

A POLÍTICA CRIMINAL E O DIREITO CRIMINAL SOBRE O BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS NO BRASIL

Fernando Andrade Fernandes

Professor, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Brasil

Resumo

O conteúdo do presente artigo consiste na *demonstração* de alguns aspectos da política criminal e da regulamentação sobre a lavagem de dinheiro no Brasil e a sua correspondência com a evolução verificada sobre este assunto.

Introdução

Como em diversos outros países, também no Brasil a atividade de lavagem de ativos ilícitos é objeto de muitas preocupações, considerando-se tanto os objetivos com que ela é realizada, quanto os efeitos que ela projeta¹.

No que se refere aos objetivos, registre-se que a lavagem de ativos ilícitos geralmente é um desdobramento da prática de um elevado número de crimes (Narcotráfico, Corrupção, Tráfico de Armas, Tráfico de Pessoas, Terrorismo). Esta circunstância se torna ainda mais preocupante quando se constata que, na maioria dos casos, os crimes que geram os ativos ilícitos são condutas que produzem um grande dano social, em decorrência de estarem relacionados com a violação de normas que dizem respeito a valores que interessam a um indeterminado número de pessoas. Registre-se também que, na maioria dos casos, estas condutas são

1 A respeito dos dois aspectos consultar: COAF/MF - Relatório de Atividades 2011, disponível em: https://www.coaf.fazenda.gov.br/downloads/relatorioscoaf/copy_of_RelatorioAtividades2010.pdf. Acesso em 15 out 2012.

realizadas por organizações criminosas complexas que se dedicam à prática de crimes, ou empresas que nas suas atividades regulares acabam por admitir algumas práticas que se caracterizam como crimes².

Em relação aos efeitos, deve ser destacada a grande quantidade de ativos ilícitos que é submetida ao processo de lavagem, seja na forma de dinheiro, seja na forma de bens e outros valores. A introdução destes ativos ilícitos na economia regular de um determinado país provoca um considerável desequilíbrio no mercado, colocando em sério risco a sua ordem econômica³.

Especificamente em relação ao Brasil, os dados oficiais informam que a movimentação financeira decorrente da prática de lavagem de ativos ilícitos situa-se entre 10 e 15 bilhões de dólares americanos a cada ano. Todavia, os dados não oficiais indicam uma movimentação financeira na ordem de 35 bilhões de dólares americanos por ano⁴.

Frente a este contexto e seguindo uma tendência internacional, como será demonstrado, também no Brasil se adota uma política criminal e uma regulamentação visando o controle da prática de lavagem de ativos ilícitos.

Para que se possa analisar com mais propriedade a legitimação e a eficácia da intervenção penal frente a este problema, é essencial que se procure estabelecer as conexões entre a regulamentação penal e a política criminal que lhe serve de fundamento.

Por um lado, esta análise permite não só avaliar a pertinência da regulamentação nos termos em que se encontra vigente, mas também a verificação a respeito da necessidade de eventuais alterações. Por outro lado, e com merecido destaque, esta análise é extremamente útil no momento da aplicação desta regulamentação, pois serve como um critério adequado para a correta interpretação das normas que a compõem.

Política Criminal e regulamentação penal

No Brasil, a regulamentação penal das condutas de lavagem de ativos ilícitos se deu de forma mais específica e elaborada, inicialmente, por meio da

2 Acerca da relação entre o crime de lavagem de ativos e a prática de crimes de corrupção: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. 2003. Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/brazil/ConvONUcorrup_port.pdf>. Acesso em: 25 Out 2012.

3 Relatório das Nações Unidas informa uma movimentação em torno de US\$ 1,6 trilhões no mundo todo, equivalente a cerca de 2,7 por cento do PIB mundial, conf.: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes, 2011. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf Acesso em: 25 out 2012.

4 Disponível em: <http://www.fraudes.org/showpage1.asp?pg=185>. Acesso em 12 nov 2012.

Lei n.º 9.613/98.

Na sua origem, a mencionada Lei n.º 9.613/98 foi uma consequência da adesão do Brasil a diversos compromissos firmados no âmbito internacional, com destaque para a *Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas*, aprovada em Viena em 1988 e ratificada no âmbito interno pelo Decreto n.º 154, de 26 de Junho de 1991⁵.

Neste sentido, pode ser dito que desde a origem a política criminal adotada no Brasil em relação à conduta de lavagem de ativos ilícitos seguiu as linhas de uma política criminal transnacional sobre o assunto⁶, sendo necessária a verificação da sua correspondência com a regulamentação adotada.

A este respeito, na avaliação feita em 2011 pelo GAFI⁷ (*Grupo de Ação Financeira Internacional*), ainda na vigência da Lei n.º 9.613/98, foram apontadas deficiências na política de controle da lavagem de ativos ilícitos no Brasil⁸.

-
- 5 No art. 3.º, alínea b, da mencionada Convenção consta o compromisso dos Estados signatários de adotar as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, *quando cometidos internacionalmente*, a conversão ou transferência e a ocultação ou encobrimento de bens oriundos do narcotráfico. Conforme a Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicao=205824>, acesso em 10 out 2012, também podem ser citados como antecedentes da regulamentação penal da lavagem de ativos ilícitos outros compromissos firmados pelo Brasil. O *Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos*, elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas, CICAD, aprovado pelo Brasil na XXII Assembléia-Geral da OEA, Organização dos Estados Americanos, realizada no mês de Maio de 1992. O Plano de Ação firmado na “Cúpula das Américas”, reunião integrada pelos Chefes de Estado e de Governo dos Países Americanos, realizada em dezembro de 1994, estabelecendo que os governos deveriam ratificar a Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1998 e sancionar como ilícito penal a *lavagem dos rendimentos gerados por todos os crimes graves*. A Declaração de Princípios firmada pelo Brasil, em 02 de Dezembro de 1995, na *Conferência Ministerial sobre a Lavagem de Dinheiro e Instrumento do crime*.
- 6 Aliás, no n.º 30 da Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit., o Legislador menciona expressamente que esta regulamentação penal buscava *implementar o clássico princípio da justiça penal universal, mediante tratados e convenções, como estratégia de uma Política Criminal transnacional*. Além desta manifestação expressa, em diversos momentos da mencionada Exposição de Motivos o Legislador fez referência à legislação adotada em outros países sobre a matéria.
- 7 Criado pelos países membros do G7, com o fim de desenvolver estratégias de alcance internacional frente à lavagem de dinheiro.
- 8 Dentre elas: número restrito de crimes antecedentes constantes da regulamentação; falta de estatísticas de processos sobre lavagem de ativos ilícitos; baixo índice de condenações finais e imposição de penas nos casos de lavagem de ativos ilícitos; não atribuição de responsabilidade civil e administrativa direta às pessoas jurídicas por crimes de lavagem; baixo número de confiscos, frente ao potencial de lavagem de ativos ilícitos; deficiências nos sistemas de gerenciamento de

A título de demonstração, registre-se que em relação a uma das mencionadas deficiências, concernente à falta de estatísticas de processos sobre lavagem de ativos ilícitos, no mês de maio de 2012 foi concluído pelo CNJ - *Conselho Nacional de Justiça* o documento *Novos Diagnósticos do Enfrentamento da Corrupção*⁹.

