

ANDRÉ ALEXANDER VALENTIM

**ANÁLISE DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO:
ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS**

**CURITIBA
2004**

ANDRÉ ALEXANDER VALENTIM

**ANÁLISE DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO:
ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Paraná, como requisito parcial à obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Titular Doutor Nilton
Bussi.

**CURITIBA
2004**

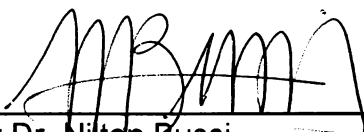
TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉ ALEXANDER VALENTIM

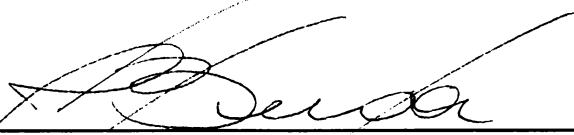
ANÁLISE DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

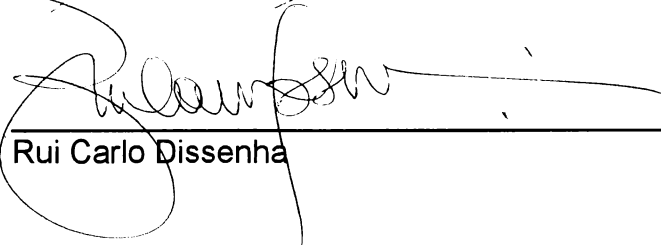
Orientador:



Prof. Titular Dr. Nilton Bussi



Juliano Breda



Rui Carlo Dissenha

Curitiba, 05 de Outubro de 2004.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1. INTRODUÇÃO	1
2. DA PROVA NO PROCESSO PENAL	4
2.1 TEORIA GERAL DA PROVA: NOÇÕES GERAIS.....	4
2.2 OBJETO DE PROVA.....	6
2.3 ÔNUS DA PROVA.....	7
2.4 APRECIÇÃO DAS PROVAS	9
2.5 MEIOS DE PROVA	12
2.6 IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA DE PROVA NO PROCESSO PENAL.....	14
2.6.1 Princípio do Devido Processo Legal	15
2.6.2 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa	15
2.6.3 Princípio da Presunção de Inocência	16
2.6.4 Princípio da Vedação das Provas Ilícitas	17
2.6.5 Princípio da Proporcionalidade	19
2.7 REFLEXÃO DA VEDAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO BRASILEIRO	20
3. DA LAVAGEM DE DINHEIRO	21
3.1 ORIGEM DA EXPRESSÃO LAVAGEM DE DINHEIRO	21
3.2 CONCEITO	22
3.3 ETAPAS DO PROCEDIMENTO DE LAVAGEM DE DINHEIRO	22
3.4 CARÁTER TRANSNACIONAL DO CRIME	25
3.5 POLÍTICA CRIMINAL	26

4. DA LEGISLAÇÃO VIGENTE EM MATÉRIA DE LAVAGEM DE DINHEIRO	29
4.1 RECOMENDAÇÕES E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS	29
4.2 DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL: A LEI 9.613/1998	32
4.2.1 Estrutura do Tipo Penal: o art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro	33
4.3 ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS	38
4.3.1 Delação Premiada (art. 1º, § 5º)	43
4.3.2 A determinação da inaplicabilidade do art. 366 do Código de Processo Penal (art. 2º, § 2º)	45
4.3.3 A proibição de fiança e liberdade provisória	47
4.3.4 Inversão do Ônus da Prova	50
4.3.5 Responsabilidade Administrativa	51
4.3.6 Permissão da Quebra de Sigilo Bancário	53
4.4 CONSIDERAÇÕES GERAIS	57
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

RESUMO

A prática da lavagem de dinheiro é empregada para converter patrimônio obtido de maneira ilícita em ativos que se revestem de aparência lícita e produz lesões significativas ao sistema econômico-financeiro de qualquer país do mundo, uma vez que corresponde ao principal meio empregado pelo crime organizado para se sustentar e desenvolver. Atendendo recomendações internacionais, o Brasil formulou legislação para tipificar a conduta de lavagem ou ocultação de bens, direitos ou valores, a partir da Lei Especial n. 9.613/98. Como está sendo característico em se tratando de legislação penal extravagante, o conteúdo da Lei, especialmente no tocante a seus aspectos processuais penais, vem causando diversas controvérsias quanto à inserção de alguma das suas normas junto aos valores que o Direito Penal visa proteger e até mesmo em relação ao eventual aspecto inconstitucional de certas disposições. A presente pesquisa versa sobre esses aspectos processuais penais da Lei de Lavagem de Dinheiro, a partir da análise tanto do procedimento de que se vale o criminoso para a prática do delito como da necessária correspondência que a investigação e o andamento processual do crime de lavagem deve manter com o tema da prova no processo penal, com a consideração dos motivos que levaram o legislador a editar as normas e as respectivas considerações e ressalvas feitas pela doutrina.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, as atividades praticadas clandestinamente pelos integrantes do crime organizado, dentre as quais assumem posição de destaque o narcotráfico, o terrorismo, seqüestro e corrupção, produziram efeitos profundos na sociedade contemporânea, efeitos estes que foram espalhados por todo o planeta, ultrapassando as fronteiras nacionais, desestabilizando e comprometendo o funcionamento e segurança de Estados ao redor do globo, inclusive com os delinqüentes tirando proveito do rápido avanço tecnológico e do processo de globalização que estamos passando.

Com enormes quantias financeiras à sua disposição, oriundas da prática de ações criminosas, os grupos que realizam atividades relacionadas ao crime organizado criam uma rede de suborno, corrupção e violência que atinge toda a sociedade de um determinado Estado,¹ não só afetando o patrimônio e os interesses inerentes a determinado grupo de indivíduos, como também podendo causar lesões a todo o sistema financeiro de determinado país, sendo que as atividades vinculadas ao crime organizado possuem objetivos e finalidades especiais, distintos daqueles comuns à criminalidade tradicional, verificados pela magnitude com que se manifestam e no potencial que apresentam para influenciar no próprio sistema econômico de todo um país.

Para o crime organizado se sustentar e propagar é necessário que os valores resultantes da prática de atividades ilícitas possam ser incorporados ao patrimônio dos agentes criminosos para posterior uso da forma que seja mais conveniente, sendo que, como estes valores possuem natureza ilícita, os envolvidos poderiam ser incriminados pelas agências de controle e repressão, como a polícia, em consequência do cometimento de crime e aplicação de pena correlata.

Os criminosos se aproveitam de diversas circunstâncias atuais para ficarem impunes, como a globalização das contas bancárias (os bancos tiveram uma expansão que ultrapassou os limites de seus países de origem) e consequente dificuldade para regulamentar e controlar estas operações, o expressivo crescimento

¹ CERVINI, Raul. **Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.27.

do comércio mundial (as empresas normalmente se expandem para diversos territórios – multinacionais – sendo natural que existam atividades nestes outros países e dificultando a constatação de conduta criminosa quando da utilização de empresa em outro país) e das facilidades e comodidades das transferências bancárias eletrônicas.

É com o objetivo de converter esses valores de natureza ilícita em ativos que tenham a aparência de legalidade, para não despertar suspeita quanto à origem de tal patrimônio, que os criminosos se valem da técnica de lavagem de dinheiro.

O tema constitui problema de alguma importância nos atuais dias, tanto pelas quantias financeiras que assim circulam, clandestinamente, a nível global, como pelos efeitos nocivos diretamente produzidos em qualquer sociedade, independente do grau de industrialização ou desenvolvimento do país, sendo recorrente nos depararmos com o assunto em noticiários na televisão ou em matérias de jornais.²

Sob o ponto de vista econômico, a movimentação desses valores pode causar profundos impactos em mercados financeiros, como a oscilação nos índices de câmbio, a contaminação da livre concorrência (pois estes delinqüentes muitas vezes utilizam o setor de serviços e comércio) ou ainda a provocação de instabilidade no setor de economia, pois a ação de políticas referentes à macro-economia é comprometida, em função da iliquidez que passa a caracterizar o mercado,³ enquanto os efeitos sociais produzidos também são graves, com o próprio desenvolvimento do crime organizado ou a fruição de bens ou valores que possuem natureza relacionada à atividade ilícita.

A presente pesquisa faz uma abordagem referente ao tema, com enfoque na problemática processual penal da legislação em vigor, a qual está produzindo diversas controvérsias e discussões que visam apresentar solução tanto para o

² Quando da elaboração da presente pesquisa, a prática da lavagem de dinheiro ganhou notório espaço em redes de televisão e manchetes de jornais, devido à grandiosa operação denominada “Farol da Colina”, na qual foram realizadas diversas prisões, referentes à investigação de doleiros e pessoas ligadas a eles, acusados de lavagem de dinheiro e evasão de divisas e que foi realizada em pelo menos sete Estados: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pará, Amazonas, Paraíba e Pernambuco. Esta operação envolveu o Ministério Público Federal, a Justiça Federal e técnicos da Receita Federal, resultando em diversas buscas e apreensões e prisões.

³ Esta iliquidez é resultado direto da clandestinidade com que as ações do crime organizado se revestem, não permitindo a constatação dos valores envolvidos, apenas projeções.

combate à prática do delito, quanto para a sua prevenção, assim evitando que venha a ser cometido. Sabe-se que a prática da lavagem de dinheiro, muitas vezes ocorre em função da impunidade, via de regra característica até a presente data, em relação aos autores do delito, inclusive por defeitos técnicos encontrados nas diversas leis que tratam do assunto.⁴

Assim, adequado se faz apresentar o tema da prova no processo penal atual (o processo penal é movimentado em função da produção de provas, as quais acabam condenando ou absolvendo alguém), pois o combate e prevenção à lavagem de dinheiro deve estar inserido nos limites do sistema jurídico vigente.

É exatamente quanto à impossibilidade de violação de tais limites que decorrem os principais questionamentos em matéria processual penal pertinente ao tema e que serão expostos adiante: deve-se buscar o combate ao crime de lavagem de dinheiro sempre respeitando os limites impostos pelo sistema jurídico, buscando atingir essa meta a partir da especialização de todo o sistema em estrita consonância com o texto constitucional, ou para atingir o fim (combate e prevenção de crime de lavagem de dinheiro), deve o direito valer-se de qualquer meio (inclusive afastando garantias e direitos de natureza constitucional), para que assim possa mostrar-se apto a efetivar o combate às ações dos delinquentes?

⁴ JESUS, Damásio de. **Ali-Babá e o crime de lavagem de dinheiro**. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, n. 18, jul./dez. 2003, p. 28, abordando a legislação brasileira vigente em matéria de lavagem de dinheiro, classifica-a como “mal feita”, uma vez que “ao ‘lavador’, para safar-se da persecução penal, basta caminhar pelas brechas da lei.”

2. DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Neste capítulo, são feitas considerações a respeito da prova no processo penal, devido a sua fundamental importância para a apuração da verdade. Em decorrência desse tema é que se inserem diversos estudos processuais penais, inclusive a lavagem de dinheiro, pois a persecução penal e o andamento processual devem obedecer ao sistema jurídico vigente, ficando condicionada aos princípios e diretrizes do Direito Penal.

2.1 TEORIA GERAL DA PROVA: NOÇÕES GERAIS

Não restam dúvidas quanto aos benéficos efeitos assegurados a toda coletividade em função da existência e vigência de um Estado Democrático de Direito como o nosso, previsto logo no *caput* do Art. 1º da Constituição Federal de 1988, o qual tem, nas palavras de José Afonso da Silva, como tarefa fundamental “superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”.⁵ As garantias e direitos conferidos a todos os cidadãos, peculiares a qualquer Estado Democrático de Direito, se manifestam sobre todos os ramos do Direito, inclusive no Direito Penal e Processual Penal, pois o processo, dentro da ordem democrática, é instrumento de realização da justiça na órbita da legalidade.⁶

O processo penal tem como finalidade o estabelecimento e reconhecimento de uma verdade jurídica que corresponda a uma justa solução do litígio, através de uma sucessão de atos voltados para atingir essa meta, utilizando-se como meio para atingir tal fim a produção e valoração de provas no decorrer do processo, as quais se fundamentam na tentativa de descoberta da verdade.

O ato de provar consiste no estabelecimento da existência da verdade processual, levando ao conhecimento de terceiros uma verdade conhecida pelo indivíduo, apresentando os necessários meios para tanto. A prova, dentro do

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1989; p. 108.

⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal – volume I**. Campinas: Bookseller, 1997, p.81.

processo, eqüivale aos elementos produzidos pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos, etc.) ou pelo próprio juiz para estabelecer a existência de certos fatos,⁷ mediante a presença tanto quanto possível do elemento “certeza”.

A mais relevante finalidade a ser atendida pela prova, no processo penal, é formar a convicção do juiz quanto aos elementos necessários para a decisão da causa, sendo instrumento de inegável importância para a solução do conflito. Nas palavras de Hélio TORNAGHI, a principal finalidade da prova no processo penal é “demonstrar ao juiz a veracidade ou falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade e da periculosidade, na individualização das penas e na aplicação das medidas de segurança”.⁸

Adicione-se a isso características inafastáveis, como a possibilidade que as partes possuem de discutir, questionar, debater sobre o conteúdo da prova, sob a influência do princípio do contraditório, de índole constitucional,⁹ bem como que esta prova, após ser incluída no processo, se comunica a todos os envolvidos, em função do princípio de comunhão de provas, comum ao processo penal.

Convencendo o juiz sobre a existência ou inexistência de um determinado fato, este então passará ao seu conhecimento, auxiliando na reconstituição de como aconteceu o fato, sendo devidamente integrado aos autos e influenciando a decisão judicial final.

A prova, portanto, assume caráter instrumental para que se possa realizar a reconstrução de fato ocorrido ou não anteriormente, ou seja, ela é o meio de que se vale o poder jurisdicional para atingir o fim processual da busca da verdade real. Nas palavras de José Frederico MARQUES, a prova é “elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam as suas alegações”.¹⁰

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 3.** 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 215.

⁸ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal, volume I.** 10ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 270.

⁹ A Constituição Federal, no art. 5º, LV, dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal – volume II.** Campinas: Bookseller, 1997, p.253.

2.2 OBJETO DE PROVA

Podem figurar como objetos de prova todos os fatos que necessitem uma apreciação judicial, exigindo uma comprovação por implicarem em dúvidas, a qual seja pertinente ou relevante para o processo, pois “é perder tempo e ferir a economia processual preocupar-se com questões que não interessam à decisão da demanda.”¹¹

Assim, *fatos axiomáticos* ou *evidentes*, no sentido de certos, indiscutíveis, evidente por si mesmos, não constituem objeto de prova. Se o ato de provar consiste em tornar evidente algo, é lógico que aquilo que já é evidente não precisa ser provado.

Quanto aos *fatos notórios*, que são aqueles conhecidos por indivíduo médio integrante de um determinado meio e que fazem parte de sua cultura, nossa legislação processual penal também dispensa a produção de prova. É importante não confundir a notoriedade de um fato com a *vox populi ou vox publica*, fato este sobre o qual recai a necessidade de produção de provas e consiste em boatos ou rumores infundados ou fatos distorcidos conhecidos por um número indeterminado de pessoas, podendo ainda ser fruto de imaginação ou lendas, e que, evidentemente, podem divulgar um fato que não é verdadeiro, ao passo em que a notoriedade de um fato consiste na prova inequívoca de sua verdade, fruto da experiência e observância popular.¹² Também não deve ser afastada a necessidade de produção de provas relacionadas ao clamor público, que é a indignação provocada pela prática do delito.

Os *fatos presumidos*, em função de previsão legal, também dispensam a produção de provas. Consiste a presunção em tomar como verdadeiro um fato, tendo como referencial aquilo que ocorre normalmente, baseado no cotidiano, assim dispensando a prova. Quando a presunção legal é absoluta (*juris et de jure*), não existe possibilidade de contrariar a previsão através de qual prova que seja, enquanto se a presunção for relativa (*juris tantum*), o legislador admite que podem existir exceções, as quais possibilitem a produção de provas para proteger o

¹¹ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.115.

¹² TOURINHO FILHO, op. cit., p. 218.

interesse do indivíduo. No processo penal, a regra é de que as presunções são absolutas, assumindo caráter relativo somente quando a lei assim dispõe.¹³

Os *factos fictos* também não precisam ser provados, consistindo naqueles que o legislador iguala o ficto ao real, sabendo que não são verdadeiros. Existindo deliberada ficção, justifica-se a desnecessidade de provar algo contrário, até porque seria um contra-senso.

Mesmo não sendo um fato, também as *máximas ou regras de experiência*, influenciadas pelos costumes sociais e pela vida prática, resultantes de indução, e que sofrem alterações com o decorrer do tempo, uma vez que representam elementos culturais e sociais de um determinado momento, não são objeto de prova, quando são o resultado da observância e da vivência cotidiana comuns a homem médio de um determinado meio.

Não basta o fato ser incontroverso para que inexista a possibilidade de que seja objeto de prova, pois a situação em que as partes componentes da relação processual acordem quanto à existência ou inexistência de um fato não priva o juiz quanto à realização de diligências a respeito, se entendido como necessária para a demonstração da verdade em relação àquele fato.

2.3 ÔNUS DA PROVA

A palavra ônus tem origem latina (*onus*), significando fardo, carga, peso, imposição. Ônus da prova significa a necessidade de provar para que exista a consequência do reconhecimento judicial da pretensão manifestada.¹⁴

Vigora, como regra, que se incumbe da produção ou demonstração de determinada prova o autor daquilo que está sendo alegado, correspondendo a um ônus legalmente previsto,¹⁵ no qual existe o estabelecimento de um comportamento em função do próprio interesse daquele a quem é imposto. Assim, a prova é um ônus processual, não representando um dever atribuído àquela parte, pois não recai

¹³ TORNAGHI, op. cit., p.288.

¹⁴ BARROS, Antonio Milton de. **Da prova no processo penal: apontamentos gerais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p.6.

¹⁵ O Código de Processo Penal dispõe expressamente quanto a quem cabe o ônus da prova em seu artigo 156: "A prova da alegação incumbirá a quem o fizer; mas o Juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante".

sobre as partes obrigação legal quanto à produção de prova, inexistindo a imposição de sanção decorrente do seu não cumprimento, sendo certo apenas que se concretiza inegável risco ou prejuízo quanto à admissibilidade do conjunto das alegações da parte, se não produzida certa prova.

Outros pontos importantes dizem respeito à possibilidade de qualquer parte produzir provas, no decorrer da relação processual, que sejam de seu interesse e não somente aquela em que recai o ônus ou ainda que as presunções invertem o ônus da prova, bem como o juiz possui poder supletivo em relação à iniciativa da produção de prova, podendo suprir a inércia das partes, não precisando ficar adstrito à prova adicionada aos autos somente pelas partes, no caso de necessidade para atingir o conhecimento da verdade real quanto àquele fato, sem para isso causar prejuízo à sua imparcialidade,¹⁶ a qual não pode ser quebrada em qualquer fase do processo, sob pena de nulidade.

TORNAGHI assim conclui sobre o ônus da prova: “ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato objeto da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu. Na verdade, o ônus da prova compete àquele a quem o fato aproveita”,¹⁷ com a peculiar característica de que a prova levada ao processo pela acusação deve ser plena e convincente, enquanto basta a dúvida para o acusado,¹⁸ devido ao princípio da presunção de inocência.

A imposição e aplicação do ônus da prova decorrem, nas palavras de Julio Fabrini MIRABETE, “não só de uma razão de oportunidade e na regra de experiência fundada no interesse à afirmação, mas na equidade, na paridade de tratamento das partes.”¹⁹

¹⁶ O sistema adotado pelo Código é o acusatório, devendo o julgador sempre atuar de maneira imparcial em relação às partes. Quando se menciona este poder supletivo do juiz, significa que ele é condicionado a necessidade de elucidação sobre determinado ponto da demanda que possa influenciar a convicção do julgador para a formulação de sua decisão.

¹⁷ Op. cit., p. 313.

¹⁸ NORONHA, op. cit., p. 118.

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p.261.

2.4 APRECIÇÃO DAS PROVAS

Ainda que as partes possam auxiliar na valoração das provas, esta só compete ao próprio juiz, mediante adequada análise da situação no caso concreto.

A apreciação de provas, entretanto, já assumiu diversos aspectos, tendo na sua mutabilidade a representação dos costumes e regime político de uma determinada época, sendo que dificilmente um sistema pode ser aplicado em seu inteiro teor num determinado sistema jurídico, constituindo regra a preponderância de um sistema com a presença de algum elemento de outro.

Do ponto de vista histórico, nota-se que, primitivamente, vigorava o sistema étnico ou pagão, no qual “a apreciação das provas era deixada ao sabor das impressões do juiz, que aferia de acordo com sua própria experiência, num sistema empírico”.²⁰ Em seguida, vigorou o sistema *religioso*, também conhecido como ordálios ou Juízos de Deus, no qual prevalecia o entendimento de que a divindade demonstraria se o réu era culpado ou não, mediante a submissão do acusado a uma prova, cabendo ao juiz apenas comprovar o resultado das provas. Este sistema, desenvolvido pelos europeus na Idade Média e originário de superstição e ignorância, mostrou-se insustentável com o passar do tempo, pois não oferecia qualquer segurança jurídica prévia e nem possuía subsídio lógico algum.

Como “reação” ao sistema anterior, ocorreu a abolição dos ordálios, passando a vigorar o sistema da *íntima convicção* ou da *certeza moral do juiz*, no qual foi permitida ao juiz ampla liberdade de atuação quanto à apreciação de provas, para atingir a verdade dos fatos. Também acabava por não permitir a existência de segurança jurídica para os indivíduos, pois o legislador não fazia restrição alguma quanto ao valor das provas a ser atribuído pelo juiz, deixando aos seus critérios a admissibilidade e avaliação de determinada prova, decidindo de acordo com a sua convicção íntima, sem possuir necessidade de fundamentar a decisão, não existindo obrigação de exposição dos motivos que o levaram até atingir sua decisão.

Este sistema permitia excessos ou equívocos por parte do julgador, pois sua convicção nem sempre seria fielmente representada no conteúdo da sentença. Os

²⁰ Ibidem, p.263.

juízos realizados pelo Tribunal do Júri, presentes em diversas legislações, são manifestações ainda existentes desse primitivo sistema, pois os jurados formulam suas decisões de acordo com a sua íntima convicção, sem fundamentar o seu voto.

Como resultado de sucessivas manifestações contrárias à ampla atuação que foi permitida ao juiz em relação ao processo, passou a vigorar o sistema de *provas legais* ou da *certeza moral do legislador*,²¹ no qual o juiz não podia mais recorrer a todos os meios de provas possíveis, pois estava submisso às disposições legais que tratavam do assunto, as quais poderiam exigir que um fato fosse provado de uma determinada maneira, bem como o valor que determinada prova poderia assumir para o processo, decorrente do atendimento de certas condições ou ainda tratar da inadmissibilidade de prova que o legislador entendesse como sem valor para integrar o processo. Além disso, as provas deveriam sempre constar nos autos, para então o juiz poder formular a sua decisão.

Neste sistema, que encontrou sua maior fase de desenvolvimento no processo inquisitório medieval, o legislador acaba por assumir papel de preponderância quanto à apreciação das provas, definindo normas que regulamentaram a atuação do juiz. Por isto mesmo, em muitas situações esta atuação quanto à apreciação das provas era condicionada à vontade do legislador, impossibilitado de resolver um conflito em função das limitações legalmente previstas.

O maior defeito existente neste sistema não consiste na previsão de regras de avaliação de provas, mas sim na sua imposição ao juiz. Caso fosse uma orientação direcionada ao órgão julgador, que pudesse ser aplicada como decorrência de ser conveniente para a solução de um processo, não estaria inviabilizada a vigência do sistema.²²

No Século XIX, a França foi pioneira na previsão de um sistema que corrigisse as imperfeições dos dois modelos anteriormente vigentes, com o intuito de evitar o arbítrio, tirania e irresponsabilidade do julgador, mas não impossibilitando

²¹ Na atual legislação brasileira, existem resquícios do sistema de provas legais, como exigência de exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios ou na indispensabilidade de prova documental se a questão versa sobre o estado das pessoas, disposições estas presentes no Código de Processo Penal (arts. 155 e 158).

²² TORNAGHI, op. cit., p. 281.

que ficasse adstrito a disposições abstratas anteriores que pudessem levar a uma decisão contrária à sua conclusão íntima.

