direito Penal tradicional nunca se ocupou e, recentemente, tratados internacionais e ordenamentos jurídicos vêm criminalizando condutas até então conhecidas, mas não consideradas relevantes penalmente. Em especial, esses delitos econômicos caminham lado a lado com organizações criminosas que realizam diversas modalidades de crimes distintos, como tráfico de drogas, armas, pessoas etc... A corrupção surge naturalmente na estrutura dessas organizações criminosas, cuja simbiose com o Estado é característica marcante.

O presente estudo procura abordar em um primeiro momento, sob o aspecto criminológico, o surgimento dessa sensação de insegurança enquanto característica de uma sociedade de riscos e da moderna macrocriminalidade econômica. Ainda sob a inspiração da criminologia crítica, busca-se responder se a criminalização da conduta de ocultar e dissimular o capital de origem ilícita, conhecido como lavagem de dinheiro, seria o instrumento jurídico adequado para o enfrentamento da macrocriminalidade moderna. A resposta para a sensação de insegurança seria, assim, uma expansão do direito penal?

Após aclarada a questão criminológica, o presente trabalho abordará a evolução do combate à lavagem de dinheiro nos planos internacional e nacional, buscando jogar luzes nos mecanismos de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro, passando pela análise detalhada dos tratados, convenções e diretivas acerca do tema. Especial atenção será dada ao GAFI – Groupe d’Action Financière sur le Blanchiment des Capitaux e suas recomendações, cuja

importância para a disciplina internacional das normas antilavagem será demonstrada e explorada. Os mecanismos de prevenção e repressão serão estudados em seguida, fazendo-se sempre que possível um estudo comparado do tema para amplo conhecimento.

Por fim, buscando reconhecer o estado da arte da política antilavagem no Brasil, conclui-se o presente estudo com a evolução histórica do combate à lavagem de dinheiro no país, quando, então, será possível verificar se de fato a opção internacional pela expansão do direito penal é realmente eficiente sob o aspecto penal.

2- ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DA LAVAGEM DE DINHEIRO

2.1- GLOBALIZAÇÃO E MACROCRIMINALIDADE

2.1.1- A globalização enquanto fenômeno econômico: o surgimento de novos interesses, a massificação da informação e o enfraquecimento do conceito de Estado Nacional

Na década de 80, o antropólogo brasileiro Darcy Ribeiro¹ demonstrou como o poder global sofreu três revoluções significativas durante a Modernidade, que ele convencionou chamar de revoluções mercantil, industrial e tecnológica. Esses acontecimentos teriam ocorrido em momentos históricos distintos, de forma que a alternância do poder correspondia ao encerramento de um ciclo político e social. Assim ocorreu com o colonialismo, posteriormente com o neocolonialismo e mais recentemente com a globalização.

Para Darcy, as características marcantes na formação sociocultural dos povos é a alternância dos meios de produção e a consequente e natural estratificação da sociedade, que por si só provoca periodicamente novas alternâncias de poder quanto mais avançados forem os meios de produção.

“A história opera, de fato, como uma sucessão de interações competitivas destes componentes dos modos de produção, cada um dos quais, ao se alterar, afeta os demais e lhes impõe transformações paralelas, configurando situações complexas que nunca são rigidamente deterministas nem linearmente evolutivas. Uma produtividade humana acrescida, que torne o homem capaz de produzir excedentes sobre o consumo, não conduz à liberdade mas à escravidão e às guerras de dominação. Estes efeitos sociais constritivos, operando, por sua vez, como um incentivo à criação de formas ampliadas de mutualidade, permite estruturar unidades sociais cada vez maiores, ativadas por dois processos básicos. Primeiro a estratificação da sociedade em classes e, mais tarde, sucessivas reordenações das relações de produção e a correspondentes transfigurações das classes sociais. Segundo a interação conflitiva entre sociedades tendentes a conduzir à dominação das mais avançadas sobre as mais débeis ou atrasadas e a conversão destas últimas em proletariados externos dos núcleos cêntricos².

¹ Citado por Eugenio Raul Zaffaroni no ensaio “*Globalización y crimen organizado*”.

² RIBEIRO, Adelia M. Darcy Ribeiro e o enigma Brasil: um exercício de descolonização epistemológica. Revista Sociedade e Estado, volume 26, número 2, agosto de 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/se/v26n2/v26n2a03.pdf>. Acesso em 20/01/2018.

No contexto global, a alternância dos meios de produção importou em readequação das relações entre as Nações, implicando diretamente na formação dos povos ibero-americanos. A transmutação do colonialismo ao neocolonialismo, sob o enfoque da evolução tecnológica, proporcionou uma maior interação entre o novo e o velho mundos. A intensa migração da Europa para a América, provocada pelas hordas de desempregados vítimas da revolução industrial de meados do século XIX em paralelo aos movimentos antiescravagistas que sugestivamente ganhavam corpo e forma na América Latina da época, provocou uma verdadeira invasão de europeus pobres nas recém-abertas economias sul-americanas,³ miscigenando os povos e deslocando definitivamente o eixo de poder das metrópoles ibéricas para outros países europeus.

A aproximação entre as Nações tornou-se mais perceptível após as grandes guerras do século XX, com o advento das superpotências econômicas e do desenvolvimento tecnológico das comunicações. As distâncias desaparecem e a relação tempo-lugar ganhou nova equação no contexto mundial. As riquezas ultrapassaram definitivamente as fronteiras dos Estados e a informação se propagou em velocidade recorde por todo o globo terrestre.

Infelizmente Darcy Ribeiro não teve oportunidade de acompanhar esse novo contexto socioeconômico mundial. No entanto, valendo-se das lições do antropólogo brasileiro, Eugenio Raul Zaffaroni ponderou sobre os feitos da globalização:

*“lo marca una revolución técnica em las comunicaciones que provoco mayor concentración de capital, perdida de poder de los estados, desplazamientos migratórios, incremento de las disparidades tecnológicas, desempleo, exclusión social y guerras. También aumento la información disponible, las posibilidades de democratización del conocimiento y la integración de países em bloques económicos”.*⁴

³ A historiadora Cléia Schiavo Weyrauch, em monografia sobre a colonização alemã, descreve a propaganda neocolonialista feita por grandes senhores de engenho e cafeicultores brasileiros na Europa para angariar novos trabalhadores, no final do século XIX. Entre promessas de terras e facilidades diversas, fantasiava-se um Brasil que não existia. O escravocrata e desbravador brasileiro Teóphilo Benedicto Ottoni, buscando povoar a região do Vale do Mucuri, em Minas Gerais, nomeou a pequena vila lá formada como Nova Filadélfia, vendendo no exterior a imagem de que se tratava de uma símile da homônima norte-americana. Ao chegarem, os novos colonos, na sua maioria alemães, deparavam-se com a fechada Mata Atlântica e diversos conflitos com povos indígenas para garantir a posse das terras prometidas pelo nobre brasileiro. “O turbilhão de esperanças e transformações vivido no século XIX, típico de uma experiência na qual a tecnologia já marcava significativamente o mundo sócio-industrial, levou os homens a pensarem em deslocamentos para além do mar, à procura de novos solos para as suas utopias em um novo mundo onde se fizessem possíveis as realizações pessoais e sociais, sem os obstáculos já por demais conhecidos na Europa. Na cabeça da maioria dos imigrantes, estavam presentes projetos individuais e familiares de melhoria de vida. Na América, decerto, superar-se-ia o desânimo de que estavam tomados esses homens, diante de uma Europa que se reestruturava de forma violenta, com as guerras e seus efeitos de desorganização social e econômica e, além disso, com governos que, através da imprensa, se desnudavam diante de um já significativo público urbano”. WEYRAUCH, Cléia S. **Pioneiros Alemães de Nova Filadélfia: relato de mulheres**. Ed. Educs. Caxias do Sul/RS. 1997. P. 55/56.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio R. op. Cit. p. 02.

A globalização é a reafirmação da teoria evolucionista de Darcy Ribeiro, pois seu conceito, se é que se pode falar em um conceito⁵, cinge-se no deslocamento dos meios de produção causado pelo desaparecimento das fronteiras comerciais e pela difusão das comunicações. O fenômeno da globalização é eminentemente econômico. Silva Sanches considera a globalização como uma das características definidoras das sociedades pós industriais e destaca que *“en ultima instancia, la globalización de las comunicaciones no es sino un correlato de la globalización de la economía, que hace preciso abaratar los costes de transacción (y requiere, portanto, esa mayor rapidez de comunicaciones).”*⁶ Zaffaroni considera a globalização uma faceta contemporânea da dominação das nações subdesenvolvidas pelas superpotências mundiais, diante da supremacia econômica das grandes corporações empresariais que subjugam governos de países subdesenvolvidos e, conseqüentemente, a própria sociedade local.⁷

Nesse novo contexto mundial, reafirma-se a hegemonia dos Estados Unidos enquanto potência econômica, política, militar, tecnológica e cultural. Em contrapartida, os estados nacionais perdem representatividade internamente, em virtude da criação de blocos econômicos com imposição de regras comunitárias e mecanismos de proteção conjuntos como a Organização do Tratado do Atlântico Norte e a União Europeia. Outros organismos internacionais também contribuem para a diluição do poder interno dos países, sobretudo com conotação financeira, como o Fundo Monetário Nacional, o Banco Mundial e o G7 – grupo dos sete países mais ricos do mundo, mais a Rússia. A internet contribui sobremaneira na propagação da informação e da massificação da cultura, sobretudo norte americana, de forma que se pode falar no surgimento de sistemas democráticos com economias desnacionalizadas, gerando uma perda de identidade pessoal, de nação.

O advento da internet não apenas encurta as distâncias como massifica a informação, tolhendo de solavanco os tradicionais estados nacionais, inaptos a essa nova modalidade de comunicação social. A massificação da informação aliado ao empoderamento econômico de grupos paraestatais, faz com que a procura por maiores rendimentos e maiores lucros seja

⁵ Rogério Felippetto ensina que “de início, não se pode buscar uma conceituação rígida para globalização, por ser um fenômeno eminentemente poroso, prestando-se à descrição de diversos fenômenos (...). Mas há assertivas que permitem fixar contorno básicos como o de se tratar de acontecimentos de matiz econômico, caracterizado pela eliminação das fronteiras e ampliação dos mercados”. (FELIPETTO, Rogerio. **Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. P. 12.

⁶ SILVA SANCHES, Jesus-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2ª ed. Madrid: Editora Civitas. 2001. P. 86.

⁷ “Como la realidad, la ‘globalización’ es un programa de ejercicio del poder mundial. Al colonialismo de la revolución mercantil siguió el neocolonialismo de la revolución industrial y a este sigue la ‘globalización’ de la revolución tecnológica.” (ZAFFARONI, Eugenio R. op. Cit. p. 03.

aumentada, diminuindo a capacidade dos Estados de controlarem as atividades comerciais. Os Estados enfraquecidos pela perda da identidade nacional em virtude da globalização e de parcela de sua soberania em razão da criação de blocos econômicos e militares, também sofre a interferência do poder econômico, solapando estruturas institucionais através da corrupção e da ausência de mecanismos para reagir à velocidade das transformações sociais.⁸

Em paralelo, surgem com maior destaque interesses que extrapolam a esfera do indivíduo, objeto central da tutela jurídica clássica. Os interesses difusos e coletivos, dos quais a doutrina se ocupou a partir da denominada 3ª geração dos direitos fundamentais, caracterizam-se pela multiplicidade de titulares ou mesmo pela impossibilidade de identificação de titulares. Exemplo mezinho é o meio ambiente⁹, eleito pelas nações como direito da pessoa humana e, portanto, objeto de necessária tutela jurídica, inclusive penal. No entanto, na doutrina tradicional penal não havia espaço para a tutela de interesse difuso como o meio ambiente, menos ainda para a responsabilização da pessoa jurídica, instrumento repressivo considerado de relevância por todos os tratados internacionais sobre o tema.

No que tange especificamente à lavagem de dinheiro e ao caráter econômico dessa moderna criminalidade, pode-se argumentar aprioristicamente a ocorrência de um objeto de tutela difuso, equivalente à ordem econômica nacional ou regional. Silva Sanches, na sua clássica obra sobre expansão do direito penal, aponta essa novel característica da criminalidade orientada pela globalização.

“Es, pues, probablemente razonable que el o los responsables de una inyección masiva de dinheiro negro em um determinado sector de la economía sean sancionados penalmente por la comisión de um delito contra el orden económico. Ahora bien, ello no hace, sin más, razonable la sanción penal de cualquier conducta de utilización de pequenas (o medianas) cantidade de dinheiro negro em la adquisición de bienes o la retribución de servicios. La tipificación del delito de blaqueo de capitales es, em fin, uma manifestación de expansión razonable del Derecho penal (em su núcleo, de muy limitado alcance) y de expansión irrazonable del mismo (em el resto de conductas, de las

⁸ ZAFFARONI, Eugenio R. op. Cit. p. 02/03. Acentua o penalista argentino que “*estos fenómenos acentúan la estratificación social, promueven el hundimiento de los sectores médios, polarizan la distribución de la renta, desbaratan la previsión social, reducen la inversión em programas sociales, impiden que estos lleguen a sus destinatários y fortalecen la vigencia de ideologías políticas autoritárias y discriminadoras*”.

⁹ Apesar do primeiro tratado internacional sobre direito ambiental ser datado de 1972, oriundo da Conferência de Estocolmo daquele ano, já nas décadas de 40 e 50 o tema da poluição tinha repercussão internacional, tendo sido criados naquela época alguns organismos internacionais despersonalizados como o Union of Conservation of Nature (UICN) e o World Wildlife Found (WWF). (FONSECA, Fulvio E. **A convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional**. Revista Brasileira de Política Internacional. Vol. 50. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v50n1/a07v50n1>. Acesso em 10 de fevereiro de 2018.)

que no puede afirmarse en absoluto que, una por una, lesionen el orden económico de modo penalmente relevante).”¹⁰

Em resumo, no mundo globalizado, os estados nacionais encontram-se enfraquecidos, cedendo lugar na dança política aos grandes blocos econômicos e às corporações multinacionais. Mais do que nunca se privilegia o poder pelo dinheiro. E nesse ritmo, surge uma nova sociedade, pós-industrial, tecnológica, conectada, e com ela novos interesses, novos direitos, novos riscos.

2.1.2- A sociedade de riscos e a sensação generalizada de insegurança: o medo como fundamento do ‘moderno’ Direito Penal

Nesse novo contexto mundial, a sociedade pós-industrial difere em essência daquela que serviu de base para construção do que se pode chamar direito penal atual. Ainda que marcadamente patrimonialistas, os movimentos sociais libertários dos séculos XVII e XVIII, inspirados pelo iluminismo e a necessidade de reação contra o poderio do Estado, inspiraram o surgimento de um direito penal marcado pela fragmentariedade e minimalismo, ainda que não se tenha na maioria dos ordenamentos jurídicos alcançado na prática a totalidade desse discurso.

Nilo Batista, se referindo ao nascimento do direito penal com base em concepções jusnaturalistas da época da ilustração europeia, assinala que

“mesmo os penalistas chamados de ‘clássicos’, tão próximos de um processo histórico no qual foi oportuno extrair da razão conteúdos jurídicos ‘naturais’, percebiam às vezes esse caráter prático. Carrara, desenvolvendo os elementos de sua famosa definição de crime, ao deter-se no ‘dano político’ assinalava que o direito penal (em sentido subjetivo) é atribuído ao estado ‘como meio de mera defesa da ordem externa, não para o fim de aperfeiçoamento interno. (...) O direito penal existe para cumprir finalidades, para que algo se realize, não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais’”.¹¹

Após o período entre guerras, a transformação social operou-se com tamanha velocidade que o direito penal clássico não conseguiu acompanhar as mudanças sociais,

¹⁰ SILVA SANCHES, Jesus-Maria. Op. Cit. p. 26.

¹¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 1990. P. 19/20. O mestre carioca assinala que “o jusnaturalismo foi a teoria jurídica da burguesia revolucionária, que procurava destruir os privilégios e distinções do mundo (e, portanto, do direito) medieval, bem como inserir o monarca dentro da esfera de novas relações jurídicas, através dos princípios ‘naturais’ da igualdade formal e da universalidade do direito”.

sobretudo diante do surgimento de novos bens jurídicos e novos riscos sociais, ocasionando uma sensação generalizada de insegurança e um crescente processo de vitimização social.¹²

Uma série de novos direitos e interesses podem ser relacionados para demonstrar a razão da evolução (ou expansão) do Direito Penal para protegê-los, seja no âmbito objetivo da criminalização de novas condutas, seja no âmbito subjetivo, para incluir novos sujeitos na etiqueta de criminosos, como as pessoas jurídicas. No entanto, o que se constata é que essa tendência por uma expansão da tutela penal decorre muito mais de uma sensação generalizada de insegurança do que propriamente da necessidade de tutela de novos direitos. Evidentemente que não se pode dissociar uma coisa da outra. A crescente insegurança social está intrinsecamente relacionada com a massificação da informação e a globalização da economia, que resultou no aparecimento de novos interesses.

Impõe-se, portanto, em qualquer estudo de matiz penal, a verificação dos motivos que provocam essa sensação de insegurança. Poder-se-ia concluir facilmente que a sensação de insegurança decorre do aumento da criminalidade e do surgimento daquilo que se convencionou chamar de criminalidade organizada. Contudo, este estudo parte do pressuposto criminológico apontado por Zaffaroni e Silva Sanches de que o aumento quantitativo de crimes decorre, em verdade, de um sentimento de incremento da criminalidade em virtude de outros fatores sociais que merecem ser estudados. No mesmo sentido, o próprio conceito de crime organizado não é facilmente obtido pois vulgarmente inclui-se nessa expressão toda e qualquer ação minimamente agrupada com conotação econômica, com o único viés de justificar uma mitigação do garantismo penal em prol do ‘combate’ ao inimigo.

O que se propõe neste capítulo é o estudo das condições psicossociais que vêm determinando uma mudança no enfoque criminológico da política criminal, justificando uma maior criminalização de condutas e a retomada do discurso de lei e ordem. As bases para esse estudo estão lançadas: a globalização econômica, a massificação da informação e o surgimento de novos interesses jurídicos. Outrossim, não é de difícil percepção que as relações jurídico-sociais atualmente, inclusive aquela existente entre o indivíduo e o Estado, estão bem mais sedimentadas e elaboradas do que há cem anos atrás, conferindo um maior grau de segurança, seja pelo reconhecimento da necessidade de se assegurar direitos fundamentais, seja pela evolução tecnológica que trouxe maior rapidez na resposta estatal,

¹² SILVA SANCHES, Jesus-Maria. Op. Cit. p. 26. No mesmo sentido, Rogerio Felippetto cita que “(...) há um descompasso entre essa evolução (social) e a do Direito. De um lado, tem-se o desaparecimento das fronteiras da economia, em contrapartida, não há a correspondente mundialização do Direito e das técnicas de tutela.” (FELIPPETTO, Rogerio. Op. Cit. p. 14).

maior estabilidade nas relações comerciais, mais acesso a educação formal e meios de comunicação e melhor qualidade de vida, redundando em um aumento progressivo da expectativa de vida da humanidade. A própria construção democrática do mundo ocidental, ainda que não seja um processo linear, vem conferindo uma maior participação política e social dos indivíduos e, sobretudo, respeito às liberdades públicas.

Em resumo: é muito mais fácil viver hoje do que no início do século XX, quando Franz von Liszt¹³ proferiu sua célebre frase: “o Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal”, delimitando até onde o Estado poderia intervir na liberdade do indivíduo sob o argumento do combate à criminalidade. A pergunta que se impõe, portanto, é se de fato houve um incremento da criminalidade a justificar uma expansão do direito penal como apregoada por Silva Sanches, e que desemboca na criminalização da lavagem de dinheiro.

Bebendo na fonte do sociólogo polonês Ulrich Beck, o jurista espanhol Silva Sanches define a sociedade pós-industrial como ‘sociedade de riscos’, caracterizada por um marco econômico cambiante e pelo surgimento de novas tecnologias em velocidade nunca antes vista em toda história da humanidade.¹⁴ A proximidade proporcionada pela globalização econômica trouxe também a maior possibilidade de propagação de danos sociais em larga escala, comprometendo um número indeterminado de pessoas, a partir de decisões humanas sobre fatos específicos e individuais. No campo da economia, sobretudo, essa maior vulnerabilidade global é sentida, sendo inúmeros os casos de comprometimento de setores econômicos e até de sistemas nacionais em virtude de fatos individualmente praticados em uma parte isolada do mundo. Desde a quebra da Bolsa de Nova York em 1929 até a recente crise hipotecária norteamericana, pessoas do mundo inteiro estão conectadas e sujeitas, de algum modo, a riscos inerentes à sociedade tecnológica. Em paralelo às fraudes econômicas de viés global, a ciberdelinquência pode ser identificada atualmente como modalidade específica de delito que compromete estruturas econômicas e até políticas em qualquer parte

¹³ Citado em ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução: Luis Greco. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Renovar. 2012. P. 01. Sobre a secular afirmação de von Liszt, Roxin explica que “*a frase caracteriza, de um lado, o direito penal como ciência social e, de outro, como ciência jurídica. Neste caráter dúplice de sua recém-fundada ‘ciência global do direito penal’ corporificavam-se, para Liszt, tendências contrapostas. À política criminal assinalava ele os métodos racionais, em sentido social global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado como a tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado Leviatã*”.

¹⁴ Segundo Silva Sanches, citando Beck, a sociedade de riscos é “*una sociedad em que los riesgos se refieren a daños no delimitables, globales y, con frecuencia, irreparables; que afectan a todos los ciudadanos; y que surgen de decisiones humanas*”. (SILVA SANCHES, Jesus-Maria. Op. Cit. p. 27).

do globo terrestre, assim como o terrorismo e as atividades de financiamento de grupos terroristas.

Esses riscos não se limitam aos aspectos econômicos, mas também de ordem sanitária. Por exemplo, quando recentemente descobriu-se uma epidemia da gripe por vírus H1N1, o maior receio da comunidade internacional era a rápida disseminação do vírus em virtude do tráfego aéreo de pessoas. Do mesmo modo, as questões ambientais envolvem direta e indiretamente todos os países, podendo provocar a médio prazo o desaparecimento de sociedades inteiras, como no caso das Ilhas Maldivas, sujeitas a terem seu território completamente submerso em virtude do aumento do nível dos oceanos.

Quanto maior o desenvolvimento tecnológico, menor a relação tempo/espço, maiores os riscos sociais. Esses riscos estão diretamente relacionados com atividades humanas. Na expressão de Silva Sanches, “*riesgos de procedencia humana como fenómeno social estructural*”, portanto, inerentes à sociedade atual, ao qual o direito, inclusive o direito penal, deve se adequar para garantir quando necessária, e na medida da necessidade, proteção jurídica. O descompasso entre a realidade e o direito causa o que Ferrajoli denominou de ‘vazio do direito público’. Apesar da notoriedade da velocidade das transformações tecnológicas e sociais, ainda se opera um direito pré-medieval, derivado da origem romana do direito *per formulas*, burocrático, limitado, sem a menor condição de acompanhamento real das mutações sociais.

A tecnologia trouxe avanços, mas também impôs uma maior complexidade nas relações sociais nunca antes vista. Cada vez mais os indivíduos, isoladamente, dependem da ação de outros indivíduos, e vice e versa, em uma verdadeira interdependência inconsciente. Veja como exemplo o trânsito de uma grande cidade. Por mais que individualmente sejam observadas todas as regras de trânsito, persiste de maneira inconsciente que os demais motoristas também observarão as mesmas regras, de forma que, sem isso, sem essa percepção inconsciente no desconhecido, seria impossível conduzir um veículo automotor com um mínimo de segurança. Assim ocorre no trânsito e, numa análise aprofundada, em todo e qualquer ato da vida cotidiana. Criou-se uma complexa rede de interdependência inconsciente entre os indivíduos.

O aumento da população urbana, sobretudo nos grandes centros, redundando em uma gama indeterminável de relações interpessoais firmadas diariamente, em um ritmo de vida bem mais acelerado, provocado pelos imperativos mercadológicos de qualidade e ganho.

A essas alterações no modo de vida das pessoas, que se operaram desde final do século passado, deve-se acrescentar outro viés pernicioso da globalização econômica. Segundo Silva Sanches, a lógica do mercado atual privilegia pessoas sem vínculos familiares que possam transitar livremente de um local do globo para outro, em busca do melhor negócio. Esse viés de crescimento individual fragiliza as relações familiares, marginalizando aqueles que na concepção tradicional clássica seriam o exemplo do homem médio.

Por fim, o último elemento da moderna sociedade global apontado por Silva Sanches, também referido por Zaffaroni como sendo, para este, o principal elemento para o incremento da sensação de insegurança, é a massificação das comunicações que não necessariamente acompanha a qualidade da informação. Em outras palavras, apesar do maior acesso aos meios de comunicação, existe uma dificuldade de se obter informações fidedignas, o que aumenta a insegurança social. Em especial, constata-se atualmente uma exploração midiática do crime, sobretudo de natureza violenta, o que alimenta um sentimento de insegurança. A rápida e massificada disseminação da informação, fidedigna ou não, facilita a capilaridade desse sentimento em proporções nunca vista na história. Um ‘arrastão’ na praia de Copacabana causa o mesmo temor ao carioca residente naquele bairro e ao seringueiro dos rincões da Amazônia que assiste boquiaberto ao noticiário nacional. Crimes são transmitidos praticamente em tempo real e não é raro pessoas quedarem paralisadas em frente a vitrines de lojas de aparelhos domésticos para assistirem às cenas de rescaldo de um atentado terrorista na Europa. A violência tornou-se real e iminente, aumentando a sensação de insegurança que já seria própria da sociedade moderna.

Pode-se resumir, portanto, a sociedade pós-industrial a três características que provocam um crescimento da desorientação pessoal: a) a dificuldade de adaptação ao ritmo acelerado de vida provocado pela revolução dos meios de produção e comunicação causada pela globalização; b) a dificuldade de obtenção de informações fidedignas, gerando inseguranças, nada obstante o bombardeio diário com informações de todas as espécies; e c) a fragilização das relações familiares em virtude da nefasta lógica mercadológica globalizada. A esta sociedade tecnológica, mas recoberta de novos riscos, Ulrich Beck denominou sociedade de riscos. Numa acepção filosófica, Zygmunt Bauman nominaria essa nova fronteira da sociedade como modernidade líquida em virtude do ‘derretimento’ dos parâmetros sociais clássicos e a elevação do indivíduo em todo o seu potencial, para ser o que conseguir ser mediante suas próprias forças.¹⁵

¹⁵ Segundo Bauman, a sociedade moderna caracteriza-se pela fluidez de suas estruturas, uma vez que os parâmetros sólidos da sociedade moderna restaram abalados e, de certo ponto, desacreditados após a revolução

Diante desse espectro ainda indecifrável ao nível do indivíduo sobre os novos riscos criados pela sociedade moderna, Silva Sanches conclui que o resultado é a criação de um sentimento de insegurança, não necessariamente real ou acompanhado de fato por uma crescente criminalidade ou ineficiente resposta penal.

“(...) la medida de la inseguridad sentida por los ciudadanos se corresponda de modo exacto com el grado de existência objetiva de riesgos dificilmente controlables o, sencillamente, incontrolables (...) que les afecten personalmente y de modo inmediato. (...) la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la própria existência de los mismos. Expressado de otro modo, existe uma elevadíssima sensibilidade al riesgos.”¹⁶

Para Zaffaroni, esse sentimento é nutrido pelos meios de comunicação, que exploram e potencializam o medo do indivíduo frente ao crime, favorecendo o que ele denomina de ‘mito do crime organizado’.¹⁷

Insere-se no contexto social a figura do medo em sentido genérico. O medo do outro, do próximo, o medo do que não se vê. O medo como componente natural de uma sociedade de riscos previsíveis e imprevisíveis, aos quais o Estado não tem condições de encontrar a resposta adequada. Klaus Gunther, analisando a figura do medo no Estado Democrático de Direito, demonstra o grau de insegurança, midiática ou real, em que vivem os europeus nos dias atuais, sobretudo em função do receio dos atentados terroristas, que vem provocando uma releitura do próprio conceito de liberdade, deixando a clássica tônica burguesa do século

tecnológica. O indivíduo ganhou poder próprio, enquanto elementos basilares da sociedade tradicional, como família, Estado e trabalho, restaram questionados e sublevados a uma posição de questionamento e, por que não dizer, enfrentamento. Nas palavras do filósofo alemão, São esses padrões, códigos e regras a que podíamos nos conformar, que podíamos selecionar como pontos estáveis de orientação e pelos quais podíamos nos deixar depois guiar, que estão cada vez mais em falta. Isso não quer dizer que nossos contemporâneos sejam livres para construir seu modo de vida a partir do zero e segundo sua vontade, ou que não sejam mais dependentes da sociedade para obter as plantas e os materiais de construção. Mas quer dizer que estamos passando de uma era de 'grupos de referência' predeterminados a uma outra de 'comparação universal', em que o destino dos trabalhos de autoconstrução individual (...) não está dado de antemão, e tende a sofrer numerosa e profundas mudanças antes que esses trabalhos alcancem seu único fim genuíno: o fim da vida do indivíduo.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001).

¹⁶ Acrescenta o penalista espanhol que atualmente vivemos uma formação cultural e social pouco tolerante à frustração, citando, para tanto, interessante passagem inspirada em artigo publicado no periódico El País: *“El desarrollo de la técnica há inducido uma mentalidade según la cual el hombre puede dominar todas las cosas del mundo humano. Pero el hombre de hoy está poco preparado para ‘sufrir’; cualquier dolor es interpretado como um estímulo para poner los remedios adecuados com el fin de evitarlo o quitarlo. Cuando esse dolor es inevitable, el hombre se siente desconcertado. Por esto se puede decir que em este tempo, em nuestro mundo superdesarrollado, el hombre tiene muchos menos Dolores que hace años, pero tiene mucho más sufrimiento”.* (SILVA SANCHES, Jesus-Maria. Op. Cit. p. 36/37)

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio R. op. Cit. p. 05.

XVIII por uma nova roupagem de empoderamento do Estado em prol da defesa de todos contra um inimigo invisível, oscilante e imprevisível.¹⁸

Sob o império do medo, as pessoas dos mais diversos níveis sociais se igualam e passam a uma condição que Silva Sanches denominou de ‘sociedade de sujeitos passivos’¹⁹, na qual todos são vítimas, reais ou em potencial, do sentimento comunitário de insegurança, sobretudo diante do delito. A globalização e a massificação da informação trouxeram uma mudança psíquica no inconsciente comum da sociedade, deslocando o foco do receio da violência do Estado, própria dos movimentos libertários oitocentistas, para o receio da violência do indivíduo, restaurando-se o interesse coletivo por um incremento do poder estatal em prol da proteção de todos. Klaus Gunther adverte que “quando atualmente a fala é ‘medo no Estado de Direito’, o seu sentido mudou. Pensa-se não em medo de Estado demais, mas em medo de Estado de menos”.²⁰

A imediata reação da sociedade frente ao medo é exigir do Estado uma atuação penal incisiva, abandonando os movimentos clássicos de restrição do Direito Penal em busca de uma flexibilização de garantias e rigidez no ‘combate’ ao delito.²¹ Por seu turno, os Estados, enfraquecidos diante do contexto ‘sem fronteiras’ da globalização, alvejados pela força econômica das grandes corporações e, nos países periféricos, pelo poderio geopolítico das potências mundiais, oferecem à sociedade aquilo que se tem como resposta mais rápida, que é a intensa criação legislativa penal e o discurso do endurecimento do combate ao crime, agora tido como organizado.²² Inverte-se a perspectiva tradicional do direito penal, de limitação do

¹⁸ GUNTHER, Klaus. **Medo no estado de direito**. Revista de Estudos Criminais. Volume 55. Dezembro 2014. P. 11.