No diagnóstico apresentado ficou evidenciada a deficiência quanto à não conclusão dos processos iniciados, tendo sido identificado um número elevado de procedimentos judiciais sobre crimes de corrupção e lavagem de ativos ilícitos em tramitação ao final de 2011, permitindo antecipar que a quantidade de processos tende a aumentar cada vez mais, pois o total de julgamentos foi inferior às denúncias recebidas. Em termos gerais quanto aos crimes de corrupção e lavagem de ativos, os números confirmam tanto a defasagem existente entre o número de processos iniciados e o número de processo julgados definitivamente, quanto o baixo número de condenações definitivas. Levando-se em conta o considerável número de casos de extinção da punibilidade e de processos cautelares interpostos, é possível intuir que são causas de natureza processual que geram a mencionada defasagem¹⁰.

ativos, propiciando a depreciação dos bens apreendidos; não inclusão de pessoas físicas que exercem determinadas atividades, advogados, tabeliães, contadores, prestadores de serviço de assessoria e consultoria de empresas, na relação das pessoas sujeitas ao dever de comunicação de operações suspeitas; a não imposição da proibição de que as instituições financeiras estabeleçam ou mantenham relações de correspondência bancária com bancos “de fachada”; insuficiência de levantamentos estatísticos sobre investigações, denúncias e condenações por lavagem de ativos ilícitos, bem como sobre o número de casos e os valores confiscados.

9 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/rel_diag_improbidade_n.pdf.

10 CNJ - *Conselho Nacional de Justiça. Novos Diagnósticos do Enfrentamento da Corrupção*, cit., p. 04. Com efeito, no quadro inserido no diagnóstico (p. 4) verifica-se que no âmbito de competência da Justiça Federal, no ano de 2011 foram recebidas 229 denúncias, foram julgados 53 processos, trinta processos foram julgados definitivamente, estando em tramitação 1.137 processos, revelando um acentuado déficit de *out put* frente ao *in put*. Em relação à deficiência quanto ao baixo índice de condenações finais, ainda no âmbito de competência da Justiça Federal, o diagnóstico (quadro p. 4) revela que em 2011 apenas 14 réus foram condenados definitivamente, ocorreram 3 casos de extinção da punibilidade em virtude do reconhecimento da prescrição e estavam em tramitação 312 procedimentos cautelares visando assegurar a persecução ou o reparo de alguma questão de natureza processual. Também em relação aos Tribunais de Justiça, com competência para julgamentos no âmbito de cada Estado da Federação, verifica-se a mesma defasagem entre o número de processos por corrupção e lavagem de dinheiro iniciados e o número de processos com julgamento definitivo. Ou seja, no âmbito de competência da Justiça Estadual, conforme demonstra o mencionado diagnóstico (Tabela 3, p. 7) quanto aos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro no ano de 2011: foram recebidas 1.512 denúncias; ocorreram 636 julgamentos; foram julgados definitivamente 453 processos; restando ao final do ano 5.897 processos em tramitação. Frente a estes números, acresça-se que, conforme dados constantes no mesmo documento (Tabela 4, p. 8), no ano de 2011: apenas 193 pessoas foram condenados

Acresça-se que o argumento fundado em deficiências de natureza estrutural somente em parte pode ser considerada como explicação para a apontada defasagem, uma vez que no Brasil as entidades de persecução penal, particularmente a polícia federal e o ministério público, já contam hoje com pessoal e estrutura específica para a adoção de medidas frente à lavagem de ativos ilícitos.

Como resposta às deficiências indicadas foi editada a Lei n.º n.º 12.683/12, que alterou alguns importantes aspectos da regulamentação anterior, visando uma melhor adequação à política criminal internacional sobre a lavagem de ativos ilícitos¹¹.

Registre-se, desde logo, que em relação à política criminal o Legislador deixou claro que o objetivo esperado com a edição da Lei n.º n.º 12.683/12 foi o de se ter uma *Lei n.º expressivamente mais eficaz e útil para a sociedade* nesta matéria. Com efeito, já no art. 1.º da Lei n.º n.º 12.683/12 consta que a finalidade da política criminal nela concretizada consiste em “tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”.

Saliente-se também que, embora a Lei n.º n.º 12.683/12 tenha introduzido importantes alterações pontuais na regulamentação penal da lavagem de ativos ilícitos, o disposto na Lei n.º 9.613/98 foi mantido em muitos aspectos, preservando grande parte da sua estrutura original. O programa de política criminal que consta na nova regulamentação pode ser considerado não uma substituição, mas sim um desdobramento da situação anterior, no sentido do aumento da eficiência. Portanto, as razões de política criminal constantes na Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98 continuam prevalecendo mesmo na vigência da nova Lei n.º.

Deve ser registrado também que, mesmo introduzindo alterações importantes na estrutura dogmática do crime, no que se refere aos aspectos de política criminal em sentido *estricto* não houve alteração nos marcos punitivos previstos na Lei n.º 9.613/98. Ou seja, foi mantida a mesma medida abstrata de pena prevista anteriormente, bem como foram mantidas as medidas nos casos de aumento e redução de pena, ainda que na tramitação legislativa tenha sido

definitivamente; em 77 casos ocorreu a extinção da punibilidade em virtude da prescrição e foram interpostos 131 procedimentos cautelares. Registre-se que, por amostragem de três dos Tribunais que integram a competência da Justiça Federal, verifica-se no diagnóstico (p. 5) um número superior de processos por crimes de corrupção frente ao número de processos por lavagem de ativos ilícitos. O confronto desde dado com os anteriormente mencionados permite concluir que a defasagem entre processos iniciados e processos julgados definitivamente e o déficit de condenações definitivas é ainda maior em relação ao crime de lavagem de ativos ilícitos, tendo em vista o menor número de processos.

- 11 Editorial. Nova Lei n.º de lavagem de dinheiro: o excesso e a banalização. *Boletim Instituto BrasiLei n.º Ciências Criminais*, São Paulo, a. 20, n.º 237, ago/2012, p. 1, informando que a Lei n.º 12.683/12 “busca incorporar recomendações internacionais acerca do tema e fortalecer o controle administrativo sobre setores sensíveis à reciclagem de capitais”.

defendido o agravamento da punição¹².

Todavia, também em relação à nova regulamentação se faz necessária uma mais cuidadosa análise sobre a sua adequação à política criminal que se afirma estar na sua fundamentação.

Características gerais da Lei n.º 12.683/12

Terminologia

No Brasil, adotando o critério da natureza da ação praticada, na Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98 o Legislador deixou clara a opção pelas expressões *lavagem de dinheiro* e *ocultação*, considerando mais o verbo constante no tipo e não o resultado¹³.

Na Lei n.º n.º 12.683/12, a terminologia foi sintetizada na expressão *lavagem de dinheiro*, embora o Legislador tenha expressamente manifestado que a finalidade da política criminal é a preservação do *sistema econômico-financeiro do país*. A indicação expressa desta finalidade revela uma maior preocupação para com o resultado do processo de lavagem, podendo ser melhor associado à expressão branqueamento de ativos ilícitos¹⁴.

Sobre este aspecto terminológico, em síntese pode ser afirmado que no Brasil, embora seja persistente o uso de expressões associadas à lavagem de ativos ilícitos, mais adequada às primeiras razões de política criminal sobre o assunto, na regulamentação penal esta atividade foi contemplada de forma mais abrangente, mesmo na Lei n.º 12.683/12, atualmente vigente. Esta circunstância

12 Na *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania*, responsável, dentre outras, pela verificação da adequação da proposta de alteração legislativa à Constituição, o relator se manifestou no sentido de que “é fato que, como bem ressaltou o ilustre relator, ‘o simples agravamento das penas não induz à diminuição da criminalidade’, porém enquanto não for alterado o sistema prisional brasileiro, enquanto não se aumentar o percentual mínimo de pena que deve ser cumprido antes de se pensar em progressão da pena, o único remédio de que dispomos é o aumento das penas que gerará, como consequência, mais tempo de pena privativa de liberdade”.