O denominado sistema da *livre convicção* ou da *persuasão racional* encontra previsão legal no sistema jurídico brasileiro,²³ e confere ao juiz o poder de valorar as provas de acordo com seus conhecimentos e a sua consciência, tendo inteira liberdade para tal valoração, pois a lei acredita que formará a sua convicção honestamente e com boa-fé, sendo necessário que ocorra a fundamentação de sua decisão nos autos, decisão esta que derivará da aplicação de critérios de bom senso, lógica e experiência do julgador.

Neste sistema, os conhecimentos do juiz quanto ao processo devem todos figurar nos autos, não sendo, portanto, permitidos conhecimentos de natureza exterior a eles, devendo o juiz solicitar a produção de prova quanto a fato que não esteja incluído no processo, para adicionar aos autos, se necessário para o esclarecimento da verdade.

Esse livre convencimento que o juiz possui não significa que exista livre arbítrio para a apreciação das provas, pois deve a sua decisão ser motivada, não permitindo que o julgador se desvie do caminho que deve percorrer para solucionar dado conflito. Em tal sentido, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal adverte que "... livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social". (item VII)

Importante destacar que no sistema da livre convicção todas as provas são de caráter relativo,²⁴ nunca possuindo um valor absoluto que seja decorrente de anterior orientação legal, corrigindo assim o problema do sistema das provas legais, podendo sempre ser objeto de análise das partes, pois a prova faz parte do

²³ O Código de Processo Penal, no art. 157, dispõe: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova".

²⁴ Neste sentido, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal dispõe que "Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não ficará subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência". (Item VII).

processo, comunicando-se tanto ao juiz quanto às partes (manifestação do princípio processual penal da comunhão de prova).

2.5 MEIOS DE PROVA

Meio de prova deve ser entendido como a coisa ou ação usada para pesquisar ou demonstrar a verdade, pois meio é aquilo que se utiliza para alcançar um fim.²⁵

Sendo a prova instrumento de que se vale o julgador para formular uma sentença e estando o Processo Penal sob a égide do princípio da verdade real, no qual sempre se deve buscar a verdade acerca do que realmente aconteceu para que a decisão corresponda à adequada resposta jurisdicional a um determinado fato, seria natural o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro não faz restrição quanto à possibilidade de produção e demonstração de prova, tendo inclusive como referencial que o Código de Processo Penal não faz limitação aos meios possíveis de prova e que a liberdade quanto à admissibilidade de prova vigora no Brasil. Esta amplitude se deve à circunstância de que o direito processual penal não atende a interesses particulares, visando sobretudo ao interesse público ou social de repressão do crime.²⁶

Mas esta liberdade de prova não é absoluta, pois não significa que todo e qualquer meio de prova possa ser utilizado. A principal limitação encontra-se no texto constitucional, pois não podem ser utilizados meios de prova que atentem contra a moralidade e dignidade da pessoa humana, tais como a tortura (CF, art. 5º, III), a violação de correspondência (CF, art.5º, XII), a interceptação telefônica sem autorização judicial (CF, art.5º, XII), qualquer violação à intimidade da pessoa (CF, art. 5º, X), a indevida violação de domicílio (art. 5º, XI), ou ainda, em decorrência do conteúdo dos dispositivos citados, a produção de provas conseguidas através de hipnose, “detetor de mentira”, narcoanálise etc., devendo ser estendidas estas limitações a todas as situações em que ocorra deliberada alteração do estado físico ou psíquico da pessoa.

²⁵ TORNAGHI, op. cit., p. 276.

²⁶ NORONHA, op. cit., p.117.

Utilizando-se destes meios, não estaria sendo violada somente norma fundamental constitucional, mas também o Direito Material. MARQUES acrescenta que, por serem incompatíveis com o sistema processual em vigor, também são inadmissíveis os meios probatórios de invocação ao sobrenatural, incluindo como tal juramentos, práticas espíritas, dentre outras condutas semelhantes, as quais não constituem meio de prova atualmente.²⁷

Muitas vezes, cabe ao juiz, a partir da análise do caso concreto, constatar quais provas podem ser consideradas ilícitas por violarem regra de moralidade, pois não é possível o legislador prever taxativamente todos os fatos que ofendam à moral.

O Código de Processo Penal também faz outras restrições,²⁸ sendo exemplos a limitação de utilização de prova que envolva o estado civil das pessoas, quando tratar de questão prejudicial,²⁹ uma vez que esta situação envolve interesse de ordem pública, não se relacionando somente ao interesse privado do indivíduo, sendo permitida a produção de determinada prova somente se o juiz penal obedecer às restrições previstas na lei civil.

Fatores como a inobservância das regras quanto ao tempo, lugar e forma dos atos processuais também podem ter como efeitos o impedimento da prática de qualquer ato, chegando a influir até na liberdade da prova.³⁰

Tendo-se como referenciais essas ressalvas, é que se pode afirmar que a liberdade quanto aos meios de prova no direito processual penal brasileiro é a regra, encontrando suas limitações na proteção aos valores que o sistema jurídico considera mais relevantes.

²⁷ MARQUES, *Elementos... vol. II.*, p.256.

²⁸ O art. 155 do CPP assim dispõe "No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil", bem como existem outras limitações, tais como as previstas nos artigos 92 e 93 (questões prejudiciais heterogêneas), 511 (validade ou invalidade de sentença declaratória de falência), 158, 207, 233, dentre outros.

²⁹ Cumpre observar que se a questão versar sobre questão prejudicial obrigatória, o juízo penal não só está impossibilitado de admitir prova, como está impedido até mesmo de decidir a questão, em função de regras processuais.

³⁰ TORNAGHI, *op. cit.*, p.306.

2.6 IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA DE PROVA NO PROCESSO PENAL

A prova, uma vez que compõe o sistema jurídico pátrio, está submetida aos valores dispostos na Constituição Federal, em função da primazia do texto constitucional sobre todos os demais ramos do ordenamento jurídico.

Desta forma, prevalece entre nós a regra de que as garantias estabelecidas constitucionalmente nunca devem ser afastadas de qualquer fase do processo, incluindo, evidentemente, o penal.

O texto constitucional dispôs sobre importantes conquistas de um Estado Democrático de Direito, como a garantia à tramitação de um processo segundo forma devidamente prevista em lei (princípio do devido processo legal, art. 5º, LIV), a liberdade de atuação das partes, tanto para indagar quanto tomar conhecimento sobre a formação e produção de uma prova (princípio do contraditório e da ampla defesa, art. 5º, LV), a publicidade dos atos processuais como regra para dar conhecimento a todos os interessados (princípio da publicidade, art. 5º, LX) ou ainda o julgamento realizado por autoridade competente (princípio do juiz natural, art. 5º, LIII), dentre outros casos.

A leitura dos princípios constitucionais deve ser feita em conjunto, pois em muitos casos constata-se o vínculo direto entre diversos princípios, não permitindo que sejam plenamente individualizados, uma vez que a validade do processo penal está condicionada ao não afastamento de qualquer um destes princípios.

Cumprir fazer especial menção a alguns destes princípios, não só pela importância e segurança jurídica produzida com a obediência a eles, como pelo posicionamento doutrinário de que o legislador infraconstitucional nem sempre respeita estas disposições constitucionais, conforme devida explicação a ser realizada adiante. Estes princípios são o do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da presunção da inocência, da vedação da admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos e o da proporcionalidade.

2.6.1 Princípio do Devido Processo Legal

O processo só atinge sua finalidade quando se faz valer do procedimento adequado ao conflito que é o seu objeto, assim garantindo os interesses das partes processuais.

A Constituição Federal, através dos incs. LV, LXI, LXIII e LXIV, do art. 5º, consagra o devido processo legal como norma fundamental e garantia aos cidadãos, com o Estado não podendo tornar efetiva sua pretensão de punir sem a devida acusação em juízo. Pela incidência de tal princípio, a privação de liberdade somente será legítima quando for precedida de acusação, julgada em processo onde se verifique defesa plena.³¹

2.6.2 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

A Constituição Federal assegura plena defesa aos acusados, com todos os meios e recursos essenciais a ela, como forma de composição do devido processo legal, definindo garantias ao acusado, como a obrigatoriedade de defesa técnica ao acusado, uma vez que a acusação sempre estará tecnicamente representada, e o processo deve conferir tratamento igualitário às partes neste ponto.

Também o texto constitucional consagra o princípio do contraditório, componente do devido processo legal e extensão da ampla defesa, uma vez que se o processo penal tem caráter bilateral (autor e réu), deve ser facultado a uma parte contrariar atos processuais realizados pela outra, pela própria essência da relação processual como reflexo de pretensões contrárias entre si.

Reside o contraditório na possibilidade conferida a ambas as partes processuais de tomarem ciência dos atos praticados pela outra parte e que possam produzir atos correspondentes à sua pretensão, em igualdade de condições.³²

Nota-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa estão ligados e são pressupostos indispensáveis para que ocorra o devido processo legal. Assim, o acusado deve tomar ciência de todos os atos processuais referentes a ele, não

³¹ MARQUES, Curso... vol. I, p.84.

³² Ibidem, p.90.

podendo ocorrer sentença condenatória transitada em julgado, feita através de processo em que o acusado não compareceu em juízo (citação por edital), pois isso violaria as garantias que o cidadão possui, uma vez que não seria concedida a oportunidade de exercer defesa.

2.6.3 Princípio da Presunção de Inocência

Fundamentado na idéia de liberdade como a regra que deve ser estendida a cada indivíduo integrante de uma sociedade, a presunção de inocência tornou-se uma característica de toda sociedade livre, possuindo vínculo com o devido processo legal, sendo que TOURINHO FILHO afirma que o princípio da inocência “nada mais representa que o coroamento do *due process of law*”.³³

Sua primeira previsão legal no contexto que conhecemos hoje aconteceu na Constituição Francesa, que assim previa: *“Tout homme étant présumé innocent jusqu’a ce qu’il ait été déclaré coupable; s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s’assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi”*.

Até mesmo pela grande influência que o pensamento jurídico-liberal exerceu, a ONU, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, assim dispôs sobre o assunto em seu art.11: *“Everyone charged with a penal offense has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has all the guarantees necessary for his defense”*.

Após esta nítida consagração universal do princípio da inocência como regra inafastável de toda sociedade fundada num Estado Democrático de Direito, diversas legislações consagraram-no expressamente. O Brasil esteve presente na Assembléia Geral das Nações Unidas que consagrou a orientação acima transcrita, devendo a norma ter vigência tão logo fosse ratificada e então ser recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico. Na época, isto não ocorreu materialmente, uma vez que o Código de Processo Penal não foi formulado sob a égide de tal princípio, sendo necessário uma reforma que atualizasse seu conteúdo, a qual não aconteceu.

³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, volume 1**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 61.

Assim, o princípio da inocência no processo penal não integrou o ordenamento jurídico brasileiro até a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde passou a figurar como direito fundamental, no art. 5º, LVII, o qual fazia a previsão de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Com tal previsão, enquanto o réu não for condenado através de sentença, vigora entre nós a presunção quanto à sua inocência. Sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória se justifica apenas a título de cautela, sendo evidente que a regra é a liberdade. Existindo esta garantia constitucional, qualquer violação ou disposição contrária a ela, que se exteriorize através de lei, deve ser tratada como inconstitucional, por nítida afronta ao texto constitucional.

2.6.4 Princípio da Vedação das Provas Ilícitas

Inovou o texto constitucional no nosso ordenamento jurídico quando da previsão de inadmissibilidade de provas que fossem obtidas através de meio ilícito, conforme disposição do inc. LVI do art. 5º: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Ainda que exista, em termos didáticos, a distinção quanto ao que seria prova ilícita e ilegítima, sendo esta a violação de regras processuais, enquanto aquela seria a violação de direito material, os “meios ilícitos” do texto constitucional englobam ambas as situações, devendo-se entender que toda e qualquer prova obtida ilicitamente não será admitida em juízo, seja ela oriunda de afronta à Constituição, seja em violação ao direito material ou processual, pois o “ilícito” envolve também aquilo que viola a dignidade da pessoa humana, a qual corresponde à restrição quanto ao meio de prova a ser utilizado, conforme explicação realizada anteriormente.

Uma das controvérsias decorrentes da previsão legal em exposição diz respeito à inadmissibilidade de provas que seriam de natureza ilícita por derivação, ou seja, se seria lícito, ou não, a produção ou demonstração de prova que, a despeito de ter sido recolhida legalmente, só foi possível como consequência de utilização de meio ilícito previamente. Exemplos desta situação ocorrem quando, a partir da utilização de meio ilícito como a tortura, consegue-se informação para

apreensão de bem que foi objeto de furto, ou ainda quando da localização de entorpecentes, e conseqüente apreensão, como resultado de escuta telefônica, que é um meio ilícito.