¹⁹ SILVA SANCHES, Jesus-Maria, op. Cit. p. 42.

²⁰ GUNTHER, Klaus. Op. Cit. p. 04. Para o criminólogo alemão, comentando sobre a alteração sobre o foco do medo na sociedade pós-industrial, “é esta dinâmica psíquica que fundamenta a profunda estrutura do debate atual acerca da adequada relação entre liberdade e segurança. A estrutura social-psicológica do Estado Democrático de Direito é até agora pouco pesquisada. Sabe-se que uma forma de vida de liberdade assegurada expande o espaço de ação, mas também produz novos medos, o ‘temor da liberdade’. Quando é que a liberdade do temor converte-se em temor da liberdade?”

²¹ FELIPPETTO, Rogerio. Op. Cit. p. 17.

²² Na opinião de Zaffaroni, a globalização é um mal que deve ser combatido, sobretudo por impor as ideias liberais das potências econômicas mundiais, em prol de um capitalismo selvagem que mantém os países periféricos, sobretudo a América Latina, como meros fornecedores de matéria prima e, atualmente, mercado consumidor em larga escala. Na sua visão eminentemente marxista sobre o fenômeno da globalização não faltam críticas à criminalização do que convencionou-se chamar de crime organizado, principalmente por entender que se trata de uma reação pueril frente ao sentimento midiático de crescimento da criminalidade. O penalista argentino escreve que *‘los políticos sin poder para proveer soluciones estructurales – a causa del debilitamiento de los estados nacionales -, por temor, por incapacidad o por oportunismo, optan por reducir su discurso a propuestas de mayor represión o securismo interno, apostando a la destrucción de toda racionalidade em la legislación penal y vendendo la ilusión de soluciones mediante tipos penales nuevos, penas más largas, menores garantías frente al poder punitivo estatal y, sobre todo, menores controles sobre las agencias policiales y de migración. Esta manipulación publicitaria de la opinión pública – fomentada por organizaciones emergente*

poder estatal frente ao indivíduo, ganhando corpo discurso ultranacionalista de endurecimento frente ao crime, inclusive com releituras, no âmbito normativo e até dos tribunais, de garantias fundamentais. *Verbi gratia* a inclusão na maioria das declarações de direitos do período pós-guerra de um ‘direito fundamental à segurança’.²³

Percebe-se claramente a utilização nos dias atuais do direito penal ou das chamadas ‘políticas de segurança pública’ como instrumentos de proteção da sociedade contra o crime. Essa crescente legislação penal caminha em paralelo com a relativização de garantias fundamentais, sempre sob o enfoque midiático da imprensa pouco comprometida com a realidade. Leonardo Sica, citado por Rogério Felippetto, anuncia o surgimento de um Direito Penal de emergência, caracterizado pela criação de novos tipos penais (panpenalismo), pela administrativização do Direito Penal e pelo surgimento de medidas premiais a criminosos que auxiliem no trabalho investigativo.²⁴ Esse aumento do poder do Estado pelo Direito inclui também os métodos investigativos, introduzindo como finalidade do Direito Penal a prevenção do crime, de forma a permitir uma relativização do direito a liberdade e a intimidade. A própria noção de tortura é revisitada, segundo Klaus Gunther,²⁵ ao citar o caso da prisão de Guantánamo.

O discurso da segurança pública ou da defesa do indivíduo através do direito penal decorre de um revigoramento do Direito como instrumento de defesa do indivíduo. Todavia, diferentemente do que ocorreu nas revoluções burguesas, o inimigo não é mais o Estado, mas o próprio indivíduo. Em prol da sua segurança, remodelando as teorias contratualistas de Rousseau e John Locke, o indivíduo toleraria novamente empoderar o Estado com instrumentos ofensivos à liberdade contra o perigo generalizado? Klaus Gunther vai mais além e questiona:

“A forma de vida livre de um Estado Democrático de Direito exige de suas cidadãs e de seus cidadãos uma maior proporção em medos que um sistema autoritário que regula e controla cada expressão da vida?

com gran espacio publicitario – es el actual securismo interno o ideologia de la seguridad urbana”.

²³ A nossa Constituição da República de 1988, no caput do art. 5º, traz expressamente o direito a segurança como um dos cinco direitos fundamentais básicos do indivíduo. Essa previsão é de extrema relevância se considerarmos que o artigo 144 prevê a segurança pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, nominando as polícias como as responsáveis pelo exercício desse dever. Apesar da aparência salutar da norma constitucional, essa resposta do nosso constituinte está imbuída do imediatismo da resposta penal, fazendo confundir-se política de segurança com segurança pública, o que abre uma enorme brecha para a relativização de direitos fundamentais pelos órgãos denominados de segurança em prol da defesa do cidadão. Já se fala no Brasil, atualmente, em diferenças entre métodos de prova criminal e métodos de inteligência criminal, sendo que a estes não seriam aplicáveis as limitações constitucionais como os sigilos bancários e de telecomunicações.

²⁴ FELIPPETTO, Rogerio. Op. Cit. p. 23.

²⁵ GUNTHER, Klaus. Op. cit. p. 04.

Ou será que a dinâmica política das democracias modernas com novas ansiedades gera também um clamor por segurança crescente, que não se deixa jamais satisfazer, mas produz sempre novas inovações e medidas que continuam a restringir as liberdades civis?”²⁶

Na opinião de Silva Sanches²⁷, Gunther Jakobs²⁸ e Winfried Hassemer²⁹, o direito penal deve converter-se em instrumento de defesa da sociedade, deixando de ser apenas a ‘Magna Carta do Delinquente’, na clássica concepção de Von Liszt, para se tornar também a ‘Magna Carta da Vítima’, instrumento do Estado contra o inimigo. De outro lado, Eugenio Raul Zaffaroni sustenta que esse medo não existe de fato, pois criado e fomentado pela mídia controlada por organismos orientados pelo domínio do dinheiro, de forma a revelar não um elemento social real, mas uma falsa sensação de insegurança, não se justificando qualquer tentativa de expansão do direito penal.³⁰

A discussão sobre o efeito do medo na legislação penal e sua aplicação merece ser aprofundada, sobretudo para viabilizar a análise das razões que justificariam o surgimento desse medo nas sociedades latino-americanas, ainda carentes de um estudo mais pormenorizada. Contudo, não é essa a finalidade deste trabalho. De qualquer forma, pode-se concluir que existe uma tendência europeia de expansão do direito penal com mitigação de garantias processuais e materiais em defesa da sociedade contra o inimigo, o que Silva Sanches denominou de segunda e terceira velocidades do direito penal e Gunther Jakobs chamou de direito penal do inimigo. Nesse contexto, surge a criminalização das organizações

²⁶ GUNTHER, Klaus. Op. Cit. p. 5. Respondendo a essas e outras indagações, o autor cita diversos autores, sobretudo alemães: “Para Frankenberg, contudo, persiste nessa mudança somente a ameaça original, que já adveio sempre de um Estado de Direito que solta suas amarras e que, em uma medida errônea entre liberdade e segurança, encontra expressão distorcida de política de direito, distorcendo a comunicação pública. (...) a expressão ‘direito penal do inimigo’, marcada pelo Professor de direito penal de Bonn Gunther Jakobs, parece reagir a esses medos. Ainda que o ‘medo’ não seja uma categoria jurídica, mesmo assim a formação de termos jurídicos – e, em sequência, a práxis estatal que nela se legitima – é dominada pelo medo. Winfried Hassemer sustenta, ao contrário, que a transformação das regras estatais para reações estatais ao perigo em um direito de defesa contra o perigo institucionalizado é irreversível. Prevenção contra perigos seria uma atitude legítima do Estado. Seria errado ignorar os medos da população ou de Torre de Marfim acadêmica. Uma democracia não poderia deixar-se fechar para esses medos. Entretanto, não segue daí que a prevenção poderia ultrapassar todos os limites. Herfried Munkler vai atrás das causas daqueles medos. A estratégia terrorista de levar uma guerra de assimetricamente é determinada por um cálculo da criação sistemática de medo nas populações das comunidades atingidas. Não se trata da aniquilação de pessoas específicas, nem do acordar de terceiros interessados em potencial, que deveriam se solidarizar para com os terroristas, mas sim de criação de medo em massa por meio das inúmeras aniquilações de vítimas quaisquer. Nas sociedades modernas ocidentais, que cultivam virtudes pós-heróicas, o impacto psicodinâmico desses atentados multiplicou-se. Um Estado Democrático de Direito, que não reaja a isso na medida certa, atesta justamente o perigo de uma reação exagerada e histérica.”

²⁷ Silva Sanches, Jesus-Maria. Op. Cit. p. 53/54.

²⁸ GUNTHER, Klaus. Op. Cit. p. 05.

²⁹ HASSEMER, Winfried. **Defesa contra o perigo pelo direito penal – uma resposta para as atuais necessidades de segurança?**. Revista de Estudos Criminais, volume 55, dezembro de 2014.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio R. op. Cit.

criminosas e da lavagem de dinheiro, enquanto mecanismos de repressão e prevenção do crime, conforme se demonstrará nos capítulos seguintes.

2.1.3- Em busca de um conceito de organização criminosa: macrocriminalidade organizada e econômica

Após o período entre guerras, já sob os auspícios da sociedade pós-industrial e globalizada, começa a ganhar força um conceito novo³¹ no direito penal: o de crime organizado. Todavia, no início, referido conceito tem uma conotação muito mais vulgar do que se imagina. Considera-se como crime organizado toda e qualquer atividade criminosa relacionada a determinados delitos considerados relevantes, como tráfico de drogas, corrupção, tráfico de armas. Não necessariamente as quadrilhas que praticam esses crimes são organizadas, ao contrário a experiência demonstra que até hoje a desorganização e o imprevisto são as marcas preponderantes desses bandos que se reúnem, ainda que com alguma frequência, para o cometimento de crimes.

Durante muitos anos, a legislação brasileira fazia referência a crime organizado, inclusive como delito antecedente para a lavagem de dinheiro, mas não havia uma definição típica dessa conduta. O conceito técnico de crime organizado começa a ser esboçado com a Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo – datada de 2000 e que foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004. Todavia, a definição refere-se à organização de pessoas e não necessariamente ao crime organizado, denotando que, assim como o delito de quadrilha ou bando, o elemento referencial relevante na definição de crime organizado é o subjetivo, sendo completamente indiferente o elemento objetivo. Nesse sentido, adverte Guaracy Minguardi, logo após discursar sobre a organização criminosa que comanda o tráfico de drogas no Estado de São Paulo:

“Nas outras modalidades a situação é similar, como nos roubos e furtos de veículos que, na maioria dos casos, são feitos por quadrilhas comuns. Existem, porém, organizações criminosas especializadas em roubo de veículos. A mesma coisa ocorre com outros tipos de crime, como o contrabando, que pode ser praticado por um indivíduo, uma quadrilha

³¹ Sofia Matos de Alves Azambuja noticia que “a criminalidade organizada antecede a era da globalização, havendo registros históricos que indicam que os traços destes fenômenos, no mundo ocidental, remontam aos tempos das quadrilhas de contrabandistas que actuavam na França, sob o comando de Louis Mandrin (rei dos contrabandistas) condenado em 1755 sob o reinado de Luis XV. Os piratas franceses e ingleses dos séculos XVII e XVIII se organizaram para exercer a criminalidade da época em larga escala. (AZAMBUJA, Sofia M. de A. op. Cit. p. 25.

ou uma organização criminosa. Portanto, não é a modalidade do crime que identifica a existência de crime organizado. O que define são algumas características que o tornam diferente do crime comum.”³²

No conceito apresentado pela Convenção de Palermo, organização criminosa seria

“grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

Nota-se no conceito uma preocupação com a finalidade econômica da organização criminosa, a ponto da doutrina elencar como elemento diferenciador do crime de quadrilha a existência de um planejamento empresarial.³³

Adotando um conceito bem menos rígido e até simplório, a legislação especial brasileira optou por outra forma de diferenciação do crime de organização criminosa, conforme art. 1º da Lei 12.850/13.

“Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

Nota-se no tipo brasileiro a expressão ‘organização de pessoas estruturalmente ordenada’, ‘ainda que informalmente’. Ora, trata-se de um conceito extremamente aberto, sem definição palpável ao nível do homem médio. Relega-se ao arbítrio do julgador o poder de decisão muito grande sobre considerar uma reunião de pessoas como quadrilha ou organização criminosa. Merece ressalva nesse aspecto que na Itália, uma das fontes internacionais da legislação de ‘combate’ ao crime organizado, o conceito de organização criminosa leva em consideração um elemento normativo de caráter subjetivo denominado ‘elemento mafioso’, ou seja, a reunião de pessoas com as características tradicionais das máfias italianas, como a organização familiar.

Nada obstante o esforço de alguns doutrinadores em tentar diferenciar o crime de quadrilha do delito de organização criminosa, o fato é que do ponto de vista ontológico, não existe uma diferença substancial, palpável. A própria finalidade lucrativa está eminentemente

³² MINGARDI, Guaracy. **O trabalho de inteligência no controle do crime organizado**. Revista de Estudos Avançados de Direito Penal. Volume 21. 2007.

³³ Guaracy Minguardi elenca cinco elementos para diferenciar organizações criminosas das quadrilhas: a) hierarquia; b) previsão de lucros; c) divisão do trabalho; d) planejamento empresarial; e, e) simbiose com o Estado.

ligada a uma e outra espécie criminosa e a expressão ‘atuação concertada’ trata-se de um conceito aberto que permite um sem número de interpretações. Nesse sentido, merece referência a crítica feita por Zaffaroni à sana punitiva que grassa o mundo desde o advento da globalização:

*“el crimen organizado es un concepto de origem periodístico, que nunca alcanzó una satisfactoria denificación criminológica, pero que se traslado a la legislación penal y procesal penal para aumentar el ejercicio del poder punitivo respecto de un conjunto de delitos no bien delimitado, lo que pretende configurar um derecho penal diferenciado y com menores garantías para um ámbito delictivo sin delimitación. Su idea más aproximada está dada por la criminalidad de mercado, abarcando desde todos los tráficos prohibidos hasta el juego, la prostitución, las diferentes formas de comercio sexual, la falsificación de moneda y los secuestros extorsivos”.*³⁴

Se do ponto de vista penal, a definição jurídica do crime de organização criminosa guarda as dificuldades ontológicas acima, sob o ponto de vista criminológico, existem justificativas palatáveis para se ampliar a tutela penal, nada obstante a opinião de Zaffaroni. Deveras, a globalização é de fato o momento histórico em que a sociedade pós-industrial foi assolada por um sentimento de medo coletivo, provocado por riscos inerentes ao novo sistema e potencializados pela massificação da informação, conforme estudado acima. Adicione-se a esse fato, o aumento da densidade demográfica dos grandes centros urbanos, fazendo definitivamente a transição da sociedade ocidental do campo para as cidades. Nesse panorama, pode-se verificar dois tipos de criminalidade que assolam a sociedade e merecem um tratamento penal próprio, na expressão de Silva Sanches: a *criminalidad cajellera o de massa* e a *criminalidad económica*.³⁵ A primeira, seria a criminalidade tradicional, praticada sobretudo contra bens individuais e praticados pelos criminosos previamente etiquetados pelo direito penal clássico, mas cuja quantidade aumentou consideravelmente diante do panorama urbano pós-globalização, em paralelo e proporcionalmente à ‘cifra negra’ de delitos dessa natureza. A criminalidade econômica seria uma nova fronteira criminosa surgida com a globalização, apresentando como características principais o caráter econômico e transnacional. Possuem uma estrutura empresarial organizada, com divisão de tarefas e,

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio R. op. Cit. p. 02.

³⁵ SILVA SANCHES, Jesus-Maria. Op. Cit. p. 82. Para Antonio Scarance Fernandes, também citado por Rogerio Felippetto, poder-se-ia falar em criminalidade grave, violenta e não organizada, dirigida a bens jurídicos individuais; criminalidade grave, violenta ou não, não organizada, dirigida a bens jurídicos coletivos ou difusos; e a criminalidade organizada, cujas características para o autor repousam nas referências às máfias italianas e americanas. (SCARANCE FERNANDES, Antonio. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado**. Revista Brasileira de Ciências Penais. São Paulo, n. 70. P. 229-268, jan/fen 2008. P. 02. Disponível em http://www.esmal.tjaj.jus.br/arquivosCursos/2016_03_28_14_54_14_Efici%EAncia%20e%20garantismo%20-%20Scarance.pdf. Acesso em 15 de fevereiro de 2018.)

eventualmente, remuneração formal de membros que não chegam a praticar delitos diretamente, agindo apenas em alguma fase da lavagem de dinheiro ou na contabilidade do grupo. São verdadeiras ‘empresas’ voltadas a prática de delitos como negócio e cujos criminosos não se enquadram na etiqueta tradicional, tratando-se, em regra, de pessoas abastadas, com educação formal e, eventualmente, pertencentes à elite política e econômica. Enquadram-se nessa modalidade de delito, as grandes organizações voltadas ao tráfico de drogas e de armas, ao financiamento do terrorismo, a fraudes econômicas que importem evasão de divisas, sonegação fiscal e corrupção. O estreito e ilícito relacionamento com autoridades públicas também é característica marcante dessas organizações, tornando difícil a apuração, punição e desmantelamento desses organismos criminosos.

Historicamente, pode-se demonstrar a evolução dessa moderna criminalidade, justificando uma política criminal específica. A criminalidade econômica, em última análise, surgiu sob inspiração das máfias³⁶ italianas e americanas, que apresentavam características semelhantes, pois se tratava de grupos de criminosos, que praticavam crimes comuns, como tráfico de drogas e armas, e desenvolveram mecanismos peculiares de lavagem de dinheiro. Sofia Alves de Melo Azambuja enumera as ‘máfias’ mais conhecidas no mundo desde o século XVI, merecendo referência específica para demonstração da evolução das características da criminalidade. A primeira e mais conhecida ‘máfia’ italiana é a Cosa Nostra, que tem como base a região da Sicília, escolhida em 2000 para sediar a Convenção contra o Crime Organizado. Operava crimes como tráfico de drogas e armas, além de corrupção e influência política. Na década de 1980 foi o principal alvo das operações de combate à máfia na Itália, a partir da prisão e delação do mafioso Tomaz Buschetta, no Brasil, tendo resultado na prisão ou morte da maioria de seus líderes. Deve-se mencionar que no início da década de 1990, quando ainda investigavam os crimes da máfia italiana, os magistrados

³⁶ O termo máfia tem origem na Itália e refere-se à resistência de famílias italianas às tentativas reiteradas de invasões francesas no século XIII. O termo na verdade é uma sigla que significa ‘*Morte alla Francia, Italia Aperta*’ (AZAMBUJA, Sofia A. de M. op. Cit. p. 29). Importante destacar que a origem do termo como elemento de identificação de famílias italianas, sobretudo da região da Sicília, justifica a principal característica das máfias sicilianas do século XX, vinculadas estruturalmente através do chamado ‘elemento mafioso’, conceituado como a vinculação familiar dos criminosos na associação. Wilson José Spinelli Andersen Ballão noticia que “a máfia italiana surgiu em 1812 como uma sociedade secreta criada pelos senhores feudais. Em 1865, tornou-se aliada dos príncipes no combate às dinastias espanholas e francesas que ocupavam o trono de Nápoles na época. No ano de 1893 a palavra máfia passou a ser utilizada para designar os camponeses sicilianos que se revoltaram contra Roma. Até então a máfia não era um empreendimento criminoso. Contudo, foi no início do século XX que surgiu a máfia como é conhecida nos dias de hoje. Naquela época, milhares de famílias de Púglia, Calábria, Sicília e de outras regiões da Itália foram obrigadas a emigrar por conta da pobreza. A máfia tornou-se então a organização de autodefesa dos imigrantes vítimas da discriminação. Influenciados pelo modelo capitalista americano, os novos chefões da máfia surgidos no pós-guerra vão se interessar pelos mercados de imóveis, transporte marítimo, importação, exportação e bancos. É neste momento que ocorre então a criminalização da máfia.” (BALLÃO, Wilson. Op. Cit. p. 18).

Giovanni Falcone e Paolo Borsellino foram assassinados por integrantes da facção criminosa, demonstrando o grau de periculosidade da quadrilha.

Na Itália ainda são referenciadas como máfias a Camorra, da região de Nápoles, a Sacro Corona Unita, e a N'dranghta da Calábria. As três organizações, atuantes nos dias de hoje, seguiram o modelo globalizado e extrapolaram os limites territoriais da Itália, tendo repercussão na Europa Central, no Sudeste Europeu e na Rússia, praticando crimes de tráfico de drogas, armas e de pessoas. Relativamente a N'dranghta, atualmente considerada a maior das máfias italianas, existem referências de que a organização criminosa esteja se expandido para a América do Sul, através de modelos de cooperação com organizações criminosas latinas, como o Primeiro Comando da Capital, no Brasil.

São famosas as Tríades chinesas e a Yakuza japonesa como modelos mafiosos orientais que veem ganhando espaço no ocidente, sobretudo Rússia³⁷ e Estados Unidos, praticando tráfico de drogas e de pessoas, exploração da prostituição e de mão de obra ilegal. São caracterizada pela intervenção em atividades econômicas mediante extorsão de grandes multinacionais, jogos ilegais e financiamento político.

No Brasil, apenas para referência, são conhecidos quatro grupos organizados surgidos nos ambientes carcerários, voltados ao tráfico de drogas: Comando Vermelho, Amigos dos Amigos, Primeiro Comando da Capital e Terceiro Comando.

Atualmente, provocando o aumento da sensação de medo e insegurança no ocidente, deve-se referir ao surgimento de organizações com viés terrorista, como o Estado Islâmico e a Al Qaeda, que destoam das quadrilhas acima por não terem diretamente a finalidade de lucro. No entanto, qualquer organização terrorista necessita produzir riquezas para conseguir levar a cabo seu desiderato principal, razão pela qual indubitavelmente essas quadrilhas estarão vinculadas a algum tipo de criminalidade tradicional organizada e lavagem de dinheiro.

O estudo das máfias e dos grupos terrorista demonstra que um elemento dessa moderna criminalidade é a necessidade de produzir lucro e, de alguma forma, tornar lícito o produto do crime, sendo, por isso, ponto de convergência em todos os casos, por mais distintos que sejam os fins da quadrilha, o viés econômico e, via de consequência, o crime de lavagem de dinheiro. À guisa de ilustração, Wilson José Spinelli Andersen Ballão menciona que a máfia italiana, considerada de maneira global, movimenta aproximadamente 50 bilhões

³⁷ A Rússia surge como um dos principais destinos de remessa de dinheiro de organizações criminosas para fins de lavagem. Segundo Wilson José Spinelli Andersen Ballão, “aproximadamente 5.700 grupos mafiosos controlam 70% do setor bancário da Rússia, assim como a maior parte das exportações de petróleo, gás natural e outros recursos naturais do país”. (BALLÃO, Wilson José. Op. Cit. p. 17.).

de dólares por ano. Além disso, possui mais de 100 bilhões de dólares em patrimônio imobilizado.³⁸ Para tanto, as organizações criminosas desenvolvem complexos sistemas de branqueamento de capital ilícito, inclusive mediante constituição de empresas lícitas, tornando essa modalidade criminosa moderna bem diversa daquela tradicional, objeto da codificação oitocentista. Outra característica dessas organizações é a inevitável simbiose com o Poder Público, através de método corruptivos das autoridades policiais, sobretudo, mas também de autoridades políticas, provocando uma instabilidade política e econômica nos países menos estruturados.

Apresentados esses contornos básicos, pode-se chegar a um conceito de organização criminosa pelas suas características peculiares. Zaffaroni, citado por Rogerio Felippetto, afirma

“tratar-se de um empreendimento permanente, para obter proveito com atividades ilícitas; utiliza-se de violência real ou aparente; de corrupção de funcionários públicos e da existência de outras peculiaridades, ainda não totalmente determinadas, como a presença de códigos secretos e o monopólio de serviços”.³⁹

Em complemento ao conceito do criminólogo argentino, pode-se elencar quatro requisitos para configuração do fenômeno jurídico da organização criminosa: a) estrutural (número mínimo de agentes); b) temporal (durabilidade do vínculo associativo); c) finalístico (intuito de lucro); d) conjuntural (organização empresarial para lavagem de dinheiro).

A delinquência pós globalização difere substancialmente daquela que foi objeto da codificação clássica do Direito Penal, marcadamente elitista e voltada à criminalidade de massa (*criminalidad callejera*). Os novos delinquentes não são mais os marginalizados etiquetados pela elite da qual emanam as normas penais. Rogério Felippetto menciona uma releitura do *labeling approach*⁴⁰, desviando o foco dos chamados *crimes of the powerless* (crimes dos depossuídos) para os *crimes of the powerful* (crimes dos poderosos).⁴¹ A moderna criminologia deve-se preocupar com delitos que não encontram resposta penal adequada no

³⁸ BALLÃO, Wilson. Op. Cit. p. 17.

³⁹ FELIPPETTO, Rogerio. Op. Cit. p. 37.

⁴⁰ Segundo Felipe Dantas Araújo, “o etiquetamento formula sua tese central de que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos por meio de complexos processos, formais e informais, de interação social, definição e seleção. (...) A criminalidade se revelaria, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a tipificação, ‘definição’ legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal (criminalização primária) e a ‘seleção’ que seleciona e etiqueta determinado indivíduo como criminoso (criminalização secundária) entre todos aqueles que praticam tais condutas e não são revelados (a chamada cifra negra).” (ARAÚJO, Felipe. Op. Cit. p. 06.)

⁴¹ SILVA SANCHES, Jesus-Maria. Op. Cit. p. 83.

âmbito da doutrina tradicional, uma vez que abarcam bens jurídicos nunca antes tutelados e atingem pessoas que comumente estavam à margem da incidência da norma penal.

Em regra, a potencialidade lesiva da criminalidade organizada é superior à criminalidade de massa, dada a possibilidade de ruptura institucional e econômica, aliado ao próprio sistema de retroalimentação da atividade delitiva ordinária da organização criminosa⁴². No entanto, diante da massificação dos meios de comunicação⁴³, mais comprometidos com os índices de audiência do que propriamente com a realidade dos fatos, a criminalidade de massa é a que gera maior sensação de insegurança social, aumentando o nível de medo que faz crescer o coro por uma reação mais contundente do Estado.

*“En realidad, es discutible que la macrocriminalidad organizada (paradigmáticamente, el gran narcotráfico, el blanqueo de capitales, el tráfico de armas, etc) sea, per se, fuente de inseguridad para el ciudadano individual e incluso objeto de la preocupación del mismo. Éste, en general, carece de perspectiva sobre la macrocriminalidad, la cual sólo le alcanza de modo muy indirecto como sujeto pasivo. Sin duda, le preocupa más – generándole mayor inseguridad – la criminalidad callejera masificada (más o menos violenta), enqueña y mediana gravedad. (...) Sea como fuere, la superposición del interés individual en combatir la criminalidad callejera masificada unido al interés estatal en combatir la criminalidad organizada establecen el perfecto caldo de cultivo de la expansión”.*⁴⁴

A advertência acerca da sensação de insegurança encontra relevância no risco de se reduzir garantias penais relativas aos *crimes of the powerless* em prol da eficiência da resposta penal aos *crimes of the powerfull*. A macrocriminalidade de massa não deve ser o foco da expansão do direito penal que se descortina, pois já se encontra devidamente estudada e abarcada pelo dogmática clássica. A releitura da criminologia e da própria teoria do tipo, avançando inclusive sobre garantias fundamentais, como será visto, justifica-se exclusivamente nas hipóteses da criminalidade realmente organizada, como medida preventiva e repressora de organizações criminosas que têm o condão de atingir um número indeterminado de pessoas, seja pela ofensa a bens jurídicos difusos ou coletivos, seja pela capacidade de gerenciar um esquema de produção de ofensas individuais em massa. Nesse

⁴² AZAMBUJA, Sofia A. de M. op. Cit. p. 28.

⁴³ Sobre a utilização dos meios de comunicação para expandir o controle de classes mais baixas através do Direito Penal, Zaffaroni faz a seguinte advertência, em crítica forte e contumaz à política expansionista dos EUA: *“El sistema (penal norteamericano) se publica mundialmente mediante: (a) el bombardeo continuo de noticias policiales sangrentas; (b) comunicadores sociales con discurso securista vindicativo; (c) series que se exportan al mundo y se doblan a todas las lenguas (comunicación de entreterimientos) que instalan que los mejores son policiais psicopatas que hacen caso omiso de formalidades y que todo conflicto se resuelve por represión o por violencia eliminatória”.* (ZAFFARONI, Eugenio R. op. Cit. p. 04).

⁴⁴ SILVA SANCHES, Jesus-Maria. Op. Cit. p. 83.

prisma, o combate à lavagem de dinheiro surge como o melhor e mais eficiente mecanismo de repressão à macrocriminalidade organizada.

2.1.4- A finalidade do direito penal no contexto da sociedade de riscos: o direito penal de duas (ou três) velocidades e o discurso da eficiência

O advento de uma moderna criminalidade econômica e organizada, para a qual o direito penal clássico não está devidamente adaptado, sobretudo diante da ocorrência de novos bens jurídicos e do caráter transnacional dos delitos, impõe a constatação, com base em Silva Sanches, de duas espécies de criminalidades distintas: a) criminalidade de massa ou *callejera*, que também é referida como *crimes of the powerless* e b) criminalidade organizada ou econômica, nominada como *crimes of the powerful*.⁴⁵

Silva Sanches sugere a criação de uma gradação do direito penal através do que convencionou chamar de ‘velocidades do direito penal’. A primeira velocidade seria a tradicional, garantista, aplicada à *criminalidad callejera*, através da qual a obrigação do jurista deve ser sempre de buscar a limitação do poder do Estado sobre o indivíduo diante do já inevitável etiquetamento. Nessa ‘velocidade’, o direito penal deveria manter-se fragmentário e seletivo, garantindo-se ao suspeito o respeito a todos os direitos e garantias individuais.

Todavia, a segunda velocidade do direito penal seria aplicável à criminalidade econômica, moderna, permitindo-se uma certa relativização das garantias e a ‘administrativização’ do direito penal, através da criminalização de condutas que originariamente não seriam propriamente ofensivas a bens jurídicos relevantes, como a lavagem de dinheiro. A segunda velocidade, para Silva Sanches, parte do reconhecimento da existência de situações sociais reais e inevitáveis, como a existência de riscos sociais modernos, a vitimização da sociedade e a necessidade de ampliação do direito penal para se buscar uma resposta mínima a esses fatos. No entanto, adverte o jurista espanhol que essa ‘relativização’ de garantias somente deve ser aplicada quando tratar-se de sanções penais não privativas da liberdade.

“En efecto, la disminución de garantías y de rigor dogmático podrían explicarse (e incluso legitimarse) en el Derecho penal contemporáneo si ello fuera el correlato de la generalización de sanciones pecuniarias o privativas de derechos, o – más aún – de la reparación penal (en los

⁴⁵ SILVA SANCHES, Jesus-Maria. Op. Cit. p. 93.

*casos en que esta pudiera acogerse) en lugar de las penas privativas de libertad”.*⁴⁶

Apenas em casos extremos, quando caracterizado o elemento subjetivo que Jakobs nominou como inimigo⁴⁷, seria possível uma relativização maior de garantias, redundando numa ‘terceira velocidade do direito penal’.