13 Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit., n.ºs 11/13.

14 Saliente-se que sendo um dos documentos internacionais que serviram de base para a Lei n.º 12.683/12, a Convenção de Estrasburgo (disponível em http://gtld.pgr.mpf.gov.br/lavagem-de-dinheiro/legislacao-internacional/lavagem-de-dinheiro/legislacao-internacional/docs/Convencao_estraburgo.pdf acesso em 10 out. 2012) tem por objeto o branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime. Na própria *Justificação* apresentada para a adoção da Lei n.º 12.683/12 o Legislador, por mais de uma vez, utiliza a expressão *dinheiro sujo*, estabelecendo medidas para prevenir a sua utilização no mercado normal ou ilícito, como, por exemplo, o reforço da necessidade do seu bloqueio prévio. Nesta linha, fica clara a maior preocupação com a reintrodução do ativo na economia, desta forma dando maior espaço para uma interpretação na linha da terminologia *branqueamento de capitais*.

revela a preferência por um alinhamento mais fiel à política criminal internacional nesta matéria.

Fases de execução da lavagem de ativos ilícitos

No Brasil, na vigência da Lei n.º 9.613/98 o Legislador se preocupou-se em deixar claro que a regulamentação tinha por objetivo abranger toda a gama de condutas com bens, direitos ou valores oriundos dos crimes antecedentes constantes da relação nela inserida¹⁵.

Como manifestação da primeira fase, o Legislador indica a previsão constante no art. 1.º, que no esclarecimento feito na Exposição de Motivos da mencionada Lei n.º considera crime “quaisquer ações, sejam elas quais forem, que obtenham, como resultado, a ocultação ou a dissimulação da ‘natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores’”, decorrentes da prática de algum dos crimes antecedentes constantes na relação inserida na regulamentação¹⁶. O núcleo principal nesta fase consiste na *ocultação*¹⁷.

Na mesma Exposição de Motivos, o Legislador considerou como manifestação da segunda fase as condutas de quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes dos crimes antecedentes, “os converte em ativos lícitos”, “os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere”, “importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros”, previstas no § 1.º, incisos I, II e III da Lei n.º 9.613/98. O núcleo principal nesta fase consiste na *dissimulação* da origem¹⁸.

Uma manifestação da terceira fase consta no art. 1.º, § 2.º, I, da Lei n.º 9.613/98, que considera crime a utilização, “na atividade econômica ou financeira, de bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes”. A este respeito, na Exposição de Motivos o Legislador considerou que “a mera utilização, sem ter por objetivo a ocultação ou a dissimulação da origem dos bens, direitos ou valores, uma vez que o agente saiba de tal origem,

15 Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit., n.º 46.

16 Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit., n.º 47.

17 Deve ser mencionado que na Ação n.º 470, conhecida informalmente como “julgamento do mensalão”, o *STF (Supremo Tribunal Federal)* fundamentou muitas das condenações proferidas por crime de lavagem em circunstâncias ligadas à forma como os agentes receberam vantagens indevidas, caracterizadas pelo recebimento de elevados valores em dinheiro ou por meio de interpostas pessoas.

18 No julgamento da já mencionada Ação n.º 470, o *STF (Supremo Tribunal Federal)* considerou como relevantes para o fim de caracterização da lavagem o envio de valores para o exterior realizado por alguns dos agentes.

caracteriza a prática do ilícito”¹⁹. O núcleo principal nesta fase consiste na *utilização* do ativo ilícito.

Já na vigência da Lei n.º n.º 12.683/12 resulta clara a maior preocupação com a terceira fase do processo, embora não tenham sido alterados os artigos da Lei n.º 9.613/98 que se referem mais às duas primeiras fases, como foi demonstrado.

As gerações da política criminal relacionada à lavagem de ativos ilícitos e a sua regulamentação penal no Brasil

Considerando que prevalece o entendimento doutrinário de que a política criminal relacionada às condutas de lavagem de ativos ilícitos pode ser dividida em três gerações, é necessária a análise da sua evolução, de modo a se verificar em qual delas se deu a regulamentação penal no Brasil e qual é o estado atual da questão.

Os compromissos internacionais firmados pelo Brasil a respeito da conduta de lavagem de ativos ilícitos tinham por referência a primeira geração da política criminal, na medida em que estavam associados a um crime antecedente específico, o tráfico ilícito de entorpecentes. Nesta primeira geração dos crimes de lavagem de ativos não se verificava uma autonomia entre o crime de lavagem de ativos ilícitos e o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, considerado como a fonte dos ativos ilícitos.

Embora os compromissos firmados pelo Brasil tenham por referência este momento da política criminal internacional, a regulamentação penal que foi adotada por meio da Lei n.º 9.613/98 não pode ser considerada como pertencente a esta primeira geração.

*No Brasil, a Lei n.º 9.613/98 foi considerada como uma manifestação da segunda geração da política criminal sobre a lavagem de ativos ilícitos, considerando-se a ampliação da relação dos crimes antecedentes*²⁰.

Com efeito, uma das características principais da Lei n.º 9.613/98 consistia na previsão de uma relação de crimes antecedentes como origem dos ativos ilícitos objeto da lavagem. Esta relação foi considerada por alguns como sendo um rol fechado, não sendo possível o reconhecimento da conduta de lavagem caso o ativo

19 Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit., n.º 41.

20 Na Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit., n.º 18, o Legislador expressamente menciona que esta regulamentação se insere no âmbito da segunda geração. Todavia, na mesma Exposição de Motivos, ao tratar da medida da pena a ser imposta no caso da lavagem de ativos ilícitos, o Legislador informa que procurou estabelecer uma correlação com a pena prevista em Lei n.º específica para algumas modalidades mais graves do tráfico ilícito de entorpecentes, mantendo algum vínculo interpretativo com a primeira geração.

tivesse origem em algum crime não incluído na mencionada relação²¹.

Todavia, mesmo na vigência da Lei n.º 9.613/98 já se questionava tanto se a relação de crimes antecedentes nela prevista era realmente fechada ou, taxativa, levando-se em conta tanto a inclusão no rol pelo legislador de algumas condutas que possibilitavam que outros crimes também pudessem ser considerados como antecedentes, quanto a não inclusão de outras hipóteses²².

21 No preâmbulo da Exposição de Motivos (Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit.) o Legislador deixa claro duas características que permitem associar a Lei n.º 9.613/98 a esta segunda geração. Primeiramente, a circunstância de que os ativos ilícitos deveriam ter origem em *determinados* crimes de especial gravidade, o que permite reconhecer a preferência pelo modelo da relação fechada de crimes antecedentes. Esta preferência se confirmava pela circunstância do rol de crimes que foi incluído na Lei n.º 9.613/98. Em segundo lugar, o Legislador expressamente assumiu que a finalidade político criminal que se pretendia alcançar com a regulamentação era o *combate sistemático de algumas modalidades mais freqüentes da criminalidade organizada em nível transnacional*. Como justificativa da opção pelo modelo vinculado a um rol previamente estabelecido o Legislador argumentou que sem este 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.