Neste caso, a pergunta que se faz é: estaria o segundo ato, que, isoladamente considerado, teria natureza lícita, “contaminado” em função da ilicitude do ato que viabilizou a sua efetivação? É melhor que para atingir o fim (solucionar o crime) justifiquem-se os meios (tortura, escutas telefônicas, etc.)?

Dividem-se as opiniões quanto às provas “ilícitas por derivação”, também denominadas pela doutrina como *fruits of the poisonous tree* (teoria dos frutos da árvore envenenada).

TORNAGHI, discorrendo sobre a legalidade das provas legalmente obtidas seguindo-se as indicações dadas pelas ilegalmente conseguidas, opina que “devem levar-se em conta essas outras provas”, afirmando que “a questão é menos jurídica do que de política processual”.³⁴

Já TOURINHO FILHO afirma que “é preferível que o criminoso fique impune a se permitir o desrespeito à Lei Maior”³⁵, no sentido de que a ilicitude comunica-se a toda a prova produzida no decorrer do processo em função do emprego de meio ilícito em dado momento, não podendo nenhuma prova oriunda de tal ato ser admitida no processo por estar violando o texto constitucional que veda a utilização de meio ilícito para a obtenção de prova.

MARQUES afirma que, se em algum momento do processo ocorreu a utilização de prova “atentória da dignidade da pessoa humana, vedado está ao juiz fundar-se no resultado dessa prova, se, por qualquer motivo, dela se lançou mão ou na fase preparatória de investigação, ou mesmo no transcurso da fase instrutória do processo”,³⁶ enquanto Antonio Milton de BARROS é taxativo quando afirma que a prova ilícita por derivação “não pode ser admitida, de acordo com a Constituição brasileira.”³⁷

³⁴ TORNAGHI, op. cit., p. 310.

³⁵ TOURINHO FILHO, **Processo penal**, volume 1., p. 61.

³⁶ MARQUES, **Elementos...**, vol. I., p. 276.

³⁷ BARROS, Antonio Milton de, op. cit., p. 37.

2.6.5 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, advindo do direito alemão, estipula que, havendo dois princípios constitucionais em conflito, deve-se colocá-los em uma imaginária balança, a fim de sacrificar aquele que seja de menor relevância social.

No tocante ao processo penal, decorre de construção doutrinária recente a noção de que prevalece a possibilidade da utilização de provas obtidas ilicitamente, desde que beneficiem a defesa, quando seja indispensável, se produzida pelo próprio interessado (neste caso constitui legítima defesa, excluindo a ilicitude) ou ainda se for o único modo possível.³⁸

Esse entendimento parte da constatação de que, se a proibição da admissão de provas ilícitas figura no capítulo destinado aos direitos fundamentais do homem, isto visa proteger o acusado. Logo, a obtenção de prova por meio ilícito que beneficie o réu deveria ser admitida, pois estaria em sintonia com os valores protegidos constitucionalmente.

Estariam entrando em conflito dois interesses distintos, quais sejam, o de terceiro prejudicado pelo emprego de meio ilícito e a liberdade do réu. Como os dois possuem especial proteção constitucional, incide o princípio da proporcionalidade, que faz uma “pesagem na balança” entre os dois valores, para verificar aquele que deve prevalecer.

Entende-se, nesse caso, que o bem maior a ser protegido é o da proteção à liberdade do indivíduo, por ser uma garantia individual insuperável. Assim, o Estado, através do ordenamento jurídico, reconhece a liberdade e autonomia da pessoa humana como valores mais importantes a serem protegidos, devendo o direito à liberdade do acusado prevalecer sobre o “*jus puniendi*” do Estado, quando entrarem em conflito, atendendo a um critério de proporção entre os valores protegidos.

³⁸ MIRABETE, op. cit., p. 260.

2.7 REFLEXÃO DA VEDAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO BRASILEIRO

O direito brasileiro inovou quando da previsão de inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, de forma absoluta com que fez no texto constitucional, uma vez que não se verifica em textos constitucionais de outros países a inclusão taxativa desta regra.

Decorre diretamente dessa previsão legal o prevalecimento do respeito à dignidade humana, bem como as demais garantias quanto à liberdade do indivíduo, em relação ao interesse estatal quanto à repressão, ou seja, foi posto um limite de índole constitucional para a eficácia da persecução penal que não se ajuste ao sistema jurídico vigente.

Procedendo desta forma, conferiu o legislador maior efetividade à noção que temos de Estado Democrático de Direito, uma vez que este está fundado nos diversos valores que estão sendo comentados aqui, como a liberdade do indivíduo, a segurança jurídica e o respeito à dignidade da pessoa humana e partindo do cumprimento a todos estes valores é que poderá atingir seus fins. Deve-se respeitar o rol das garantias que são consagradas constitucionalmente, pois é o resultado dos interesses de nossa sociedade.

3. DA LAVAGEM DE DINHEIRO

3.1 ORIGEM DA EXPRESSÃO LAVAGEM DE DINHEIRO

Existe o entendimento de que o termo “lavagem de dinheiro” nasceu na China, 3.000 anos atrás, quando mercantes adotavam, para proteger os seus patrimônios dos governantes da época, técnicas muito parecidas às usadas hoje pelos lavadores, enquanto outros acreditam que o termo deriva do fato que nas décadas de 20 e 30 do século passado os “*gangsters*” mafiosos americanos tinham o hábito de reciclar o dinheiro em espécie, oriundos de atividades como o contrabando, a prostituição, o jogo ilegal e extorsão, através de redes de lavanderias (e também de caça níqueis) que eram usadas para conferir uma origem lícita para o dinheiro.³⁹

Atualmente, a expressão “lavagem de dinheiro”⁴⁰ é empregado quando derive da operação de transformar dinheiro ilícito (ou sujo) em dinheiro lícito (ou limpo) resultando no processo geral de lavagem que é a transformação de algo sujo em algo limpo. A respeito do pouco rigor técnico, a utilização do termo é bastante difundida e aceita por aqueles que tratam do assunto, tanto doutrinariamente quanto pelos profissionais envolvidos no combate ao delito.

É importante não fazer confusão entre dinheiro sujo, que é aquele resultante das mais diversas atividades ilícitas (contrabando, tráfico de drogas), de dinheiro negro, que é aquele produzido por atividades legais, mas que não foi submetido ao controle fiscal (sonegação fiscal, evasão de capitais).⁴¹

³⁹ PARODI, Lorenzo. **Lavagem de Dinheiro e Seus Perigos**. Disponível em: <<http://www.fraudes.org/fraudes/lavagem.asp>> Acesso em 13/08/2004.

⁴⁰ A expressão possui termos análogos em diversos idiomas, demonstrando a preocupação mundial em relação ao delito. O emprego legal das expressões *branqueamento de dinheiro* em Portugal, *blanqueo de dinero* na Espanha ou *blanchiment d'argent* na França e Bélgica é adotado em função do resultado da ação, preocupando-se em usar vocábulo que denotasse limpeza, em função da transformação de dinheiro sujo em limpo. Outro critério utilizado é o que leva em conta a natureza da ação praticada, com os países de língua inglesa adotando a expressão *money laundering*, a Alemanha *geldwache*, a Argentina *lavado de dinero* ou ainda a Itália com a *riciclagio*, são empregados nas diversas legislações. Este último critério foi o adotado pela nossa legislação, empregando a expressão lavagem de dinheiro, conforme a Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, itens 12 e 13.

⁴¹ Conforme item 34 da Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, o legislador fez expressa disposição quanto a não vinculação da lavagem de dinheiro em nosso ordenamento com a movimentação de dinheiro negro, pois neste o núcleo do tipo consiste na manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal e não num eventual acréscimo

Ainda que seja muito trabalhoso, na prática, separar o dinheiro sujo do negro, deve-se ter em vista que, no plano legal atual, a prática da lavagem de dinheiro relaciona-se a determinadas atividades criminosas previamente fixadas em lei, o que muitas vezes dificulta a investigação do delito.

3.2 CONCEITO

A lavagem de dinheiro é o conjunto de operações e atividades que visa transformar dinheiro de origem ilícita em dinheiro ou patrimônios com uma origem aparentemente lícita, com a finalidade de poderem ser utilizados da maneira com que o criminoso entenda como adequada, tendo a sua ligação com a atuação do crime organizado presente na conceituação de Raul Cervini, para o qual os procedimentos de lavagem de dinheiro *“...es decir la conversión de dinero ilegítimo en activos monetarios o no, con apariencia legal, o dicho de forma más simple: los mecanismos dirigidos a disfrazar como lícitos fondos derivados de una actividad ilícita, han estado asociados desde principios de siglo con variadas actividades del crimen organizado.”*⁴²

Isto significa que a prática da lavagem de dinheiro permite que delinqüentes (traficantes, contrabandistas de armas, terroristas, etc.) continuem a desempenhar suas atividades criminosas, obtendo lucros ilícitos, além de provocar lesão ao sistema financeiro utilizado, pois os criminosos revertem parte do patrimônio “lavado” também em objetos lícitos, podendo, inclusive, a instituição que foi utilizada para a lavagem ter a sua integridade questionada, independente da presença de intenção para que fosse atingido determinado objetivo no procedimento.

patrimonial manifestamente ilegal. A tendência é de que esse panorama seja alterado em breve, uma vez que o Ministério da Justiça está elaborando proposta de alteração da Lei 9.613/98, na qual o será ampliado o rol de crimes antecedentes, incluindo a sonegação fiscal como crime anterior à lavagem.

⁴² CERVINI, op. cit., p.29.

3.3 ETAPAS DO PROCEDIMENTO DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A prática da lavagem de dinheiro normalmente envolve diversas transações, sendo muitas vezes de difícil percepção a sua ocorrência, pois se concretizam através de uma série de operações complexas e aparentemente desconectas entre si, com o intuito de ocultar a origem ilícita dos ativos financeiros, possibilitando que eles sejam utilizados posteriormente sem o comprometimento do agente criminoso. Nota-se que a base do crime é a dissimulação ou ocultação referente ao dinheiro proveniente de crime antecedente.⁴³

A lavagem de dinheiro não é um ato simples, mas um procedimento que se compõe basicamente de três etapas, sendo que elas podem ser resolvidas numa única transação ou aparecendo em formas separadas, uma por cada vez e ao longo de um certo período de tempo.

A primeira etapa que o criminoso utiliza é a da colocação ou ocultação do dinheiro no sistema econômico, movimentando o dinheiro para ocultar a sua origem ilícita, preferencialmente em países onde as leis inexistem ou são bastante flexíveis para tais operações, com o intuito de transformar os valores em quantias menos visíveis e mais manejáveis, utilizando intermediários (bancos, bolsas de valores, etc.) que, voluntariamente ou não, acabam servindo para que o criminoso faça a troca ou conversão dos valores ilicitamente obtidos.

Os criminosos, nessa primeira etapa, aplicam técnicas cada vez mais sofisticadas, aproveitando fatores como a utilização de estabelecimentos comerciais que normalmente operam com dinheiro em espécie ou fracionando valores que se movem pelo sistema financeiro,⁴⁴ assim dificultando a descoberta de tal movimentação e a sua investigação.

A segunda etapa, denominada fase de controle ou cobertura, consiste na criação de dificuldades para que os recursos ilícitos sejam rastreados, mediante a operação de diversas transações superpostas, visando quebrar o conjunto de evidências que viabilizem eventual investigação sobre a origem do dinheiro.

⁴³ CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS. **Lavagem de dinheiro: um problema mundial**. Brasília: UNDPC, 1999, p.4.

⁴⁴ Ibidem, p.11.

Para cumprir tal objetivo, os criminosos se valem de ações como a transferência de ativos para contas anônimas, inversões de títulos ao portador preferencialmente públicos, múltiplas transferências em dinheiro, manipulações das bolsas, compensações financeiras, remessas aos paraísos fiscais e a superfaturação de exportações, ações que dificultam ainda mais a apuração do crime, proporcionalmente ao grau de ocultação que o agente efetiva.