A essa relativização de garantias fundamentais Hassemer dissentiu profundamente. Sem negar a necessidade de se empregar um caráter funcionalista ao direito penal, orientado pela política criminal moderna, o doutrinador alemão critica veementemente a forma como se vem utilizando o direito penal contra o perigo. Escrevendo sobre o tema do medo no Estado Democrático de Direito, Hassemer reconheceu que a sociedade atual se caracteriza pela desorientação normativa e pelo medo do crime, o que provoca uma necessidade de controle do risco pelo direito penal. No entanto, mesmo sendo a prevenção finalidade da pena, o tratamento penal da moderna criminalidade não poderia abdicar da totalidade das garantias penais e dos limites da intervenção, por ser o crime, em última análise, uma desvalorização social-ética.⁴⁸

Hassemer, Silva Sanches e Jakobs, ainda que discordem quanto ao resultado, acordam sobre o motivo. Reconhecem o medo enquanto elemento indissociável da sociedade moderna e o fato de que o direito penal não pode simplesmente fechar os olhos para essa realidade. A demanda social por segurança deve ser objetivo do direito penal. Citando Hassemer,

“(…) uma teoria, que negligencia realidades, porque crê que estas são irracionais e inadequadas, não vale nada, mas principalmente porque a promoção de segurança sem dúvida é um objetivo do direito penal até quando esse direito penal se dedica ao paradigma preventivo; melhoramento de criminosos, escarmento e estabilização de normas da generalidade servem para minimizar crimes e entendem como objetivos indiscutíveis da pena o direito penal também como produtos de segurança. Em seu geral rumo à segurança, o direito penal moderno e o direito de defesa contra o perigo, portanto, não divergem”.⁴⁹

⁴⁶ SILVA SANCHES, Jesus-Maria. Op. Cit. p. 154.

⁴⁷ Segundo a tradução feita por Silva Sanches do manuscrito de Jakobs, “*el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta. Las características del Derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según Jakobs, la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales*”. (SILVA SANCHES, Jesus-Maria. Op. Cit. p. 164.)

⁴⁸ HASSEMER, Winfried. Op. Cit. p. 6.

⁴⁹ Complementando, Hassemer afirma que “os meios, porém, de como realizar isto fazem a diferença e afetam o *proprium* (garantias penais e limites de intervenção) do direito penal; enquanto um direito de defesa contra o

Noutro diapasão, Zaffaroni, Alessandro Baratta⁵⁰ e Frankenberg⁵¹ não consideram real o sentimento de medo que grassa a sociedade atual, culpando elementos incidentais como os meios de comunicação e os grupos terroristas por difundirem uma sensação de insegurança que não corresponde a um aumento da criminalidade que justifique alteração na dogmática penal. Adotando uma postura criminológica crítica⁵², os autores advogam a desnecessidade de qualquer expansão do direito penal e, ao contrário, a reafirmação de sua natureza fragmentária e de *ultima ratio*.

Entre o expansionismo e o reducionismo, diante do contexto atual, deve-se privilegiar o primeiro, haja vista que o direito penal moderno não pode mais andar em descompasso com a política criminal. A antiga noção liberal, reverberada por Von Listz, de que o limite da política criminal seria o direito penal já não encontra respaldo na ideia de funcionalismo penal. Coube a Roxin, na clássica palestra proferida na Universidade de Berlim, em 13 de maio de 1970, posteriormente transformada em livro, demonstrar que

“(...) deve ser reconhecido também no direito penal – mantendo intocadas e completamente íntegras todas as exigências garantísticas – que problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio da teoria geral do delito. O próprio princípio *nullun-crimen* possui, ao lado de sua função liberal de proteção, a finalidade de fornecer diretrizes de comportamento; através disto, torna-se ele um significativo instrumento de regulação social”.⁵³

perigo faz da criação de segurança o seu objetivo diretamente, o direito penal pode criar a segurança só indiretamente: por trás da resposta constante e adequada ao crime, na esfera da reação que mantém liberdade e proporção”. (HASSEMER, Winfried. Op. Cit. p. 7).

⁵⁰ Para o criminólogo espanhol, “esta visão universalizante do delito e da reação punitiva é um elemento constante de toda a criminologia liberal contemporânea. Os fenômenos, historicamente condicionados, do desvio e do controle penal deste, antes de serem interpretados, no seu real conteúdo, à luz de determinadas relações socioeconômicas em que se inscrevem, são hipostatizados como elementos de uma concepção genérica e formal da sociedade”. (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: ed. Revan. 6ª edição. 2016. P. 57.)

⁵¹ FRANKENBERG, Gunter. **De volta ao assunto: medo no estado de direito**. Revista de Estudos Criminais. Vol. 55. Out/dez 2011. P. 20.

⁵² A criminologia crítica desenvolveu-se a partir do movimento sobre o direito crítico, cuja principal finalidade seria contestar o positivismo, demonstrando que o direito não pode estar desconectado de outros ramos do conhecimento. Kelsen, quando escreveu a Teoria Pura do Direito, baseado na separação feita por Kant entre direito e moral, buscou desenvolver uma teoria que demonstrasse a autonomia da ciência jurídica, cujos princípios e postulados seriam próprios, não tendo que buscar elementos em ciências sociais como sociologia ou filosofia. O fundamento de validade das normas era a constituição, e não o substrato social. Nesse contexto, a teoria crítica do direito, sob inspiração do marxismo, buscou romper com esse absolutismo kelseniano. Sobretudo no Brasil dos anos 70, com Luiz Fernando Coelho, a teoria crítica transformou o positivismo em algo negativo. Sob esse prisma, a criminologia crítica, também inspirada por ideologia marxista, foi construída sob o alicerce do *labelling approach*, buscando demonstrar que na verdade o crime não existe, sendo a norma penal um instrumento da elite que detém o poder legiferante para manter o *status quo* e a dominação sobre as camadas mais pobres da população.

⁵³ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2ª Tiragem. 2012. p. 14-15.

Deveras, o direito penal não pode cerrar os olhos para o anseio social por uma resposta penal mais efetiva do Estado, o que não significa, em nenhuma hipótese, relativização de garantias e de limites de intervenção, nem mesmo nas hipóteses de sanções diversas da prisão. O direito penal clássico e sua função garantística são uma conquista histórica da sociedade e não podem, em hipótese alguma, serem mitigados, ainda que sob o pretexto da defesa ou da proteção contra o inimigo, sob pena de se restaurar regimes de ofensas a direitos fundamentais anteriores ao Iluminismo.

Entretanto, não pode o direito penal ficar alheio às transformações sociais, devendo receber e tratar, no contexto de um direito penal constitucional⁵⁴, a demanda por maior segurança. Trata-se da utilização do direito penal enquanto mecanismo de defesa da sociedade. O que se convencionou chamar de direito penal utilitarista. O fundamento dessa assertiva é o caráter funcionalista do direito penal, trazendo a este trabalho, ainda que brevemente, a discussão sobre a finalidade da pena.

Afirma-se que o direito penal deve agir de maneira preventiva para garantir segurança (ou ao menos reduzir a sensação de insegurança) à sociedade. O descrédito da pena de prisão, causado pela notória incapacidade de ressocialização da maioria dos sistemas penitenciários do mundo, provocou a superação do direito penal liberal e do próprio finalismo de Hans Welzel. Hodiernamente, pode-se afirmar que a doutrina diverge entre a finalidade de estabilização da norma de Jakobs e a pretensão de proteção de bens jurídicos de Roxin, para justificar a intervenção penal. Em ambas as hipóteses, diga-se desde logo, tem-se concepções funcionalistas do direito penal, entendendo o sistema jurídico-criminal e social como um todo, cuja finalidade da pena, em última análise, deve ser buscada nos efeitos causados enquanto meio de modulação de condutas sociais.⁵⁵

Silva Sanches e Rogério Felippetto adotam a corrente de Jakobs para justificação da pena, segundo a qual a missão do direito penal e, por conseguinte, da pena privativa de liberdade, seria garantir a estabilidade do próprio sistema jurídico penal, ampliando-se o conceito tradicional de prevenção geral. Por essa corrente, sob uma perspectiva sistêmica, Jakobs afirma que “não se pode considerar missão da pena evitar lesões de bens jurídicos. Sua

⁵⁴ HASSEMER, Winfried. Op. Cit.

⁵⁵ Não se adota, aqui, o postulado abolicionista da criminologia crítica, cujos autores, como Alessandro Baratta, sustentam que a única finalidade do direito penal seria manter o estrato social inalterado e o poderio dos ricos sobre os mais pobres. A principal razão para se afastar, nesse trabalho, desse postulado está no fato de que na criminalidade econômica, em regra, o sujeito objeto da tutela penal não se enquadra no conceito de *labelling approach*, fugindo à abordagem crítica da criminologia de meados do século XX, muito alinhada ao pensamento crítico e à ideologia marxista.

missão é, na verdade, reafirmar a vigência da norma devendo equiparar-se, a tal efeito, vigência e reconhecimento”.⁵⁶

Neste trabalho, contudo, adota-se a teoria majoritária, de Claus Roxin, que advoga o funcionalismo penal para proteção de bens jurídicos relevantes. Segundo o penalista alemão “a tarefa do direito penal se situa na proteção da liberdade e da segurança social do indivíduo assim como nas condições de existência da sociedade; dito de forma gráfica: o pressuposto de cada sanção penal não surge da contravenção à moral, mas de um dano à sociedade não evitável de outro modo. A tarefa do direito penal foi limitada, como frequentemente se diz hoje, à proteção subsidiária de bens jurídicos.”⁵⁷

Justifica-se a adoção da teoria de Roxin por ser uma concepção de direito penal que dialoga com a real finalidade da pena, em consonância com a construção histórica da criminologia e sem limitação ao direito formal. Enquanto a tese de Jakobs acaba por focar muito mais o caráter formal do direito penal, permitindo a ampliação e sedimentação do *labelling approach*, à primeira vista, a tese de Roxin pressupõe necessariamente uma fragmentariedade do direito penal, cuja necessidade da pena deve ser apurada de acordo com a relevância do bem jurídico e o grau de agressão da conduta.

Ainda que não se trate necessariamente de uma abordagem crítica do direito penal, a tese de Roxin permite uma releitura criminológica e o diálogo de diversas fontes para a produção e hermenêutica da norma penal. O caráter funcional da pena, numa roupagem pós positivista ou neo-constitucional do direito penal, é melhor fundamentado quando voltado à proteção de bens jurídicos, impondo uma necessária conexão entre direito penal e política criminal. Sobretudo diante do fenômeno da macrocriminalidade, que foge à disciplina tradicional do direito penal, a complexidade dos modernos bens jurídicos, difusos, abstratos, imateriais, impõe uma construção dogmática e normativa direcionada a essas especificidades. Não se pode querer tutelar penalmente o bem jurídico da economia transnacional com o finalismo puro e simples de Hans Welzel. Basta, como exemplo, o crime de lavagem de dinheiro, que pode ser praticado, dentro do contexto de uma organização criminosa, através de uma pessoa jurídica regular, aparentemente lícita, e cujo real beneficiário dos delitos antecedentes não pratica absolutamente nenhuma conduta típica.

⁵⁶ Para Jakobs, “missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar à custa do infrator, frente ao questionamento da norma”. (in BUSATTO, Paulo. **Direito penal: parte geral**. Ea edição. São Paulo: Ed. Atlas. 2017. P. 12).

⁵⁷ In BUSATTO, Paulo. Op. Cit. p. 09.

No entanto, não se pode lançar mão desses argumentos para apregoar um eficientismo penal através da expansão pura e simples do direito penal, mediante imperativos de lei e ordem. Conforme adverte Felipe Dantas Araújo, “*para a criminologia crítica, o eficientismo penal seria uma nova forma de direito penal de emergência*”.⁵⁸ A dita expansão ou modernização do direito penal deve ser realizada sob o atento olhar da criminologia crítica, mediante o estudo aprofundado do fenômeno da criminalidade econômica e organizada, sem retrocessos garantísticos.

Nessa toada, atento à abordagem crítica, a expansão penal que provocou a incriminação das condutas de aproveitamento do produto do crime, sob a denominação de lavagem de dinheiro, deve ser estudada pormenorizadamente, partindo-se do seu pressuposto básico: o bem jurídico.

2.2- A LAVAGEM DE DINHEIRO NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

2.2.1- A lavagem de dinheiro como elemento das organizações criminosas: necessidade de criminalização?

Apresentadas, em linhas gerais, as razões da necessária expansão do direito penal e o respectivo marco teórico norteador, cumpre estudar o motivo pelo qual a doutrina penal enveredou para a criminalização da conduta de lavagem de dinheiro como forma de garantir o combate eficiente à macrocriminalidade.

A conduta em si de esconder e dissimular a origem ilícita de bens é bastante antiga e decorre da própria natureza do ser humano, cujo aparelho psíquico é responsável por ativar mecanismos de defesa após cada transgressão a normas.⁵⁹ Na opinião de Carla Veríssimo de

⁵⁸ ARAÚJO, Felipe. Op. Cit. p. 13.

⁵⁹ Carla Veríssimo de Carli, fazendo um paralelo entre a prática da lavagem de dinheiro e a psicanálise, ensina que “dentro da psicanálise, o funcionamento da mente humana é atualmente explicado com base no conceito de ‘aparelho psíquico’ (...), como uma de suas premissas básicas. A partir dos estudos de FREUD, que deram novo significado à noção de inconsciente, passou-se a conceber a mente (um modelo estrutural), como formada por três estruturas ou instâncias: o id, o ego e o superego. O id contém basicamente os instintos ou pulsões, e é uma instância totalmente independente. O ego é inconsciente e, em parte, consciente – está em contato com a realidade externa pela sua função de percepção. Contém os mecanismos de defesa – que são inconscientes – e buscam proteção contra a angústia, que resulta de impulsos sexuais (libido) e agressivos, vindos do id, inaceitáveis para a consciência. (...) O superego – instância que contém as normas morais, valores e ideais familiares e culturais – é formado por identificações inconscientes com os pais e pessoas importantes. A vida mental é predominantemente inconsciente, e, no mundo interno, forças, afetos, desejos e pensamentos encontram-se em contradição, ou seja, em conflito. (...) Para proteger-se, o indivíduo recorre aos mecanismos de defesa do ego, tais como a repressão, negação, deslocamentos e outros. A função, pois, da defesa é prevenir,

Carli, “a lavagem de dinheiro é, na verdade, uma prática muito antiga – que poderia inclusive ser chamada de o segundo crime mais antigo do mundo”⁶⁰. Contudo, é apenas em meados do século XX que a conduta torna-se penalmente relevante, após as verificações empíricas do mecanismo de atuação das máfias nos Estados Unidos e na Itália⁶¹.

A constatação, já referida no capítulo 2.1.3, de que a finalidade última da moderna criminalidade organizada transnacional é o lucro econômico⁶², desperta o interesse da comunidade internacional por esse delito, até então entendido como mero exaurimento da conduta criminosa principal.

Mais do que a verificação do intuito de lucro nas organizações criminosas, a frustrada ‘guerra’ contra os cartéis colombianos pelos meios tradicionais de punição impôs a busca por um direito penal mais efetivo, de cunho utilitarista, que busca ‘aumentar’ o custo do delito como forma de desmotivar a prática do crime antecedente.

Diante disso, a expansão do direito penal com vistas à lavagem de dinheiro se deu como forma de ampliar e tornar mais efetivo o combate às organizações criminosas. Por essa razão, aliás, a primeira previsão normativa internacional sobre o tema foi na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – Convenção de Viena.

No capítulo anterior, concluiu-se pela necessidade de expansão do direito penal em razão dos novos riscos e do real e crescente sentimento de medo na sociedade moderna, devendo-se, no entanto, manter a integridade do sistema de garantias, conforme preconiza Hassemer, em contraponto a Jakobs e Silva-Sanches. A questão que ora se coloca é se essa expansão deve-se voltar à conduta de lavagem de dinheiro. A princípio pode parecer sem sentido a discussão, haja vista que já existe um ‘caminho sem volta’ quanto à criminalização da conduta, mas do ponto de vista hermenêutico, as normas penais deverão ser aplicadas e orientadas a partir da constatação de que o crime de branqueamento ostenta a proteção de um

diminuir a ansiedade e o sofrimento, seguindo o princípio do prazer” (CARLI, Carla V. **Lavagem de Dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: 2006. P. 68).

⁶⁰ CARLI, Carla V. op. Cit. p. 70.

⁶¹ Os primeiros ordenamentos jurídicos a tipificarem a conduta de lavagem de dinheiro foram o italiano, em 1978, e o norteamericano, em 1984.

⁶² Guaracy Minguardi diferencia organizações criminosas de quadrilhas em razão da existência de elementos organizacionais próprios de empresa, como previsão de lucro, planejamento empresarial e simbiose com o Estado. Sobre a previsão de lucros das organizações criminosas, afirma o autor que numa quadrilha de ladrões, por exemplo, “é impossível prever a lucratividade do mês seguinte. Já numa organização de jogo ou tráfico, por exemplo, existe uma rotina que permite prever o próximo mês tendo como base os anteriores”. (MINGUARDI, Guaracy. Op. Cit. p. 56.)

bem jurídico em si ou é apenas um instrumento a mais para aumentar a proteção ao bem jurídico do crime antecedente.

Em outras palavras, sendo a finalidade da pena a proteção de bens jurídicos, qual o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora da conduta de lavagem de dinheiro?

2.2.2- Bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora da lavagem de dinheiro

Sob a inspiração da teoria dos bens jurídicos de Roxin, não se pode concluir a abordagem criminológica do delito de lavagem de dinheiro sem referência às teorias atuais que buscam identificar o bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora.

Colhe-se na doutrina divergência acerca do bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem de dinheiro, principalmente se existiria um bem jurídico próprio ou se a finalidade seria a proteção do bem jurídico do delito antecedente. Sob o ponto de vista do direito internacional, inspirado pelo utilitarismo norteamericano, pode-se afirmar que na sua origem a doutrina penal da lavagem de dinheiro desenvolveu-se sob a inspiração da ampliação da proteção ao bem jurídico antecedente, principalmente os delitos de tráfico de drogas e terrorismo. Dessa forma, na concepção de Rogério Felippetto, “a realização da lavagem de dinheiro representaria um grau mais grave de vulneração do bem jurídico, e, por isso, justificaria a incriminação que resulta no acúmulo de penas”.⁶³

A natureza acessória do delito, que orientou sua origem normativa, justificaria essa corrente. No entanto, aponta Rogerio Felippetto que essa é uma teoria já superada, tendo em vista o estágio atual de identificação do crime de branqueamento como um delito autônomo.

Uma segunda corrente afirma que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro seria a administração da justiça, “*pois o comportamento afeta a capacidade da Justiça de exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito*”.⁶⁴ Nesse caso, a lavagem seria uma modalidade qualificada de favorecimento real, o que justificaria o cúmulo de penas com o delito antecedente sem risco de alegação de *bis in idem*.

Para uma terceira corrente, menos expressiva, inspirada na luta contra o crime organizado, o bem jurídico tutelado pelo crime de reciclagem seria a paz social. No entanto,

⁶³ FELIPPETTO, Rogerio. Op. Cit. p. 111.

⁶⁴ BADARÓ, Gustavo e PIERPAOLO, Cruz B. op. Cit. p. 55.

essa interpretação restringiria a ocorrência do crime de lavagem apenas nas hipóteses de organização criminosa, o que não parece ser a inspiração da normatização internacional.

A corrente que melhor se adapta às transformações sociais e o surgimento dessa moderna criminalidade é a que advoga que o bem jurídico da lavagem de dinheiro é a ordem econômica. Trata-se de bem de natureza difusa e, portanto, fora da disciplina tradicional do direito penal do século XX, por essa razão a enorme dificuldade de se adaptar diversos conceitos da teoria do tipo, havendo aqueles que acreditam na futura superação da teoria do tipo, como Silva Sanchés.

Giula Jaeger, em dissertação sobre o tema, asseverou que

“a lavagem de dinheiro afeta além das relações interpessoais e o patrimônio individual, sendo tal atividade desenvolvida em grande escala, com moldes empresariais, efetivando-se em grandes atuações envolvendo na sua maioria diversos países, e com isso, atingindo negativamente o sistema econômico. O financiamento ilegal acaba contaminando a economia nacional, pois produz desigualdade de condições entre os investidores lícitos causando uma concorrência desleal com efeito sobre as bases da economia, comprometendo a estabilidade econômica e a estabilidade política derivada dela”.⁶⁵

Complementando, Wilson Ballão explica os efeitos da lavagem nos sistemas financeiros dos países em desenvolvimento:

“Os efeitos econômicos da lavagem de dinheiro são mais intensos sobre o sistema financeiro dos países em desenvolvimento. O motivo disso é que esses países são mais dependentes do capital externo. Quando o envolvimento do sistema financeiro de um país com a lavagem de dinheiro é significativo, os investidores optam por outros mercados. Logo, o interesse dos investidores em investir seus recursos em países em desenvolvimento é diretamente proporcional à confiança no sistema financeiro desses países. Por sua vez, a confiança no sistema financeiro de um país é inversamente proporcional à influência de seu sistema financeiro ao crime organizado”.⁶⁶

Luiz Regis Prado, comentando sobre o caráter autônomo do delito previsto na Lei 9.613/98, conceitua o bem jurídico da lavagem de dinheiro como sendo

“a ordem econômico-financeira, o sistema econômico e suas instituições ou a ordem socioeconômica em seu conjunto (bem jurídico categorial), em especial a licitude do ciclo ou tráfego econômico-financeiro (estabilidade, regularidade e credibilidade do mercado

⁶⁵ JAEGER, Giulia. **O crime de lavagem de dinheiro e os seus reflexos na ordem econômica nacional**. Canoas: 2008, p. 98

⁶⁶ BALLÃO, Wilson. **O papel da Financial Action Task Force on Money Laundering no combate internacional à lavagem de dinheiro**. Florianópolis: 2007. P. 39.

econômico), que propicia a circulação e a concorrência de forma livre e legal de bens, valores ou capitais (bem jurídico em sentido técnico)”.⁶⁷

Apesar de ter seu próprio bem jurídico, autônomo e definido, sustenta-se que em respeito à construção histórica do delito pode-se falar na existência de um bem jurídico subsidiário, relacionado ao crime antecedente. Parece ser mais razoável a tese que sustenta tratar-se de um tipo pluriofensivo, sendo a ordem socioeconômica, a administração da Justiça e o reforço à proteção do delito antecedente os bens jurídicos tutelados.⁶⁸

⁶⁷ PRADO, Luis R. op. Cit. p. 10.

⁶⁸ FELIPPETTO, Rogerio. Op. Cit. p. 126/127.

3- O COMBATE AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO ÂMBITO INTERNACIONAL E NACIONAL

3.1- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS NORMATIVAS INTERNACIONAIS DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

3.1.1- A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – Convenção de Viena

Sob o viés empírico, o combate à macrocriminalidade organizada demonstrou-se insuficiente através dos mecanismos tradicionais de repressão ao crime, em especial ao delito de tráfico de substâncias entorpecentes. Nos estertores da década de 70 e início da década de 80, com o avanço dos cartéis colombianos de comércio de cocaína, utilizando mecanismos inicialmente rudimentares de produção, transporte e distribuição de drogas, constatou-se a necessidade de adoção de procedimentos internacionais de combate à essa modalidade de ilícito.

De fato, os cartéis colombianos valiam-se da densa floresta tropical, do relevo andino e da licitude do cultivo da planta no país para a produção em larga escala de cocaína. Em pouco tempo a Colômbia transformou-se no maior centro produtor de coca do mundo, seguida do Peru e da Bolívia, conforme demonstram os dados abaixo coletados pelo governo norte americano:

Cultivo de coca na região Andina 1996-2003 (hectares)								
Pais	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Bolívia	48,100	45,800	38,000	21,800	14,600	19,900	24,400	26,600
Peru	94,400	68,800	51,000	38,700	43,400	46,200	46,700	44,200
Colômbia	67,200	79,400	101,800	160,10	163,30	144,80	102,10	86,300
Total	209,700	194,000	190,800	220,600	221,300	210,900	173,200	154,100
Departamento de Estado EEUU			Sistema Nacional de Monitoreo soportado por UNODC					

Fonte: Colombia Monitoreo de Cultivos de Coca, Unodc, jun. 2004.

O transporte para a Flórida era feito através de aviões de pequeno alcance, que se valiam da proximidade entre as costas americana e colombiana, bem como de pistas de pouso clandestinas em ilhas caribenhas. Em solo americano, a droga era distribuída e disseminada com velocidade, sobretudo entre as camadas mais pobres da sociedade, fazendo aumentar abruptamente os índices de criminalidade da região e agravando as questões de saúde pública. LEON VALENCIA, no estudo mencionado acima⁶⁹, aponta que

“Constitui um problema para o mundo os treze milhões de pessoas (mais da metade nos Estados Unidos) que, segundo o Escritório de Crime e de Drogas das Nações Unidas – UNDCP– são viciadas em cocaína. Para os Estados Unidos, são um problema os cinqüenta mil cidadãos que morrem todo ano no seu território devido ao tráfico de drogas; e esse país precisa preocupar-se com o fato de que 80% da cocaína e 50% da heroína que ingressa no seu território provêm da região andina. Mas esta é apenas uma parte da tragédia. Para países como Colômbia, Peru e Bolívia constitui também um problema os milhões de camponeses que se veem obrigados a cultivar a folha de coca, assim como a guerra contra a droga que se desenrola no seu território e as conseqüências dessa guerra: mortes, contaminação ambiental, deslocamentos, fome e instabilidade política e social. Assim, o problema é de todos.”

O estudo em comento, datado de 2005, demonstra a evolução da violência organizada na Colômbia a partir dos cartéis de comércio de drogas, através da corrupção de autoridades públicas e da cooptação de forças paramilitares para exercício de atividades de defesa dos grupos criminosos. A crescente insatisfação popular e a movimentação política contrária ao comércio de drogas, com o incentivo norteamericano, foram campo fértil para o surgimento das FARCS, eclodindo uma verdade guerra civil no país. A margem da situação local, os demais países do mundo, sobretudo os EUA, sofriam as conseqüências da explosão do consumo de cocaína, com o aumento exacerbado de crimes violentos e comprometimento dos sistemas de saúde pública, tornando um problema de proporções mundiais.

Diante da situação, as Nações Unidas adotaram diversos mecanismos para o combate à narcotraficância, sendo de especial destaque a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, datada de 20 de dezembro de 1988. No Brasil, foi ratificada pelo Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991.

Atendendo ao desiderato de reduzir o poderio dos grupos de narcotraficantes, ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade de atuação cooperativa entre os Estados, salta

⁶⁹ VALENCIA, Leon. **Drogas, conflito e os EUA. A Colômbia no início do século**. Revista de Estudos Avançados. Vol. 19. N. 55. São Paulo. 2005. Disponível no site http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142005000300010#back2 em 09/01/2018.

aos olhos o especial destaque dado ao combate ao financiamento das organizações criminosas. Compõe o rol de motivos do tratado a seguinte passagem:

“(...) Reconhecendo também que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional, cuja supressão exige atenção urgente e a mais alta prioridade,

Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.

Decididas a privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade,

Interessadas em eliminar as causas profundas do problema do uso indevido de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, compreendendo a demanda ilícita de tais drogas e substâncias e os enormes ganhos derivados do tráfico ilícito (...)”

A Convenção trata-se do primeiro documento normativo a reconhecer o delito de lavagem de dinheiro e a necessidade de adoção de mecanismos de repressão, inclusive mediante cooperação internacional. Para tanto, os países signatários, inclusive o Brasil, obrigaram-se a

“tipificar penalmente os ilícitos praticados com bens, direitos ou valores oriundos do narcotráfico (art. 3º, número 1, ‘b’ e ‘c’, da Convenção), a apreender e confiscar as vantagens dos crimes de tráfico (art. 5º, números 1 e 2), a derogar o sigilo bancário (art. 5º, número 3) e, facultativamente, a inverter o ônus da prova relativamente à origem ilícita dos bens (art. 5º, número 7).”⁷⁰

Repercutindo o Pacto de Viena, a Organização dos Estados Americanos (OEA), através da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas, aprovou em 1992 o “Regulamento-Modelo Americano sobre Delitos de Lavagem de Dinheiro”. Incorporando os mecanismos preventivos e repressivos da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Drogas e após diversas atualizações, sendo que a última ocorreu em 2004, o padrão americano de combate ao branqueamento considera cabível a incriminação da lavagem quando a vantagem for proveniente de crimes graves, incluindo expressamente prostituição, fraude, tráficos de órgãos e seres humanos, bem como o financiamento ao terrorismo. A comissão ainda recomendou aos pactuantes regras de cooperação internacional para facilitar a investigação dos delitos de lavagem.

⁷⁰ DE SANCTIS, Fausto M. **Combate à Lavagem de Dinheiro – Teoria e Prática**. P. 3.

Como se verá a seguir, tanto a Convenção de Viena, como o Regulamento-Modelo Americano são mecanismos relevantíssimos para promover a discussão e o enfrentamento da problemática da lavagem de dinheiro em nível mundial. Todavia, os instrumentos jurídicos que se seguiram ampliaram o espectro de incidência do crime de lavagem de dinheiro, bem como desenvolveram mecanismos preventivos mais eficientes.

3.1.2- Surgimento de mecanismos antilavagem na União Europeia

Em paralelo ao combate ao narcotráfico, timidamente a comunidade europeia já se organizava para reprimir a reciclagem de lucros advindos de crimes graves.

Nesse período, ganhava corpo na Itália o combate à máfia siciliana, desmantelando as atividades ilícitas e escancarando os lucros advindos dos crimes praticados por organizações criminosas com apelo familiar. Ao mesmo tempo, os países europeus já haviam estabelecido a Comunidade Econômica Europeia e desenvolviam tratativas para ampliação das relações comuns para além do setor econômico, conjecturando instrumentos jurídicos de proteção a bens jurídicos de interesse comunitário. O que se denominou chamar de “terceiro pilar” da União Europeia funda-se exatamente na edição de medidas jurídico-penais de cunho comunitário, com efeito vinculante aos países do grupo.

Antes do desenvolvimento do Parlamento Europeu, ainda de forma incipiente e sedimentando o caminho para o terceiro pilar da UE, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa⁷¹, em 08 de novembro de 1980, através da Convenção n. 141, recomendou aos países membros que adotassem mecanismos internos e de cooperação para prevenir e reprimir o branqueamento. A Convenção de Estrasburgo, como ficou conhecida, era mais abrangente e técnica que o Tratado de Viena, definindo como crime antecedente para a lavagem de dinheiro qualquer delito de natureza grave e não apenas o narcotráfico. Além disso, a Convenção estabelecia procedimentos administrativos-financeiros para identificação da clientela bancária e intercâmbio de informações entre as unidades financeiras dos estados membros. Tratava-se do embrião das medidas preventivas de combate à lavagem de dinheiro, pois não se previu a adoção de institutos penais, apenas processos administrativos para que as instituições financeiras pudessem identificar com maior clareza os clientes do sistema

⁷¹ O Comitê de Ministros do Conselho da Europa era o órgão máximo de deliberação da então Comunidade Econômica Europeia, equiparado, em parte, ao atual Parlamento da União Europeia. Em 1992, pelo Tratado de Maastrich, alterou-se a denominação para Comunidade Europeia e, mais recentemente, para União Europeia. (SANCTIS. Fausto M.).

bancário e trocar informações entre si, esboçando uma cooperação jurídica na comunidade europeia.

Como resultado das obrigações impostas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa e pelo Pacto de Viena, foram editadas diretivas pela Comunidade Europeia respectivamente em 1991, 2001 e 2005, determinando aos estados membros a adoção efetiva dos referidos tratados, bem como a implementação de mecanismos pormenorizados de deveres de vigilância da clientela pelas instituições financeiras.