22 Assim ocorreu principalmente em relação ao que estava previsto no inciso VII do artigo 1.º da mencionada Lei n.º, no qual constava a atividade realizada por *organização criminosa* como fonte suficiente para a caracterização do ativo ilícito objeto da lavagem. Ocorre que a atividade realizada pelo crime organizado pode se referir a qualquer tipo de crime e não somente aos que constavam na relação dos delitos antecedentes, permitindo o questionamento sobre o caráter fechado da relação. A questão somente foi esclarecida mediante a intervenção do *Supremo Tribunal Federal*, que afastou a possibilidade do crime realizado por organização criminosa ser considerado como antecedente do crime de lavagem, conf.: HC 96.007, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T. j.10.11.09. No mesmo sentido, na ADI 4414/AL, rel. Min. Luiz Fux, 24.5.2012. (ADI-4414) foi declarada a ilegalidade do reconhecimento da *organização criminosa* em virtude da ausência de Lei n.º específica. Da mesma forma, a doutrina questionava os motivos pelos quais o legislador não incluiu na relação dos crimes antecedentes os crimes de natureza fiscal. A este respeito, na Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98 o próprio Legislador procurou justificar a omissão, informando que a não previsão deste crime na relação se justificava pelo fato de que nele não se verifica um aumento de novos bens, direitos ou valores ao patrimônio do agente, mas sim a manutenção do patrimônio existente em decorrência do não pagamento da obrigação fiscal (Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit., n.º 34). Com o devido destaque, também foi objeto de questionamento a não inclusão de algumas infrações penais que se caracterizam como delitos de menor gravidade, contravenções penais, mas que no Brasil são consideradas como uma importante fonte de ativos ilícitos. Trata-se de infrações penais relacionadas a determinadas modalidades de jogos de azar. Na Justificação da Lei n.º 12.683/12 (Brasil, *Diário do Senado Federal*, p. 13338-13342 mai/2003, de 29/05/2003 – p. 13339/13342), *que como foi informado sucedeu a Lei n.º 9.613/98, o Legislador expressamente argumentou que “o jogo do bicho, por exemplo, uma das maiores chagas da criminalidade nacional, é amplamente usado para a lavagem de dinheiro e não é previsto na Lei n.º como infração antecedente. Assim, se um*

Em síntese, pode ser dito que no Brasil, embora a regulamentação penal das condutas de lavagem de ativos ilícitos tenha ocorrido de forma mais elaborada no contexto da segunda geração das medidas sobre o assunto, os documentos internacionais que orientaram a sua elaboração referem-se à primeira geração da política criminal internacional nesta matéria e o teor da Lei n.º 9.613/98, que concretizou esta regulamentação, provocava dúvidas se ela, na verdade, não seria uma manifestação de terceira geração.

Foi nesta última linha que se encaminhou a regulamentação penal da conduta de lavagem de ativos ilícitos no Brasil, culminando na edição da Lei n.º 12.683/12, que substituiu a anterior Lei n.º 9.613/98.

As alterações mais importantes introduzidas pela Lei n.º 12.683/12

A alteração mais importante introduzida pela Lei n.º 12.683/12 foi a eliminação do rol taxativo de crimes antecedentes, como fonte dos ativos ilícitos.

Na Lei n.º 12.683/12 o ativo ilícito objeto da lavagem deve decorrer, direta ou indiretamente, da prática de “infração penal”, expressão genérica que substituiu o rol de delitos antecedentes, ficando clara a grande ampliação do alcance da regulamentação, que passa a abranger todas as modalidades de infração penal, incluídos os crimes, propriamente ditos, e as contravenções penais²³.

Neste aspecto, o Legislador não seguiu o modelo previsto na regulamentação de outros países, no sentido da adoção do critério da gravidade do crime antecedente de onde originou-se o ativo ilícito, analisada a partir da pena prevista,

bicheiro introduz proventos do jogo no sistema financeiro para ocultar ou dissimular a origem, não estará praticando crime nenhum, por maior que seja o montante. Outro exemplo são as máquinas de caça-níqueis, que se proliferam pelo país. E típico jogo de azar cujos proventos podem ser injetados no sistema financeiro sem risco de incriminação, pois o jogo é *[sic]* não é crime, mas mera contravenção penal”.

- 23 No processo de elaboração legislativa que culminou na elaboração da Lei n.º 12.683/12, dentre as razões de política criminal invocadas para a mencionada alteração pode ser citado, no plano interno, o objetivo da regulamentação ampliar o seu alcance para abranger principalmente algumas modalidades de crimes menos graves, contravenções penais, particularmente relacionados à prática de jogos de azar, considerados como mecanismo eficaz para a lavagem de ativos ilícitos, como já apontado nas críticas à Lei n.º 9.613/98. Além disto, em função do âmbito externo, foi indicada a necessidade de se alinhar a regulamentação com a política criminal internacional, adotando-se as características da sua terceira geração. Na análise feita pela *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania* a respeito da adequação constitucional desta alteração, houve entendimentos restritivos no sentido de que ela “engloba no mesmo rol os crimes já tipificados no Código Penal e as contravenções penais, que são infrações de mais leve consequência e também apenados com penas mais brandas, assim constitui também em aumento das penas para crimes já tipificados”.

para determinar a possibilidade do reconhecimento da conduta de lavagem²⁴.

Todavia, Saliente-se que a eliminação da relação de crimes antecedentes não alterou a característica da lavagem de ativos ilícitos, no sentido de ser um *crime derivado, acessório* ou, *parasitário*, ou seja, sempre vinculado a um antecedente, que na nova regulamentação passou a ser expresso pela genérica referência “infração penal”.

Logo após a sua entrada em vigor, a Lei n.º 12.683/12 foi objeto de críticas, sendo considerada “exagerada a ampliação do conjunto das infrações antecedentes à lavagem”. Um dos argumentos utilizados na crítica é o de que a norma é desproporcional, pois punirá com a mesma pena mínima de três anos o traficante de drogas que dissimula seu capital ilícito e o organizador de jogos de azar em festa beneficente que oculta os valores obtidos. Nesta mesma linha, poderá ocorrer que a prática da lavagem implique na imposição de uma pena muito mais grave do que aquela imposta pela prática da infração penal de onde originou-se o ativo ilícito, principalmente nos casos de infração de menor potencial ofensivo²⁵.

Na Justificação apresentada para a edição da Lei n.º 12.683/12 o legislador expressamente considerou que o bem jurídico protegido por meio da

24 Como sugere a Convenção de Palermo (disponível em: http://gtld.pgr.mpf.gov.br/lavagem-de-dinheiro/legislacao-internacional/docs/Convencao_palermo.pdf, acesso em 10 de out. 2012), ratificada no âmbito interno pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Editorial. Nova Lei n.º de lavagem de dinheiro: o excesso e a banalização. *Boletim*, cit., p. 1.

25 ESTELLITA, Heloisa, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. *Boletim*, cit., p. 2. No mesmo tom crítico, ainda na fase do Projeto, que culminou na Lei n.º 12.683/12, argumentava-se que, apesar das facilidades para a criminalização e persecução “a eliminação do rol gera certo risco de vulgarização do crime lavagem, o que pode ter duas conseqüências negativas. A primeira, um apenamento por crime de lavagem superior à sanção prevista para o crime antecedente, o que é, de certa forma, incoerente. A segunda, impedir que os recursos disponíveis à prevenção e à persecução penal sejam focados na criminalidade mais grave”, conf.: MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36. Segundo SÁNCHEZ RIOS (SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Alterações na Lei n.º de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos. *Boletim*, cit., p. 3-4, p. 3), não é de se estranhar que na doutrina estrangeira se considera “*aberrante, desmesurada, radical e incompreensível*” a ampliação do rol prévio dos crimes antecedentes. Em acréscimo, afirma o mesmo Autor que se o interesse do legislador residia em suprir a lacuna de punibilidade em decorrência de abrangência do rol dos crimes antecedentes, objetivando, assim, coibir a utilização do produto obtido com a contravenção do jogo de azar, poderia ter elevado a mesma à categoria do injusto, inserindo-a, específica e isoladamente, na relação dos delitos prévios. Já estando vigente a regulamentação, conclui a mesma fonte que deve ser mantida a postura crítica, “cabendo a todos os agentes envolvidos primar pela observância de uma sensata aplicação do texto legal”. Na opinião de ARAS (ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova Lei n.º de lavagem de dinheiro. *Boletim*, cit., p. 5), a supressão da relação de delitos antecedentes na Lei n.º 12.683/12 causará um conflito aparente de normas em relação aos crimes que lhe são assemelhados, como a recepção e o favorecimento real.

regulamentação penal das condutas de lavagem consiste no *sistema econômico-financeiro do país*²⁶, complementando que a finalidade esperada consiste na *estabilidade e a normalidade do mercado*²⁷.