Por fim, na última fase, denominada fase de integração, ocorre a incorporação dos valores ao sistema econômico, com aparência de procedência legal dos ativos. Com os valores incorporados ao seu patrimônio, as organizações criminosas investem em diversos empreendimentos que desenvolvam suas atividades, algumas tendo aparência de licitude (compra de ações, imóveis) e outras manifestamente ilegais (aquisição de novas armas, compra de drogas, subornos), as quais servem para a manutenção e desenvolvimento do aparato que determinada organização criminosa possui.

Os pontos a serem considerados mais sensíveis e delicados no processo de lavagem do dinheiro são normalmente a entrada do dinheiro em espécie no sistema financeiro, a realização de transferências, tanto dentro quanto fora do sistema financeiro e o fluxo de dinheiro entre diferentes países. Estes são normalmente os momentos nos quais os lavadores se encontram mais expostos e vulneráveis e por isso as autoridades do mundo inteiro, em graus diferentes de intensidade e eficiência, tentam se concentrar no combate à lavagem de dinheiro partindo destes pontos de fraqueza.

Por outro lado, os lavadores de dinheiro concentram grande parte de seus esforços na busca ou criação de justificativas, meios, coberturas e disfarces para que as operações deles não apareçam suspeitas e não sejam detectadas, sobretudo na hora em que forem sujeitas aos pontos de exposição e fraqueza acima indicados.

Da análise dessas fases do procedimento, podem ser apontados fatores comuns a todas as operações de lavagem de dinheiro, como as necessidades de ocultar a origem e o verdadeiro dono do capital, de manter sempre o controle do capital e de mudar rapidamente a forma do capital para poder movimentar o grande volume de dinheiro gerado da atividade criminal de origem.

3.4 CARÁTER TRANSNACIONAL DO CRIME

Para se sustentar e desenvolver, o crime organizado cria uma rede de contatos e de inteligência, via de regra rompendo os limites de um território, com a prática das atividades delituosas assumindo caráter transnacional, não restrita a um só país.

Assim, característica freqüentemente encontrada no delito de lavagem de dinheiro é o caráter transnacional do crime, nitidamente quando da utilização dos paraísos fiscais, que são países com características como a proteção ao sigilo bancário e comercial, facilidades legais para a constituição de sociedades comerciais, relativa estabilidade política, impostos baixos sobre a instalação de empresas estrangeiras e a possibilidade de maior flexibilidade quanto às operações financeiras, com menores chances de monitoramento.⁴⁵

Com tais características presentes, esses países acabam chamando a atenção dos criminosos, que as aproveitam para a viabilização da lavagem de dinheiro, ainda que estes instrumentos de política econômica e tributária não tenham sido deliberadamente criados para o favorecimento dos delinqüentes.⁴⁶

Isto geralmente não ocorre ao acaso, pois, valendo-se desta prática, o crime organizado aproveita o fato de que a atividade criminosa fica fora do alcance das

⁴⁵ A Receita Federal, através da Instrução Normativa nº 188/2002, relacionou quais seriam os territórios a serem considerados paraísos fiscais: "Art. 1º ... consideram-se países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% ou, ainda, cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade as seguintes jurisdições: I - Andorra; II - Anguilla; III - Antígua e Barbuda; IV - Antilhas Holandesas; V - Aruba; VI - Comunidade das Bahamas; VII - Bahrein; VIII - Barbados; IX - Belize; X - Ilhas Bermudas; XI - Campione D'Italia; XII - Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); XIII - Ilhas Cayman; XIV - Chipre; XV - Cingapura; XVI - Ilhas Cook; XVII - República da Costa Rica; XVIII - Djibouti; XIX - Dominica; XX - Emirados Árabes Unidos; XXI - Gibraltar XXII - Granada; XXIII - Hong Kong; XXIV - Lebuano; XXV - Líbano; XXVI - Libéria; XXVII - Liechtenstein; XXVIII - Luxemburgo (no que respeita às sociedades *holding* regidas, na legislação luxemburguesa, pela Lei de 31 de julho de 1929) ; XXIX - Macau; XXX - Ilha da Madeira; XXXI - Maldivas; XXXII - Malta; XXXIII - Ilha de Man; XXXIV - Ilhas Marshall; XXXV - Ilhas Maurício; XXXVI - Mônaco; XXXVII - Ilhas Montserrat; XXXVIII - Nauru; XXXIX - Ilha Niue; XL - Sultanato de Omã; XLI - Panamá; XLII - Federação de São Cristóvão e Nevis; XLIII - Samoa Americana; XLIV - Samoa Ocidental; XLV - San Marino; XLVI - São Vicente e Granadinas; XLVII - Santa Lúcia; XLVIII - Seychelles; XLIX - Tonga; L - Ilhas Turks e Caicos; LI - Vanuatu; LII - Ilhas Virgens Americanas; LIII - Ilhas Virgens Britânicas."

⁴⁶ CERVINI, Raul, op. cit., p.98.

normas do local em que o ato foi praticado,⁴⁷ criando inúmeras barreiras para o seu combate e punição, assim rompendo a validade e eficácia legais.

Fatores como a limitação da ação policial à fronteira do país onde a ação criminosa ocorreu,⁴⁸ a vantagem da rapidez e comodidade das operações bancárias eletrônicas de valores obtidos ilicitamente pelo criminoso em detrimento das ações judiciais no sentido de combater tal prática ou ainda as diferenças existentes entre as legislações dos países envolvidos, constituem notáveis dificuldades para solucionar o problema.

A prática da lavagem de dinheiro, via de regra, apresenta esse caráter transnacional, aspecto esse que constitui a característica mais importante da criminalidade organizada contemporânea, pois os Estados envolvidos vêem as possibilidades de combater e prevenir tais crimes reduzidas consideravelmente.

Torna-se indispensável que se pense em soluções que também ultrapassem as fronteiras dos países, sem conflitar com a noção de território e soberania, como a colaboração judicial entre os Estados e a harmonização legal, pois muitas vezes os sistemas jurídicos se mostram incompatíveis entre si.

3.5 POLÍTICA CRIMINAL

O direito penal não fica inerte a todas estas atividades perpetuadas pela ação de grupos de crime organizado, pois consiste exatamente na resposta estatal para as condutas desvaloradas.

Como o crime organizado foi gradativamente aumentando sua influência e produzindo maiores efeitos na sociedade, seja pelos prejuízos causados diretamente ao Estado, seja por aqueles causados à sociedade, e o direito vigente vai se mostrando insuficiente para conseguir combater e prevenir a prática destas condutas

⁴⁷ Notório exemplo a ser observado no contexto prático brasileiro é o uso, por parte dos lavadores, das contas CC5 (contas que são denominadas desta maneira em função de terem sido autorizadas pela Carta Circular-5 do Banco Central do Brasil), que são contas correntes de não residentes naquele determinado país, possibilitando a movimentação financeira através de tais contas, mesmo à distância. O criminoso, então, faz a remessa ilegal de valores para fora do Brasil, fazendo-se valer destas contas CC-5, normalmente através de intermediários - "doleiros" - que possibilitam inclusive o retorno dos valores com natureza "lícita", após passarem pelo procedimento de lavagem.

⁴⁸ Tanto a polícia, como o próprio Direito Penal, está delimitada pelo princípio da territorialidade, bem como pela noção de Estado soberano. O limite de sua ação está na fronteira do país no qual aconteceu a ação criminosa.

criminosas, passou a existir imperiosa necessidade de atuação de política criminal visando à tipificação destas recentes condutas, aí incluindo a lavagem de dinheiro, com o intuito de mudar tal panorama.

Assim, o Estado passou a tentar organizar sua defesa e a dos cidadãos contra estas diversas modalidades delituosas, geralmente ligadas ao crime organizado, através de promulgação de diversas leis, que dispõem sobre controle de armas, lavagem de dinheiro, crime organizado, dentre outras.

Escreve Raul CERVINI que *“...la conformación de nuevos tipos penales explícitos y procedimientos vinculados a la delincuencia organizada, en especial a la represión y control del lavado de dinero, se debe realizar de acuerdo a las directivas garantizadoras connaturales al dogma penal sustantivo y procesal. No existe ni sería admisible (...) una protección penal eficaz a costa de la seguridad jurídica.”*⁴⁹

O conteúdo desta resposta jurídica não está sendo aceito pacificamente na doutrina, pois as novas leis que tratam do assunto estão contendo diversas excentricidades, por vezes contrárias aos princípios gerais do direito penal ou até mesmo sendo apontadas como inconstitucionais.

René Ariel DOTTI denomina esta experiência que estamos sofrendo de “direito penal de terror”, sendo uma de suas características a massificação da responsabilidade criminal, a qual “... fomenta o justicamento social determinado pelos padrões sensacionalistas da mídia que subverte o princípio da presunção de inocência e alimenta a fogueira da suspeita que é a justiça das paixões, consagrando a responsabilidade objetiva (...)”⁵⁰

Essa pressão realmente existe, e pode ser feita tanto por entidades internacionais quanto pela própria população atingida. Por isso mesmo, o adequado seria que aqueles a quem fosse atribuída competência para legislar sobre o tema tivessem uma exata compreensão sobre toda a problemática envolvida, mas decorrem das soluções propostas em leis diversos questionamentos sobre a aptidão para o legislador realmente cumprir a meta, mas sem a violação do sistema jurídico vigente. Muitas vezes, confundem-se as dificuldades técnicas em matéria probatória e processual com a impossibilidade.

⁴⁹ CERVINI, Raul. op. cit., p.33.

⁵⁰ DOTTI, René Ariel. **Proposta para uma nova consolidação das leis penais**. Disponível em: <http://www.forenses.com.br/Atualida/Artigos_DP/350dou10.htm> Acesso em 30/08/2004

Estes pensamentos têm em vista a constatação de que diversas leis estariam violando princípios de direito penal para contornar as dificuldades que existem para a investigação de delitos correlatos, em ação na qual “os fins justificam os meios”.

Definindo qual é realmente o bem jurídico protegido e enfrentando toda problemática sem desvios quanto ao princípio da legalidade (assim não violando princípios orientadores do Direito Penal), e sempre tendo em vista as garantias de nossa Constituição, fica pavimentado o caminho para que uma determinada lei possa produzir todos os efeitos que a coletividade realmente deseja.

4. DA LEGISLAÇÃO VIGENTE EM MATÉRIA DE LAVAGEM DE DINHEIRO

4.1 RECOMENDAÇÕES E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Conforme exposição anterior, a atuação do crime organizado é de natureza global, produzindo efeitos em todos os países e comprometendo diversos deles. Sendo uma preocupação mundial, é uma consequência lógica que diversos Estados passassem a discutir o tema, pela gravidade dos efeitos produzidos.

A primeira resposta formal efetiva ao comportamento adotado pelos grupos criminosos aconteceu em 12 de dezembro de 1988, através da Declaração de Princípios da Basileia, quando os diretores dos Bancos Centrais das dez maiores potências do mundo se reuniram e formularam uma declaração de princípios, que regulamentava o comportamento que as instituições financeiras ao redor do mundo deveriam ter. Entre esses princípios estavam incluídos o da identificação e conhecimento do cliente, do cumprimento das leis e da cooperação com as autoridades, sendo o conteúdo desta Declaração posteriormente complementado, para se manter atualizado.

Dias depois, mais precisamente em 20 de dezembro de 1988, na Conferência das Nações Unidas (na qual o Brasil estava presente) que estava encarregada de elaborar uma Convenção contra o tráfico ilícito de drogas, em Viena, denominada “Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas”, foi apresentado um texto que tratava tanto do tráfico de drogas quanto da regulamentação e da prevenção do processo de lavagem de dinheiro e da confiscação dos bens relacionados à prática do crime.⁵¹

Os pontos referentes à lavagem de dinheiro mais importantes elaborados pela Convenção diziam respeito ao estabelecimento da obrigação de cada país participante de incriminar e penalizar a lavagem de dinheiro derivada do tráfico de drogas a título intencional do agente criminoso, assim facilitando a cooperação judicial entre os países, o regulamento desta cooperação internacional, o estabelecimento de normas a serem adotadas pelos países em matéria de

⁵¹ O texto da Convenção assim dispôs: “Art. 3º Cada uma das partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: I) a conversão ou a transferência de bens...; II) a ocultação ou o encobrimento...”

confiscação dos bens oriundos do narcotráfico e o estabelecimento de princípios para facilitar a cooperação nas investigações,⁵² todas orientações pertinentes para o combate do crime de lavagem de capitais. Outro importante ponto da Convenção era o que estabelecia o princípio de que o sigilo bancário não deveria interferir nas investigações criminais no contexto da cooperação internacional, orientação que dá margem a interpretações que restrinjam direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Essas recomendações e propostas apresentadas na Convenção de Viena, referentes à lavagem de dinheiro, influenciaram não só os demais textos internacionais subseqüentes como as também legislações nacionais dos países que se dispuseram ao combate a tal delito.⁵³

A Convenção de Viena foi pioneira no tratamento na regulamentação do crime de lavagem de dinheiro, mas tratava somente da lavagem realizada com capital oriundo do narcotráfico, atividade que, se por um lado constitui a mais relevante do crime organizado, não é a única que produz significativos efeitos na sociedade.