Impende transcrever trecho da exposição de motivos da Diretiva 91/308/CEE, que demonstra as conclusões dos estudos acerca da lavagem de dinheiro no ambiente da comunidade europeia:

“(…) Considerando que quando os estabelecimentos de crédito ou outras instituições financeiras são utilizadas para o branqueamento do produto de actividades ilegais (adiante designado por « branqueamento de capitais ») a reputação e a estabilidade dos estabelecimentos e instituições em causa, bem como a fiabilidade do sistema financeiro em geral podem ficar seriamente comprometidas, perdendo assim a confiança do público;

Considerando que a falta de uma acção comunitária contra o branqueamento de capitais poderia levar os Estados-membros a adoptar, a fim de proteger os seus sistemas financeiros, medidas que poderiam ser incompatíveis com a realização do mercado único; que, para facilitar as suas actividades criminosas, os branqueadores de capitais poderiam tentar tirar partido da liberalização dos movimentos de capitais e da livre prestação de serviços financeiros que o espaço financeiro integrado implica, a menos que sejam adoptadas certas medidas de coordenação a nível comunitário;

Considerando que o branqueamento do produto de actividades criminosas tem uma nítida influência na expansão do crime organizado em geral e do tráfico de droga em particular; que existe uma tomada crescente de consciência de que o combate ao branqueamento de capitais constitui um dos meios mais eficazes para lutar contra essa forma de actividade criminosa, que representa uma especial ameaça para as sociedades dos Estados-membros;

Considerando que o branqueamento de capitais deve ser combatido, principalmente através de medidas de direito penal e no âmbito de uma cooperação internacional entre as autoridades judiciais e policiais, tal como foi feito, no domínio da droga, pela Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, aprovada em 19 de Dezembro de 1988 em Viena (adiante designada por « Convenção de Viena »), e tal como foi tornado extensivo a todas as actividades criminosas pela Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e

confiscação dos produtos do crime, aberta à assinatura em 8 de Novembro de 1990 em Estrasburgo;

Considerando que a abordagem penal não deve, no entanto, ser a única estratégia para combater o branqueamento de capitais, uma vez que o sistema financeiro pode desempenhar um papel altamente eficaz; que deve fazer-se referência, neste contexto, à recomendação do Conselho da Europa de 27 de Junho de 1980 e à Declaração de Princípios adoptada em Basileia em Dezembro de 1988 pelas autoridades de fiscalização bancária do Grupo dos Dez, dois textos que constituem um passo importante no sentido de impedir a utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais;

Considerando que o branqueamento de capitais se inscreve geralmente num contexto internacional que permite dissimular mais facilmente a origem criminosa dos fundos; que medidas adoptadas a nível exclusivamente nacional, sem contemplar uma coordenação e cooperação internacionais, teriam efeitos muito limitados;

Considerando que quaisquer medidas adoptadas pela Comunidade neste domínio devem coadunar-se com as acções levadas a cabo noutras instâncias internacionais; que, para este efeito, qualquer actuação da Comunidade deverá ter especialmente em conta as recomendações do Grupo de Acção Financeira sobre o Branqueamento de Capitais, instituído em Julho de 1989 pela cimeira de Paris dos sete países mais industrializados; (...)”⁷²

A Diretiva 91/308/CEE, inspirada nas Convenções de Viena e Estrasburgo, traz em sua exposição de motivos a preocupação da Comunidade Europeia com a ampliação das facilidades para o branqueamento de capitais provocada pela livre circulação de bens e valores pelos sistemas financeiros dos estados membros. Todavia, apesar de expressamente revelar que a lavagem de dinheiro influencia de forma decisiva no aumento da criminalidade organizada, a Diretiva limita a criminalização da lavagem de dinheiro apenas decorrente do narcotráfico, facultando aos estados membros eventual ampliação do rol.

Posteriormente, a estratégia europeia de enfrentamento da lavagem de dinheiro no âmbito penal altera-se vertiginosamente com a Ação Comum n. 98/699/JAI e a Decisão Quadro 2001/500/JAI. Tratou-se da primeira ação organizada para dar efetividade à Convenção de Estrasburgo, provocando reais alterações nos ordenamentos jurídicos dos países membros, uma vez que são normas de natureza penal com forma vinculativa aos estados membros. O objeto primordial da Ação Comum era a detecção, identificação, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime, reforçando “a

⁷² COMUNIDADE ECONÓMICA EUROPEIA. Diretiva 91/308/CEE. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31991L0308>. Acessado em 09/01/2018.

cooperação judiciária internacional, nomeadamente no que importa ao catálogo de infracções subjacentes ao crime de branqueamento”.⁷³

Como resultado imediato da alteração do padrão europeu de enfrentamento do crime de lavagem de dinheiro, a Diretiva 2001/97/CE foi editada prevendo o alargamento do tipo objetivo do crime para incluir como delito antecedente qualquer ilícito penal grave, sobretudo cometido no contexto de organizações criminosas.

Por fim, em 2005 a Comunidade Europeia edita a mais recente diretiva sobre o tema com a finalidade de adaptar as normas comuns às recomendações do GAFI. Como novidade em relação às demais, estabelece critérios mais definidos para identificação de clientes do sistema financeiro com maior potencial de prática de crime, sobretudo as pessoas politicamente expostas. Segundo consta nos itens 24 da Diretiva 2005/60/CE, de 26/10/2005,

“diante da necessidade de ‘estabelecer a identidade e o perfil comercial de todos os clientes, casos há em que se impõem procedimentos particularmente rigorosos de identificação e verificação da identidade de cliente’ (item 24). Revela que ‘tal é nomeadamente o caso das relações de negócio estabelecidas com indivíduos que são ou tenham sido titulares de cargos públicos importantes, em especial quando sejam oriundos de países em que a corrupção é generalizada’ (art. 25)”.⁷⁴

Nota-se com facilidade que a União Europeia vem enfrentando o tema da lavagem de dinheiro de forma cooperativa, diante da própria natureza transnacional do delito. Especialmente no que tange à definição de programas e regras de observância obrigada pelos integrantes do sistema financeiro europeu, a Convenção de Estrasburgo e as Diretivas da União Europeia tornaram impossível a sobrevivência de sistemas financeiros considerados ‘paraísos fiscais’. Era, portanto, natural a mudança no perfil de determinados países europeus, conforme se analisará em capítulo próprio.

3.1.3- A criação de grupos supranacionais de unidades financeiras

Ainda durante as décadas de 80 e 90 diversos organismos internacionais despersonificados foram criados, reunindo unidades financeiras de diversos países, sobretudo da Europa, com a precípua finalidade de discutir e propor medidas de caráter administrativo antilavagem através dos sistemas bancários. Destaca-se, no ano de 1988, a elaboração pelo

⁷³ AZAMBUJA, Sofia A. de M. op. Cit. P. 69.

⁷⁴ SANCTIS. Fausto M. op. Cit. P. 9.

Comitê da Basileia sobre Supervisão Bancário⁷⁵⁷⁶ – Basel Committee on Banking Supervision – da primeira declaração de regras e princípios bancários antilavagem, visando orientar as unidades financeiras nacionais sobre mecanismos preventivos a serem adotados contra o branqueamento de capitais ilícitos. Apesar de não ter personalidade jurídica, o Comitê da Basileia é um organismo internacional que reúne representantes dos bancos centrais dos dez países mais industrializados do mundo, de forma que suas diretrizes são até os dias de hoje utilizadas como referência pelo mercado financeiro mundial.

Sobre a relevância da declaração do Comitê da Basileia, merece menção o relato de SOFIA ALVES DE MATOS AZAMBUJA sobre as suas principais características:

“Entre as características que permeiam esta Declaração, podem ser consideradas necessárias as seguintes:

Esta Declaração não produz obrigações legais aos seus destinatários, unicamente abrange regras deontológicas que deverão ser cumpridas sob tal perspectiva. Os princípios da Declaração necessitam de capacidade normativa que possa sujeitar os seus Estados-Membros, até porque, conforme se observa no seu prefácio, nem toda a autoridade nacional de supervisão bancária representada neste Comitê possuiria competência específica nesta matéria concreta;

Os destinatários de tais regras são as instituições financeiras dos diversos países que esta Declaração solicita a aderir. São destinatários indirectos as autoridades de supervisão bancária dos países, não comportando como sujeitos destinatários outras instituições e sectores económicos que na posteridade vão encaminhar-se a outras nacionais e internacionais de prevenção ao branqueamento de capitais;

O objetivo elementar desta Declaração é que os bancos coloquem em prática uma série de regras e procedimentos que deveriam estar garantidos pelos gestores bancários, a fim de cooperar na eliminação das operações de branqueamento de dinheiro através do sistema bancário nacional e internacional”.⁷⁷

Apesar de não ter natureza jurídica de tratado, a declaração de regras e princípios antilavagem do Comitê da Basileia possui grande força persuasiva, seja pela sua representatividade mundial, seja pelo fato de que existe efetivamente um consenso sobre a

⁷⁵ Segundo SOFIA ALVES DE MATOS AZAMBUJA, o Comitê da Basileia “trata-se de um órgão de coordenação da supervisão financeira, que funciona sob prognóstico do Banco de Pagamentos Internacionais, com sede em Basileia, que respeita primariamente os Bancos Centrais”. Sobre a sua influência mundial, a autora cita ANTÔNIO CAMPOS ao mencionar que “uma vez que os bancos e outras instituições financeiras podem servir, involuntariamente, na reciclagem de capitais, através de transferências ou depósitos de fundos de origem criminosas, o que pode abalar a confiança do público nestas instituições, o Comitê da Basileia, então, definiu um determinado número de regras e de procedimentos na tentativa de eliminar esta prática criminosa por meio do sistema bancário nacional e internacional (AZAMBUJA, Sofia A. **Branqueamento de Capitais**. Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa. 2013. P. 54)

⁷⁶ Acesso ao Comitê da Basileia pelo site www.bis.org/bcbs/.

⁷⁷ AZAMBUJA, Sofia A. **Branqueamento de Capitais**. Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa. 2013. P. 55

necessidade de se prevenir a reciclagem de capital ilícito como forma de garantia da própria ordem econômica e financeira mundial. Em razão disso, a Declaração de 1988 foi objeto de um novo pacto conhecido como Basiléia II, em 1999.

Imbuído do mesmo espírito, foi criado no final da década de 80 o Grupo de Egmont, composto por representantes das unidades financeiras do Reino Unido, EUA, Bélgica, França e Austrália, com a finalidade de debater soluções e trocar informações sobre o combate à lavagem de dinheiro. Atualmente reúne representantes das unidades de inteligência financeira de 95 países. O COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras do Brasil – compõe este fórum desde maio de 1999⁷⁸.

Dentre as atividades do Grupo de Egmont, que não conta com personalidade jurídica internacional, estão a realização de treinamento e capacitação de especialistas dos diversos países e o fomento ao intercâmbio de informações de inteligência entre as unidades financeiras, disponibilizando acesso através da Rede de Segurança Egmont (Egmont Secure Web).⁷⁹

O Comitê da Basiléia e o Grupo de Egmont são demonstração da evolução do tratamento preventivo do crime de lavagem de dinheiro, à margem da investigação e repressão criminal. Em verdade, como visto no capítulo anterior, no contexto da globalização e da transnacionalidade da criminalidade organizada, faz-se indispensável a utilização de mecanismos administrativo-financeiros preventivos e a cooperação internacional para impedir a reciclagem de lucros obtidos com delitos nos mais diversos locais do mundo. Mais do que isso, a reação das unidades financeiras através dos grupos acima referidos demonstra que o próprio mercado financeiro, enquanto sistema independente da seara penal, compreendeu o quão pernicioso para a economia popular o delito de branqueamento pode ser, impondo sua própria reação, de natureza espontânea, como meio de autoproteção dos sistemas econômicos em todo mundo.

⁷⁸ EGMONT faz alusão ao nome do prédio em Bruxelas, onde o grupo foi criado. (SANCTIS, Fausto M. op. cit. p. 4).

⁷⁹ AZAMBUJA, Sofia A de M. op. Cit. P. 65.

3.1.4- A criação do GAFI – Groupe d’Action Financière sur le Blanchiment des Capitaux⁸⁰

3.1.4.1- Constituição e características

A crescente mobilização internacional em torno do combate à lavagem de dinheiro resultou na criação, na cidade de Paris, em 16 de julho de 1989,⁸¹ do GAFI – Groupe d’Action Financière sur le Blanchiment des Capitaux⁸², no âmbito da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Inicialmente, o GAFI foi composto pelos países do G7 (EUA, Japão, Alemanha, França, Reino Unido, Itália e Canadá), sendo que atualmente já conta com mais de trinta membros⁸³, dentre eles o Brasil, que passou a integrar o organismo em setembro de 1999. A República Popular da China participa do organismo como observadora, desde 2007.

Buscando a maior amplitude possível, o GAFI promoveu a criação de grupos regionais que reúnem as unidades de inteligência financeira de diversos países, por todo o globo terrestre, sendo que o Brasil, através do COAF, atualmente faz parte e coordena o GAFI-SUD – Financial Action Task Force on Money Laundering in South America.

Apesar de se tratar de um organismo intergovernamental, o GAFI não possui personalidade jurídica internacional, sendo que suas deliberações não têm eficácia vinculativa. Todavia, conforme pontua FAUSTO MARTINS DE SANCTIS, as recomendações do GAFI “exercem forte influência internacional sobre vários países (mesmo não-membros) para evitar a perda de credibilidade, sendo reconhecidas pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial como padrões internacionais para o combate da Lavagem de Dinheiro e ao financiamento do terrorismo”.⁸⁴ Pode-se afirmar, conforme assevera LOURENÇO MARTINS, que atualmente “compete a este grupo o papel da concepção, construção e avaliação das Recomendações que presentemente estabelecem o padrão internacional de prevenção e repressão do branqueamento de capitais (...)”.⁸⁵

⁸⁰ Para acesso ao conteúdo do GAFI: www.fatf-gafi.org.

⁸¹ AZAMBUJA, Sofia A. de M. op. cit. P. 58.

⁸² Em inglês, recebeu a sigla FATF – Financial Action Task Force on Money Laundering.

⁸³ Estados Unidos, Japão, Alemanha, Reino Unido, França, Itália, Canadá, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Dinamarca, Comissão Européia, Finlândia, Grécia, Conselho de Cooperação do Golfo, Honk Kong, Islândia, Irlanda, Luxemburgo, México, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, Federação Russa, Cingapura, África do Sul, Suécia, Suíça e Turquia. In SAADI, Ricardo A. **O Combate à Lavagem de Dinheiro**. São Paulo. 2007. P. 108.

⁸⁴ DE SANCTIS, Fausto M. **Combate à Lavagem de Dinheiro – Teoria e Prática**. P. 5.

⁸⁵ Citado em AZAMBUJA, Sofia A. de Melo. Op cit. P. 58.

Atualmente, além dos estados membros, o GAFI possui como observadores o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a Organização das Nações Unidas, denotando o seu gigantismo no cenário mundial.

Enquanto organismo que reúne as unidades de inteligência financeira dos principais países do mundo, o GAFI desempenha relevantes funções na criação de programas antilavagem e monitoramento dos sistemas financeiros nacionais. RICARDO ANDRADE SAADI enumera as seguintes funções desenvolvidas pelo grupo:

- “a) supervisionar o progresso dos membros na aplicação de medidas contra a lavagem de ativos;
- b) analisar e apresentar informes sobre as tendências, técnicas e medidas da lavagem de ativos; e
- c) promover a aplicação dos padrões de antilavagem do GAFI em todo o mundo”.⁸⁶

Para tanto, conta com alguns instrumentos desenvolvidos em comum acordo pelos estados membros, sem força vinculativa, mas com grande eficácia persuasiva:

- a) estabelecimento de recomendações aos estados aderentes sobre a implementação de medidas administrativo-financeiras, jurídicas e de cooperação internacional, abrangendo a prevenção e a repressão ao crime de lavagem;
- b) supervisão dos países membros acerca da implementação das recomendações, diretamente ou através dos grupos regionais;
- c) apresentação de relatórios sobre as tendências e aperfeiçoamento de técnicas de lavagem de ativos, sugerindo a adoção de mecanismos preventivos nos respectivos sistemas financeiros;
- d) publicação da lista de países não cooperantes com os programas antilavagem⁸⁷.

Relativamente ao presente trabalho, importa aprofundar a análise das recomendações do GAFI e do processo de supervisão e acompanhamento dos países cooperantes ou não.

⁸⁶ SAADI, Ricardo A. op. Cit. P. 100/111.

⁸⁷ Para Felipe Dantas Araújo, “a principal sanção do GAFI ao descumprimento das suas 40 recomendações é a inclusão de Estados na lista de Non-Cooperative Countries or Territories – países ou territórios não cooperantes (NCCTs), da qual fazem parte os principais *Offshore Financial Centers* – paraísos fiscais (OFCs) ou paraísos fiscais do globo.” (in ARAÚJO, Felipe D. **Criminologia crítica e política criminal antilavagem de dinheiro e contrafinanciamento do terrorismo: barreira epistêmica e agenda de diálogo**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 2, n. 2, Brasília, jul-dez 2012, p. 1-27.

3.1.4.2- Os padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo: as recomendações do GAFI

Inserido no contexto internacional de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro, seja como forma de combater o narcotráfico, na década de 80, seja mais atualmente como mecanismo de proteção contra o terrorismo, o GAFI expediu 49 recomendações desde 1990, que já foram adotadas por mais de 130 países, inclusive o Brasil. A atuação do GAFI, que a princípio era apenas de fomento à discussão acerca do tema, tornou-se perene e atualmente tem nítido caráter duradouro, tornando-se verdadeiro marco de política internacional antilavagem e de parâmetro do sistema financeiro internacional.

Segundo definido pelo próprio organismo, na publicação denominada *International Standards on Combating Money and the Financing of Terrorism & Proliferation*⁸⁸, que reúne as quarenta recomendações e as respectivas notas interpretativas, pode-se definir da seguinte forma a natureza jurídica das recomendações do GAFI:

“as recomendações do GAFI estabelecem um sistema abrangente e consistente de medidas que os países devem adotar para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, bem como financiamento da proliferação de armas de destruição em massa. Os países possuem sistemas legais, administrativos e operacionais diversos e diferentes sistemas financeiros e, dessa forma, não podem todos tomar medidas idênticas para combater as ameaças. As recomendações do GAFI, portanto, estabelecem um padrão internacional que os países devem adotar por meio de medidas adaptadas às suas circunstâncias particulares”.⁸⁹

A primeira manifestação do GAFI foi publicada em forma de cartilha, em abril de 1990, contendo quarenta recomendações, que foram revistas em 1996 e em 2003. Concebida no contexto do combate mundial ao narcotráfico, a recomendação sugere medidas de natureza administrativo-financeira, penal, processual penal e de cooperação internacional como forma de se criar programas antilavagem, buscando impedir a utilização do sistema financeiro para

⁸⁸ Disponível em www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/NewFATFRecommendations.pdf. Consultada em 09/01/2018 e atualizada até novembro de 2012.

⁸⁹ A tradução é de responsabilidade de Deborah Salles e revisada por Aline Bispo, sob coordenação do Controle de Atividades Financeiras (COAF). Segue o texto no original em inglês: “The FATF Recommendations set out a comprehensive and consistent framework of measures which countries should implement in order to combat money laundering and terrorist financing, as well as the financing of proliferation of weapons of mass destruction. Countries have diverse legal, administrative and operational frameworks and different financial systems, and so cannot all take identical measures to counter these threats. The FATF Recommendations, therefore, set an international standard, which countries should implement through measures adapted to their particular circumstances.”

branqueamento de capitais ilícitos e reduzir o financiamento de organizações criminosas multinacionais. Em linhas gerais, o GAFI estabelece padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.⁹⁰

Pode-se dividir as recomendações do GAFI em quatro grupos, a saber:⁹²

- “a) Sistemas Jurídicos – o seu papel na legislação nacional deve estar relacionado com a tipificação penal do branqueamento de capitais e condutas semelhantes, além de admitir a possibilidade de confisco de bens, produtos e instrumentos usados nas acções de branqueamento, bem como o uso de sanções civis e administrativas aos que desta acção participem;
- b) Medidas relacionadas ao sistema financeiro – o seu papel está conjecturado nas Recomendações 10/29 aplicáveis aos Bancos e outras instituições financeiras não bancárias (casas de câmbio, etc.), aconselhando a produção e o exame de regras para a correcta identificação dos clientes, manutenção da respectiva documentação e o exame rigoroso da movimentação das contas, compreendendo pesquisa quanto à origem de operações não habituais, além da comunicação directa aos órgãos competentes no caso de operação suspeita de branqueamento de capitais;
- c) Medidas institucionais – os países devem criar as Unidades de Inteligência Financeira (UIF) que sirvam como centro nacional de recebimento ou requisição, análise e verificação das operações suspeitas ou passíveis de se tratar de acção de reciclagem de dinheiro;⁹³
- d) Cooperação internacional – os países devem adoptar medidas para que as suas legislações se moldem ao previsto na Convenção de Viena e também que estas prevejam a dupla incriminação cuja ocorrência se dá pela prática de conduta única de branqueamento de capitais, contudo, com efeito em mais de um país.”

Mais recentemente, motivados pelos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 e pela Convenção de Mérida, os programas desenvolvidos pelo GAFI passaram a ter como foco

⁹⁰ Segundo o texto *International Standards on Combating Money and the Financing of Terrorism & Proliferation*, de 2012. Na tradução feita pelo COAF: “os padrões do GAFI são compostos pelas próprias recomendações e suas notas interpretativas, em conjunto com as definições aplicáveis do Glossário. As medidas estabelecidas nos padrões do GAFI deveriam ser implementadas por todos os membros do GAFI e dos grupos regionais, e sua implementação será rigorosamente avaliada por meio de processos de avaliação mútua e pelos processos de avaliação do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial – baseados na metodologia comum de avaliação do GAFI.” Disponível em www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/NewFATFRecommendations.pdf, em 09/01/2018.

⁹¹ Recentemente, sobretudo após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 e a Convenção de Mérida (09/12/2003), as recomendações do GAFI foram revisadas, acrescentando-se recomendações específicas contra o financiamento do terrorismo e a proliferação de armas de destruição em massa, razão pela qual justifica-se nominar o documento como Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro (em todas as suas formas) e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação de Armas de Destruição em Massa.

⁹² Classificação sugerida por SOFIA ALVES DE MATOS AZAMBUJA, em AZAMBUJA, Sofia A. de M. op. Cit. P. 61.

⁹³ No Brasil, em 1998 foi criado o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras do Brasil, que exerce relevante papel como coordenador regional do GAFI-SUD.

também o combate ao financiamento de ações terroristas, tendo sido acrescentadas nove recomendações, incluindo a obrigação aos países participantes de tipificação do terrorismo e seu financiamento.

Aprofundando o estudo das recomendações em si, percebe-se que o foco do padrão internacional de combate à lavagem de dinheiro não está no crime consumado, mas na prevenção ao branqueamento. De fato, as duas primeiras recomendações descrevem políticas de prevenção à reciclagem de capital ilícito mediante a adoção de abordagens administrativo-financeira baseadas na avaliação de riscos. À guisa de ilustração, merecem literal transcrição as duas primeiras recomendações:

“A. POLÍTICAS E COORDENAÇÃO ALD/CFT

1. Avaliação de riscos e aplicação de uma abordagem baseada no risco

Os países devem identificar, avaliar e compreender os riscos de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo para o país, e tomar medidas, inclusive designando uma autoridade ou mecanismo para coordenar as ações de avaliação de riscos, e aplicar recursos com o objetivo de garantir que os riscos sejam efetivamente mitigados. Com base nessa avaliação, os países devem aplicar uma abordagem baseada no risco (ABR) para garantir que as medidas de prevenção ou mitigação da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo sejam proporcionais aos riscos identificados. Essa abordagem deve ser um fator essencial para a alocação eficiente de recursos por todo o regime antilavagem de dinheiro e de combate ao financiamento do terrorismo (ALD/CFT) e para a implementação das medidas baseadas em risco em todas as Recomendações do GAFI. Quando os países identificarem riscos maiores, deveriam se assegurar de que seu regime ALD/CFT aborda adequadamente esses riscos. Quando identificarem riscos menores, os países poderão optar por medidas simplificadas para algumas das Recomendações do GAFI, sob certas condições.

Os países deveriam exigir que as instituições financeiras e atividades e profissões não financeiras designadas (APNFDs) identifiquem, avaliem e adotem medidas efetivas para mitigar seus riscos de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo.

2. Cooperação e Coordenação Nacional

Os países deveriam ter políticas ALD/CFT informadas pelos riscos identificados, que devem ser regularmente revisadas, e deveriam designar uma autoridade ou possuir um mecanismo de coordenação ou outro mecanismo que seja responsável por tais políticas.

Os países deveriam se assegurar de que os formuladores de políticas, a unidade de inteligência financeira (UIF), as autoridades de aplicação da lei, supervisoras e outras autoridades competentes relevantes, nos níveis operacional e de formulação de políticas, possuam mecanismos efetivos que permitam a cooperação e, quando apropriado, a coordenação

doméstica a respeito do desenvolvimento e implementação de políticas e atividades de combate à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa.”⁹⁴

Sobre a abordagem baseada no risco, o próprio GAFI esclarece, nas “Notas Interpretativas para as Recomendações do GAFI”:

“A abordagem baseada em risco (ABR) é uma maneira eficiente de combate a lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Ao determinar como o ABR será implementada em determinados setores, os países deveriam levar em consideração a capacidade e experiência do setor relevante quanto à prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo. Os países deveriam compreender que a discricionariedade e a responsabilidade que as instituições financeiras e atividades e profissões não-financeiras designadas (APNFDs) recebem com a ABR são mais apropriadas quando identificadas situações de maior risco. Ao adotarem a abordagem baseada em risco, as autoridades competentes, instituições financeiras e APFNDs deveriam ser capazes de assegurar que as medidas adotadas para prevenir ou mitigar a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo sejam proporcionais aos riscos identificados, e que tais medidas permitam decisões sobre como alocar seus recursos de maneira eficiente.”⁹⁵

Ao sugerir a adoção de políticas e programas antilavagem baseados na análise de riscos, o GAFI reconhece a existência de ordenamentos jurídicos e financeiros distintos, bem como a peculiaridade de cada país, região e setor da atividade econômica. A verificação e levantamento dos riscos deverá ser feita pelas autoridades financeiras locais, em conjunto com

⁹⁴ Tradução realizada pelo COAF. O texto original, em inglês, está disponível em www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/NewFATFRecommendations.pdf, em 09/01/2018, e segue:

A. AML/CFT POLICIES AND COORDINATION

1. Assessing risks and applying a risk-based approach * Countries should identify, assess, and understand the money laundering and terrorist financing risks for the country, and should take action, including designating an authority or mechanism to coordinate actions to assess risks, and apply resources, aimed at ensuring the risks are mitigated effectively. Based on that assessment, countries should apply a risk-based approach (RBA) to ensure that measures to prevent or mitigate money laundering and terrorist financing are commensurate with the risks identified. This approach should be an essential foundation to efficient allocation of resources across the anti-money laundering and countering the financing of terrorism (AML/CFT) regime and the implementation of riskbased measures throughout the FATF Recommendations. Where countries identify higher risks, they should ensure that their AML/CFT regime adequately addresses such risks. Where countries identify lower risks, they may decide to allow simplified measures for some of the FATF Recommendations under certain conditions. Countries should require financial institutions and designated non-financial businesses and professions (DNFBPs) to identify, assess and take effective action to mitigate their money laundering and terrorist financing risks.

2. National cooperation and coordination Countries should have national AML/CFT policies, informed by the risks identified, which should be regularly reviewed, and should designate an authority or have a coordination or other mechanism that is responsible for such policies. Countries should ensure that policy-makers, the financial intelligence unit (FIU), law enforcement authorities, supervisors and other relevant competent authorities, at the policymaking and operational levels, have effective mechanisms in place which enable them to cooperate, and, where appropriate, coordinate domestically with each other concerning the development and implementation of policies and activities to combat money laundering, terrorist financing and the financing of proliferation of weapons of mass destruction.

⁹⁵ Tradução realizada pelo COAF. O texto original, em inglês, está disponível em www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/NewFATFRecommendations.pdf, em 09/01/2018.

as unidades de inteligência financeiras. Por essa razão, o GAFI recomenda a criação de uma rede integrada de identificação, avaliação, monitoramento e mitigação de riscos, sob coordenação da unidade de inteligência financeira.

As medidas decorrentes do ABR têm como destinatários as instituições financeiras e assemelhados, como casas de câmbio, e visam sobretudo criar instrumentos de identificação do cliente do sistema bancário e verificação de lastro financeiro das operações. Exige-se, pois, uma atuação proativa das instituições financeiras que, mediante a adoção de certas ações, devem avaliar os riscos de determinada operação e, eventualmente, recusar a transação, sob pena de responsabilidade.

Trata-se, como visto, de critérios de natureza eminentemente administrativa-financeira e preventiva. O fato do ABR ter sido talhado na primeira recomendação do GAFI demonstra a clara intenção de instituir um padrão internacional atuação preventiva e administrativa no combate à lavagem de dinheiro, sem descuidar, como se verá, da repressão penal à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. De qualquer forma, há uma forte inclinação pela abordagem inicialmente não penal, entendendo-se inafastável o tratamento da matéria no âmbito administrativo e financeiro.

Especificamente no que tange ao aspecto criminal, as recomendações do GAFI importaram em relevantes avanços para a legislação penal e processual penal antilavagem. A começar pela tipologia do crime de lavagem de dinheiro, orientou-se os estados membros a ampliação do rol de delitos antecedentes, para abranger não somente o narcotráfico, como na Convenção de Viena, mas qualquer crime grave, seja através de um rol taxativo, seja sem menção à relação de crimes anteriores⁹⁶. Na última revisão, expressamente foram incluídos como crimes antecedentes para a lavagem de dinheiro os ilícitos tributários, demonstrando que na visão do GAFI, todo e qualquer delito que importe em algum tipo de enriquecimento do agente merece ser considerado como crime antecedente.⁹⁷

⁹⁶ Assim dispõe a nota interpretativa do GAFI para a Recomendação n. 03: “(...) 2. Os países deveriam aplicar o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, com o objetivo de incluir a maior gama de crimes antecedentes. Os crimes antecedentes podem ser definidos tendo como referência todos os crimes, ou um limite relacionado a uma categoria de crimes graves, à pena de prisão aplicável ao crime antecedente (abordagem de limite), a uma lista de crimes antecedentes, ou ainda a uma combinação de todas essas abordagens.

3. Quando os países adotarem a abordagem de limite, os crimes antecedentes deveriam, no mínimo, compreender todos os crimes que estejam incluídos na categoria de crimes graves em suas leis domésticas, ou incluir crimes puníveis por uma pena máxima de mais de um ano de prisão, ou, no caso de países que tenham um limite mínimo para crimes em seus sistemas legais, os crimes antecedentes deveriam compreender todos os crimes puníveis com uma pena mínima de mais de seis meses de prisão.(...)”. Tradução realizada sob coordenação do COAF.

⁹⁷ No Brasil, somente com a publicação da Lei n. 12.683/2012, que alterou a redação do art. 1º da Lei 9.613/98, revogou-se a relação fechada de delitos antecedentes, a qual não incluía o crime contra a ordem tributária.

Os maiores avanços foram projetados no aspecto subjetivo do tipo da lavagem. O GAFI recomendou a adaptação dos respectivos ordenamentos jurídicos para facultar a imputação penal não somente a quem cometeu o delito antecedente, mas também àquele que participa apenas do processo em si da lavagem de dinheiro, como o doleiro que remete para o exterior dinheiro objeto de crime, e às pessoas jurídicas.⁹⁸ Ainda em suas primeiras recomendações, o GAFI já orientava os estados participantes a definição normativa de Pessoas Politicamente Expostas (PEPs – *Politically Exposed Persons*), incluindo não só políticos como também parentes, obrigando as instituições financeiras a um maior controle sobre elas.

A forma como as recomendações do GAFI foi recepcionada pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro e de outros países será melhor explorada em capítulos próprios.

Importa destacar ainda nas recomendações do GAFI a preocupação de promover a cooperação jurídica internacional como mecanismo de prevenção e repressão à reciclagem de dinheiro. Ao todo cinco recomendações são dedicadas ao tema (36 a 40) denotando a constatação do fenômeno como de impacto global e a necessidade de atuação conjunta e cooperativa. Dentre as medidas que são propostas, além do intercâmbio de informações de natureza bancária e financeira, estão o congelamento e o confisco de bens decorrentes de medidas judiciais de natureza criminal no país de origem, através de assistência jurídica mútua.