Outra alteração importante introduzida pela Lei n.º 12.683/12 ocorreu em relação ao art. 1.º, § 2.º, I, que, como vimos, pune a realização da terceira fase do processo de lavagem, na qual se procura introduzir o ativo ilícito na atividade econômica ou financeira. Na regulamentação anterior, a relevância penal da conduta dependia da circunstância do agente *saber* que o ativo tinha origem em qualquer dos crimes antecedentes. Na nova regulamentação foi suprimida a expressão “que sabe” do citado artigo, deixando de ser exigido o dolo direto, e permitindo a interpretação no sentido de ser suficiente o dolo eventual. Deste modo, alterou-se o elemento *pessoal* exigido para o reconhecimento do delito, “autorizando a punição mesmo em casos nos quais o agente não tem ciência plena de que os bens que recebe tem origem infracional”²⁸.

26 Brasil, *Diário do Senado Federal*, p. 13338-13342 mai/2003, de 29/05/2003 – p. 13339. Saliente-se, porém, que na relação do delitos antecedentes prevista na Lei n.º 9.613/98 já constavam os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, entendendo o Legislador que a sua inclusão no rol taxativo visava a *defesa de uma economia saudável*.

27 Brasil, *Diário do Senado Federal*, p. 13338-13342 mai/2003, de 29/05/2003 – p. 13339. Em diversas passagens da *Justificação* o Legislador reforça a idéia da sua preocupação com a estabilidade e a normalidade do sistema econômico-financeiro do país. Na crítica que fez à não inclusão de determinados jogos de azar no rol dos crimes antecedentes, o Legislador expressamente menciona os danos que a incorporação dos ativos que se originam destas condutas podem provocar no *sistema financeiro*, como vimos. Da mesma forma, quando fez a crítica à não inclusão dos crimes fiscais na relação dos delitos antecedentes, o Legislador esclarece que os tributos que deixam de ser recolhidos “são montantes que, além de acarretarem enriquecimento ilícito, são suficientes para desestabilizar o bem jurídico tutelado pela Lei n.º”, que, como vimos foi considerado como sendo o *sistema econômico-financeiro do país*. Na mesma linha, ao tratar na *Justificação* da possibilidade de concessão de fiança nos casos de lavagem de ativos ilícitos, que era vedada pela Lei n.º 9.613/98, o Legislador esclarece que se trata de medida que pode ser utilizada pelo juiz para minimizar *as perdas ocasionadas por crimes praticados contra o sistema financeiro nacional e contra a administração pública*. Aliás, a inclusão dos crimes fiscais na relação de crimes antecedentes é uma das 40 Recomendações do *Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*, revisadas em fevereiro de 2012.

28 Editorial. Nova Lei n.º de lavagem de dinheiro: o excesso e a banalização. *Boletim*, cit., p. 1. Em termos críticos manifestou-se SÁNCHEZ RIOS (SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Alterações na Lei n.º de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos. *Boletim*, cit., p. 4), alegando que “as dificuldades de distinção entre condutas especialmente aptas e condutas neutras continuarão existindo, sobretudo quando, numa perspectiva social, seja necessário esclarecer se um sujeito realizou o juízo de atribuição em que se funda o dolo do resultado, ou se, diversamente, se possa conferir verossimilhança a sua alegação de não haver realizado dito juízo”. Aliás, já antecipando uma das linhas interpretativas sobre o assunto, afirma VILARDI (VILARDI, Celso Sanchez. A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. *Boletim*, cit., p. 17) que: mesmo

Processo Penal

Um dos problemas mais complexos verificados na regulamentação da lavagem de ativos ilícitos consiste no vínculo existente entre a conduta de lavagem e o crime ou, infração penal, antecedente no qual teve origem o ativo ilícito, particularmente em regulamentações que adotam o modelo de segunda geração²⁹.

Em relação à Lei n.º 9.613/98, o Legislador, visando a sua maior “eficácia”, expressamente declarou a “autonomia do processo e do julgamento entre o crime antecedente ou básico e o crime de lavagem” (artigo 2.º, inciso II), mais uma vez acatando recomendações internacionais (art. 2.º, 6, do Regulamento Modelo da CICAD – *Comissão Inter-americana para o Controle do Abuso de Drogas*)³⁰.

Todavia, procurando equilibrar esta busca de eficácia com os princípios processuais garantidos pela Constituição e pela legislação ordinária, no artigo 2.º, § 1.º da Lei n.º 9.613/98 o Legislador previu uma fórmula processual, fundada em uma relação de causa e efeito, exigindo razoável base de materialidade do crime anterior. A denúncia por crime de ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores deve estar fundamentada em “indícios suficientes da existência do crime antecedente”. Na Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98 o Legislador esclareceu que tais indícios podem restringir-se à materialidade de qualquer dos fatos puníveis previstos como crimes antecedentes, “sem a necessidade de se apontar, mesmo que indiciariamente, a autoria”³¹. Deste modo, as condutas de lavagem de ativos ilícitos são puníveis, ainda que desconhecido ou isento de pena

sem a consagração da ciência inequívoca pelo legislador, o agente “deverá ter ciência de que o dinheiro provém de infração penal e que está sendo reinserido na economia após conquistar aparência de licitude, por meio de dissimulação. (...) além de conhecer que o dinheiro provém de uma infração penal, o agente deve estar ciente da aparência de licitude, sem a qual não estaria participando do processo de lavagem de dinheiro, mas da utilização de um dinheiro ‘sujo’”. Acresce também que o fato do agente utilizar o ativo mesmo tendo condições de intuir que ele se origina em uma infração penal não se enquadra na hipótese de lavagem de dinheiro por dolo eventual, em virtude de uma comparação que pode ser feita entre a previsão do crime de recepção culposa e ausência da forma culposa da lavagem de ativos.

- 29 Esta questão repercute-se tanto em problemas relacionados com o reconhecimento da responsabilidade penal pela lavagem em si mesma, quanto em aspectos da cooperação jurídica internacional para a apuração deste delito. Neste último caso, particularmente quanto à necessidade ou não de que, além do crime de lavagem, a infração penal antecedente também seja prevista nos países envolvidos.
- 30 Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit., n.º 56.
- 31 Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit., n.º 60. Para maior segurança, acrescentou o Legislador (n.º 61) que a suficiência dos indícios relativos ao crime antecedente deveria autorizar tão somente a denúncia, devendo ser outro o comportamento em relação a eventual juízo condenatório.

o autor do crime antecedente (artigo 2.º, § 1.º da Lei n.º 9.613/98)³².

*Na Lei n.º 12.683/12 foi mantida a autonomia do processo e do julgamento das infrações penais antecedentes em relação ao crime de lavagem, podendo haver o reconhecimento do crime de lavagem mesmo estando extinta a punibilidade da infração penal antecedente*³³. Entretanto, foi incluída a possibilidade do juiz competente para os crimes previstos na Lei n.º decidir sobre a unidade de processo e julgamento (art. 2.º, II, Lei n.º 12.683/12), transformando a autonomia de absoluta em relativa. Também foi mantida a fórmula processual prevista na Lei n.º 9.613/98, fundada em uma relação de causa e efeito, exigindo razoável base de materialidade da “infração penal” antecedente³⁴.