Com a necessidade de equiparar o tratamento jurídico à lavagem de valores e bens que tinham origem relacionada aos demais crimes, dois anos depois o Conselho da Europa realizou uma Convenção sobre o assunto, caracterizando a lavagem como a conversão ou transferência de capitais que busquem dissimular ou encobrir a origem ilícita ou de auxiliar terceiro a ocultar a natureza, origem, destino ou movimentação destes bens, em definição idêntica a da Convenção de Viena.

As diferenças diziam respeito à orientação de que o crime poder ser realizado através da origem dos valores ser vinculada aos demais delitos e não somente ao narcotráfico, mostrando evolução considerável, e também fixando a possibilidade de tipificação da comissão imprudente destes crimes e não só de dolo intencional, em orientação que exige especial atenção para evitar abusos.

Também em 1990, foi publicado informe do grupo de trabalho criado para estudo das ações financeiras relativas a lavagem de dinheiro, convocado pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI), reunindo os sete países mais industrializados do mundo

⁵² CERVINI, op. cit., p.114.

⁵³ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Lavagem de Dinheiro: comentários à Lei 9.613/98**. 1ª ed., 2ª tir.. Curitiba: Juruá, 2002, p.50.

e outros interessados na lavagem de dinheiro, com a finalidade de prevenir a utilização do sistema bancário e demais instituições financeiras para a prática da lavagem, bem como a recomendação de esforços preventivos adicionais, inclusive para facilitar a assistência legal entre os países.

Esse informe é denominado “40 Recomendações” do GAFI quanto à prevenção do crime de lavagem de dinheiro e possui importantes orientações, tanto para os Estados como a necessidade de cada país adotar as medidas necessárias para ratificar e implementar o conteúdo da Convenção de Viena, adotando as medidas necessárias para a tipificação da lavagem de dinheiro, a extensão da responsabilidade quanto ao crime para as pessoas jurídicas, não ficando restrita às pessoas físicas, bem como para as instituições financeiras, como o dever de prestar atenção em todas as operações excessivamente complexas ou com infundada grande dimensão, sem um sentido econômico ou legal, e ainda o desenvolvimento de programas internos para levar ao conhecimento de seus funcionários os procedimentos e técnicas utilizadas para a lavagem de dinheiro.

As Recomendações do GAFI passam por revisões, regularmente, para que se mantenham atualizadas. Por exemplo, no ano de 2002, o GAFI fez um revisão no tocante aos cuidados quanto aos indícios de financiamento da prática de terrorismo, em função dos atentados de 11 de setembro.

No continente americano, foi criada a Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD), que elaborou o “Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Outros Delitos Graves”, o qual consistia num instrumento formal de recomendações aos países do continente, destinado à harmonização das legislações nacionais referentes ao combate à lavagem de dinheiro e à criação de um órgão específico central para o combate do delito em cada país,⁵⁴ ressaltando que algumas das recomendações contidas neste Regulamento foram criticadas pela doutrina, no que se referem à supressão de garantias individuais.⁵⁵

De qualquer forma, todas estas orientações em nível internacional formam um conjunto que possibilita a cada país a criação de sistemas legislativos que

⁵⁴ CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS, op. cit., p.23.

⁵⁵ CERVINI, op. cit., p.156.

possam prevenir e combater a lavagem de dinheiro, sem ferir os direitos e garantias reservadas a cada cidadão, nem implicando na violação das normas pertencentes ao Estado em questão. Na verdade, o objetivo que cada Estado possui é a harmonização entre a necessidade de combate e prevenção à prática da lavagem, sem contrariedade aos valores que constituem o Estado Democrático de Direito, tais como o princípio da legalidade e a observância dos direitos fundamentais.

4.2 DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL: A LEI 9.613/1998

A legislação brasileira anteriormente vigente mostrou-se insuficiente no combate aos delitos cometidos pelas organizações criminosas, sendo natural que a movimentação dos capitais oriundos de tais atividades também ficasse impune, agravando o problema, pois são fornecidas as condições para a propagação e desenvolvimento do crime organizado.

Consciente do problema e cumprindo com as recomendações internacionais que buscam a harmonização do sistema jurídico penal em matéria de lavagem de dinheiro entre os diversos países, o Brasil formulou legislação específica para tratar do tema, pois já havia assumido obrigação legal após ratificar o conteúdo da Convenção de Viena.

A tipificação da técnica de lavagem de dinheiro empregada pelos criminosos ocorreu em nosso ordenamento jurídico através do surgimento da Lei 9.613 de 1º de março de 1998, também chamada de Lei de Lavagem de Dinheiro, iniciando um sistema de controle de operações financeiras e de fiscalização de movimentação e capitais,⁵⁶ visando a regulamentação do assunto.

Assim, o crime de lavagem de dinheiro foi previsto em lei especial, forma esta que se tornou comum no ordenamento jurídico penal brasileiro. Ainda que esta técnica legislativa permita a eventual concentração de toda uma determinada matéria num mesmo diploma, existe a possibilidade de determinados pontos se mostrarem contrários aos princípios e normas contidos no Código Penal e de Processo Penal, acarretando a erosão do sistema punitivo⁵⁷ e gerando diversas

⁵⁶ OLIVEIRA, Willian Terra de. **Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.315.

⁵⁷ *Ibidem*, p.316.

normas bastante questionáveis pela doutrina, as quais serão tratadas mais adiante, em capítulo específico.

Desde a sua entrada em vigência, a Lei 9.613/1998 sofreu alterações e complementos, no sentido de conferir maior efetividade ao seu conteúdo. Exemplos disso são encontrados na Lei nº 10.467/2002 e na Lei nº 10.701/2003, as quais alteraram a redação da Lei de Lavagem de Dinheiro, a Lei Complementar nº105/2001, que dispôs sobre a regulamentação do sigilo, ou ainda a Instrução Normativa nº 188/2002, que trata dos paraísos fiscais.

4.2.1 Estrutura do Tipo Penal: o art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro

Fazendo uma abordagem e tendo como referência inclusive as alterações que foram acrescentadas à lei, o art. 1º da Lei 9.613/1998 (incluindo seus incisos e parágrafos)⁵⁸ traz a previsão legal do crime de lavagem ou ocultação de bens, valores ou direitos, sendo que a qualificação da conduta, em qualquer uma das figuras penais previstas, acarreta imposição de pena severa (reclusão de três a dez anos e multa, seguindo a solução adotada em Portugal e na Argentina), com a

⁵⁸ “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II - de terrorismo e seu financiamento; (Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003) III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV - de extorsão mediante seqüestro; V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI - contra o sistema financeiro nacional; VII - praticado por organização criminosa; VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal). (Inciso incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002) Pena: reclusão de três a dez anos e multa. § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. § 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal. § 4º A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do *caput* deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa. § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

previsão de aumento da pena, quando da presença da habitualidade no crime ou fazendo-se valer de organização criminosa,⁵⁹ em situações em que o criminoso faz do crime a sua profissão e justificando a aplicação de pena severa,⁶⁰ e de diminuição ou extinção da pena, com a consagração do instituto da delação premiada, em ato de política criminal que será retomado no capítulo seguinte.

A severidade da pena é proporcional à gravidade do delito, pelos efeitos que o mesmo produz e a aplicação de pena de multa ao criminoso é adequada, pela natureza do crime. É pertinente destacar que a pena não deve ser justificada apenas sob o prisma de evitar a impunidade, pois, conforme as palavras de William Terra de OLIVEIRA, “como demonstra a experiência internacional, *evitar a impunidade e aplicar efetivamente a lei e seus regulamentos* é algo mais importante do que a previsão de altas penas como artifício preventivo”.⁶¹

Requer a lei pátria para a caracterização do crime de lavagem de capitais a procedência de bens, valores ou direitos oriundos de práticas criminosas enumeradas no artigo abordado. Esta enumeração é taxativa (*numerus clausus*),⁶² e leva em consideração crimes de grande potencial lesivo, que requerem especial atenção quanto aos respectivos produtos do desempenho de sua atividade, com o intuito de não condicionar a lavagem de dinheiro a comissão de delitos de pouco potencial lesivo. Não é necessário que exista uma sentença judicial condenatória

⁵⁹ Não se confunde habitualidade no crime com crime habitual. Enquanto neste o crime é único, naquela existe pluralidade de crimes, com uma seqüência de atos criminosos demonstrando uma tendência em incorrer na prática delituosa por parte do autor.

⁶⁰ A própria Exposição de Motivos da Lei condiciona estas causas de aumento da pena com o combate ao crime organizado.

⁶¹ OLIVEIRA, op. cit., p.320.

⁶² O legislador pátrio optou pela enumeração taxativa dos delitos prévios responsáveis pela produção dos capitais envolvidos na prática da lavagem, conforme Exposição de Motivos da Lei de Lavagem de Dinheiro. As primeiras legislações que trataram do assunto, fundamentadas na Convenção de Viena, condicionaram a lavagem a capitais oriundos da atuação do narcotráfico. Depois, certos países ampliaram o rol de crimes antecedentes, mas ainda fazendo questão de enumerá-los taxativamente, o que foi verificado nas legislações da Espanha, Portugal, Alemanha, dentre outros. A terceira forma é a que ocorreu em países como França, Itália, Estados Unidos ou Bélgica, os quais condicionaram a lavagem de dinheiro a qualquer ilícito antecedente de natureza grave. O formato adotado pelo legislador no Brasil foi o segundo, e implica na necessidade de constante atualização dos crimes que devem figurar no rol de delitos prévios à lavagem de dinheiro, conforme a lei sempre possa fazer a previsão de quais sejam os crimes de maior gravidade pertinentes ao combate em certo momento, mas, conforme explicação anterior (ver nota de rodapé n.40), a tendência é a de que nossa legislação seja convertida em breve para a terceira forma, com o intuito de modernizar o combate e prevenção à lavagem.

prévia referente à comissão de algum destes crimes, bastando indícios que evidenciem a natureza ilícita para justificar a denúncia.

Estes crimes anteriores são o tráfico ilícito de drogas ou substâncias entorpecentes (previstos no art. 12 da Lei 6.368/1976), terrorismo ou seu financiamento (o crime de terrorismo ainda não tem conceituação na legislação pátria), contrabando ou tráfico de armas (são os crimes previstos no art. 334 o Código Penal e as condutas descritas na Lei de Segurança Nacional – Lei 7.170/1983), de extorsão mediante seqüestro (art. 159 do Código Penal), contra a Administração Pública (restrita ao controle da corrupção pública, remetendo ao que for conveniente entre os arts. 312 a 359 do Código Penal), contra o sistema financeiro nacional (remetendo-se aos descritos na Lei 7.492/1986), praticado por organização criminosa (referindo-se à Lei 9.034/1995 – Lei do Crime Organizado) e praticado por particular contra a administração pública estrangeira (previsão acrescentada pela Lei 10.467/2002, conforme arts. 337-B, 337-C e 337-D do Código Penal), todos previstos com o intuito de contemplar o princípio da justiça penal universal e previamente fixados em tratados e convenções, sendo característica de política criminal transnacional.⁶³

Devem ser feitas duas ressalvas ao rol de crimes antecedentes que o legislador fez no art. 1º, quanto aos crimes de terrorismo e àqueles praticados por organização criminosa, pois nosso ordenamento jurídico não definiu o que sejam tais crimes. De fato, não possuímos lei que defina o que seja terrorismo, inclusive sendo afastada a tutela da lei para crimes de tal natureza que sejam cometidos no exterior, e ainda que existam duas leis que versem sobre organização criminosa (Lei nº 9.034/1995 e Lei nº 10.217/2001), e não existe definição legal para tal conduta, resulta que não é possível, hoje, a condenação por crime de lavagem de dinheiro oriundo de terrorismo ou praticado por organização criminosa.⁶⁴

Quanto às modalidades do crime de lavagem, logo no *caput* figuram as principais formas de ocorrência do delito, que correspondem à busca de conferir aparência de licitude a bens, valores e direitos que o agente criminoso sabe ser oriundo de alguma das atividades previstas entre os incisos I a VIII, através das

⁶³ Conforme item 30 da Exposição de Motivos da Lei 9.613/98.