Dada a relevância do tema e por se tratar de elemento indispensável para o efetivo combate à lavagem de dinheiro, dedicou-se um capítulo exclusivo para tratar da cooperação internacional.

3.1.4.3- A supervisão, avaliação e certificação do grau de cooperação dos países aos programas antilavagem: a ‘lista negra’ do GAFI

Além da expedição de recomendações, que servem como marco balizador para todo o sistema financeiro mundial no que tange aos programas antilavagem, o GAFI também desempenha outras relevantes funções com vistas a aprimorar o sistema de prevenção ao branqueamento de capitais ilícitos. Nesse contexto, o grupo supervisiona periodicamente os países membros quanto ao grau de atendimento das recomendações expedidas, emitindo

⁹⁸ No Brasil, a imputação daquele que não comete o crime antecedente está prevista nos parágrafos 1º e 2º da Lei 9.613/98. Todavia, até a presente data não existe previsão legal para responsabilidade penal de pessoa jurídica que pratique crime de lavagem de dinheiro.

avaliações que são consideradas pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional quando da análise de solicitações de financiamentos.⁹⁹ Através dos grupos regionais, o GAFI monitora a atividade econômica dos mais variados países buscando verificar situações de risco e adotar mecanismos de prevenção.¹⁰⁰

Valendo-se do seu prestígio internacional, o GAFI também divulga frequentemente uma classificação de países quanto à adesão a programas antilavagem, sugerindo aos demais a adoção de medidas protetivas contra eventuais riscos advindos de países não cooperadores¹⁰¹. Considerando que o GAFI está inserido dentro da OCDE, pode-se afirmar que a rotulação como país não cooperador, além de importar em descrédito perante o sistema financeiro internacional, poderá implicar na adoção de mecanismos interventivos e repressivos a depender do caso concreto.

Ao longo da sua existência, o GAFI adquiriu importância mundial e atualmente é referência no que tange ao combate à lavagem de dinheiro. As recomendações incorporaram as mutações sociais e os avanços tecnológicos do período, promovendo uma incontornável mudança de postura de diversos sistemas financeiros pelo mundo, antigamente conhecidos

⁹⁹ O Brasil foi avaliado pela última vez em 2004, apresentando resultados satisfatórios, segundo RICARDO ANDRADE SAADI, in SAADI, Ricardo A. op. Cit. P. 111.

¹⁰⁰ A título de exemplo, a mais recente publicação do GAFI data de novembro de 2017 e refere-se ao acompanhamento do HAITI, tendo assim se manifestado publicamente:

“Jurisdictions no longer subject to the CFATF-ICRG review process

The CFATF XLVI Plenary recognised that Haiti has made significant progress in addressing the deficiencies identified in its 2008 Mutual Evaluation Report; therefore, Haiti could exit the follow-up process.

Haiti’s 12th Follow-Up Report, which was presented at the November 2017 Plenary, contains a detailed description and analysis of the actions taken by Haiti to rectify the deficiencies identified in respect of the Core and Key Recommendations rated PC or NC, as well as a summary of progress in other Recommendations, in the 2008 Mutual Evaluation Report.

The CFATF encourages Haiti to continue its progress towards strengthening its AML/CFT framework and ensuring that it is fully prepared for the 4th Round Mutual Evaluation that will take place in 2018.

(Jurisdições já não estão sujeitas ao processo de revisão do GAFIC-ICRG)

O Plenário do CFATF XLVI reconheceu que o Haiti fez progressos significativos no tratamento das deficiências identificadas em seu Relatório de Avaliação Mútua de 2008; portanto, o Haiti poderia sair do processo de acompanhamento. O 12º Relatório de Acompanhamento do Haiti, que foi apresentado no Plenário de novembro de 2017, contém uma descrição detalhada e análise das ações tomadas pelo Haiti para corrigir as deficiências identificadas em relação às Recomendações Principais, classificadas como PC ou NC, bem como um resumo do progresso em outras Recomendações, no Relatório de Avaliação Mútua de 2008. O GAFIC incentiva o Haiti a prosseguir os seus progressos no sentido de reforçar o seu quadro ALD / CFT e garantir que esteja totalmente preparado para a avaliação mútua da 4ª rodada que terá lugar em 2018. – tradução nossa). Disponível em <http://www.fatf-gafi.org/publications/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/documents/cfatf-public-statement-haiti-nov2017.html>. Consultado em 09/01/2018.

¹⁰¹ Trata-se da lista *Non Cooperative Countries and Territories – NCTT*. A atualização mais recente da classificação é de junho de 2017, sendo a seguinte: Lista Vermelha (maior risco de lavagem de dinheiro): Coreia do Norte; Lista Negra (países não cooperadores): Irã; Lista Cinza Escura (países que podem ingressar a lista negra): nenhum país; Lista Cinza (países acompanhados pelo GAFI): Bosnia & Herzegovina, Etiópia, Iraque, Síria, Uganda, Vanuatu, Yemen. Em 2017, deixaram a lista cinza o Afeganistão e o Laos. Informação obtida do site do Governo da Nicarágua, em 09 de janeiro de 2018. www.uaf.gov.ni/index/difusion/sala-de-prensa/370-de-interes-listas-gafi-actualizadas-a-junio-de-2017. As listas podem ser obtidas do site www.fatf-gafi.org.

como ‘paraísos fiscais’. Conforme se verá abaixo, o fechado sistema bancário suíço cedeu à pressão internacional e aderiu aos programas antilavagem do GAFI. Também no Brasil, as recomendações produziram alterações legislativa e jurisprudencial, permitindo, por exemplo, na recente experiência brasileira, a identificação, confisco e repatriação de milhões de reais fruto da corrupção, conforme se analisará detalhadamente em capítulo próprio.

3.1.5- A Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional: a Convenção de Palermo

Após a intensa movimentação internacional nas décadas de 80 e 90, que sedimentaram o padrão mundial de combate a lavagem de dinheiro através das Recomendações do GAFI, houveram outros pequenos avanços no início do século XXI, definindo o panorama atual da matéria.

Em 15 de novembro de 2000, a Convenção de Palermo estabeleceu protocolos para prevenir, reprimir e sancionar a criminalidade organizada transnacional, sobretudo o tráfico de migrantes por via terrestre, marítima e aérea e o tráfico de pessoas. Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, o pacto estabelece em seu art. 6º que as partes comprometem-se a ampliar o rol de delitos antecedentes do crime de branqueamento para a maior gama possível de delitos. Diversamente da Convenção de Viena, que limitou a criminalização da lavagem de dinheiro somente ao fruto do narcotráfico, a Convenção de Palermo foi o primeiro instrumento com eficácia normativa a determinar aos pactuantes a extensão da lavagem de dinheiro para todo e qualquer proveito econômico advindo de ilícitos penais relevantes.

Dentre outras deliberações, previu a responsabilização civil, administrativa e penal das pessoas jurídicas por lavagem de dinheiro e estabeleceu mecanismos protetivos às vítimas e testemunhas do crime organizado como forma de facilitação da investigação criminal.

3.1.6- A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção: a Convenção de Mérida

Assinada em 09 de dezembro de 2003, na cidade mexicana de Mérida, o pacto que leva seu nome tratou de reunir o resultado do trabalho desenvolvido pelo Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime. Incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 18 de maio de 2005, pelo Decreto 348, a Convenção de Mérida “oferece estrutura legal para

criminalizar práticas de corrupção, ampliar a cooperação internacional e facilitar a recuperação de ativos desviados ao exterior, devolvendo-os para os países de origem”, segundo FAUSTO DE SANCTIS¹⁰².

Como grande mérito da Convenção tangente ao delito de lavagem de dinheiro, está a definição jurídica de organização criminosa, como sendo o “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Também define como crime o enriquecimento ilícito, quando cometido voluntariamente.

Interessante notar ainda sob aspecto penal que a Convenção prevê a derrogação do sigilo bancário quando se tornar obstáculo para a obtenção da prova dos crimes enunciados ou para a recuperação de ativos, reconhecendo-se o legítimo direito do Estado sobre os bens adquiridos mediante a prática dos crimes de corrupção e organização criminosa. Essa medida desponta outra faceta do combate à lavagem de dinheiro, especificamente decorrente do crime de corrupção e de sonegação fiscal¹⁰³: a recuperação de ativos. O reconhecimento do direito de propriedade do Estado aos bens fruto desses crimes é inédito no direito internacional e impõe aos estados signatários a obrigação de readequar seus estatutos processuais penais para permitir a adoção de medidas acautelatórias efetivas e o posterior confisco ou reversão ao patrimônio público dos valores objeto da lavagem. Tratando-se a corrupção e a sonegação fiscal de delitos que fazem sangrar os cofres públicos, a recuperação de ativos equivale ao ressarcimento do dano, restituindo, na medida do possível, o *status quo*.

3.1.7- A Convenção do Conselho da Europa relativa à Lavagem de Dinheiro, Apreensão, Perda e Confisco de Vantagens do Crime e ao Financiamento ao Terrorismo: a Convenção de Varsóvia

Por fim, encerrando o panorama normativo internacional, em 16 de maio de 2005 teve origem a Convenção de Varsóvia, limitada ao ambiente da União Europeia. Trata-se do primeiro instrumento internacional que disciplina de maneira concomitante a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, tendo por desiderato a adoção de “medidas de

¹⁰² SANCTIS, Fausto A. op. Cit. P. 11.

¹⁰³ Não se encontra referência ao crime de sonegação fiscal na Convenção de Mérida. No entanto, na mais recente atualização das recomendações do GAFI, expressamente inclui-se os delitos tributários como crimes antecedentes da lavagem de dinheiro, razão pela qual optou-se por mencionar a sonegação fiscal ao lado da corrupção no presente trabalho.

acesso rápido às informações financeiras e relativas aos activos delitos pelos grupos organizados, incluindo os terroristas, mediante a criação de UFIs, que irão receber, analisar e divulgar informações recebidas sobre operações suspeitas de branqueamento ou financiamento do terrorismo”.¹⁰⁴

3.1.8- O panorama atual

O quadro normativo acima desenhado demonstra que a partir de 1980 a comunidade internacional deparou-se com o fenômeno da criminalidade organizada e transnacional, com atuação em delitos que colocam em risco direitos humanos de uma gama muito grande de pessoas ou que comprometem sistemas de saúde pública e a paz social, merecendo, por isso, enfrentamento organizado e incessante.

Sob esse argumento, ao longo do período pode-se perceber claramente a influência de fatos sociais e históricos relevantes, conduzindo as nações a se reunirem em pactos internacionais e organismos intergovernamentais voltados ao combate à macrocriminalidade e à lavagem de dinheiro. No início, o combate ao narcotráfico com a Convenção de Viena; depois, a caracterização de organização criminosa transnacional e o embate contra a corrupção endêmica através dos Tratados de Palermo e Mérida; por fim, o enfrentamento ao terrorismo e aos seus meios de financiamento, pelo Pacto de Varsóvia. Em todos esses instrumentos jurídicos, por mais diversos que sejam os delitos de que tratam e os bens jurídicos que tutelam, existem medidas de combate e prevenção à lavagem de dinheiro.

Como se não bastasse ser considerado como um dos principais alvos da comunidade internacional no combate à criminalidade organizada, o delito de lavagem de dinheiro tem sua própria finalidade, seu próprio objetivo jurídico: a tutela da economia popular¹⁰⁵. Enquanto delito de natureza econômica, o sistema capitalista mundial desenvolveu grupos e instrumentos de autoproteção contra os efeitos nefastos do branqueamento. Criou-se mecanismos administrativos-financeiros para evitar que instituições financeiras fossem utilizadas como “lavanderias” pelos novos “Al Capone” da criminalidade organizada. A

¹⁰⁴ AZAMBUJA, Sofia A. de M. op. Cit. P. 67.

¹⁰⁵ Segundo Keith Oliver, em palestra realizada na Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, em 09 de novembro de 2004, “lavagem de dinheiro é um problema em todo o mundo, e de acordo com o Fundo Monetário Internacional, o volume da lavagem de dinheiro no mundo está entre 2% e 5% do produto interno bruto (PIB) mundial”. (OLIVER, Keith. **Money Laundering in United Kingdom**. In Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. Ed. Quartier Latin. São Paulo. 2006. P. 43.

intenção de proteção ao sistema financeiro mundial é tão relevante que o GAFI “etiqueta” países que não cooperam com as regras antilavagem.

Não há dúvidas, portanto, que o enfrentamento à criminalidade moderna deve ser feito mediante a adoção de meios preventivos e repressivos ao crime de lavagem de dinheiro.

Resumidamente, pode-se afirmar que a evolução da matéria no direito internacional fluiu sobre o enfoque desses dois planos de atuação: a repressão e a prevenção. Em verdade, conforme adverte Felipe Dantas Araújo¹⁰⁶, o desiderato da comunidade internacional foi permeado pela noção norteamericana de ‘custo econômico do delito’, traduzindo em instrumentos repressivos e preventivos que buscavam diminuir o lucro ou a ideia de lucro advindo do crime. Nesse sentido, a orientação internacional caminhou basicamente em quatro vertentes: a) ampliação da criminalização do delito de lavagem de dinheiro nos ordenamentos jurídicos nacionais; b) desenvolvimento de cautelares de sequestro e confisco de bens advindos dos crimes antecedentes; c) imposição de obrigações administrativo-financeiras aos agentes financeiros relativamente aos seus clientes (*know your customer*) e a determinadas operações financeiras (*suspicious activities report* e *currency transactions report*); d) desenvolvimento de instrumentos de cooperação jurídica internacional para enfrentamento do crime de lavagem de dinheiro de natureza transnacional.

As duas primeiras vertentes referem-se à repressão ao crime de lavagem, enquanto as duas últimas, aos instrumentos de prevenção. Nos capítulos a seguir, serão tratadas compartilhadamente cada uma dessas vertentes.

3.2- OS MECANISMOS DE REPRESSÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO

O contexto normativo internacional delineado no capítulo anterior demonstra com facilidade uma orientação da comunidade jurídica e financeira internacional no sentido de combater a lavagem de dinheiro através de duas vertentes indissociáveis: a) a repressão ao crime, mediante a criminalização da conduta de branqueamento de capitais com origem ilícita e facilitação/aperfeiçoamento dos meios de investigação; b) a prevenção ao delito através de mecanismos administrativos-financeiros impositivos a entidades públicas e privadas do sistema financeiro interno e externo.

¹⁰⁶ ARAÚJO, Felipe D. *op. Cit.* p. 3. No mesmo sentido, ZAFFARONI, Eugênio R. *op. Cit.* p. 08.

Nesse diapasão, o presente estudo, doravante, foi dividido em dois blocos, sendo o primeiro voltado ao estudo dos meios internacionais e nacionais de repressão à lavagem de dinheiro, e o segundo dirigido ao estudo dos sistemas de prevenção estabelecidos. Ao final, busca-se descortinar o estado da arte do combate à lavagem de dinheiro no Brasil e a real efetividade do deslocamento do foco criminológico do crime principal para o crime acessório.

No que tange à repressão ao crime de branqueamento de capitais, um dos temas que mereceram a preocupação da comunidade internacional e até os dias de hoje rende discussões acaloradas é sobre o tipo objetivo do crime de lavagem de dinheiro.

Basicamente, desde a sua primeira previsão normativa, na Convenção de Estrasburgo, em 1980, a tipificação objetiva da lavagem é tema de duas discussões principais: quais as condutas que ensejariam a lavagem de dinheiro e quais os crimes antecedentes que permitiriam a caracterização da lavagem. Essa matéria recebeu tratamento diverso nos pactos internacionais e nas recomendações do GAFI, o que resultou em previsões normativas mais variadas nos ordenamentos jurídicos internos. Buscando jogar luzes nessas diferenças para se ter uma ideia do conjunto, a seguir serão analisadas as questões envolvendo o tipo objetivo da lavagem de dinheiro no Direito Comparado.

3.2.1- A denominação ‘lavagem de dinheiro’ e o seu conteúdo normativo: em busca de um conceito criminológico

Historicamente, a expressão lavagem de dinheiro foi empregada primeiramente no início do século XX, nos Estados Unidos, em referência à aquisição de lavanderias automáticas por grupos mafiosos para tornar lícito e reinserir na economia formal os lucros advindos do crime. Todavia, apenas na década de 80 a expressão ganhou conotação normativa quando começaram a surgir as primeiras legislações criminalizando a conduta.

Basicamente, adverte SERGIO FERNANDO MORO¹⁰⁷, “a lavagem de dinheiro, como fenômeno criminológico, consiste na conduta do criminoso de ocultar ou dissimular o produto do crime”. Serve, em última análise, para que o autor de um delito possa se aproveitar do lucro obtido com o ilícito, inserindo-o na economia formal como se tivesse origem lícita. À título de exemplo, no caso da máfia italiana que contrabandeava e revendia bebida alcoólica nos EUA da década de 20, Al Capone¹⁰⁸, Frank Costello e John Torrio, dentre outros,

¹⁰⁷ MORO, Sergio F. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. Ed. Saraiva. São Paulo. 2010. P. 15.

¹⁰⁸ Segundo Sofia Alves de Matos Azambuja, “Al Capone utilizava as lavanderias para ocultar a origem ilícita do dinheiro ganho através da extorsão, prostituição, jogo e venda de álcool, durante a vigência da Lei Seca. No

valeram-se de uma rede de lavanderias automáticas para forjar contabilmente lucros lícitos advindos dessa atividade e, com isso, usarem livremente os valores obtidos com a venda de bebida alcoólica de maneira ilícita. Trata-se efetivamente de ‘lavar o dinheiro sujo do crime’, tornando-o apto a ser utilizado pelo criminoso.

Segundo ROGÉRIO FELIPPETTO¹⁰⁹, a denominação ‘lavagem de dinheiro’ tem foco na conduta em si, no ato de ‘lavar’, isto é, nos procedimentos adotados para tornar lícito o capital ilícito. Essa expressão é empregada pela maioria dos países, como os Estados Unidos e Reino Unido¹¹⁰ (*money laundering*), Alemanha (*geldwache*), Suíça (*blanchissage d’argent*), Argentina (*lavado de activos de origen delictivo*¹¹¹) e Itália (*riciclaggio*). Outros países optam por focar a denominação do delito no resultado pretendido pelo agente, ou seja, o dinheiro tornado lícito, o ‘dinheiro limpo’, como a França e Bélgica (*blanchiment d’argent*), Portugal (branqueamento de dinheiro), Espanha (*blanqueo de capitales ou blanqueo de dinero*).

No Brasil, para se evitar eventual conotação racista que o termo ‘branqueamento’ poderia causar, a legislação optou pela denominação ‘lavagem de dinheiro’, segundo consta expressamente da Exposição de Motivos n. 692¹¹², de 18 de dezembro de 1996, que encaminhou o projeto que resultou na Lei 9.613/98. No entanto, considerando que o tipo penal descrito no artigo 1º da Lei 9.613/98 trata da lavagem de ‘bens, direitos ou valores’, a melhor denominação para o delito na conformação brasileira seria ‘lavagem de capitais’, uma vez que a palavra dinheiro poderia gerar uma interpretação restritiva incabível na espécie¹¹³.

entanto, Al Capone acabou por ser condenado por fraude fiscal em 1931 e não por branqueamento. Em contrapartida, o seu colega, Meyer Lansky, para evitar situação semelhante, passou a usar contas em bancos suíços, o que lhe permitiu branquear largas quantidades de dinheiro obtido por meios ilícitos, dando, assim, origem à utilização do branqueamento de capitais em larga escala para financiamento de operações criminosas.” (AZAMBUJA, Sofia A. de M. op. Cit. P. 17).

¹⁰⁹ FELIPPETTO, Rogério. Op. Cit. P. 97.

¹¹⁰ No Reino Unido, o termo *money laundering* não consta expressamente do *The Proceeds of Crime Act 2002 (POCA)*, que define o delito de lavagem de dinheiro de maneira genérica. Todavia, consta do *The Terrorism Act 2000*, que trata da criminalização do terrorismo e das formas de financiamento do terrorismo. Além disso, também consta no *The Money Laundering Regulations 2003*, que determina regras reguladoras do sistema financeiro nacional para prevenção à lavagem de dinheiro. In OLIVER, Keith. **Money Laundering in United Kingdom**. Op. cit. p. 28-35.

¹¹¹ SAADI, Ricardo. Op. Cit. P. 118.

¹¹² Merece destaque trecho da exposição de motivos que faz alusão à passagem sob referência: “(...) 12. O Projeto ora submetido à consideração de Vossa Excelência consagra as designações lavagem de dinheiro e ocultação, as quais também são preferidas pela Alemanha (*verschleierung*).

13. A expressão “lavagem de dinheiro” já está consagrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em consequência de seu emprego internacional (*money laundering*). Por outro lado, conforme o Ministro da Justiça teve oportunidade de sustentar em reunião com seus colegas de língua portuguesa em Maputo (Moçambique), a denominação “branqueamento”, além de não estar inserida no contexto da linguagem formal ou coloquial em nosso País, sugere a inferência racista do vocábulo, motivando estereis e inoportunas discussões.(...)” Disponível em <http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/view>. Acesso em 21/01/2018.

Considera-se que a primeira previsão normativa mais aproximada do delito de lavagem de dinheiro se deu na Itália, através da inserção do art. 648 bis no Código Penal Italiano pela Lei n. 198 de 18 de maio de 1978¹¹⁴. O dispositivo tinha a seguinte nomenclatura: ‘substituição de dinheiro ou valores de roubo agravado, extorsão agravada ou seqüestro de pessoas com a finalidade de extorsão (tradução nossa).’¹¹⁵ Somente com a alteração de 1990, e posteriormente em 1993, o dispositivo foi remodelado e renomeado como *riciclaggio de denaro*¹¹⁶.

A expressão lavagem de dinheiro foi empregada oficialmente pela primeira vez no relatório *The Cash Connection: Organized Crime, Financial Institutions and Money Laundering*¹¹⁷ apresentado ao presidente norteamericano pela *President’s Commission on Organized Crime*, no ano de 1985¹¹⁸. No texto, a comissão conceitua e exemplifica lavagem de dinheiro:

¹¹³ Rogério Felippetto, baseado em palestra proferida pelo então Ministro Nelson Jobim, prefere a expressão ‘lavagem de capitais e obrigações civis correlatas’, em alusão à extensão da previsão típica do ilícito na legislação brasileira. (FELIPPETTO, Rogerio, op. Cit. P. 103.)

¹¹⁴ Segundo Arinda Fernandes, “o delito de lavagem de dinheiro ingressou no ordenamento italiano graças ao art. 3 do projeto de lei. n.º 59, de 21 de março de 1978, n.º 59, con- vertido na Lei n.º 191, de 18 de maio de 1978, que, sob a rubrica “substituição de dinheiro ou valores provenientes de roubo quali cado, extorsão quali cada ou sequestro de pessoa com o objetivo de extorsão”, inseriu o art. 648 bis no Código Penal: Substituição de dinheiro ou valores provenientes de roubo quali cado, extorsão quali cada ou sequestro de pessoa com o m de extorsão. Fora dos casos de concurso no crime, todo aquele que cometer fatos ou atos visando substituir dinheiro ou valores provenientes dos deli- tos de roubo quali cado, extorsão quali cada ou extorsão mediante sequestro, por outro dinheiro ou outros valores, com o m de procurar para si ou para outrem ou de ajudar os autores desses delitos a assegu- rarem o produto do crime, é punido com reclusão de quatro a dez anos e multa de um milhão a vinte milhões de lira. Aplica-se o último parágrafo do artigo anterior.” (in FERNANDES, Arinda. **A lavagem de ativos no ordenamento italiano e seus reflexos na economia**. Revista Internacional de Direito Econômico e Tributário. Disponível em https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kG8t2u4GC_AJ:https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/download/4517/2826+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b. Acesso em 22/01/2018.

¹¹⁵ Redação da ementa no original: “*Sostituzione di denaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di person a scopo di estorsione*”

¹¹⁶ Redação atual do art. 648 bis do Código Penal Italiano: *Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo; ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da milletrentadue euro a quindicimilaquattrocentonovantatre euro.*

(Fora dos casos de concurso de crimes, qualquer pessoa que dolosamente substitui ou transfere dinheiro, bens ou outros benefícios decorrentes de crime; ou executa em relação a eles outras operações, de modo a impedir a identificação de sua proveniência, é punido com prisão de quatro a doze anos e com multa de mil duzentos e quinze mil e quatrocentos e noventa e três euros – tradução nossa). Disponível em <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xiii/capo-ii/art648bis.html>. Acesso em 20/01/2018.

¹¹⁷ Extraído do site <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/166517NCJRS.pdf>, acesso em 09/01/2018.

¹¹⁸ Antes, porém, como figura de linguagem a expressão já havia sido utilizada no escândalo Watergate, em 1973, e em uma decisão judicial norteamericana de 1982, referente a valores supostamente decorrente dos cartões de cocaína colombianos. O caso era o US x \$ 4255,625.39 ET SEQ., 551 F. SUPP. 314, SD. (MORO, Sergio F. op. Cit. P. 15).

A lavagem de dinheiro é o processo pelo qual se esconde a existência, a fonte ilegal ou a aplicação ilegal de renda, e depois disfarça essa renda para que ela pareça legítima. Os narcotraficantes, por exemplo, muitas vezes procuram alterar grandes quantidades de dinheiro recebidas do comércio de rua em renda aparentemente lícita, como lucros ou empréstimos empresariais, antes de usar esses fundos para benefício pessoal ou reinvesti-los em novos narcóticos, compras e distribuição. Além disso, as empresas de alguma forma envolvidas no comércio legítimo podem desenvolver canais subreptícios para o uso de fundos corporativos no pagamento de subornos comerciais ou contribuições políticas ilícitas. (tradução nossa)¹¹⁹

O estudo da comissão do governo americano sobre o crime organizado serviu de base para a legislação de 1986, que previu pela primeira vez o delito de *money laundering* para a conduta de ocultar e dissimular a origem ilícita do bem. Atualmente, o órgão de inteligência financeira dos Estados Unidos, o *Financial Crimes Enforcement Network*¹²⁰ (FinCen), acrescenta um relevante elemento normativo no conceito de lavagem de dinheiro. Segundo o FinCen, na tradução de Sofia Alves de Melo Azambuja, “o branqueamento de capitais ‘é crime financeiro. Quando os criminosos e organizações criminosas procuram disfarçar o caráter ilícito de seus recursos, introduzindo-os no fluxo de comércio e finanças legítimo, fazem lavagem de dinheiro.’”¹²¹

Percebe-se no conceito do FinCen um elemento normativo específico do tipo de lavagem. Não se trata de qualquer ocultação ou dissimulação da origem ilícita do bem. É preciso que o agente ou organização criminosa pratique a conduta visando a reinserção do proveito na econômica formal. Esse elemento permite a diferenciação do crime de reciclagem de espécies penais menos graves, como o favorecimento real e a receptação, impedindo que a persecução penal da lavagem seja vulgarizada. Contudo, as legislações em geral não preveem esse elemento normativo.

Deveras, na própria normatização norteamericana, de 1986, não se encontra previsão específica quanto ao especial fim de agir na conduta de ocultar ou dissimular a origem do

¹¹⁹ “Money laundering is the process by which one conceals the existence, illegal source, or illegal application of income, and then disguises that income to make it appear legitimate. Narcotics traffickers, for example, often seek to change large amounts of cash received from “street-level” sales in’to an ostensibly legitimate form, such as business profits or loans, before using those funds for personal benefit or reinvesting them in new narcotics purchases and distribution. In addition, corporations otherwise engaged in legitimate commerce may develop surreptitious channels for the use of corporate funds in the payment of commercial bribes or unlawful political contributions.”

¹²⁰ Sobre o FinCen, pode-se consultar o site www.fincen.gob.

¹²¹ O original em inglês do trecho traduzido: ‘the Money laundering is criminal finance. When criminals or criminal organizations seek to disguise the illicit nature of their proceeds by introducing them into the stream of legitimate commerce and finance, they are laundering money’. (AZAMBUJA, Sofia A. de M. op. cit. p. 18)

bem. O título 18 do *US Code*¹²² prevê a hipótese típica da lavagem de dinheiro tratando apenas da ocultação (*conceal*) ou dissimulação (*disguise*) da propriedade sobre bem de origem ilícita e do financiamento de atividades ilícitas:

(1) Quem quer que, sabendo que o bem envolvido em uma transação financeira representa o produto de alguma forma de atividade ilegal, conduz ou tenta realizar uma transação financeira desse tipo que de fato envolve o produto de atividades ilegais especificadas -

(A)

(i) com a intenção de promover a realização de atividades ilegais especificadas; ou

(ii) com intenção de se envolver em conduta que constitua uma violação da seção 7201 ou 7206 do Internal Revenue Code de 1986; ou

(B) sabendo que a transação foi projetada no todo ou em parte,

(i) ocultar ou disfarçar a natureza, a localização, a fonte, a propriedade ou o controle dos produtos da atividade ilegal especificada; ou

(ii) para evitar um requisito de notificação de transações de acordo com a lei estadual ou federal, deve ser condenado a uma multa não superior a US \$ 500.000 ou o dobro do valor da propriedade envolvida na transação, o que for maior, ou prisão por no máximo vinte anos, ou ambos. Para os fins deste parágrafo, uma operação financeira deve ser considerada uma envolvendo o produto de atividade ilegal especificada se for parte de um conjunto de transações paralelas ou dependentes, qualquer uma das quais envolve o produto de atividade ilegal especificada e todos que fazem parte de um único plano ou arranjo.

¹²² 18 US CODE § 1956. LAUNDERING OF MONETARY INSTRUMENTS:

(1) *Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity—*

(A)

(i) *with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or*

(ii) *with intent to engage in conduct constituting a violation of section 7201 or 7206 of the Internal Revenue Code of 1986; or*

(B) *knowing that the transaction is designed in whole or in part—*

(i) *to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or*

(ii) *to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, shall be sentenced to a fine of not more than \$500,000 or twice the value of the property involved in the transaction, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both. For purposes of this paragraph, a financial transaction shall be considered to be one involving the proceeds of specified unlawful activity if it is part of a set of parallel or dependent transactions, any one of which involves the proceeds of specified unlawful activity, and all of which are part of a single plan or arrangement.* Disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1956>. Acesso em 18/01/2018.

Os mesmos verbos são descritos na tipificação britânica do crime, especificamente na Seção 327 do Proceeds of Crime Act 2002¹²³, que merece transcrição em razão de sua clareza semântica:

- (1) Uma pessoa comete um crime se:
 - (a) ocultar propriedade criminosa^{124 125};
 - (b) disfarçar propriedade criminosa;
 - (c) converte bens criminosos;
 - (d) transfere propriedade criminosos;
 - (e) remove propriedade criminosa da Inglaterra e do País de Gales ou da Escócia ou da Irlanda do Norte. (tradução nossa)

Igualmente ocorre nas legislações da Alemanha¹²⁶ e dos países da América Latina, destacando-se, dentre eles, a moderna legislação peruana¹²⁷.

¹²³ 327 Concealing etc

(1) A person commits an offence if he—

- (a) conceals criminal property;
- (b) disguises criminal property;
- (c) converts criminal property;
- (d) transfers criminal property;
- (e) removes criminal property from England and Wales or from Scotland or from Northern Ireland.