Sendo a questão da prova da infração antecedente um outro problema da regulamentação da lavagem de ativos ilícitos, na Lei n.º 12.683/12 o Legislador dedicou-se também a esta questão prática, procurando aperfeiçoar a utilização de medidas probatórias consideradas adequadas para o esclarecimento de delitos praticados pela criminalidade organizada.

Um dos exemplos desta tentativa de aperfeiçoamento ocorreu em relação ao reconhecimento da possibilidade da delação premiada nos casos de lavagem de ativos ilícitos. Esta possibilidade já estava contemplada na regulamentação

32 No Brasil, este entendimento tinha pleno embasamento na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Conf.: Superior Tribunal de Justiça, HC 137.628/RJ, julgado em 26/10/2010, DJe 17/12/2010; Supremo Tribunal Federal, HC 93368, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/08/2011.

33 Esta possibilidade do reconhecimento do crime de lavagem mesmo estando extinta a punibilidade da infração penal antecedente foi introduzida no art. 2, § 1.º, da Lei n.º 12.683/12. Todavia, mesmo na vigência da regulamentação anterior já havia entendimentos neste sentido: STJ, Quinta Turma. HC 207.936-MG, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 27/3/2012.

34 Na análise feita pela *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania* a respeito da adequação constitucional da Lei n.º 12.683/12 houve uma firme ponderação a este respeito. Argumentou-se que “interessante notar que pela primeira vez, dentro da doutrina penal Brasileira, o réu é processado por fatos desconhecidos, e ainda quando isento de pena o autor ou pior ainda, quando extinta a punibilidade da infração penal antecedente o mesmo poderá ser abrangido pela regra desta Lei n.º inconstitucional, pois no caso concreto, feriu-se o disposto no inciso XL, artigo 5.º de nossa Carta Magna, que bem determina: ‘XL – a Lei n.º penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;’. Também, temos uma questão interessante que se coloca, é a de saber como iniciar uma investigação sobre o crime de lavagem de dinheiro, se ele depende, ao menos, da existência de indícios de crime anterior. De qual crime? De que forma criminoso teria advindo o dinheiro, por exemplo, para que se possa identificar a possibilidade de, ligando-o ao, ou a um, e qual, crime antecedente? Esta análise levou à conclusão de Katharina Oswald, grande penalista e criminalista alemã, a dizer que uma investigação a respeito da prática de crime de lavagem de dinheiro só deve ser iniciada (e refere, pelo Ministério Público, demonstrando ser o órgão com as atribuições), a partir da conclusão sobre existência de evidências de situação concreta de determinado crime antecedente”.

constante na Lei n.º 9.613/98, apesar dos fortes questionamentos a respeito da sua legitimidade³⁵. O aperfeiçoamento introduzido no art. 1.º, § 5.º, pela Lei n.º 12.683/12 consistiu na previsão de que “a pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, *a qualquer tempo*, por pena restritiva de direitos”. Na nova regulamentação a delação premiada, com os efeitos mencionados, poderá ocorrer *a qualquer tempo*, sendo possível a sua realização mesmo após a decisão penal condenatória e mesmo na fase de execução penal.

Ainda em relação ao processo penal, deve ser registrado que na Lei n.º 12.683/12 o Legislador adotou medidas visando, na prática, excluir a possibilidade da suspensão do processo nos casos em que o arguido, citado por edital, não comparecer e não constituir defensor, medida considerada como sendo hipótese de julgamento à revelia³⁶. No art. 2.º, § 2.º da Lei n.º foi previsto que o acusado que não comparecer nem constituir advogado deverá ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo.

No art. 4º da Lei n.º 9.613/98 estava prevista a possibilidade da medida cautelar de *apreensão* ou *seqüestro* de bens, direitos ou valores do arguido, ou existentes em seu nome, que decorressem da prática da lavagem, desde que houvesse indícios suficientes. Sendo considerada pelo Legislador um dos “eficientes meios de prevenção e repressão penal”, o § 2.º, do mencionado art. 4º previa a possibilidade de que esta medida de apreensão ou seqüestro fosse suspensa, com a liberação dos bens, direitos ou valores apreendidos ou seqüestrados, desde

35 Na Exposição de Motivos (Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit., n.º 54) o Legislador apontou argumentos para contrariar as críticas no sentido da não legitimidade da medida. Dentre os argumentos apontados, alegou o Legislador que os atos de colaboração, “independentemente de configurarem atitudes de arrependimento do autor, co-autor ou partícipe, constituem brechas na organização criminosa que devem ser enfrentadas não somente pelos órgãos estatais como também por forças sociais externas. A infidelidade criminal constitui a violação de um dos deveres elementares da organização criminosa (...) [sendo] um dos fatos positivos para o combate mais vigoroso contra certos tipos de infratores”. Em complemento, alegou o Legislador que “um sistema legal moderno não pode ignorar este fenômeno, mas, ao reverso, deve extrair dele os dividendos favoráveis à comunidade de pessoas honestas”.

36 A medida já era contemplada na Lei n.º 9.613/98, porém na prática não estava sendo aplicada em virtude do Legislador ter previsto norma que anulava a sua previsão. Na Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98 (Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit., n.º 63) o Legislador justificou a sua previsão informando que se trata “de medida de política criminal diante da incompatibilidade material existente entre os objetivos desse novo diploma e a macrocriminalidade representada pela lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos ou valores oriundos de crimes de especial gravidade. A suspensão do processo constituiria um prêmio para os delinquentes astutos e afortunados e um obstáculo à descoberta de uma grande variedade de ilícitos que se desenvolvem em parceria com a lavagem ou ocultação”.

que comprovada a licitude da sua origem³⁷. Na Lei n.º 12.683/12 foi prevista a possibilidade de decretação de *medidas assecuratórias* em geral, e não somente a apreensão ou seqüestro³⁸

Outra alteração introduzida pela Lei n.º 12.683/12 consiste na possibilidade de acesso pela autoridade policial e pelo ministério público aos dados *exclusivamente cadastrais*, constantes na Justiça E Lei n.º total, nas empresas de telefonia, nas instituições financeiras, nos provedores de internet e nas administradoras de cartão de crédito, relacionados à qualificação pessoal, filiação e endereço dos envolvidos, *independentemente de autorização judicial* (art. 17-B)³⁹.

Medidas administrativas

Na regulamentação penal foram especificados os sujeitos, as obrigações correspondentes e os procedimentos, no sentido de se atender o dever de prestar informações (dever de comunicação) sobre operações que podem se caracterizar como lavagem de ativos ilícitos. No regime da regulamentação anterior (Lei n.º 9.613/98) estava contemplado este dever de comunicação, porém não um dever de abstenção da prática de operações suspeitas⁴⁰. Esta última observação

37 Na Exposição de Motivos (Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit., n.º 67) o Legislador assumiu expressamente que se tratava de uma inversão do ônus da prova, ainda que restrita à apreensão ou seqüestro e não ao perdimento dos bens, pois esta ultima consequência somente poderia ocorrer após a condenação, estando justificada esta inversão em virtude da dificuldade de se provar a origem ilícita dos bens na fase inicial do processo.