⁶⁴ JESUS, op. cit., p.28.

condutas de ocultar ou dissimular, que são as finalidades específicas do agente. Ocultar, conforme exposição anterior sobre as fases do processo de lavagem, é o ato de esconder, disfarçar, impossibilitar o conhecimento quanto à ilicitude que caracteriza o capital, enquanto dissimular representa a vontade do agente de garantir a ocultação, pois consiste em diminuir a visibilidade daquilo que já foi ocultado previamente.⁶⁵

Além destas formas básicas do delito, o § 1º descreve formas especiais de conduta para caracterizar o crime de lavagem de dinheiro através de figuras penais que pressupõem processo de lavagem de dinheiro já iniciada, prevendo condutas em que o agente, valendo-se de determinadas operações, concorre para a disponibilização e fruição de bens, valores ou direitos oriundos de crime previsto no artigo, punindo-se tanto a conduta realizada em proveito próprio quanto o auxílio a terceiros com tal intuito.⁶⁶

A efetiva fruição do produto de crime previsto no artigo também é tipificada, no § 2º, inc. I, caracterizada pela utilização pelo agente de bens, valores ou direitos que ele tem consciência quanto à procedência ilícita e mesmo assim os aplica em atividade financeira ou econômica.

O art. 1º ainda faz uma ampliação do conceito de participação no seu § 2º, inc. II⁶⁷, punindo a consciente participação do indivíduo em grupo ou associação que se vale da prática de lavagem de dinheiro, como forma de combate ao crime organizado, sendo requisito para a composição do tipo que tal conduta seja penalmente relevante, contribuindo de alguma maneira para a ocorrência do ilícito.

O delito envolve a lavagem de bens, direitos e valores, e de todo o patrimônio que seja resultado de atividade ilícita anterior. Nesta noção de “direitos, valores e bens” deve-se incluir o dinheiro e qualquer outra possibilidade de valoração patrimonial, sendo que o emprego da expressão lavagem de dinheiro envolve não só o objeto dinheiro, mas qualquer produto econômico oriundo de prática criminosa.

A objetividade jurídica protegida quando da ocorrência de crime de lavagem de dinheiro varia de acordo com o caso concreto, podendo ser a segurança da

⁶⁵ OLIVEIRA, William Terra de, op. cit., p.329.

⁶⁶ Ibidem, p.335.

⁶⁷ Ibidem, p.337.

ordem econômica-financeira do Estado, quando da produção de graves conseqüências no sistema econômico (como o caso do dinheiro resultante do narcotráfico na Colômbia), ou ainda possuir outro objeto, porque o delito possui pluralidade ofensiva, uma vez que também podem ser atingidos interesses individuais e outros que não se enquadrem numa lesão relevante ao sistema econômico-financeiro (quando envolve valores ínfimos, insuficientes para produzir danos de grande repercussão na ordem sócio-econômica do país).

Definir o objeto do crime é importante, porque reside aí a justificação da intervenção penal, na constituição de um bem jurídico digno de tal tutela.⁶⁸

Os crimes previstos no art. 1º da lei de lavagem de dinheiro podem ser cometidos por qualquer pessoa, não sendo requisito alguma qualidade especial para o autor. Além disto, não é necessário que o autor da lavagem de dinheiro tenha cometido algum dos ilícitos anteriores (incisos I a VIII), pois a conduta é autônoma em relação à origem do capital. Eventualmente, pode ser a mesma pessoa quem realizou a atividade ilícita anterior e a lavagem posteriormente, situação em que ocorre concurso material, tendo em vista a divergência entre os valores tutelados pelo direito.

A lavagem de dinheiro pode ser realizada tanto por uma ação quanto por omissão,⁶⁹ bastando apenas que exista favorecimento ou condução no processo de lavagem.

O tipo é classificado como de mera atividade, diferido e alternativo.⁷⁰ Sendo múltiplas as condutas que podem levar ao crime de lavagem de dinheiro, basta a prática de uma delas para a caracterização do delito, não sendo punida a pluralidade de condutas de lavagem, devido à incidência do princípio da alternatividade.⁷¹ É um crime de mera atividade, pois do simples comportamento do agente que se enquadre na previsão legal de lavagem, implica a consumação do delito, não sendo necessário a obtenção do resultado naturalístico desejado.⁷² Emprega-se também a

⁶⁸ SOUZA NETTO, op. cit., p. 58.

⁶⁹ Conforme item 28 da Exposição de Motivos da Lei.

⁷⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 325.

⁷¹ Nos crimes plurinucleados a prática de mais de um verbo não acarreta a multiplicidade de crimes se ocorrer em um mesmo contexto fático. Caso contrário, cada núcleo praticado é um delito.

⁷² Colhe-se exemplo prático de tal classificação na jurisprudência: "SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RHC 80816 / SP. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 18/06/2001. Publicação: DJ DATA-18-06-01 PP-00013. Ementa: Lavagem de dinheiro: L. 9.613/98: caracterização. O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de

classificação de tipo diferido, pois existe a necessidade do capital empregado para a lavagem ter a comprovação de que seja oriundo de ilícito anterior.

Todos os crimes previstos nesta lei são dolosos, com o autor somente ser considerado culpado quando da presença de consciência de ilicitude prevista nos incisos I a VIII o art. 1º quanto à ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores, não existindo a previsão de modalidades culposas, que ocorrem em alguns países, os quais punem a imprudência ou negligência.

Ainda que não seja necessária a absoluta certeza sobre a comissão de um delito prévio para instruir a denúncia, bastando potencial consciência da atividade ilícita anterior⁷³, conforme dito anteriormente, se faz necessário que, no decorrer do processo, fique comprovada a natureza ilícita. Por fim, o crime admite tentativa, conforme disposição do § 3º.⁷⁴

4.3 ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIIS

A tipificação de condutas através de lei especial possui a característica de não só descrever o tipo em questão, como dispor a respeito dos aspectos processuais penais a ele inerentes, assim centralizando num mesmo diploma legal significativa parte da matéria envolvida com a regulamentação do crime.

Com a Lei de Lavagem de Dinheiro, esta regulamentação também ocorreu e o seu conteúdo vem se mostrando extremamente controverso em alguns pontos, envolvendo diversas discussões que abordam o tema, inclusive sobre a eventual inconstitucionalidade de alguns dispositivos, o que está sendo uma constante na legislação extravagante de Direito Penal.

Ainda que tenha decorrido pouco tempo desde a criação da lei até a presente data, a doutrina e todos aqueles envolvidos no combate à prática de

concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de "lavagem de capitais" mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos (L. 9.613, art. 1º, caput): o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada "engenharia financeira" transnacional, com os quais se ocupa a literatura."

⁷³ OLIVEIRA, op. cit., p.327.

⁷⁴ Tal dispositivo é redundante ao remeter para a observância no art. 14 do Código Penal, pois a Parte Geral do Código Penal incide em legislação especial, salvo disposição em contrário.

lavagem de dinheiro formulam diversas opiniões sobre o assunto, em certos casos se mostrando contrárias entre si.

Quanto a essas disposições processuais, a Lei 9.613/1998 estabelece no seu art. 2º, inc. I, que o processo e julgamento dos crimes previstos na Lei “obedecem às disposições relativas ao procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, da competência do juiz singular”.

O procedimento comum no processo penal está previsto no art. 394 e ss. do CPP, iniciando-se através de ação penal pública incondicionada, portanto privativa do Ministério Público, com a ressalva de que será admitida a ação privada se a ação penal pública não for intentada no prazo legal, isto é, se a denúncia, estando o acusado preso, não for oferecida no prazo de cinco dias, e de quinze dias, caso esteja solto, nos termos dos arts. 29 e 46 do CPP. A doutrina⁷⁵ questiona o fato do legislador não possibilitar o contraditório prévio ao recebimento da denúncia, uma vez que esta defesa preliminar representa um tratamento de igualdade entre as partes e é uma orientação que está de acordo com a plenitude dos princípios da ampla defesa e o devido processo legal.

No inc. II, afirma-se que os processos referentes ao delito de lavagem de dinheiro “independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país”, declarando a autonomia do processo quanto à crime de lavagem de dinheiro em relação ao ilícito anterior. É necessário a constatação de indícios do crime antecedente, não sendo requisito que seja comprovada a sua autoria ou que tenha ocorrido o seu julgamento.

A autonomia conferida ao processo de crime de lavagem de dinheiro é necessária, pois os crimes anteriores que pressupõem à lavagem nem sempre estarão sujeitos à mesma jurisdição. Pondera-se quanto à reunião dos processos quando possível, pois isso poderia facilitar a tarefa de descobrir a verdade real dos fatos.⁷⁶

A competência para processo e julgamento do crime de lavagem de dinheiro é prevista no inc. III, no qual literalmente é fixada como regra a competência para a

⁷⁵ SOUZA NETTO, op. cit., p. 116.

⁷⁶ BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas: análise sistemática da lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 75.

Justiça Estadual e a exceção para a Justiça Federal, a qual será competente nas hipóteses referentes à lavagem ser praticada "...contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas..." ou "... quando o crime antecedente for de competência da Justiça Federal". É da definição em cada caso concreto do bem jurídico atingido que será determinada a competência.

Como requisito para ocorrer a denúncia pelo crime de lavagem de dinheiro, o art. 2º, § 1º, dispõe que "a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime". É indispensável, portanto, a presença de indícios suficientes⁷⁷ da existência de crime antecedente elencado no art. 1º, com a denúncia sendo apresentada com razoável base de materialidade ou existência do delito anterior, ainda que o autor de tal delito não tenha sido punido através de sentença condenatória prévia, correspondendo a um reflexo direto da noção do delito de lavagem como figura penal autônoma.⁷⁸

Mais uma vez cabe destacar que, se o requisito para a denúncia é a presença de indícios quanto ao crime antecedente, isto não é o suficiente para uma eventual decisão condenatória posterior, pois deve ficar comprovada nos autos a natureza ilícita dos bens, direito e valores utilizados no procedimento para que fique

⁷⁷ Deve ser cumprido tal requisito, pois do contrário o processo será nulo ou nem conhecido pelo juízo. O indício tem que ser razoável, provável, e não vago, impreciso.

⁷⁸ Essa necessidade de que sejam apresentados indícios suficientes é recorrentemente questionada em juízo, mas a jurisprudência está delimitando bem a matéria, condicionando a eventual ocorrência ou não do crime anterior para o julgamento do mérito, devendo estar presente no corpo da denúncia apenas a menção plenamente definida à ilícito anterior. É o conteúdo do julgado no STJ: "SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. T5 – Quinta Turma. RHC 14682 / PR. Relator: Ministro Gilson Dipp. Data do Julgamento 03/06/2004. Data da Publicação/Fonte DJ 02.08.2004 p.00420. Ementa: A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade. É imprópria a alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal, se evidenciado, nos autos, a presença de indícios suficientes para a possível configuração dos crimes descritos. Alegações de inexistência do crime de quadrilha, bem como de insuficiência de provas para a acusação, não podem ser objeto de maiores considerações, tendo em vista a impropriedade da via eleita, devendo ser apreciadas em momento oportuno, qual seja, o da instrução criminal. Incabível a alegação de ilegitimidade do Ministério Público para o oferecimento da denúncia, sob o argumento de que "o interesse de agir se assenta no alicerce da idoneidade do pedido", se não há qualquer imprecisão quanto aos fatos atribuídos aos acusados, uma vez que a exordial acusatória apresenta explanação detalhada do fato delituoso e de suas circunstâncias, bem como a correta qualificação dos acusados e classificação dos crimes. Recurso desprovido."

caracterizada a prática de lavagem. A efetiva comprovação do crime antecedente é uma questão prejudicial do próprio mérito da ação penal referente à lavagem.