¹²⁴ O conceito de propriedade criminosa é conferido pela seção 340 do POCA 2002, que também merece transcrição: 3) *Property is criminal property if— (a) it constitutes a person's benefit from criminal conduct or it represents such a benefit (in whole or part and whether directly or indirectly), and (b) the alleged offender knows or suspects that it constitutes or represents such a benefit.* ((3) A propriedade é criminosa, se- (a) constitui o benefício de uma pessoa de uma conduta criminal ou representa tal benefício (total ou parcial e direta ou indiretamente), e (b) o suposto ofensor sabe ou suspeita que constitui ou representa tal benefício.) (tradução nossa)

¹²⁵ A expressão em inglês seria *criminal property*, cujo significado mais apropriado seria o bem produto de crime. Todavia, na doutrina encontra-se referência à tradução como propriedade criminosa (MACHADO, Máira R. e REFINETI, Domingos F. **Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça**. Ed. Quartier Latin. São Paulo. 2006. P.46), razão pela qual foi assim mantido no texto.

¹²⁶ § 261 Lavagem de dinheiro e ocultação de bens (1) Quem oculta um bem, que provém de um dos atos ilícitos mencionados no inciso (2), encobre sua origem, impede ou põe em perigo a investigação da origem, da localização, a entrega, o confisco ou a proteção do mesmo, será punido com pena privativa de liberdade de três meses a cinco anos. (tradução de Kai Ambos, in MORO, Sergio F. op. Cit. P. 30)

¹²⁷ Ley n. 27.765 – Ley Penal contra el Lavado de Activos

Artículo 1.- Actos de Conversión y Transferencia

El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Artículo 2.- Actos de Ocultamiento y Tenencia

El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa. Disponível em http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/PE/ley_27765.pdf. Acesso em 20/01/2018.

Outros países adotaram definições diversas, bem mais abrangentes da lavagem, sem referência aos verbos ocultar e dissimular, como a Índia¹²⁸, Argentina¹²⁹ e França¹³⁰.

A utilização dos verbos ocultar e dissimular é natural e decorre da própria essência da lavagem de dinheiro. Não há dúvidas que o criminoso ou a organização criminosa procuram através do branqueamento primeiramente ocultar o dinheiro obtido de forma ilícita e, em um segundo momento, apagar as evidências da origem ilícita. Todavia, a criminalização tradicional do direito penal já se mostrava suficiente para a repressão dessas condutas, seja através do crime de favorecimento real, seja através do crime de receptação. A razão de ser da criminalização da lavagem de dinheiro decorre da evolução dos métodos de aproveitamento do lucro ilícito, ora voltados ao autofinanciamento da delinquência, aumentando os índices de criminalidade em geral, ora voltados ao enriquecimento do grupo criminoso, colocando, nesse caso, em risco microssistemas econômicos em todo mundo.

É sob o enfoque da moderna criminalidade que o delito de lavagem de dinheiro deve ser interpretado e aplicado, sob pena de ser vulgarizado a ponto de ofender princípios constitucionais. A enorme gama de condutas que podem configurar a lavagem de dinheiro

¹²⁸ 3. Offence of money-laundering.— Whosoever directly or indirectly attempts to indulge or knowingly assists or knowingly is a party or is actually involved in any process or activity connected with the proceeds of crime and projecting it as untainted property shall be guilty of offence of money-laundering. (3. Crime de branqueamento de capitais. - Quem, direta ou indiretamente, tenta se entregar ou, conscientemente, assistir ou conscientemente é uma parte ou está realmente envolvido em qualquer processo ou atividade relacionada com o produto do crime e projetá-lo como propriedade não contaminada deve ser culpado de crime de lavagem de dinheiro. (tradução nossa)) (in *MORO. Sergio F. op. Cit. P. 31.*)

¹²⁹ Artículo 278 do *Código Penal de la Nación* com a redação dada pela *Ley 125.246/2000*: 1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí. (disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/62977/texact.htm>. Acesso em 20/01/2018).

¹³⁰ Segundo Sergio Moro, “na França, o crime de lavagem abrange quatro tipos diferentes, variando segundo o crime antecedente ou o relacionado à lavagem. Há o crime de lavagem relacionado ao tráfico de drogas ilícitas (artigo 222-38 do Código Penal), o crime de lavagem ligado a atos de terrorismo (artigo 421-1-6º. do Código Penal), o crime de lavagem relacionado a uma operação financeira entre a França e o estrangeiro e envolvendo fundos provenientes de um delito aduaneiro ou de um crime de tráfico de drogas (artigo 415 do Código Aduaneiro), e, por fim, o crime de lavagem relacionado a todo crime ou delito (artigo 324-1 do Código Penal). Transcreve-se apenas esse último: ‘*Le blanchiment simple et le blanchiment aggravé – article 324-1 Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l’origine des biens ou des revenus de l’auteur d’un crime ou d’un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d’apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d’un crime ou d’un délit. Le blanchiment est puni de cinq ans d’emprisonnement et de 2.500.000 F d’amende.*’” (Artigo 324-1 O branqueamento de capitais é o meio de facilitar, de qualquer forma, a dissimulação da origem do imóvel ou do rendimento do autor de um crime ou delito para que este obtenha um lucro direto ou indireto. O branqueamento de capitais também significa prestar assistência a um investimento, dissimulação ou conversão do produto direto ou indireto de um crime ou débito. O branqueamento de capitais é punido com cinco anos de prisão e 2.500.000F de multa – tradução nossa) (in *MORO, Sergio F. op. Cit. P. 30*).

poderia ensejar uma punição pelo crime acessório maior que a do próprio crime antecedente. À guisa de exemplo, veja a situação de uma pessoa que furta um veículo e para ocultar e dissimular sua origem espúria, adultera os sinais de identificação do automóvel para posterior alienação no mercado paralelo. A se considerar que na imensa maioria dos países a pena do crime de lavagem é bem maior do que a do crime de furto, teríamos um caso em que o delito acessório tornou-se mais grave que o delito principal, o que ofende claramente o Princípio da Proporcionalidade.

Desde a conhecida utilização de “laranjas” até a constituição de *offshores* em paraísos fiscais, toda forma de aproveitamento do produto econômico de atos ilícitos pode caracterizar o crime de lavagem. A gama de condutas é infindável e certamente torna-se impossível a qualquer parlamento buscar traduzir em leis as possibilidades de branqueamento de capitais. Por essa razão, legislações mais abrangentes têm sido recorrentes, estendendo os verbos da conduta para além da ocultação e simulação.

No entanto, não se pode permitir a vulgarização da criminalização da lavagem de dinheiro. Adverte Vasco Soares da Veiga que o crime de branqueamento de capitais remete à

“tentativa dos participantes e atividades ilícitas de transformar o dinheiro sujo em dinheiro limpo, que será transferido para o mercado financeiro normal, em que os criminosos irão usufruir de receitas aparentemente lícitas e de grande vulto a partir de investimentos financeiros ou imobiliários”.¹³¹

Para Gianfranco Donadio, citado por Rogério Felippetto,

“a lavagem de dinheiro ou *riciclaggio*, no modelo italiano, consiste no complexo de meios através dos quais esconde-se a existência, a fonte ilegal ou a utilização ilícita de rendimentos e, portanto, esses rendimentos são transformados para fazê-los parecerem legítimos”.¹³²

Ainda no mesmo sentido, Pierpaolo Cruz Bottini conceitua a lavagem de dinheiro como sendo

“o ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com a aparência de licitude. (...) Trata-se, em suma, do movimento de afastamento dos bens de seu passado sujo, que se inicia com a ocultação simples e termina com a introdução no circuito comercial ou financeiro, com aspecto legítimo”.¹³³

¹³¹ AZAMBUJA, Sofia A de M. op. Cit. P. 20.

¹³² FELIPETTO, Rogerio. Op. Cit. P. 98.

¹³³ BADARÓ, Gustavo H. e BOTTINI, Pierpaolo C. op. Cit. P. 23.

Os conceitos acima referidos trazem o elemento fulcral do delito de lavagem de dinheiro que o difere em essência dos crimes de favorecimento real e receptação: a intenção de ‘lavar’, tornar lícito ou com aparência de lícito o proveito com o crime, reinserindo-o na economia formal para desfrute do criminoso ou do grupo criminoso. Deve-se acrescer a vestimenta normativa confeccionada pelos tratados internacionais que orientam a criminalização da conduta de lavagem de dinheiro, incluindo também como desiderato específico do crime o autofinanciamento das organizações criminosas e do terrorismo, ainda que o agente não se valha da economia formal. Justifica-se essa hipótese para criminalizar aquelas condutas de ocultação ou dissimulação de capitais quando destinados à aquisição de armas no mercado negro ou pagamento de propinas a agentes públicos no interesse da atividade do grupo criminoso. Nessas situações, a intenção da organização criminosa não é necessariamente reinserir o capital no mercado formal, mas se autofinanciar, conduta que, segundo a Convenção de Palermo constitui lavagem de dinheiro. À título de exemplo, as legislações dos EUA, da França e do Reino Unido expressamente preveem crimes específicos para a conduta de utilização de proveito econômico de crimes em atividades criminosas. Merece transcrição, à guisa de exemplo, a disciplina britânica específica para o crime de terrorismo, contida no *Terrorism Act 2000 Section 18*¹³⁴:

(1) Uma pessoa comete um crime ao se tornar parte em um acordo que facilite a retenção ou o controle em seu nome ou por parte de outra pessoa de propriedade terrorista –

- (a) por ocultação,
- (b) por remoção da jurisdição,
- (c) por transferência para nomeados, ou
- (d) de qualquer outra forma. (tradução nossa)

Nesse contexto, o delito de lavagem de dinheiro deve ser estudado enquanto fenômeno criminológico próprio, com características que não se adequam perfeitamente à doutrina tradicional do direito penal, razão pela qual impõe-se tratamento diferenciado. No entanto, devido à dificuldade de delimitação na esfera do possível das condutas a ensejar o delito,

¹³⁴ (1) *A person commits an offence if he enters into or becomes concerned in an arrangement which facilitates the retention or control by or on behalf of another person of terrorist property—*

(a) by concealment,

(b) by removal from the jurisdiction,

(c) by transfer to nominees, or

(d) in any other way.

(2) It is a defence for a person charged with an offence under subsection (1) to prove that he did not know and had no reasonable cause to suspect that the arrangement related to terrorist property. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/section/18>. Acesso em 20/01/2018.

outra alternativa não resta senão acatar as previsões abstratas genéricas constantes nos tratados internacionais e nas legislações nacionais.

Buscando um conceito que reúna os elementos acima delineados, pode-se afirmar que a lavagem de dinheiro é o fenômeno criminológico através do qual o criminoso ou a organização criminosa busca, mediante um processo difuso, transformar em lícito o produto econômico de um delito, reinserindo-o na economia formal para desfrute do criminoso ou da organização criminosa, ou aproveitando-o no autofinanciamento da atividade criminosa.

3.2.2- As fases do processo de lavagem de dinheiro

A lavagem de dinheiro é um fenômeno difuso, que não se reduz a um único ato, diluindo-se em um processo ou uma sucessão de atos orientados a um fim, qual seja, o branqueamento do capital ou o aproveitamento no autofinanciamento da empreitada criminosa. Esse fenômeno envolve diversas etapas ou fases, doravante denominadas ‘fases do processo de lavagem de dinheiro’.

Rogério Felippetto elenca três modelos distintos que, em verdade, decorrem do amadurecimento do estudo e da compreensão do fenômeno em perspectiva global e, evidentemente, não se pode afirmar que se tratem de um rol fechado, pois, conforme adverte o juiz federal José Paulo Baltazar Júnior, “sendo a reciclagem um processo, tais fases não são estanques e independentes, mas comunicantes e, até mesmo, superpostas, ou concêntricas”.¹³⁵

O primeiro modelo proposto é o Modelo Naturalista ou Modelo de Ciclos de Zünd, que cuida de fazer uma metáfora do processo de lavagem com a circulação da água no meio ambiente. Nos dizeres de Rogério Felippetto:

“A precipitação marca o início do ciclo, referindo-se à produção de dinheiro fruto do ilícito. Segue a filtragem, primeira fase de depuração, ilustrada pela transformação dos valores ilícitos. Na maior parte das vezes, os valores vêm inicialmente compostos por cédulas monetárias de pequenos valores que são substituídas por notas de maior valor individual e mais novas. Os rios subterrâneos representam o fluxo do dinheiro ilícito através dos contatos das organizações criminosas e sua transformação em outros bens. Já os lagos subterrâneos são a reunião dos valores ilícitos e sua entrega a agentes especializados para remessa ao exterior, mediante pagamento. Há uma nova reunião em lagos, desta feita, cuida-se do recebimento dos valores já no exterior, também por agentes especializados. Aparece a fase das estações de bombeamento, quando há a introdução do dinheiro na economia por meio de contas

¹³⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro**. In Lavagem de Dinheiro – Comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2007. P. 15.

bancárias ou pela compra de ativos financeiros. Passa-se por uma estação depuradora, que é a manobra de introduzir uma terceira pessoa, também tido como um testa-de-ferro, que reúne os recursos dispersos, selecionando investimentos legais de curto e médio prazo. Ocorre a evaporação, com a reintegração dos valores ao país de origem. Por fim, acontece nova precipitação, com a utilização dos capitais para a manutenção do organismo criminoso, encerrando um ciclo que se retroalimenta.”¹³⁶

O modelo proposto evidentemente não se mostra suficientemente claro, pois entende o processo como um fenômeno necessariamente complexo, quando, na maioria das vezes, pode ser bem mais simples do que o ora proposto. Todavia, tem méritos que merecem ser destacados. O primeiro deles é o reconhecimento do que se denominou de ‘filtragem’, ou seja, a dissimulação inicial do capital ilícito, mediante a conversão do dinheiro em transações financeiras distintas, para iniciar o processo de afastamento do crime. Essa certamente é a fase mais delicada do processo de lavagem, pois exige rapidez na ocultação dos rendimentos ilícitos e na depuração, convertendo-se os valores em outros ativos financeiros distintos, geralmente no exterior, para dificultar o rastreamento do dinheiro. Merece citar, como referência dessa primeira fase do processo de lavagem, o caso envolvendo um dos operadores do esquema de corrupção na Petrobrás, que para dissimular o dinheiro recebido a título de propina adquiria obras de arte, as quais eram mantidas em sua própria residência, escondidas, aguardando o momento de se tornarem ativos financeiros novamente.

Outro mérito do modelo é o abarcamento da ideia de retroalimentação da engrenagem criminosa. Como visto alhures, os tratados de Viena e Palermo expressamente preveem a lavagem de dinheiro como mecanismo de autofinanciamento das organizações criminosas e, por isso, sendo indispensável seu combate. No entanto, não se pode afirmar que todo o lucro obtido pela organização criminosa será reutilizado na estrutura delinquente. Evidentemente grande parcela do capital branqueado será revertido em proveito próprio dos agentes, sendo essa mais uma falha do modelo ora examinado.

O Departamento do Tesouro dos EUA propôs um modelo circular de lavagem de dinheiro, inspirado na concepção de Zünd, mas que prevê, além da utilização do dinheiro oriundo do crime na retroalimentação da organização criminosa, a inserção do capital reciclado na economia formal, com vistas à aquisição de bens lícitos pelos delinquentes¹³⁷.

¹³⁶ FELIPETTO, Rogerio. Op. Cit. P. 105.

¹³⁷ FELIPETTO, Rogerio. Op. Cit. P. 106.

Importante contribuição foi dada pelo Modelo de Duas Fases de Bernasconi, responsável pela implantação do sistema de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro na Suíça. Segundo essa classificação:

“há duas fases: a lavagem de primeiro e a de segundo graus. A lavagem de primeiro grau ou *laundering* acontece em breve espaço de tempo e tem como objeto fazer desaparecer o vínculo dos valores obtidos com sua fonte ilícita, afastando-se a possibilidade de que sejam confiscados e usados como provas. (...) A lavagem de segundo grau ou *recycling* cuida de operações de curto ou longo prazo com o fim de tornar a introduzir os valores ilícitos na economia formal, buscando a total confusão entre o patrimônio ilícito e aquele oriundo de atividades legais”.¹³⁸

Esse modelo é claramente mais didático que o de Zünd e tem o mérito de diferenciar o momento inicial do processo com a reintrodução do capital na economia formal. No entanto, não estabelecia muito bem a diferenciação entre a ocultação e a dissimulação do capital ilícito, deixando de abarcar casos em que o dinheiro era apenas ocultado e depois, mediante fraudes em procedimentos contábeis de empresas de fachada, o capital era reinserido na economia formal como lucros de negócios lícitos.

Por fim, a classificação que ganhou a maior amplitude e aceitação na comunidade jurídica internacional foi o Modelo de Três Fases do GAFI, proposto em 1990. A denominação de cada fase em português recebeu tradução distinta por diversos doutrinadores brasileiros e portugueses, nada obstante o GAFI ter realizado o estudo e proposto o modelo em inglês. Nesse estudo optou-se por adotar a denominação proposta por PIERPAOLO CRUZ BOTTINI, por ser a mais didática e a que representa com maior fidelidade a intenção do agente em cada fase do processo.

Segundo o GAFI, o processo de lavagem de dinheiro se divide em três fases: *placement, empilage ou layering e integration*¹³⁹. Para Pierpaolo Cruz Bottini, em português as fases seriam: ocultação, dissimulação e integração.

A primeira fase, *placement* ou ocultação, também referida como introdução, colocação, inserção ou substituição, “trata-se do movimento inicial para distanciar o valor de sua origem criminosa, com a alteração qualitativa dos bens, seu afastamento do local da prática da infração antecedente, ou outras condutas similares”.¹⁴⁰ Seria o equivalente na legislação brasileira ao favorecimento real. É o simples ato de ocultar o produto do ilícito,

¹³⁸ FELIPETTO, Rogerio. Op. Cit. P. 107.

¹³⁹ AZAMBUJA, Sofia A. de M. op. Cit. P. 39.

¹⁴⁰ BOTTINI, Pierpaolo. Op. Cit. P. 26.

buscando afastá-lo do local do crime, seja através de uma operação simples como a guarda do dinheiro em local desconhecido, seja através de uma operação financeira complexa, como a remessa do dinheiro para contas bancárias no exterior abertas em nome de testas de ferro ou pessoas jurídicas.

Os mais diversos ardis são utilizados nessa fase, sendo muito comum, em virtude das regras administrativo-financeiras de prevenção à lavagem de dinheiro, que as organizações criminosas que precisam ocultar grandes quantidades de dinheiro optem pela fragmentação ou fracionamento de valores para não gerar comunicações oficiais aos órgãos de inteligência financeira¹⁴¹. Essas operações fracionadas ficaram conhecidas no sistema financeiro como *structuring* ou *smurfing*, “em alusão à figura pueril das pequenas criaturas azuis que vivem nas florestas, também conhecidas como pitufos”.¹⁴² O significado de *smurfing* seria um conjunto de operações financeiras destinadas a um objetivo único e maior, como uma sequência de depósitos de pequenos valores para se obter um montante final sem despertar a atenção das autoridades financeiras.

Para o GAFI, a fase da ocultação é o momento mais vulnerável do processo de lavagem para o delinquente e a grande oportunidade para as autoridades investidas da prevenção e repressão. Os mecanismos administrativo-financeiros de prevenção em sua grande maioria estão relacionados à essa fase do processo. Três são os momentos em que a ocultação torna-se mais evidente para o GAFI:

- a) “o instante em que se verifica a entrada de numerários no sistema financeiro;
- b) o instante em que se efectuam os fluxos de transferências internacionais de numerários; e
- c) o instante em que as transferências são instruídas no interior do sistema financeiro”¹⁴³

A segunda fase, *layering* ou dissimulação, também conhecida como camuflagem¹⁴⁴, transformação, escurecimento, estratificação ou diversificação, “é o mascaramento (...) do capital, caracterizada pelo uso de transações comerciais ou financeiras posteriores à ocultação que, pelo número ou qualidade, contribuem para afastar os valores de sua origem ilícita”.¹⁴⁵

¹⁴¹ No Brasil, a legislação antilavagem determina às instituições financeiras que comuniquem obrigatoriamente ao COAF toda transação bancária em espécie superior a R\$ 100.000,00. Dessa forma, se o criminoso precisa ocultar R\$ 500.000,00, para não despertar a atenção das autoridades financeiras, ele irá realizar cem operações de R\$ 5.000,00.

¹⁴² FELIPETTO, Rogerio. Op. Cit. P. 108.

¹⁴³ AZAMBUJA, Sofia A. de M. op. Cit. P. 41.

¹⁴⁴ Esse é o termo mais aceito em Portugal.

¹⁴⁵ BOTTINI, Pierpaolo C. op. Cit. P. 26.

Esse é o momento em que o capital inicia o processo de branqueamento em si, convertendo-se em operações lícitas, financeiras ou não. O escopo da dissimulação é exatamente criar uma legitimidade para o dinheiro, justificar o futuro ingresso do capital na economia formal, fazendo desaparecer por completo o vínculo entre o dinheiro e o ilícito.

Em perfeita metáfora sobre o tema, Sofia Alves de Melo Azambuja leciona que a dissimulação “subsiste num género de ‘cirurgia plástica’ de carácter financeiro, que visa ‘transfigurar’ qualquer oportunidade de determinar qual a verdadeira fonte criminosa do dinheiro sujo”.¹⁴⁶

Em geral vale-se do sistema financeiro internacional para a realização da dissimulação. Uma das formas mais usuais é a utilização de transferências bancárias para instituições financeiras em paraísos fiscais, cujos sistemas legais são mais benéficos e liberais, ou através de empresas *off-shores*. Nessas hipóteses, pode-se utilizar contas bancárias fantasmas pertencentes à organização criminosa, ou contas vinculadas a pessoas jurídicas reais, misturando-se o dinheiro lícito com o ilícito, tornando impossível a identificação da sua origem.

Por fim, a terceira fase do processo de lavagem é a *integration* ou integração, também conhecida como inversão e reciclagem, momento em que os valores são reinseridos na economia formal de forma visível principalmente para o Fisco. A intenção do agente nessa fase é demonstrar para as autoridades financeiras a origem lícita do capital, justificando com isso a aquisição de bens de luxo, como imóveis, jóias, veículos etc.

Percebe-se que na integração, o delinquente não mais pratica nenhum ato de ocultação ou dissimulação do capital. Não se busca mascarar o dinheiro. Pelo contrário, esse é o momento de exteriorizar os fundos reciclados. Logo, pode-se argumentar com vigor que a terceira fase não se trata propriamente de lavagem de dinheiro, pois o capital já foi devidamente branqueado e está sendo agora utilizado pelo criminoso. Todavia, desde o início do processo de lavagem, a integração é o especial fim de agir do agente, que diferencia o crime de outros menos relevantes.

Quanto às fases do processo de lavagem, em regra as legislações não trazem qualquer diferença, à exceção do tipo penal francês¹⁴⁷. No Brasil, desde que o agente inicie os atos de ocultação do capital oriundo do crime, a Lei 9.613/98 já considera consumado o crime de

¹⁴⁶ AZAMBUJA, Sofia A. de M. op. Cit. P. 42.

¹⁴⁷ Remete-se o leitor ao teor do dispositivo francês, transcrito no item 2.2.1.

lavagem de dinheiro, se presente o especial fim de agir. Nesse sentido a ressalva de Pierpaolo Cruz Bottini:

“(...) ainda que o delito seja consumado desde a fase inicial de ocultação, há um elemento subjetivo que permeia todas as etapas do crime em tela: a vontade de lavar o capital, de reinseri-lo na economia formal com aparência de licitude. Em outras palavras, ainda que no plano objetivo seja suficiente a mera ocultação dos bens para a caracterização da lavagem de dinheiro, na esfera subjetiva sempre será necessária a intenção de reciclar os bens, o desejo de completar o ciclo da lavagem”.¹⁴⁸

3.2.3- O crime antecedente no Direito Comparado: a ampliação do conceito em busca da efetividade no combate à macrocriminalidade

O delito de lavagem de dinheiro é de natureza eminentemente acessório. Não existe crime de lavagem sem que o capital seja proveniente de um ilícito antecedente. Obviamente não há necessidade de branquear o dinheiro obtido por meios lícitos.

Por essa razão, o reconhecimento da lavagem enquanto delito surgiu no cenário internacional a partir da constatação empírica de que recursos obtidos com o crime estariam sendo reciclados para posterior reinserção na economia formal. Nesse sentido a 1ª Diretiva da Comunidade Econômica Europeia e a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Substâncias Estupefacientes.

Seguiu-se a uma crescente criminalização da conduta de lavagem, podendo-se identificar três gerações de modelos legislativos sob a perspectiva do crime antecedente.

A primeira geração baseou-se na Convenção de Viena e previa apenas o delito de tráfico de drogas como crime antecedente para a lavagem de dinheiro. Atualmente, praticamente inexistem ordenamentos jurídicos que perfilhem essa ideia, à exceção da ultrapassada legislação do Equador que até 2005 previa apenas o crime de lavagem de dinheiro decorrente do tráfico de drogas. Em 2005 foi publicada naquele país a *Ley 2005-12*¹⁴⁹

¹⁴⁸ BOTTINI, Pierpaolo C. op. Cit. P. 27.

¹⁴⁹ Até 2005, a única previsão legal de criminalização da lavagem de dinheiro era o art. 77 da Lei de Tráfico de Drogas: “*Quienes, a sabiendas de que los bienes muebles o inmuebles, dineros, valores o instrumentos monetários, documentos bancários, financeiros o comerciales han sido adquiridos o transferidos através de la realización de los delitos tipificados en este Capítulo, con el propósito de ocultar tal origen contribuyeren a negociarlos, convertirlos o transferirlos a otras actividades legales o ilegales, serán sancionados con cuatro a ocho años de reclusión ordinaria y multa de veinte a cuatro mil salários vitales generales*”. (in SAADI, Ricardo. Op. Cit. P. 134.). O texto da *Ley 2005-12*, que disciplina a prevenção e repressão à lavagem de dinheiro naquele país, prevê a seguinte conduta típica: “*Art. 14.- Comete delito de lavado de activos el que dolosamente, en forma directa o indirecta:*

remodelando o combate à lavagem de dinheiro, modernizando as estruturas de investigação e adotando a corrente mais abrangente com relação ao delito antecedente.

A segunda geração adotava um rol exaustivo de delitos antecedentes, fruto da evolução advinda com a Convenção de Palermo sobre o Combate às Organizações Criminosas e das Recomendações do GAFI. Em ambos, recomendava-se aos países a criminalização da lavagem sempre que o produto for oriundo de delito considerado grave ou de organização criminosa. As ‘listas fechadas’ de crimes antecedentes foram a forma como muitos ordenamentos jurídicos encontraram para ampliar a criminalização para além do lucro com o tráfico de drogas. Atualmente, pode-se referir à legislação dos EUA¹⁵⁰ como sendo de segunda geração, ao menos em tese, já que a relação de delitos antecedentes naquele país conta com mais de duzentos crimes. Na América Latina, ressalvados o Equador e o Peru, como visto acima, a maioria dos países segue a segunda geração como o Paraguai¹⁵¹. Na Argentina, a *Ley 25.246*, de 05 de maio de 2000, que alterou o *Código Penal*, previu como delitos antecedentes da lavagem de dinheiro o

“tráfico e comercialização ilícitas de substâncias estupefacientes, contrabando de armas, relacionados com as atividades de uma organização criminosa, cometidos por organizações criminosas para cometer delitos com objetivos políticos ou raciais, contra a administração pública e prostituição de menores e pornografia infantil”.¹⁵²

Na Bolívia, segundo o art. 185bis do *Código Penal*, somente servem como delitos antecedentes para a lavagem de dinheiro o tráfico ilícito de substâncias controladas, os crimes cometidos por funcionários públicos no exercício de suas funções e os crimes cometidos por

a) *Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito;*

b) *Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito;*

c) *Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en esta Ley;*

d) *Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de delitos tipificados en esta Ley;*

e) *Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos; y,*

f) *Ingreso de dinero de procedencia ilícita por los distritos aduaneros del país.*

Los delitos tipificados en este artículo, serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito, u otros delitos graves.”

Disponível em https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu_lavado.pdf. Acesso em 21/01/2018.

¹⁵⁰ MORO, Sergio. Op. Cit. P. 36. Remete-se o leitor, ainda, ao item 2.2.1, onde se transcreveu integralmente a *US CODE § 1956*, que faz expressa referência a *specified unlawful activity*.

¹⁵¹ Explica Ricardo Saadi que “a legislação paraguaia (Lei 1015) sobre o tema é bastante clara e muito bem redigida. Trata-se de uma lei de segunda geração que prevê como crimes antecedentes à lavagem de dinheiro somente aqueles relacionados ao tráfico de estupefacientes e drogas perigosas, os praticados por organizações criminosas (bandas criminosas) ou por Grupo Terrorista.” SAADI, Ricardo. Op. Cit. P. 135.

¹⁵² SAADI, Ricardo. Op. Cit. P. 119.

organizações criminosas.¹⁵³ Também no Chile, existe limite taxativo aos delitos de tráfico de drogas, terrorismo, tráfico de armas e crimes contra o mercado de capitais e o sistema financeiro.¹⁵⁴ Por fim, a avançada legislação colombiana também adota a segunda geração, estabelecendo como delitos antecedentes da lavagem apenas a extorsão, o enriquecimento ilícito, a extorsão mediante sequestro, a rebelião e os crimes relacionados com o tráfico de drogas.

Outros países adotam postura intermediária, como Portugal, que “lista um conjunto pretensamente taxativo de delitos, mas apresenta uma cláusula geral que inclui como antecedentes todos os fatos típicos com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou duração máxima superior a 5 anos”.¹⁵⁵ Já na Alemanha, que inicialmente adotou a primeira geração, atualmente relaciona-se uma gama extensa de delitos qualificados e uma cláusula genérica reportando-se a qualquer crime grave.¹⁵⁶

¹⁵³ Art. 185°bis.- (LEGITIMACION DE GANANCIAS ILICITAS). *El que adquiriera, convierta o transfiera bienes, recursos o derechos, que procedan de delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias controladas, de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o de delitos cometidos por organizaciones criminales, con la finalidad de ocultar o encubrir su naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad verdadera, será sancionado con presidio de uno a seis años y con multa de cien a quinientos días.* Disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeco_sp_docs_boll.pdf. Acesso em 21/01/2018.

¹⁵⁴ Nesse sentido o expresse teor do art. 27 da Ley 19.913, de 12 de dezembro de 2003: “Artículo 27.- Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales: a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N° 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N° 18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N° 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997, ley General de Bancos; en el artículo 168 en relación con el artículo 178, N° 1, ambos del decreto con fuerza de ley N° 30, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 213, del Ministerio de Hacienda, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas; en el inciso segundo del artículo 81 de la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual; en los artículos 59 y 64 de la ley N° 18.840, orgánica constitucional del Banco Central de Chile; en el párrafo tercero del número 4° del artículo 97 del Código Tributario; en los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V y 10 del Título VI, todos del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 141, 142, 366 quinquies, 367, 374 bis, 411 bis, 411 ter, 411 quáter, 411 quinquies, y los artículos 468 y 470, N° 8, ambos en relación al inciso final del artículo 467 del Código Penal, o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.” Disponível em <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119>. Acesso em 21/01/2018.

¹⁵⁵ BOTTINI, Pierpaolo C. op. Cit. P. 83. Sobre a evolução da legislação portuguesa, Sofia Alves de Melo Azambuja, estudando o tema, assim escreveu: “Em Portugal, os crimes subjacentes do branqueamento eram restringidos através do método do catálogo, isto é, não se usava uma cláusula geral definitiva de uma categoria de crimes, mas sim decidia-se por uma lista taxativa destes crimes. Tal sistemática sofreu alteração com o advento da Lei 10/2002, de 11 de fevereiro, onde se adoptou um método misto de catálogo e cláusula geral, a exemplo da universalidade dos países da União Europeia, que progressivamente foram abandonando o sistema de rol dos crimes antecedentes, para o de conceito de crimes graves, vinculados a um limite de pena. Assim, era punível o branqueamento de capitais proveniente de tráfico de drogas, terrorismo, tráfico de armas, tráfico de produtos nucleares, extorsão de fundos, lenocínio, rapto, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de pessoas, pornografia envolvendo menores, tráfico de espécies protegidas, corrupção e criminalidade económica financeira prevista na Lei 36/94, além de fraude fiscal e crimes com prisão cujo limite máximo fosse superior a 5 anos”. AZAMBUJA, Sofia A de M. op. Cit. P. 73.