38 Na análise feita pela *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania* a respeito da adequação constitucional da Lei n.º 12.683/12 esta medida foi considerada “inconstitucional, pois fere os incisos LIV e LVII, art. 5.º, da CF/88) que estabelece que “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

39 No processo de elaboração da Lei n.º 12.683/12 o Relator da *Comissão de Assuntos Econômicos* do Senado da República alegou que a dispensa da autorização judicial neste caso não ofende a Constituição Federal, porque além de constituírem-se tais informações em ferramentas necessárias ao sucesso da investigação criminal, são elas de caráter meramente identificatório, e não de conteúdo. Alegou ainda o Relator que o que a Constituição garante no inciso XII, do seu art. 5.º, é a inviolabilidade do conteúdo da correspondência, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados. Apesar do entendimento do Relator, na *Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania* houve o entendimento de que esta medida “fere o inciso XII, art. 5.º da CF/88”, pois “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a Lei n.º estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

40 Como uma síntese, no n.º 127 da Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit., estava previsto que “o regime administrativo terá como ponto crucial a realização, pelos sujeitos obrigados, de registro e de comunicações de operações que excedam determinado valor, além de comunicações eventuais e periódicas de operações suspeitas de consubstanciarem a prática de lavagem de

é relevante na medida em que se verifica uma tendência de atribuir às próprias pessoas sujeitas ao dever de comunicação a análise sobre os riscos que os seus clientes e as operações que realizam representam, podendo acentuar os problemas de legitimação⁴¹. (AOS TRADUTORES: este parágrafo já constava do texto original, abaixo, tendo sido alterada a sua posição, realizadas pequenas alterações e a inclusão da nota n.º 41)

Todavia, Com especial destaque na regulamentação introduzida pela Lei n.º 12.683/12, foram previstas medidas para reforçar este dever de comunicação a que ficam sujeitas determinadas instituições e agentes do mercado, sobretudo as instituições financeiras, caracterizados pela figura do *compliance*⁴².

A alteração mais importante introduzida pela Lei n.º 12.683/12 a este respeito consistiu na ampliação do rol das entidades vinculadas a este dever de comunicação. Ou seja, houve um acréscimo das pessoas e entidades sujeitas ao dever de comunicação e houve a inclusão de novas hipóteses de atividades em que as informações devem ser prestadas. Sobre este aspecto, a principal crítica reside na circunstância de não terem sido excluídas do dever de comunicação as pessoas físicas⁴³.

dinheiro”.

- 41 A preocupação tem fundamento quando se verifica no COAF/MF - Relatório de Atividades 2011, p. 29, (Disponível em: https://www.coaf.fazenda.gov.br/downloads/relatorios-coaf/copy_of_RelatorioAtividades2010.pdf, Acesso em 15 de out. 2012) a manifestação no sentido de que “entre as principais inovações previstas no novo marco regulatório, destaca-se a necessidade de a empresa analisar os riscos específicos de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo no seu negócio e adotar procedimentos que sejam compatíveis com esses níveis de risco. Essa abordagem baseada em risco visa ajudar as empresas – e por consequência todo o sistema de prevenção – a concentrar sua atenção e seus esforços naqueles clientes e produtos e serviços cujos riscos justifiquem”.
- 42 Na Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98 (Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/98, cit., n.º 83/86) o Legislador já tinha apresentado uma série de argumentos de natureza teórica e prática para justificar esta “divisão de tarefas”, com o “compartilhamento de responsabilidade entre o Estado e os setores da atividade econômica”, visando a prevenção e repressão da lavagem de ativos ilícitos, inclusive mencionando a previsão constitucional de que a segurança pública é um dever do Estado, mas também um direito e responsabilidade de todos (art. 144.º, C. F.).
- 43 Ante à inexistência de especificação na Regulamentação, dependendo da interpretação que se faça, esta circunstância poderá implicar na inclusão dos advogados na relação das pessoas vinculadas ao dever de comunicação, gerando um grave conflito com o princípio de confidencialidade e o dever de sigilo a que estão sujeitos, conf.: Editorial. Nova Lei n.º de lavagem de dinheiro: o excesso e a banalização. *Boletim*, cit., p. 1. Como critério interpretativo, defende-se, em regra, uma preservação do dever de segredo profissional, porém com variações de intensidade conforme cada tipo de atividade desenvolvida. No exercício da atividade especificamente de defesa, o dever de segredo profissional deve ser preservado de forma mais intensa, ressalvado o cuidado a ser adotado quanto à utilização do pagamento de honorários como forma de lavagem. Já no

Para a gestão das informações, foi instituído o *COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras*. Ao mencionado Conselho compete, além de funções investigativas, coordenar as atividades governamentais de combate à lavagem de ativos ilícitos. Esta coordenação implica na adoção de mecanismos de cooperação e de troca de informações, bem como análise de operações financeiras e comerciais dos mais diversos tipos e estruturas, o que impõe a que a sua composição ocorra de forma multidisciplinar, envolvendo profissionais das mais diversas áreas. Ao COAF compete tanto uma atuação como unidade de inteligência, cabendo-lhe o recebimento e processamento das informações relevantes sobre atividades de lavagem, quanto uma atuação como órgão regulador, cabendo-lhe regular e aplicar sanções administrativas aos setores sujeitos ao dever de comunicação⁴⁴.

Além da adoção de medidas de caráter preventivo, o Relatório de Inteligência Financeira produzido pelo COAF consiste em uma peça de informação útil nos procedimentos investigativos conduzidos pelas autoridades de persecução criminal⁴⁵.

exercício das demais atividades, a intensidade do dever de segredo pode ser atenuada, ao ponto de sujeitar-se o advogado a um grau de diligência absolutamente elevado. Os outros critérios a serem considerados na busca deste equilíbrio referem-se à identificação do tipo de cliente, particularmente no que se refere às corporações, impondo-se a regra do *conheça o seu cliente*, bem como ao conhecimento sobre o tipo de operações com que ele lida, especialmente em relação àquelas que serão objeto da intervenção do advogado, conf.: GÓMEZ-JARADÍEZ, Carlos. El rol del abogado frente al blanqueo de capitales: garante del estado o defensor del cliente? *Boletim*, cit., p.11-12. Especificamente no caso do Brasil, pela ótica de um representante do Ministério Público, a imposição do dever de comunicação de atividade suspeita de ‘lavagem’ ao advogado “nada tem de inconstitucional, desde que ela não incida sobre o profissional que defende interesse em sede de processo penal, civil, trabalhista ou administrativo, ou formula consultoria sobre específica situação jurídica relacionada a um processo judicial”, conf.: GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro. *Boletim*, cit., p. 10.

44 Confirmando esta sua função de gestão das informações, no COAF/MF - Relatório de Atividades 2011, cit., consta que, além das funções típicas de uma Unidade de Inteligência Financeira (UIF), o COAF regula os setores obrigados que não contam com órgão supervisor próprio, tais como as empresas de fomento mercantil – *factoring*, comerciantes de obras de arte e antiguidades, de jóias e metais preciosos. Neste sentido, “no desempenho da sua função de Regulação, o COAF edita as normas que norteiam os setores obrigados no cumprimento das obrigações previstas na Lei n.º n.º 9.613, de 03 de março de 1998. Atualmente, existe uma resolução específica para cada setor obrigado. Além disso, a Resolução COAF n.º 15, que dispõe sobre os procedimentos relativos a operações ou propostas de operações ligadas ao terrorismo ou seu financiamento, e a Resolução COAF n.º 16, que dispõe sobre os procedimentos relativos a operações ou propostas de operações realizadas por pessoas politicamente expostas, ambas de 28 de março de 2007, devem ser observadas por todos os setores obrigados regulados pelo COAF”.

45 COAF/MF - Relatório de Atividades 2011, cit. p. 8. No relatório há o esclarecimento de que

Em síntese, compete ao COAF o “recebimento de comunicações, análise e disseminação às autoridades competentes, de fenômenos e comportamentos financeiros que possam contribuir na prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo”⁴⁶.

Os dados disponíveis sobre a atuação do COAF possibilitam um confronto entre o potencial de eficácia resultante da sua atuação e a pouca eficácia que foi demonstrada em relação aos procedimentos de natureza propriamente judiciais, deixando em aberto a questão sobre a preferência por medidas preventivas de caráter administrativo ou medidas sancionatórias de natureza penal⁴⁷.

“o COAF, portanto, não realiza investigações ou controla a totalidade de operações financeiras realizadas diariamente no Brasil, nem recebe ou analisa contratos e tampouco acessa as movimentações em contas bancárias ou em investimentos de pessoas físicas ou jurídicas. Suas análises basicamente têm origem em comunicações de operações financeiras recebidas pelo Conselho, na forma disposta pelos artigos 11 e 14 da Lei n.º 9.613/1998”.

46 COAF/MF - Relatório de Atividades 2011, cit., p. 13.

47 COAF/MF - Relatório de Atividades 2011. O gráfico da evolução dos resultados da análise de risco, que consta às páginas 15 do Relatório, revela a importância da atividade de prevenção. Neste sentido, segundo o Relatório “em 2011 foram analisados 4.016 casos, atingindo-se 78,62% do indicador estabelecido. O número de casos analisados superou em 402 o resultado apresentado no ano anterior, representando incremento de 11,11%”. Registre-se, ainda, que na Tabela 2 – Comunicações Recebidas dos Setores Obrigados, constante na página 19 do Relatório, com abrangência do período desde a edição da Lei n.º 9.613/98, o setor obrigado que mais emitiu comunicações foi o de loterias e jogos, seguido pelos que realizam operações de *factoring*. Em números totais, no Relatório (p. 20) consta a informação de que “no período compreendido entre os anos de 2003 e 2011, o COAF produziu 10,9 mil RIF, que relacionaram 271,8 mil comunicações e mais de 88,7 mil pessoas. Em 2011, foram produzidos 1.471 RIF, representando um crescimento de 30,7% em relação ao ano de 2010, guardando, porém, simetria com a quantidade produzida nos anos anteriores”. No contexto internacional, consta no Relatório (p. 24) que “o COAF registrou, no período de 2003 a 2011, cerca de 1,9 mil intercâmbios de informações com suas congêneres estrangeiras, 227 deles no último ano. Os países que mais intercambiaram informações com o COAF foram Estados Unidos da América, Portugal, Uruguai, Suíça e Luxemburgo, representando, juntos, 42% do total”. Permitindo uma análise comparativa em relação aos encaminhamentos dados, consta no Relatório (p. 26) que “levantamento preliminar efetuado pelo Departamento de Polícia Federal concernente a 2,02 mil Relatórios de Inteligência Financeira encaminhados de ofício pelo COAF àquele Órgão (ou seja, a partir de indícios detectados em análises de comunicações recebidas pelo COAF), no período de 2005 a 2010, indicou que foram gerados 136 inquéritos a partir desses RIF”. Com interesse também no que se refere à eficácia na recuperação de ativos, no Relatório consta, ainda, (p. 21) que “no período entre 2003 e 2011, em decorrência de ações de monitoramento e análises realizadas pelo COAF, as autoridades competentes (Ministério Público e Polícia Federal) bloquearam, com autorização judicial, cerca de R\$ 1,95 bilhão em contas-correntes, fundos de investimentos e previdências privadas, pertencentes a pessoas investigadas por crimes de lavagem de dinheiro ou outros crimes conexos, no Brasil e no exterior”. A este respeito, adicionalmente, informa o Relatório (p. 22) que “os bloqueios efetuados em outros países (R\$ 792,5 milhões) representaram 40% do total,

Visando assegurar a mencionada eficácia deste controle foram estabelecidas medidas de natureza administrativa, com caráter sancionador, a serem aplicadas no caso de não cumprimento das obrigações. As medidas a serem aplicadas consistem em advertência, imposição de multa pecuniária, aplicação de inabilitação temporária para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas, e cassação da autorização para operação ou funcionamento⁴⁸.

A alteração importante introduzida pela Lei n.º 12.683/12 a este respeito ocorreu em relação ao significativo aumento do valor da multa que poderá ser aplicada às pessoas e instituições que deixarem de cumprir o dever de comunicação que lhes é imposto na regulamentação. Pode ser verificado que houve a intenção de reforço de uma opção de política criminal que atribui relevância à participação de agências de controle de natureza não formal na prevenção e no esclarecimento dos delitos de lavagem de ativos ilícitos.

Conclusão

Pelas características que foram expostas, tanto da regulamentação anterior quanto da Lei n.º 12.683/12, atualmente vigente, é possível reconhecer uma correspondência entre as finalidades de política criminal internacional sobre a lavagem de ativos ilícitos e as mencionadas regulamentações.

No Brasil, esta política criminal se projeta no plano da regulamentação na forma de medidas de cunho penal e administrativo.

A atribuição da responsabilidade penal vincula-se a pressupostos de natureza dogmática, que experimentaram uma evolução na sucessão legislativa, particularmente no que se refere à dispensa de que os ativos ilícitos objetos da lavagem tenham origem em delitos específicos, previamente relacionados. A este respeito, afirma-se que no Brasil a regulamentação penal da lavagem de ativos ilícitos atingiu a terceira geração da política criminal.

o que demonstra sincronismo da atuação do COAF com UIF estrangeiras”.

48 No COAF/MF - Relatório de Atividades 2011, cit., p. 31, há a informação de que foram aplicadas multas no montante de R\$ 397 mil (trezentos e noventa e sete mil reais). O número de processos julgados foi também a maior marca anual desde a criação do COAF, conforme se vê no gráfico que consta no Relatório (p. 32). No que se refere aos números totais até 2011, percebe-se no quadro de procedimentos concluídos (p. 32) que: foram concluídas 126 averiguações preliminares; foram julgados 50 processos administrativos; foram arquivados, de ofício, 04 processos; foram encaminhados ao Ministro da Fazenda 21 recursos por órgãos sujeitos à regulação do COAF e 61 recursos por órgãos sujeitos a regulação de outros órgãos. Quanto ao tipo de atividade sujeitas às penalidades aplicadas o quadro inserido no Relatório (p. 33) informa que dos 46 processos julgados, em 43 foram impostas multas às atividades de *factoring*, em torno de 4 milhões de reais, em 02 casos de comércio de jóias, pedras e metais preciosos, e em um caso de comércio de objetos de arte e antiguidades, em torno de 10 mil reais, totalizando um valor acima de 4 milhões de reais.

Integrado no Sistema de Direito Criminal, registre-se que na nova regulamentação foi mantida e reforçada a tendência de utilização do processo penal para a canalização de finalidades de política criminal, principalmente concretizada em medidas especificamente direcionadas para a criminalidade de natureza organizada, com fortes questionamentos sobre a sua legitimação constitucional.

Sobre as medidas de natureza administrativa, voltadas tanto para a prevenção da lavagem de ativos ilícitos quanto para a maior facilidade do seu esclarecimento processual, merece destaque o reforço introduzido pela Legislação vigente no sentido do compartilhamento de responsabilidade entre o Estado e os setores da atividade econômica, visando a obtenção de informações relevantes.

A diferença verificada entre o *in put* e o *out put* de processos judiciais sobre lavagem de ativos ilícitos no Brasil sugere uma menor eficácia desta opção frente as medidas preventivas de natureza administrativa, permitindo uma conclusão final no sentido da necessidade do constante aprimoramento desta alternativa, ainda que não se possa falar da possibilidade de abrir mão da intervenção penal.