¹⁵⁶ AZAMBUJA, Sofia A. de M. op. Cit. P. 80.

Por fim, a terceira geração opta por não elencar exaustivamente delitos antecedentes à lavagem, de forma que qualquer infração de natureza penal, seja crime ou contravenção, poderia servir à configuração do crime de lavagem de dinheiro. Essa conformação normativa surgiu em decorrência da Convenção de Palermo e, principalmente, da Decisão Quadro da Comunidade Europeia que recomendou que os fossem considerados como delitos antecedentes todos os crimes graves, ampliando-se ao máximo o rol até então taxativo. No mesmo sentido, a Recomendação n. 03 do GAFI, atualizada a partir da 3ª Diretiva da União Europeia em 2005, restou assim redigida:

“Os países deveriam criminalizar a lavagem de dinheiro com base na Convenção de Viena e de Palermo. Os países deveriam aplicar o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, de maneira a incluir a maior quantidade possível de crimes antecedentes”¹⁵⁷

Nas notas interpretativas às suas recomendações, o GAFI endurece o discurso denotando a intenção de efetiva ampliação máxima da criminalização da lavagem de dinheiro. Merece transcrição:

“(...) 2. Os países deveriam aplicar o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, com o objetivo de incluir a maior gama de crimes antecedentes. Os crimes antecedentes podem ser definidos tendo como referência todos os crimes, ou um limite relacionado a uma categoria de crimes graves, à pena de prisão aplicável ao crime antecedente (abordagem de limite), a uma lista de crimes antecedentes, ou ainda a uma combinação de todas essas abordagens.

3. Quando os países adotarem a abordagem de limite, os crimes antecedentes deveriam, no mínimo, compreender todos os crimes que estejam incluídos na categoria de crimes graves em suas leis domésticas, ou incluir crimes puníveis por uma pena máxima de mais de um ano de prisão, ou, no caso de países que tenham um limite mínimo para crime em seus sistemas legais, os crimes antecedentes deveriam compreender todos os crimes puníveis com uma pena mínima de mais de seis meses de prisão. (...)”

Na revisão às recomendações feita em 2012, o GAFI voltou à carga sugerindo a inclusão no rol de delitos antecedentes do crime de lavagem, os delitos fiscais, que não eram previstos na maioria dos ordenamentos jurídicos. Além da recomendação genérica à maior gama possível de infrações graves, o GAFI optou por elaborar sua própria relação mínima de infrações subjacentes, abaixo transcrita:

“Categorias de infrações designadas significa:

¹⁵⁷ GAFI. Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa. Disponível em www.gafi-fatf.org. Acesso em 09/01/2018.

- a) participação num grupo criminoso organizado e em ações ilegítimas para obtenção de fundos, nomeadamente através de chantagem, intimidação ou outros meios (racketeering);
- b) terrorismo, incluindo o financiamento do terrorismo;
- c) tráfico de seres humanos e tráfico ilícito de migrantes;
- d) exploração sexual, incluindo a exploração sexual de crianças;
- d) tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas;
- e) tráfico de armas;
- f) tráfico de bens roubados e de outros bens;
- g) corrupção e suborno;
- h) fraude;
- i) contrafação de moeda;
- j) contrafação e pirataria de produtos;
- k) crimes contra o meio ambiente;
- l) homicídio e ofensas corporais graves;
- m) rapto, detenção ilegal e tomada de reféns;
- n) roubo ou furto;
- o) contrabando; (incluindo em relação a direitos aduaneiros, impostos especiais de consumo e outras taxas);
- p) crimes fiscais (relacionados com impostos diretos e indiretos);
- q) extorsão;
- r) falsificação;
- s) pirataria; e
- t) abuso de informação privilegiada e manipulação do mercado.”¹⁵⁸

A orientação da comunidade jurídica internacional no sentido da ampliação da criminalização da lavagem provocou a superação da ‘lista fechada’ de delitos antecedentes, fazendo com que as legislações mais modernas não façam qualquer referência ao crime subjacente. É o caso do Reino Unido e da França, que se referem em suas tipologias apenas a bem produto de crime. Nesses países, a adoção da terceira concepção ocorreu após intensa produção legislativa que previa delitos de lavagem de dinheiro em diplomas diversos e para crimes antecedentes específicos, sendo que as reformas mais atuais reuniram as previsões dispersas e unificaram o delito, revogando qualquer referência a crime antecedente. No Reino

¹⁵⁸ O rol consta do capítulo Glossário, do documento Padrões Internacionais de Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento ao Terrorismo e à Proliferação de Armas de Destruição em Massa, no qual constam as recomendações do GAFI, na última versão atualizada em 2012. Disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/gafi-recomendacoes-de/downloadFile/attachedFile_f0/Recomendacoes_GAFI_2012.pdf?nocache=1344353148.98. Acesso em 22/01/2018.

Unido, a unificação somente ocorreu em 2002, com o *Proceeds of Crime Act*.¹⁵⁹ Na França, ocorreu com a reforma do Código Penal de 13 de maio de 1996¹⁶⁰.

Na América Latina, exemplo de legislação de terceira geração é a moderna normativa peruana, já referida alhures, e a recente alteração promovida no sistema de criminalização do Equador.

Na Espanha, até o advento da *Ley Orgánica 15/2003*, adotava-se um rol taxativo. No entanto, atualmente vigora a possibilidade de “encarar como delito prévio ao branqueamento qualquer delito, de maneira a abranger praticamente todos os delitos contra as pessoas, patrimônio e a ordem socioeconômica, assim como a saúde pública, tipificados no Código Penal.”¹⁶¹ O rigor na criminalização do branqueamento de capitais na Espanha é tamanho que são punidos não só os tipos básicos dolosos, como também figuras agravadas, tipos culposos por ‘imprudência grave’ e até atos preparatórios.

Histórico semelhante passou a Itália, desde a primeira previsão de delito semelhante à lavagem, com a inserção do art. 648 bis no Código Penal, em 1978. Naquela oportunidade passou-se a punir a substituição de produto de crimes de extorsão e sequestro. Posteriormente, em 1990, a Lei n. 55 renomeou o dispositivo incorporando a expressão *riciclaggio*, já em referência ao processo de lavagem de dinheiro. Por fim, em 1993 a última alteração limitou o delito antecedente a qualquer crime não culposos. No entanto, para a configuração do branqueamento, o proveito ilícito deve ser utilizado em atividade econômica ou financeira, acrescentando-se um elemento normativo que reduz o âmbito de incidência do dispositivo.¹⁶²

A referência italiana ao especial fim de agir no delito de reciclagem denota a preocupação que os aplicadores do direito devem ter quando da subsunção do tipo penal da lavagem de dinheiro. Não há dúvidas de que existe um forte movimento internacional no sentido da ampliação da criminalização, praticamente eliminando qualquer referência ao delito antecedente para considerar suficiente que o crime subjacente seja grave. Obviamente o conceito de ‘crime grave’ pode e deve variar em cada ordenamento jurídico, de acordo com as peculiaridades locais e regionais.

Não se deve permitir a banalização da criminalização, até porque não é essa a orientação do GAFI ou da Convenção de Palermo. Adverte ROGÉRIO FELIPPETTO que

¹⁵⁹ Já referido no item 2.2.1.

¹⁶⁰ Já referido no item 2.2.1.

¹⁶¹ AZAMBUJA, Sofia A. de M. op. Cit. P. 78.

¹⁶² AZAMBUJA, Sofia A. de M. op. Cit. P. 79.

“mesmo com a abertura cogitada pelas leis de segunda geração, percebe-se um filtro, qual seja, a gravidade do crime antecedente que é fruto de rol de crimes especificado pelo legislador nacional. Há uma seleção abonada pelo princípio da intervenção mínima. A simples e geral incriminação de infrações penais, desprovida de um rol ou outro parâmetro de referência, contribuindo para que se subtraíam da punibilidade aqueles fatos que realmente alcançam o destaque peculiar dos crimes de lavagem. Não se pode esquecer que a lavagem de dinheiro foi pensada para a hipótese de tráfico e manifestações de criminalidade organizada, do que ressaí a relevância das condutas albergadas”.¹⁶³

A adoção de tipos penais abertos como na França e no Reino Unido, ou rol bastante amplo de delitos antecedentes, como nos EUA e na Alemanha, pode colocar em risco a eficácia do tratamento penal da matéria. Ademais, essa busca pela ‘maior gama possível de crimes antecedentes’, como recomenda o GAFI, soa como uma inversão do contexto de aplicação do Direito Penal, que sempre deve ser orientado pela intervenção mínima.

A técnica de ampliação da repressão ao crime de lavagem decorre, ao que parece, de uma concepção norte-americana¹⁶⁴ de análise econômica do direito criminal. Não se faz um juízo de valoração jurídico-social da relevância da conduta, mas econômico, buscando aumentar o ‘custo-benefício’ do crime para o delinquente. Quanto mais gravosa for a repressão penal, menores as chances do criminoso optar pela delinquência. Todavia, essa concepção não subsiste diante de dois fatores reais: a) o primeiro, é o fato de que o delinquente, em geral, não conta com a possibilidade de ser descoberto, o que faz com que ele não ‘compute’ o custo da pena em sua ponderação para a prática do crime; b) o segundo, é a ineficiência dos sistemas de investigação e punição, sobretudo na América Latina, que é

¹⁶³ FELIPETTO, Rogerio. Op. Cit. P. 99/100.

¹⁶⁴ Merece transcrição o comentário de Rogério Felippetto sobre fala de Eugenio Raul Zaffaroni: “a questão da repressão às drogas em nível mundial e sobretudo na América do Sul é fruto do desenvolvimento de estratégias de manutenção de um Direito Penal de Exceção, descompromissado com as liberdades públicas e marcado por opções não garantistas, tudo sob a inspiração dos Estados Unidos, que precisam manter vivo o sentimento de defesa contra o inimigo. A influência americana deixa como características, entre outras, a multiplicidade de verbos típicos, conforme a técnica legislativa americana, o desrespeito ao princípio da ofensividade, a apenação de enfermos e tóxico-dependentes, a criação de tribunais especiais, o surgimento de prêmio ao delator, a valorização do espião, do agente provocador e das testemunhas anônimas. Esse é um ambiente propício também à proliferação mundial de uma legislação antidrogas comum, que curiosamente tem algumas das características referidas. Isso autorizaria dizer que a lavagem de dinheiro reveste-se das mesmas características, inserindo-se no mesmo contexto. Referindo-se à Argentina e ao Chile, diz: ‘A administração norte-americana também pressionou para que estas ditaduras declarassem guerra à droga, numa primeira versão vinculada estreitamente à segurança nacional: o traficante era um agente que pretendia debilitar a sociedade ocidental, o jovem que fumava maconha era um subversivo, guerrilheiros eram confundidos com e identificados a narcotraficantes (a narcoguerrilha) etc. À medida que se aproximava a queda do muro de Berlim, tornou-se necessário eleger outro inimigo para justificar a alucinação de uma nova guerra e manter níveis repressivos elevados. Para isso, reforçou-se a guerra contra a droga’”. (FELIPETTO, Rogerio, op. Cit. P. 101)

alimentado de certa forma pela própria estrutura criminosa através da corrupção de agentes públicos.

A ampliação desmesurada do rol de delitos antecedentes faz com que a lavagem de dinheiro passe a ter um objetivo em si mesmo, um próprio bem jurídico a tutelar, quando na verdade, na sua conformação histórica, o combate à lavagem surge para proteção do bem jurídico dos crimes antecedentes, como o tráfico de drogas, o terrorismo, o tráfico de pessoas etc. O caráter acessório do crime de lavagem o vincula ao bem jurídico do crime antecedente. Exatamente pela preocupação com o bem jurídico do crime antecedente, não se pode ampliar exageradamente o âmbito de incidência da criminalização da lavagem. Deve-se escolher com rigor os bens jurídicos relevantes a justificar a extensão da proteção jurídico-criminal para fatos posteriores.

Deve-se acrescentar um outro elemento na definição da abrangência da criminalização da lavagem de dinheiro. Os tratados internacionais retromencionados velam pela tutela de interesses dos países dominantes nos organismos internacionais onde foram gestados, sobretudo na ONU. Isso fica patente diante da aguçada preocupação com a prevenção e repressão ao terrorismo, que na América do Sul, na África e na Oceania é praticamente inexistente. Ainda que os tratados permitam a reflexão do contexto jurídico global e o intercâmbio de informações através dos protocolos de cooperação jurídica, é preciso estabelecer dentro de cada país as prioridades jurídico-penais para se eleger, de forma consciente, os delitos antecedentes da lavagem de dinheiro. A questão é simples: pelo tratado de Mérida, os Brasil se comprometeu a permitir a todos os países pactuantes o acesso praticamente em tempo real às informações financeiras de pessoas físicas e jurídicas diante de uma ameaça de terrorismo ou de financiamento ao terrorismo. Pergunta-se: no bojo de uma investigação de uma organização criminosa de jogo do bicho, no Brasil, os países pactuantes da Convenção de Palermo também disponibilizarão os dados financeiros lá existentes com a mesma presteza? Se o terrorismo é um crime grave na Europa, e não se duvida disso, o jogo do bicho também promove uma criminalidade indireta no Brasil capaz de desestruturar órgãos policiaescos, políticos e econômicos, gerando instabilidade social tão relevante quanto o terrorismo na Europa.

3.2.4- O crime antecedente no ordenamento jurídico brasileiro

Sob esse viés crítico, deve-se interpretar *cum granu salis* a transição da legislação brasileira da segunda para a terceira geração. Isso porque, em 1998, com o advento da Lei 9.613, em 03 de março de 1998, o Brasil ingressou tardiamente no combate à lavagem de dinheiro, optando expressamente pela segunda geração no que tange aos delitos antecedentes¹⁶⁵. Havia um rol fechado de delitos considerados graves e que, segundo constou da exposição de motivos do projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional, era necessário à época para restringir o âmbito de incidência do delito de lavagem de dinheiro, relegando as demais formas de ocultação de bens produto de crime para o delito de receptação. Assim constou na referida exposição de motivos:

21. Embora o narcotráfico seja a fonte principal das operações de lavagem de dinheiro, não é a sua única vertente. Existem outros ilícitos, também de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, direitos e valores. São eles o terrorismo, o contrabando e o tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, a extorsão mediante seqüestro, os crimes praticados por organização criminosa, contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional. Algumas dessas categorias típicas, pela sua própria natureza, pelas circunstâncias de sua execução e por caracterizarem formas evoluídas de uma delinquência internacional ou por manifestarem-se no panorama das graves ofensas ao direito penal doméstico, compõem a vasta gama da criminalidade dos respeitáveis. Em relação a esses tipos de autores, a lavagem de dinheiro constitui não apenas a etapa de reprodução dos circuitos de ilicitudes como também, e principalmente, um meio para conservar o status social de muitos de seus agentes.

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.

23. O projeto, desta forma, mantém sob a égide do art. 180 do Código Penal, que define o crime de receptação, as condutas que tenham por objeto a aquisição, o recebimento ou a ocultação, em proveito próprio ou alheio, de "coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte". Fica, portanto, sob o

¹⁶⁵ Na opinião de Pierpaolo Cruz Bottini, a legislação brasileira adotou “um critério misto para fixação dos crimes antecedentes. Estabelecia um rol fechado de tipos penais cuja prática poderia gerar bens passíveis de lavagem de dinheiro, com uma abertura extensiva prevista no inc. VII do art. 1º, que apontava que qualquer crime praticado por meio de organização criminosa poderia originar produtos laváveis. Assim, o legislador não se ateve apenas à descrição de tipos penais, mas criou uma moldura penal objetiva que permitia a ampliação da abrangência da norma para outros crimes não expressamente elencados no rol inicial”. (in BOTTINI, Pierpaolo C. op. Cit. P. 83/84). Em sentido oposto, Sergio Moro afirma que “a legislação da espécie, desde que abranja rol significativo de crimes, é dita de segunda geração, em classificação que tem como critério os modelos adotados cronologicamente para tipificação do Direito Comparado.” (in MORO, Sergio F. op. Cit. P. 35).

comando desse dispositivo a grande variedade de ilícitos parasitários de crimes contra o patrimônio.

24. Sem esse critério de interpretação, o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação. Assim, o autor do furto de pequeno valor estaria realizando um dos tipos previstos no projeto se ocultasse o valor ou o convertesse em outro bem, como a compra de um relógio, por exemplo.

Louvável a preocupação do legislador em limitar as condutas e promover uma verdadeira *mens legislatoris*. O parlamento expressamente se pronuncia quanto à intenção existente à época de relegar o crime de lavagem de dinheiro para os delitos realmente relevantes sob o aspecto econômico, jurídico e social. Em poucas palavras, o autor do projeto, Ministro Nelson Jobim, deixou claro que a regra nos casos de ocultação e dissimulação de produtos de crime é a aplicação do delito de receptação. Apenas nas hipóteses excepcionais previstas na legislação especial, aplicar-se-ia a norma proibitiva da lavagem de dinheiro, com o viés repressivo e preventivo que lhe foi desenhado.

Assim, a legislação que vigorou até 2012 previa como delitos antecedentes apenas os crimes de tráfico de drogas, terrorismo e seu financiamento, contrabando de armas e munições, extorsão mediante sequestro, contra a Administração Pública, praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira, contra o sistema financeiro nacional e praticados por organização criminosa.

Sem aprofundar o estudo da tipologia penal, que foge ao objeto do presente trabalho, pode-se perceber claramente a opção do legislador por crimes considerados graves e que produzem, de certa forma, proveito econômico ao autor. Todavia, não faltaram críticas à escolha legislativa em virtude da ausência de delitos considerados graves e que também podem ensejar algum benefício ao agente. Gerson Godinho Costa, ao abordar o tema, escreveu:

“Ao pretender laborar com delitos supostamente de especial gravidade, esbarrou na ilogicidade sistêmica. Ao mesmo tempo em que deixa atípica, exemplificativamente, a omissão ou dissimulação de produtos obtidos com homicídio praticado mediante paga ou recompensa (art. 121, § 1º, inciso I, do Código Penal) ou mediante roubo de medicamentos destinados ao atendimento de população carente (art. 157, Código Penal), admite, em tese, a lavagem de dinheiro na hipótese de desacato à autoridade pública (art. 331 do Código Penal).”¹⁶⁶

¹⁶⁶ COSTA, Gerson G. **O tipo objetivo da lavagem de dinheiro**. In *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2007. P. 37.

A crítica não é justa. Ainda que ausente do rol de delitos antecedentes determinados crimes graves, deve-se ater à moldura internacional do delito de lavagem de dinheiro quando da seleção dos bens jurídicos que merecem tutela adicional. Conforme ensina Rogério Felippetto, “a lavagem de dinheiro destina-se a frustrar o plano delitivo inicialmente concebido e a sua ocorrência representa um outro nível do mesmo ataque ao bem jurídico que começou a ser vulnerado pelo crime primário”.¹⁶⁷ Por óbvio, a eleição dos delitos antecedentes trata-se de critério de política criminal, orientada pelos instrumentos jurídicos internacionais do qual o Brasil era signatário à época, pelas recomendações do GAFI e de outros organismos relacionados ao tema, e pelas peculiaridades da realidade social brasileira.

A não inclusão do crime de homicídio mediante paga, por exemplo, tem perfeita consonância com a quase extinção desse tipo de delito no país. E se por ventura vier a ocorrer, a tutela do bem jurídico estará de algum modo assegurada pela tipificação do crime de receptação.

Por outro lado, não se mostra viável a incidência do delito de lavagem de dinheiro quando o antecedente for o crime de desacato ou outro de idêntico potencial ofensivo, em virtude do Princípio da Proporcionalidade. Ora, o branqueamento é crime acessório e obviamente não pode ser apenado de forma mais severa do que o crime antecedente.

Outra questão que suscitava indagações na doutrina era a ausência dos crimes contra a ordem tributária no rol de delitos antecedentes da Lei 9.613/98. Gerson Godinho Costa se atentou para esse fato ao afirmar que a impossibilidade de tipificação da lavagem de dinheiro “é aplicada quando se está a tratar de crimes contra a ordem tributária. A sonegação de tributos, por importar no manejo de valores econômicos substanciais, deveria constituir elemento antecedente da lavagem de dinheiro.”¹⁶⁸

A exposição de motivos do projeto do Min. Nelson Jobim referiu-se expressamente sobre o tema, no item 34, quando aduziu:

34. 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 do 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

¹⁶⁷ FELIPPETTO, Rogério. Op. Cit. P. 103.

¹⁶⁸ COSTA, Gerson G. op. Cit. P. 37.

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.

A controvertida questão foi objeto de análise por parte do advogado criminalista GUSTAVO DE CASTRO TURBIANI, que na esteira do entendimento esboçado pelo projeto, vaticinou que

“quando da prática do crime fiscal, não houve geração de valores, pois os mesmos já haviam sido gerados com uma prática comercial lícita e pretérita. Nesse sentido, o que ocorre no crime fiscal é uma mera manutenção de valores em conta, o que é diferente de um ganho propriamente dito: quem economiza não ganha, sendo que unicamente evita a saída de um bem de seu patrimônio”.¹⁶⁹

Discordando da tese de que o crime fiscal é apenas uma ‘economia’, o juiz federal Gerson Godinho Costa assentou que

“desde que é devido determinado valor por conta de fato gerador de obrigação tributária, a não-ocorrência de desfalque no patrimônio do devedor – necessário à satisfação do débito – constitui sim agregação indevida ao seu patrimônio. Devido e inadimplido o crédito tributário, a quantia inicialmente destinada a cobri-lo passa a integrar, ilegalmente, o patrimônio do devedor. E essa adição tem origem ilícita: a sonegação fiscal”.¹⁷⁰

A discussão acerca do tema somente tem interesse no estudo do tipo penal da lavagem, que não é o objeto do presente, nada obstante parecer tender à segunda tese, até porque a sonegação de tributos não é o simples fato de deixar de adimplir a obrigação tributária, mas envolve efetivamente uma fraude tributária, ou seja, uma atuação direcionada a ludibriar o Fisco e, assim, suprimir ou reduzir tributo. Em contrapartida, o sujeito passivo deixa de ter um decréscimo patrimonial que pode ser considerado como um acréscimo indireto decorrente da sonegação fiscal, o que, por si só, já faz subsumir a conduta ao fato típico do art. 1º da Lei 9.613/98, que expressamente fala em proveito direto ou indireto do crime. Nesse sentido, aliás, o GAFI expressamente se manifestou na última revisão das recomendações, em 2012, para incluir os delitos fiscais no rol de crimes antecedentes, conforme alhures explanado.

¹⁶⁹ TURBIANI, Gustavo de C. **O Crime Fiscal como delito antecedente ao crime de lavagem de capitais: novas perspectivas a partis das alterações da Lei 9.613/98**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 119/ 2016. P. 359-386.

¹⁷⁰ COSTA, Gerson G. op. Cit. P. 38.

De qualquer forma, a discussão quanto à incidência ou não dos crimes tributários e de outros delitos graves no rol de infrações subjacentes à lavagem deixou de ter significado, ao menos em tese, com o advento da Lei 12.683, em 09 de julho de 2012, quando o rol previsto no art. 1º da Lei 9.613/98 foi integralmente revogado, inserindo o Brasil no elenco de países que adotam a terceira geração do crime de lavagem de dinheiro.

Para Pierpaolo Cruz Bottini, “sob uma ótica político-criminal, a ampliação é exagerada”. Aduz que a extinção do rol de crimes antecedentes pode permitir o que a exposição de motivos do projeto de 1998 considerou como ‘massificação da criminalização’ da lavagem, fazendo incluir delitos de pouca gravidade, como um simples furto, como possível crime antecedente da lavagem. Sob o ponto de vista criminológico, poderia permitir um retrocesso na política de desencarceramento iniciada, de alguma forma, com a Lei 12.403/2011, que proibiu a prisão preventiva para delitos com pena máxima inferior a quatro anos.

As ponderações do autor são justificáveis e podem ser exemplificadas com a própria conformação internacional do delito de lavagem de dinheiro. Os tratados internacionais, em especial a Convenção de Palermo, e as recomendações do GAFI orientam os países signatários a considerar como delitos antecedentes apenas crimes graves. Ainda que utilizem expressões do tipo ‘a maior gama possível de delitos graves’, o fato é que não existe uma orientação internacional direcionada à completa revogação do rol taxativo. A recomendação n. 03 do GAFI, já reproduzida acima, prega a extensão a um rol de delitos graves taxativamente definidos ou identificáveis mediante um critério objetivo, como o mínimo cominado de pena em abstrato. De qualquer forma, existe um limite, um parâmetro.

A razão da limitação do rol de delitos antecedentes é a severidade da repressão criminal da lavagem de dinheiro, cuja finalidade é aumentar o grau de proteção do bem jurídico do delito antecedente. Por isso a seleção mediante critérios de política criminal, já expostos acima.

Além disso, a banalização da criminalização da lavagem pode provocar ofensa ao Princípio da Proporcionalidade, quando o delito antecedente for menos grave.

Diante do quadro atual, revogado o rol de crimes antecedentes, não se pode afirmar que existe uma permissão legislativa ampla e irrestrita para considerar toda e qualquer infração com delito subjacente à lavagem. É preciso fazer uma interpretação constitucional do atual dispositivo legal. Sob esse prisma, verifica-se que o Brasil é signatário da Convenção de

Palermo, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 231, de 29 de maio de 2003, e promulgada pelo Decreto Executivo 5.015, de 12 de março de 2004. Referido tratado, em seu art. 6^o¹⁷¹, disciplina a criminalização do delito de lavagem de produto do crime, em especial se referindo ao delito antecedente nos seguintes termos:

“2. Para efeitos da aplicação do parágrafo 1 do presente Artigo:

- a) Cada Estado Parte procurará aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à mais ampla gama possível de infrações principais;
- b) Cada Estado Parte considerará como infrações principais todas as infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção, e as infrações enunciadas nos seus Artigos 5, 8 e 23. Os Estados Partes cuja legislação estabeleça uma lista de infrações principais específicas incluirá entre estas, pelo menos, uma gama completa de infrações relacionadas com grupos criminosos organizados;”

O mencionado art. 2^o¹⁷², assim define infrações graves:

¹⁷¹ 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente:

- a) i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos;
- ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime;
- b) e, sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico:

- i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime;
- ii) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática.

2. Para efeitos da aplicação do parágrafo 1 do presente Artigo:

- a) Cada Estado Parte procurará aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à mais ampla gama possível de infrações principais;
- b) Cada Estado Parte considerará como infrações principais todas as infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção, e as infrações enunciadas nos seus Artigos 5, 8 e 23. Os Estados Partes cuja legislação estabeleça uma lista de infrações principais específicas incluirá entre estas, pelo menos, uma gama completa de infrações relacionadas com grupos criminosos organizados;
- c) Para efeitos da alínea b), as infrações principais incluirão as infrações cometidas tanto dentro como fora da jurisdição do Estado Parte interessado. No entanto, as infrações cometidas fora da jurisdição de um Estado Parte só constituirão infração principal quando o ato correspondente constitua infração penal à luz do direito interno do Estado em que tenha sido praticado e constitua infração penal à luz do direito interno do Estado Parte que aplique o presente Artigo se o crime aí tivesse sido cometido;
- d) Cada Estado Parte fornecerá ao Secretário Geral das Nações Unidas uma cópia ou descrição das suas leis destinadas a dar aplicação ao presente Artigo e de qualquer alteração posterior;
- e) Se assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte, poderá estabelecer-se que as infrações enunciadas no parágrafo 1 do presente Artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham cometido a infração principal;
- f) O conhecimento, a intenção ou a motivação, enquanto elementos constitutivos de uma infração enunciada no parágrafo 1 do presente Artigo, poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.

¹⁷² Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

- a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;

Além disso, o art. 6º também determina a criminalização da lavagem quando o produto for decorrente de crimes de organização criminosa (art. 5º), corrupção (art. 8º) e obstrução da Justiça (art. 23).

Não se trata no presente caso de situação de lacuna legal. Pelo contrário, resta muito claro que o legislador em 2012 optou conscientemente pela terceira geração das leis de lavagem, não prevendo nenhum rol de delitos antecedentes. No entanto, não se pode negar vigência à Convenção de Palermo, até porque seus termos são imperativos e não deixam margem à outra interpretação. Não se trata de uma faculdade, mas de um comando no sentido de que as infrações subjacentes necessariamente devem ser 'graves'. E o conceito de 'infração grave' é conferido pelo próprio tratado, àqueles delitos cujo máximo da pena em abstrato não seja inferior a quatro anos.

As normas internacionais acima referidas, em última análise, impõem limitações ao poder punitivo do Estado, tratando-se, por isso, de normas protetivas de direitos fundamentais dos indivíduos. Logo, a Convenção de Palermo teria, nesse aspecto específico, natureza supra-legal e, portanto, sobrepujaria a alteração legislativa ordinária que revogou o rol de delitos antecedentes da Lei 9.613/98. Não seria propriamente uma inconstitucionalidade material da Lei 12.683/12, mas uma interpretação conforme o art. 5º, § 2º, da Constituição da República de 1988.

b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;

c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;

d) "Bens" - os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos;

e) "Produto do crime" - os bens de qualquer tipo, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de um crime;

f) "Bloqueio" ou "apreensão" - a proibição temporária de transferir, converter, dispor ou movimentar bens, ou a custódia ou controle temporário de bens, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente;

g) "Confisco" - a privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente;

h) "Infração principal" - qualquer infração de que derive um produto que possa passar a constituir objeto de uma infração definida no Artigo 6 da presente Convenção;

i) "Entrega vigiada" - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática;

j) "Organização regional de integração econômica" - uma organização constituída por Estados soberanos de uma região determinada, para a qual estes Estados tenham transferido competências nas questões reguladas pela presente Convenção e que tenha sido devidamente mandatada, em conformidade com os seus procedimentos internos, para assinar, ratificar, aceitar ou aprovar a Convenção ou a ela aderir; as referências aos "Estados Partes" constantes da presente Convenção são aplicáveis a estas organizações, nos limites das suas competências.

Em adição à interpretação acima, considerando que a Convenção de Viena expressamente prevê o crime de tráfico ilícito de drogas como delito antecedente para a lavagem de dinheiro, pelo mesmo motivo já explanado, haveria permissão constitucional para sua inclusão no rol de infrações subjacentes.

Dessa forma, ainda que atualmente não exista rol taxativo de crimes antecedentes no ordenamento jurídico brasileiro para o crime de lavagem, somente poderiam ser considerados delitos subjacentes os crimes graves, cuja pena máxima seja superior a quatro anos, e os delitos de tráfico de drogas, organização criminosa, corrupção e obstrução de Justiça, sob pena de ofensa à norma supralegal prevista na Convenção de Palermo.

3.3- MECANISMOS DE PREVENÇÃO

O combate ao crime de lavagem de dinheiro no âmbito internacional, além da adoção de mecanismos de repressão à conduta ilícita, também se opera em vertente não penal, de natureza preventiva, através sobretudo dos sistemas bancários e financeiros nacionais.

A 3ª Diretiva Europeia expressamente orienta os países nesse sentido:

“Os Estados Parte considerarão a possibilidade de aplicar medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de numerário e de títulos negociáveis (...) sem, por qualquer forma, restringir a circulação de capitais lícitos. (...) Os Estados Parte considerarão a possibilidade de aplicar medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de efetivo e de títulos negociáveis pertinentes, sujeitos a salvaguardas que garantam a devida utilização da informação, e sem restringir de modo algum a circulação de capitais lícitos.”¹⁷³

Nesse aspecto, sob orientação do GAFI e mediante os tratados internacionais retratados acima, os Estados e os respectivos sistemas financeiros nacionais adotam mecanismos internos e supranacionais de controle, registro e comunicação de operações bancárias e financeiras, especialmente mediante a adoção de regras de cooperação privada e a criação de unidades de inteligência financeira.

¹⁷³ Além dessas recomendações dirigidas aos Estados membros, o comitê de Ministros recomendou expressamente a utilização dos sistemas bancários como mecanismo de prevenção ao crime de lavagem: “*Convinced that... the banking system can play a highly effective preventive role, while the cooperation of the banks also assists in the repression of such criminal acts by the judicial authorities and the police*” (Convencidos que... o sistema bancário pode desempenhar um papel preventivo altamente efetivo, enquanto a cooperação dos bancos também auxilia na repressão de tais atos criminais, feita pelas autoridades judiciais e a polícia – tradução de Carla Veríssimo de Carli, in CARLI, Carla V. op. Cit. p. 203.)

3.3.1- Regras para o setor financeiro: o processo *know your costumer*

A intensa velocidade das transações financeiras e o enorme volume impede que os órgãos incumbidos da repressão à lavagem de dinheiro estejam permanentemente vigilantes e atentos a essa modalidade de crime, sobretudo diante da garantia do sigilo bancário e o caráter transnacional de boa parte das movimentações bancárias. Por outro lado, interessa ao setor financeiro que seu sistema não seja nutrido por valores ilícitos, sem lastro, e que os bancos não sejam utilizados para legalização de proveitos de crime, transmitindo ao consumidor em geral a segurança que um estabelecimento financeiro deve ter.

Por esse motivo, como medida preventiva à lavagem de dinheiro, o GAFI estabelece em suas recomendações regras específicas para o setor financeiro, abordando três pontos principais: a) regras para identificação de clientes e manutenção de arquivos (*know your costumer*); b) comunicação de transações suspeitas; c) criação de unidade de inteligência financeira.¹⁷⁴ Especificamente, a Recomendação n. 5 estabelece que as instituições financeiras deverão “identificar o beneficiário efetivo e tomar medidas adequadas para verificar a sua identidade, de tal forma que a instituição financeira obtenha um conhecimento satisfatório sobre a identidade do beneficiário efetivo”.

A obrigação de conhecer o cliente bancário é de relevância extremada, haja vista que a forma mais comum de lavagem de dinheiro é através de aplicações financeiras sem lastro. A partir do momento que a instituição financeira tem por obrigação efetuar um levantamento cadastral do cliente e, assim, exigir a demonstração de lastro financeiro para as aplicações, certamente a incidência dessa modalidade de branqueamento no sistema bancário regular reduz consideravelmente.

Além disso, através do cadastramento prévio do cliente bancário é possível definir critérios baseado no risco, ou seja, determinadas operações ou pessoas deverão ser acompanhadas com maior atenção por se tratar de situações mais suscetíveis de ocorrer lavagem de dinheiro. Sob essa inspiração, desenvolveu-se nos EUA o conceito de pessoas politicamente expostas (PEP), que o GAFI acolheu e formulou seu próprio conceito:

“Individuals who are or have been entrusted with prominent public functions in a foreign country, for example Heads of State or of government, senior politicians, senior government, judicial or military officials, senior executives of state-owned, corporations, important political party official. Business relationship with family members of close associates of PEPs involve reputational risks similar to those

¹⁷⁴ BALLÃO, Wilson. Op. Cit. p. 122.

*relating to PEPs themselves. The definition is not intent to cover middle ranking or more junior individuals in the foregoing categories”.*¹⁷⁵

Para Wilson Ballão, “a regra de identificação obrigatória dos clientes é essencial para a lógica da abordagem preventiva de combate à lavagem de dinheiro. O objetivo é detectar a movimentação de recursos ilícitos de forma a possibilitar a persecução penal pelas autoridades competentes”.¹⁷⁶

No Brasil, a Lei 9.613/98 expressamente previu no art. 9º um extenso rol de pessoas físicas e jurídicas obrigadas aos deveres de armazenar informações de clientes e comunicar às autoridades as atividades suspeitas. Estão incluídas, além das instituições financeiras e creditícias em geral, pessoas físicas e jurídicas que prestem serviços de assessoria, consultoria, auditoria, contadoria, compra e venda de imóveis, gestão de fundos e valores mobiliários etc. Essas atividades são denominadas setores sensíveis, pois envolvem direta ou indiretamente transações financeiras que podem permitir a reciclagem de capitais, de modo que a expansão do rol, para além do setor bancário, atende a uma demanda internacional de se reduzir ao máximo as possibilidades de ingresso de dinheiro ilícito no sistema financeiro mundial.¹⁷⁷

O processo *know your customer* pode ser exemplificado em oito etapas principais, que pode variar de acordo com o porte da empresa e a natureza dos negócios envolvidos: a) checagem de todas as listas impeditivas e restritivas nacionais e internacionais e da lista PEP; b) alocação do cliente no segmento comercial adequado; c) identificação do cliente; d) verificação do cliente; e) elaboração e atualização do cadastro; f) composição do dossiê eletrônico ou físico do cliente; g) consulta às empresas de informações comerciais e órgãos governamentais; h) determinar a cadeia de participação acionária até chegar ao beneficiário final, principalmente no caso de pessoas jurídicas; i) pesquisa de mídia negativa; j) monitoramento das operações e movimentação financeira; k) visita às instalações da empresa;

¹⁷⁵ Optou-se por trazer no texto a versão em inglês, proposta pelo GAFI nas notas explicativas às Recomendações de 2004, uma vez que alguns termos possuem tradução difícil para o português, como *senior politicians* e *junior individuals*. A tradução nossa: Indivíduos que são ou foram encarregados de funções públicas proeminentes em um país estrangeiro, por exemplo, Chefes de Estado, de governo, políticos proeminentes, membros do alto escalão do governo, funcionários judiciais ou militares, altos executivos de empresas estatais, importantes membros do partido político. O relacionamento comercial com membros da família de associados próximos de PEPs envolve riscos de reputação semelhantes aos relacionados aos próprios PEPs. A definição não tem intenção de cobrir classificação média ou mais indivíduos subordinados nas categorias anteriores.

¹⁷⁶ BALLÃO, Wilson. Op. Cit. p. 123.

¹⁷⁷ BOTTINI, Pierpaolo. Op. Cit. p. 40.

l) autorização de alçada superior para início ou manutenção do relacionamento; m) reavaliação periódica do cliente.¹⁷⁸

3.3.2- O dever de *compliance*

Como decorrência do processo *know your customer*, a legislação brasileira traduziu no art. 10 da Lei 9.613/98, movimento internacional pela introdução de regras de *compliance* às instituições de setores sensíveis à lavagem de dinheiro. A previsão normativa inseriu definitivamente pessoas físicas e jurídicas do setor privado no contexto do combate à lavagem de dinheiro, como corresponsáveis pela prevenção dessa atividade. Em razão disso, dentre de suas estruturas administrativas, sem qualquer interveniência estatal, devem adotar processos e mecanismos de acompanhamento, investigação e apuração de prática de ilícitos, bem como instrumentos efetivos de comunicação dessas ocorrências às autoridades competentes.¹⁷⁹

O dever de *compliance*, nesse contexto, consistiria

“na qualificação de funcionários, na elaboração de programas, normas e regulamentos para prevenção e identificação de lavagem de dinheiro, bem como na implementação de instrumentos de investigação e controle interno para impedir ou reprimir operações direta ou indiretamente ligadas com os delitos em comento.”¹⁸⁰

Apesar de ter tido maior notoriedade recentemente, o *compliance* teve origem na década de 30, após a quebra da bolsa de Nova Iork, quando então surgiram diversas leis buscando recuperar o sistema econômico, inclusive agências regulatórias do mercado de ações, reduzindo o liberalismo e incorporando regras em atividades econômicas sensíveis. A expressão *compliance officers* foi utilizada pela primeira vez na década de 60 para indicar profissionais designados pelo governo norteamericano designados para promover o cumprimento das leis de proteção do mercado financeiro e dos seus investidores.¹⁸¹

Atualmente, o termo *compliance* está relacionado à reputação das empresas, de forma que a adoção de mecanismos de apuração de ilícitos, evitando-se a lavagem de dinheiro e cooperando com as autoridades, demonstra a boa-fé da pessoa jurídica e o seu compromisso com o lícito.

¹⁷⁸ RIZZO, Maria B. M. de. **Prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições do mercado financeiro**. São Paulo: Ed. Trevisan. 2013.

¹⁷⁹ BOTTINI, Pierpaolo. Op. Cit. p. 36.

¹⁸⁰ BOTTINI, Pierpaolo. Op. Cit. p. 36.

¹⁸¹ RIZZO, Maria B. M. op. Cit. p. 194.

Como decorrência do *compliance*, as grandes empresas que adotam essa prática acabam por desenvolver processos que vão além do *know your customer*. Cita Maria Rizzo que um programa efetivo de *compliance* deve abarcar processos de *know your employee*, *know your supplier* e *know your correspondent banking*.¹⁸² Dessa forma, a empresa tem o total conhecimento de todo o seu processo produtivo, podendo estar atenta aos eventuais ilícitos que ocorram, adotando as medidas administrativas necessárias e promovendo as necessárias comunicações às autoridades competentes.

3.3.3- O dever de comunicação de atividades financeiras suspeitas: cooperação privada

As regras impostas aos setores sensíveis da atividade econômica visam não só prevenir a ocorrência da lavagem de dinheiro, evitando que o sistema financeiro seja utilizado para o branqueamento de capitais, como também visa facultar o acesso às informações de forma mais célere e eficiente pelas autoridades incumbidas da repressão ao crime.

Não se pode esconder a opção internacional pela prevenção à lavagem, buscando impedir a ocorrência do crime. No entanto, diante da possibilidade de ocorrência, os tratados internacionais e o GAFI demonstram preocupação também com a obtenção dos dados bancários e financeiros que comprovam a ocorrência do ilícito. Nesse prisma, diversos mecanismos são sugeridos aos Estados como forma de garantir uma cooperação entre as pessoas físicas e jurídicas do setor privado e as autoridades públicas. O principal mecanismo é a comunicação às autoridades sobre a ocorrência de qualquer transação financeira suspeita. Para Wilson Ballão

“Esse é um dos pontos principais do papel das instituições financeiras no combate à lavagem de dinheiro. Sem a comunicação das transações suspeitas é até possível manter as instituições a salvo da lavagem de dinheiro, mas as autoridades não teriam conhecimento do fato. (...) Por esse motivo, a instituição financeira deve estar atenta a transações incomuns e que não correspondam ao padrão normal de transações para a conta ou cliente em questão. Nestes casos, a instituição deve realizar a comunicação da transação suspeita deixando que as autoridades competentes realizem as investigações adicionais necessárias”.¹⁸³

¹⁸² RIZZO, Maria B. M. op. Cit. p. 117.

¹⁸³ BALLÃO, Wilson. Op. cit. p. 125/126.

3.3.4- As unidades de inteligência financeira: COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras

As comunicações devem ser feitas às unidades de inteligência financeira de cada país.

O GAFI recomendou¹⁸⁴ que os países constituíssem órgãos centrais para unificar a política antilavagem e permitir o intercâmbio célere de informações internacionais.

Em todo o mundo foram constituídas unidades de inteligência financeira, sendo basicamente de três espécies: a) judiciais, b) coercitivas, c) administrativas¹⁸⁵. As judiciais ocorrem naqueles países em que o Ministério Público faz parte do Poder Judiciário, de forma que o mesmo órgão responsável por receber as informações de operações suspeitas também possui os instrumentos para a persecução penal. As coercitivas não têm natureza jurisdicional, mas podem aplicar medidas preventivas, como suspensão de operações, indisponibilidade de bens etc. Por fim, as administrativas são aquelas que possui natureza eminentemente administrativa, sem função jurisdicional ou coercitiva.

No caso do Brasil, a Lei 9.613/98 criou o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, vinculado ao Ministério da Fazenda, e que reúne as atribuições de unidade de inteligência financeira do país. Compete ao COAF a definição das diretrizes nacionais de combate à lavagem de dinheiro, em especial definindo as modalidades de operações financeiras de comunicação obrigatória e reunindo todas as comunicações feitas pelas instituições financeiras para posterior encaminhamento aos órgãos de persecução penal.

A comunicação ao COAF é feita diretamente pela instituição financeira, mediante sistema eletrônico próprio, sendo que existem transações bancárias que são de comunicação obrigatória, por exemplo operações em espécie superior a R\$ 100.000,00. Outras comunicações são feitas a critério das instituições financeiras, quando evidenciadas situações suspeitas, como movimentação financeira em descompasso com a capacidade econômico-financeira do cliente, pulverização de operações financeiras para não incidir em hipótese de comunicação obrigatória, operação bancária sem lastro etc. O COAF recebe esses dados, realiza o tratamento das informações e posteriormente encaminha relatórios de inteligência financeira para os órgãos de persecução penal, em especial polícias judiciárias e Ministério Público.

¹⁸⁴ Recomendação n. 26 do GAFI.

¹⁸⁵ BOTTINI, Pierpaolo. Op. Cit. p. 43.

Os relatórios de inteligência financeira do COAF são documentos sigilosos, pois incidem sobre eles o sigilo bancário, que não podem ser utilizados como prova processual, devendo, se for o caso, ser requerido judicialmente o afastamento do sigilo bancário. Todavia, servem de rica fonte de informações sobre operações bancárias e financeiras suspeitas, municiando a investigação criminal e permitindo, em última análise, uma melhor aplicação do direito penal.

3.4- O COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

O Brasil é signatário da Convenção de Viena desde 1991, mas somente em 1998 a primeira lei tratando do crime de lavagem de dinheiro foi promulgada: a Lei 9.613. Pode-se afirmar que a aprovação da norma foi decorrência de pressão internacional para garantir estabilidade econômica ao país, transparecendo a necessária credibilidade aos investidores estrangeiros. Naquela época, por razões óbvias, o Brasil sequer fazia parte do GAFI, sendo considerado país não cooperante.

A criminalização da conduta de ocultação e dissimulação de capitais de origem ilícita, pela Lei 9.613/98, inicialmente adotou a segunda geração relativamente ao delito antecedente, de forma que a norma trazia um rol exaustivo de crimes antecedentes, dentre eles o delito de organização criminosa, que não tinha previsão normativa até aquela época. Nada obstante, colhe-se julgados da Justiça Federal reconhecendo a lavagem de dinheiro de organizações criminosas após a adesão do Brasil à Convenção de Palermo, considerando-se o conceito previsto naquele tratado para o delito antecedente.

Além de criminalizar a conduta, a Lei 9.613/98 também criou a unidade de inteligência financeira brasileira: o COAF. Em 1999, o COAF passou a integrar o Grupo Egmont, enquanto o Brasil ingressou como membro do GAFI, no ano 2000.

Em 2003, para cumprir agenda internacional, a Lei 9.613/90 foi alterada para incluir no rol de delitos antecedentes o crime de terrorismo e seu financiamento. Ainda naquele ano foi criada a ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, cujo objetivo era melhorar a articulação e a atuação estratégica dos órgãos incumbidos da repressão e da recuperação de ativos no Brasil. O surgimento da ENCCLA também decorre de pressão internacional, haja vista que o GAFI havia relatado que o Brasil não estaria comprometido com políticas antilavagem, havendo falta de articulação entre as

autoridades competentes e ausência de uma política nacional claramente definida. Atualmente, a ENCCLA é organizada pela Controladoria Geral da União e define metas anuais aos órgãos públicos estaduais e federais de combate à lavagem de dinheiro.

No âmbito da Justiça Federal, no ano de 2003 foram criadas as Varas Criminais Federais Especializadas em Prevenção à Lavagem de Dinheiro, excelente iniciativa que infelizmente não foi replicada nas justiças estaduais. A especialização de juízes e servidores certamente é um ponto positivo para a celeridade de tramitação e maior segurança jurídica na análise dos casos. Todavia, afirma o Desembargador Fausto de Sanctis¹⁸⁶ que, já em 2004, o grupo de juízes titulares das respectivas varas especializadas apontava a insuficiência da estrutura de pessoal disponível, demonstrando que, nada obstante a boa intenção, a finalidade pode não ter sido integralmente atingida. Atualmente são vinte e duas varas especializadas divididas em cinco regiões.

Em 2004 o Brasil aderiu à Convenção de Palermo, aumentando ainda mais a pressão externa pela adoção de mecanismos antilavagem. Nesse mesmo ano, no plano administrativo, criou-se o DRCI – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, cuja principal função é fazer o intercâmbio de informações e ações com países estrangeiros para a recuperação de ativos. Em 2006, outra inovação veio à tona com a conceituação de pessoa politicamente exposta (PEP). Percebe-se um gradativo aguçamento do controle das operações financeiras, criando-se mecanismos ao COAF e obrigações a instituições financeiras que buscam restringir a possibilidade de reciclagem de capitais.

No campo da persecução penal, em 2007 foram criados os Laboratórios de Tecnologia contra Lavagem de Dinheiro (LAB-LD), cuja finalidade é facilitar o processo de análise de dados decorrentes de medidas judiciais de afastamento do sigilo bancário. Referidos laboratórios são instalados em órgãos de persecução penal, como polícias judiciárias e Ministério Públicos, contando com softwares avançados para compilação e tratamento dos dados encaminhados pelas instituições financeiras, em formato previamente definido pelo Banco Central do Brasil. Segundo informações do Ministério da Justiça, até novembro de 2012 já haviam sido identificados pelos laboratórios de lavagem de dinheiro mais de R\$ 17 bilhões de origem ilícita.¹⁸⁷

Em 09 de julho de 2012, a Lei 12.683 alterou a Lei 9.613/98 para revogar o rol de crimes antecedentes, incluindo a legislação brasileira na terceira geração de leis sobre

¹⁸⁶ DE SANCTIS, Fausto M. op. Cit. p. 119.

¹⁸⁷ RIZZO, Maria. Op. Cit. p. 178.

lavagem de dinheiro. Doravante, qualquer delito poder ser antecedente para a lavagem de dinheiro.

4- CONCLUSÃO

Ao final do presente estudo, conclui-se pela existência de uma sociedade de riscos, cujo medo é fator integrante e inafastável. Nessa sociedade, a coletividade se coloca na posição de vítima e exige uma expansão do direito penal como instrumento de segurança pública.

Ainda que exista indevida interferência de meios de comunicação, a sensação de insegurança não decorre exclusivamente da espetacularização do crime, sendo inerente aos modernos riscos, à velocidade das comunicações e à perda de referências tradicionais. O medo é portanto fator presente na sociedade atual e não deve ser desprezado.

Assim, o direito penal pode ser utilizado como mecanismo para reduzir a sensação de insegurança da comunidade, sobretudo diante do surgimento de novos interesses jurídicos, de natureza metaindividuais, e do aparecimento de uma moderna criminalidade orientada pelo viés econômico, organizada, que difere por completo da criminalidade de massa objeto do direito penal clássico. A expansão do direito penal é medida que se impõe, principalmente para abarcar esses novos bens jurídicos, como a ordem econômica, objeto de tutela do crime de lavagem de dinheiro.

Advogando sua teoria dualista do direito penal, Silva Sanches adverte:

*“Por um lado, que como se há ido viendo, resultará difícil frenar uma certa expansión del Derecho penal, dada la configuración y aspiración de las sociedades actuales. Por outro lado, que la teoría del delito clásica y las instituciones procesales que son reflejo a sua vez de la correspondiente vocación político-criminal de garantía propia del Derecho nuclear de la pena de prisión no tendrían que expresar idéntica medida de exigência em um Derecho penal moderno com vocación intervencionista y regulamentadora basado, por ejemplo, em las penas pecuniárias y privativas de derechos, así como tampoco em um eventual Derecho penal de la reparación. A todo ello puede hacerse frente desde una configuración dualista del sistema del Derecho penal, com reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles”.*¹⁸⁸

A expansão do direito penal para criminalizar a conduta de lavagem de dinheiro mostra-se de fato necessária para proteção do moderno bem jurídico da ordem econômica, mas também faz-se imperioso para proteção de bens jurídicos pertencentes aos delitos antecedentes, dada a natureza pluriofensiva do crime de branqueamento. Nesse ponto, mostra-se eficiente a abordagem penal às organizações criminosas através da lavagem de dinheiro,

¹⁸⁸ SILVA SANCHES. Op. Cit. p. 156.

conforme demonstrou estudo norteamericano sobre os cartéis colombianos de drogas e os sucessos da justiça italiana contra a máfia. Toda organização criminosa tem por objetivo final o lucro. Logo, mirando-se a repressão no proveito econômico, aumentando-se o custo do delito, certamente diminui-se a ocorrência dos crimes antecedentes.

A melhor estratégia para combate à lavagem de dinheiro é a adoção de mecanismos de prevenção, através da imposição de regras às pessoas físicas e jurídicas dos setores sensíveis da economia. Não há dúvidas que esse mecanismo obtém uma capilaridade muito maior que qualquer método repressivo de natureza penal. As regras de *compliance* praticamente inviabilizam a ocorrência de ilícitos e permitem o conhecimento das autoridades acerca de qualquer irregularidade.

Por fim, o direito brasileiro demorou para aderir às políticas antilavagem, mas, desde a adesão do país ao GAFI, vem sendo desenvolvidos mecanismos de prevenção e repressão eficientes que já estão permitindo a recuperação de ativos e, a médio prazo, certamente contribuirá para a redução da criminalidade.

5- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALKAABI, Ali, MOHAY, George, MCCULLAGH, Adrian, e CHANTLER, Nicholas. **A comparative analysis of the extente of Money laundering in Australia, UAE, UK and the USA.** Disponível em <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=4570811200691200661241040110161201190000820660080110280711101171020830700940151040710290480280081140490151040960711210301080680400080750400310700980230781101150681090690890190680270691260700970241170970240811041030730970830191120150891260280250090000085&EXT=pdf>. Acesso em 01 de março de 17.
- ALVES, Airton B., RUFINO, Almir G., e SILVA, José Antonio F. (Org.) **Funções institucionais do Ministério Público.** São Paulo: Saraiva. 2001.
- AZAMBUJA, Sofia A. de M. **Branqueamento de capitais.** Lisboa, 2013. Disponível em <http://repositorio.ual.pt/handle/11144/444>. Acesso em 14 fev. 2017.
- BADARÓ, Gustavo H. e BOTTINI, Pierpaolo C. **Lavagem de Dinheiro – aspectos penais e processuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.
- BALLÃO, Wilson José S. A. **O Papel da Financial Action Task Force on Money Laundering no Combate Internacional à Lavagem de Dinheiro.** Florianópolis, 2007. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp033448.pdf>. Acesso em 01 de março de 2017.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo e MORO, Sergio F. (Org.). **Lavagem de Dinheiro – comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp.** Revista CEJ, v. 11, n. 37, abr/jun 2007.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001.
- CARLI, Carla V. **Lavagem de Dinheiro: Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso.** Porto Alegre: 2006. Disponível em

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp020509.pdf>. Acesso em 01 de março de 2017.

- CERQUEIRA, Daniel R de C. **Causas e consequências do crime no Brasil**. Rio de Janeiro. 2014. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/bibliotecadigital>. Acesso em 14 de março de 2017.

- CERVINI, Raul. **Derecho Penal Económico. Concepto (integrado) y bien jurídico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 43, p. 81-108, abr/jun 2003. Disponível em <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/lfg/files/2012/04/Derecho-Penal-Economico-Concepto-Integrado-y-Bien-Jur%C3%ADdico.pdf>. Acesso em 14 fev. 2017.

- COELHO, Luiz F. **Teoria Crítica do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

- FILIPETTO, Rogério. **Lavagem de Dinheiro: crime econômico na pós modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

- FONSECA, Fulvio E. **A convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional**. Revista Brasileira de Política Internacional. Vol. 50. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v50n1/a07v50n1>. Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

- FRANKENBERG, Gunter. **De volta ao assunto: medo no estado de direito**. Revista de Estudos Criminais. Vol. 55. Out/dez 201.

- FREITAS Jr, Lauro Francisco da S. **Pós-modernidade, Globalização e os Novos Paradigmas de Atuação do Ministério Público: O Princípio do Promotor Natural**. Belém, 2009. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp104203.pdf>. Acesso em 01 de março de 17.

- GORDON, Jon E. **Prosecutors who seize too much and the theories they love: Money laundering, facilitation and forfeiture**. Disponível em http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3276&context=dlj&sei-redir=1&referer=https%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fq%3Dlaundrying%2Bmoney%2Bprosecutor%26btnG%3D%26hl%3Dpt-BR%26as_sdt

[%3D0%252C5#search=%22laundering%20money%20prosecutor%22](#). Acesso em 01 de março de 17.

- GOULART, Marcelo P., ESSADO, Tiago C., CHOUKR, Fauzi H. e OLIVEIRA, William T. (Org.) **Ministério Público: Pensamento Crítico e Práticas Transformadoras**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

- GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Claus Roxin**. Disponível em <http://felipebambirra.com.br/wp-content/uploads/2016/05/FuncionalismoPenal-Greco.pdf>. Acesso em 25 de março de 2017.

- GUNTHER, Klaus. **Medo no estado de direito**. Revista de Estudos Criminais. Volume 55. Dezembro 2014.

- HABERMAS, Jurgen, **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- HADBRUCH, Gustav. **Introdução à Filosofia do Direito**. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. Disponível em <http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf>. Acessado em 14 fev. 2017.

- HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Tradução de Patrica S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996

- HASSEMER, Winfried. **Defesa contra o perigo pelo direito penal – uma resposta para as atuais necessidades de segurança?**. Revista de Estudos Criminais, volume 55, dezembro de 2014.

- JAEGER, Giulia. **O Crime de Lavagem de Dinheiro e os seus Reflexos na Ordem Econômica Nacional**. Canoas/RS, 2008. Disponível em <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/cp076164.pdf>. Acesso em 01 de março de 2017.

- Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999

- LEITE, Paulo M. **A outra história da Lava-Jato**. São Paulo: Geração editora. 2015.

- LYRA, Doreodó A. (Org.). **Desordem e Processo – Estudos em homenagem ao Prof. Roberto Lyra Filho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

- MACHADO, Máira R. (Org.) **Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MARQUES, Teresa Cristina Schneider e DABENE, Olivier. **Estado e sociedade em tempos de transnacionalismo**. Revista Civitas, Porto Alegre, vol. 16, n. 3, jul-set. 2016. p. 355-362.
- MEOLI, Luca e SORBELLO, Pietro. **Il rischio della sanzione ed il comportamento del contribuente. Riflessioni sull'analisi econômica del diritto**. Diritto Penale Contemporaneo. Disponível em http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1436457567MEOLI_SORBELLO_2015.pdf. Acesso em 14 fev. 2017.
- MINGARDI, Guaracy. **O trabalho de inteligência no controle do crime organizado**. Revista de Estudos Avançados de Direito Penal. Volume 21. 2007.
- MORO, Sergio F. **Considerações sobre a operação mani pulite**. Disponível em http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/43921502/artigo-moro-mani-pulite.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1488462003&Signature=5dP%2F400sp9EM5Tj2CJfLFjPj4HA%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DArtigo_CONSIDERACOES_SOBRE_A_OPERACAO_MA.pdf. Acesso em 01 de março de 17.
- MORO, Sergio F. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- NUNES, Antonio Carlos O. **A cooperação internacional como instrumento jurídico de prevenção e combate à corrupção**. São Paulo: 2008. Disponível em <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/cp078235.pdf>. Acesso em 01 de março de 2017.
- OLIVEIRA, André Luis T. **A Acusação Responsável como Direito Fundamental**. Fortaleza, 2012. Disponível em <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/cp143093.pdf>. Acesso em 01 de março de 17.
- PRADO, Luiz R. **Delito de Lavagem de capitais: um estudo introdutório**. Disponível em http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Delito%20de%20lavagem%20de%20capitais.pdf. Acesso em 14 fev 2017.

- PRADO, Mariana M., CARSON, Lindsey, CORREA, Izabela. **The Brazilian Clean Company Act: Using Institutional Multiplicity for Effective Punishment**. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ohlj53&div=7&id=&page=>. Acesso em 01 de março de 17.
- RIBEIRO, Adelia M. Darcy Ribeiro e o enigma Brasil: um exercício de descolonização epistemológica. Revista Sociedade e Estado, volume 26, número 2, agosto de 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/se/v26n2/v26n2a03.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2018.
- RIZZO, Maria B. M. de. **Prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições do mercado financeiro**. São Paulo: Ed. Trevisan. 2013.
- ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. São Paulo: Renovar, 2012.
- SANCTIS, Fausto M. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas: Millennium, 2008
- SANTOS, Boaventura de S. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Disponível em <http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/livros/introducao-a-uma-ciencia-pos-moderna.php>. Acesso em 14 fev. 2017.
- SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense. 1981.
- SCARANCA FERNANDES, Antonio. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado**. Revista Brasileira de Ciências Penais. São Paulo, n. 70. P. 229-268, jan/fev 2008. P. 02. Disponível em http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2016_03_28_14_54_14_Efici%EAncia%20e%20garantismo%20-%20Scarance.pdf. Acesso em 15 de fevereiro de 2018.
- SCHORSCHER, Vivian C. **O bem jurídico protegido pela Lei 9.613 de 1988: primeiras críticas**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 102. P. 889-910, 2007.
- SERRANO, Monica. **Promessas idealistas? America Latina em tempo de la responsabilidade de proteger**. Revista Foro Internacional 227, LVII, 2017, p. 55-108.
- SILVA, Edimar C. **Perfil Material do Princípio Acusatório e Ministério Público: Implicações Jurídico-processuais**. Porto Alegre, 2010. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp127045.pdf>. Acesso em 01 de março de 17.

- SILVA SANCHES, Jesus-María. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades post-industriales.** Madria: Cuadernos Civitas; Civitas Ediciones, 1999.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio e KIBRIT, Orly. **Estado constitucional cooperativo e a aplicação, no Brasil, do acordo de assistência judiciária em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos da América.** Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, vol. 20, n. 1 – jan-abr 2015.
- SOUSA, Pedro Ivo. **Legitimidade do Controle Judicial Brasileiro de Políticas de Segurança Pública.** Vitória/ES, 2009. Disponível em <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/cp100310.pdf>. Acesso em 01 de março de 2017.
- SPENGLER, Adriana Maria G. de S. **Flexibilização das Garantias Constitucionais na Repressão à Macrocriminalidade Econômica – Uma abordagem à luz da proporcionalidade.** Itajaí/SC: 2006. Disponível em <http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/cp038848.pdf>. Acesso em 01 de março de 2017.
- UNITED NATIONS OFFICE FOR DRUG CONTROL AND CRIME PREVENTION. **Financial Havens, Banking Secrecy and Money Laundering.** Disponível em <http://amnet.org.il/joomla/attachments/UN-FINANCIAL%20HAVENS%20laundering.pdf>. Acesso em 01 de março de 2017.
- UNITED STATES DEPARTMENT OF THE TREASURY. Financial Crimes Enforcement Network. **Money Laundering Prevention – A money services business guide.** Disponível em https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/prevention_guide.pdf. Acesso em 14 fev. 2017.
- WEYRAUCH, Cléia S. **Pioneiros Alemães de Nova Filadélfia: relato de mulheres.** Caxias do Sul/RS: Ed. EDUCS. 1997.
- WILSON, Linus. **Madoff's Dirty Money.** Los Angeles/EUA, 2011. Disponível em <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=554072120067119098101075093085030098102019085079049016085026002127122011027097112018122122053012104056055090028078101124017088009086053083017031094066093123084119062017052093113073066103006001088014029114125031004003026085118026095099120111079000076&EXT=pdf>. Acesso em 01 de março de 2017.

- WOLKMER, Antonio C. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio R.. **Globalización y crimen organizado**. In: PRIMEIRA CONFERENCIA MUNDIAL DE DIREITO PENAL. 2007. Guadalajara. Disponível em http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf. Acesso em 14 fev. 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio R. e PIERANGELI, José H. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.