O art. 4º⁷⁹ dispõe quanto a possibilidade de apreensão e seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, sendo o seqüestro a medida que atinge o patrimônio que tem a sua licitude questionada e a apreensão destinada a apreender os instrumentos e objetos que tiveram relação com o delito.⁸⁰

A utilização de alguma dessas medidas cautelares está condicionada à probabilidade de dano aos interesses do Estado, da vítima ou de terceiro de boa fé em relação à demora no julgamento da ação penal e na perfeita verificação de que o Estado dispõe do direito de efetivar tal medida,⁸¹ bem como da existência de indícios suficientes da autoria e existência do crime de lavagem. O emprego de medidas cautelares dessa natureza tem que ser expressamente regulamentado em lei, pois versam sobre restrição da liberdade individual e devem estar de acordo com os direitos garantidos pela Constituição.

Como as medidas cautelares possuem eficácia temporária, as medidas de seqüestro e apreensão estão subordinadas ao início da ação penal no prazo de cento e vinte dias, contados a partir do momento em que foi concluída a diligência.⁸²

Como política de estratégia referente à investigação do crime de lavagem de dinheiro, o legislador optou pela permissão do uso de ação controlada, no sentido de intenção, no art. 4º, § 4º a Lei 9.613/1998. Diz o referido dispositivo que “a ordem de prisão de pessoas ou da apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores, poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.”

Tal previsão se relaciona com a complexidade que se concretiza normalmente a prática de lavagem de dinheiro e que necessita como resposta estatal a aproximação entre as instituições que são responsáveis pela repressão ao

⁷⁹ “Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.”

⁸⁰ BARROS, Marco Antonio de, op. cit., p. 94.

⁸¹ SOUZA NETTO, op. cit., p. 129.

⁸² O art. 4º, § 1º é que fixa tal prazo, através da seguinte redação: “As medidas assecuratórias previstas neste artigo serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de cento e vinte dias, contados da data em que ficar concluída a diligência.”

crime, com efetiva coordenação na atuação delas, para adequada apuração dos fatos e eventual punição posterior.

Se necessário, pode ocorrer o retardamento intencional para que se proceda a medida judicial posteriormente (como a prisão), quando do momento mais oportuno e que se mostre mais elucidativo como meio de prova, para a punição à prática da atividade delituosa.

A prática de ação controlada requer necessariamente um efetivo grau de coordenação e cooperação entre todas as instâncias responsáveis pela investigação do crime (autoridades policial, judicial e ministerial), que é uma característica presente nas formas contemporâneas de combate ao crime organizado e transnacional,⁸³ no sentido de que sejam somadas todas as forças possíveis para que um dos maiores fenômenos de criminalidade atual possa ser combatido,⁸⁴ uma vez que essas autoridades têm o conhecimento de que, isoladas, não conseguem fazer frente à atuação criminosa.

Como extensão das medidas processuais do art. 4º, o art. seguinte trata da administração dos bens apreendidos ou seqüestrados. Diz o art. 5º que “quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores apreendidos ou seqüestrados, mediante termo de compromisso”, sendo pertinente a lembrança da regra processual de que, quando a coisa é facilmente deteriorável, deve ser avaliada e levada a leilão público, com o depósito do valor arrecadado.

O art. 6º trata dos direitos e deveres do administrador, o qual tem o direito “a uma remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita com o produto dos bens objeto da administração” e o dever de prestar “... por determinação judicial, informações periódicas da situação dos bens sob sua administração, bem como explicações e detalhamentos sobre investimentos e reinvestimentos realizados”, cabendo ao Ministério Público o papel de fiscalizar a atuação do administrador.

⁸³ No Brasil, estamos passando por uma fase de definição da forma com que tal organização e cooperação acontecerão. Desde a criação das Varas Federais especializadas em crimes financeiros e lavagem de dinheiro, a elaboração da “Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro” (ENCLA 2004), que envolve o Poder Executivo, o Judiciário e o Ministério Público Federal, até a criação do Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro (GGI), todas ocorridas recentemente, busca-se conferir a possibilidade de que o crime de lavagem seja punido.

⁸⁴ BARROS, Marco Antonio de, op. cit., p. 108.

O administrador pode ser destituído do cargo pelo juiz a qualquer momento, quando se mostrar incapaz ou inapto para a administração do patrimônio seqüestrado ou apreendido.⁸⁵ As regras processuais civis (arts. 677 a 679 do Código de Processo Civil) têm aplicação na matéria, devendo ser observadas, quando pertinentes, no decorrer do andamento processual para apuração de crime de lavagem de dinheiro.

Recaem sobre as outras opções feitas pelo legislador no decorrer da lei as críticas e debates existentes sobre o tema com cada tópico merecendo abordagem específica.

4.3.1 Delação Premiada (art. 1º, § 5º)⁸⁶

O legislador optou pela previsão do instituto da delação premiada, o qual corresponde a uma diminuição ou isenção de pena em caso de colaboração espontânea, que parta do próprio infrator, junto a alguma das autoridades que estão envolvidas na apuração da verdade (juiz, Ministério Público, polícia, etc.) e que esclareça o crime por parte do agente que cometeu o ato, levando à incriminação dos demais autores do delito ou à recuperação dos bens, direitos ou valores que foram objeto do crime, assim solucionando a apuração da ação criminosa.

O “prêmio” a ser atribuído ao delator é definido pelo juiz no caso concreto, levando-se em conta o grau de eficácia da colaboração, uma vez que não existem critérios legais previstos abstratamente pela lei.⁸⁷

Desta forma, se o grau de eficácia da colaboração for mínimo, aplica-se a redução de pena (de um a dois terços), sendo cumprida desde o início em regime aberto. Isso se deve ao fato de que a partir do momento em que o delator entrega os co-autores do crime passa imediatamente a ser alvo de vingança, o que impossibilita o seu convívio na prisão com àqueles que foram denunciados.

⁸⁵ SOUZA NETTO, op. cit., p. 136.

⁸⁶ “A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

⁸⁷ SOUZA NETTO, op. cit., p. 109.

Caso a colaboração seja num grau médio, aplica-se pena restritiva de direito, as quais encontram definição legal no art. 43 do Código Penal, podendo ser na forma de prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana (prisão do réu por cinco horas diárias aos sábados e domingos).

Quando a colaboração espontânea por parte do delator for de nível máximo, sendo absoluta a relevância para que sejam feitos os esclarecimentos tanto para a materialidade e autoria, como a localização dos objetos do crime, é concedido o perdão judicial, podendo ser até mesmo antes da sentença penal condenatória, ensejando arquivamento do inquérito policial, se conveniente para o caso concreto.

Pela inclusão de tal dispositivo na Lei de Lavagem de Dinheiro, o legislador fundamentou sua opção de política criminal tanto pelo fato de já existir previsões legais em nosso ordenamento referente à consagração de tal instituto,⁸⁸ quanto no sentido de tirar proveito das brechas que as organizações criminosas possuem, no caso a infidelidade de um dos integrantes do grupo, entendendo que um "... sistema legal moderno não pode ignorar esse fenômeno, mas, ao reverso, deve extrair dele os dividendos favoráveis à comunidade de pessoas honestas."⁸⁹

Ressalte-se que, presentes os pressupostos e requisitos exigidos legalmente (eficácia das informações, etc.), o juiz é obrigado a conceder o respectivo prêmio, não sendo uma faculdade disponível, pois do caso contrário fica caracterizada coação ilegal.

A utilização desta técnica processual oriunda de política criminal é alvo de diversas críticas. Sua origem no Direito está ligada ao combate às mafias italianas, com o Estado tirando proveito de ato de traição de um integrante da organização criminosa para tomar conhecimento de toda a estrutura organizacional na qual o indivíduo estava inserido, sendo recepcionada em diversas outras legislações, inclusive a nossa, inicialmente com a Lei 8.072/1990, correspondendo inegavelmente a uma aplicação do princípio de que "o fim justifica os meios"

⁸⁸ A delação premiada, relacionada ao direito premial, é prevista em nosso ordenamento no art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional; no parágrafo único do art. 8º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos; no parágrafo único do art. 16 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; e no art. 6º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre meios operacionais relativos às ações praticadas por organizações criminosas.

Aponta-se que seu fundamento ético é reprovável, pois se assenta na traição – um antivalor - a despeito do conteúdo do Direito dever sempre ser enraizado na ética, como um instrumento de valores junto à sociedade, assim sendo questionado o meio adotado pelo legislador para o combate do crime.⁹⁰ Parte-se da incapacidade e constatação do Estado para a investigação e combate ao crime, para o oferecimento até mesmo de perdão judicial ao criminoso caso sua colaboração com a justiça se mostre eficiente na solução do crime, o que equivale a impunidade do agente criminoso.

E além do questionamento quanto ao fundamento moral da delação premiada, existe outra agravante, de sentido material: a partir do instante em que ocorre a denúncia quanto a eventuais co-autores do crime, é natural que o delator passe a ser alvo de vingança por parte da organização criminosa atingida, mesmo que lhe seja conferido os benefícios processuais que implicam no não cumprimento de pena em regime fechado, uma vez que não existe um sistema rígido de proteção às testemunhas ou delatores, no país, que possa fornecer segurança à integridade física do indivíduo e de seus familiares.

É pela soma desses fatores que a utilização da delação premiada deve ser vista pelo legislador como uma medida de exceção, a qual deve sempre levar em conta as finalidades que a lei teve em vista tutelar.⁹¹

4.3.2 A determinação da inaplicabilidade do art. 366 do Código de Processo Penal (art. 2º, § 2º)⁹²

O art. 2º, § 2º da Lei de Lavagem de Dinheiro determina a impossibilidade de que o art 366 do Código de Processo Penal⁹³ seja aplicado em processos em que o crime seja a lavagem de capitais, vedando expressamente a suspensão do processo quando o réu citado por edital não comparece em juízo, sob a orientação de que a

⁸⁹ Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, item 54.

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.347.

⁹¹ SOUZA NETTO, op. cit., p, 113.

⁹² “Art. 2º § 2º No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal.”

⁹³ “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva ...”

suspensão do processo, neste caso, constituiria prêmio para criminosos “astutos e afortunados”,⁹⁴ que se valeriam da suspensão processual para criar dificuldades à investigação e persecução penal.

Como a redação do art. 366 do CPP procurava dar maior efetividade ao princípio da ampla defesa, de índole constitucional, mediante a garantia quanto à ciência da acusação ao imputado, existem críticas ao dispositivo da Lei 9.613/1998 por este possuir natureza contrária aos valores contidos no texto constitucional, chegando a ser qualificado por Luis Flavio GOMES como um dispositivo que “ganhou vigência com sua publicação, mas não possui validade.(...) Não é juridicamente válido. É um nada jurídico.”⁹⁵ Marco Antonio de BARROS afirma que tal norma

representa um perigoso desvio e claro retrocesso à evolução prática das garantias do contraditório e da ampla defesa e configura mais um exemplo, dentre outros tantos, da desconexa e pontual reforma das leis penais e processuais penais que o Parlamento nos tem propiciado, as quais têm provocado indesejáveis e prejudiciais conseqüências que maculam a coerência que deve prevalecer na distribuição da justiça.⁹⁶

Além dessa restrição à ampla defesa, aponta-se que as soluções para o problema do acusado não tomar conhecimento de que é parte em processo penal estão presentes, na medida do possível, na própria lei, pois são possibilitados atos como a produção antecipada de provas que exijam tal procedimento ou ainda a decretação de prisão preventiva quando da presença de indícios que comprovem a má-fé do acusado no sentido de se esquivar de vincular-se à relação processual.

Esta solução adotada pelo legislador torna-se ainda mais controversa quando da verificação, no mesmo capítulo da Lei, sobre a expressa utilização do mesmo art. 366 do CPP⁹⁷, com a lei exigindo a presença do acusado em juízo para conhecer de qualquer pedido de restituição, caso contrário sendo facultado ao juiz a

⁹⁴ Exposição de Motivos da Lei 9.613/1998, item 63.

⁹⁵ GOMES, op. cit., p. 357.

⁹⁶ BARROS, Marco Antonio de, op. cit., p. 84 – 85.

⁹⁷ “Art. 4º, § 3º. Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, nos casos do art. 366 do Código de Processo Penal.”

adoção de medidas cautelares previstas no art. 366, com o intuito de forçar o acusado a comparecer pessoalmente

Nota-se que ocorre uma antinomia normativa, pois o legislador em determinado dispositivo veda o emprego de outra norma e logo na seqüência remete ao uso do mesmo dispositivo que antes proibiu. Nesses casos contraditórios, deve-se recorrer aos valores que predominam na sociedade, para definir qual o dispositivo que deve ser aplicado.

Uma vez que o direito de ser informado da acusação é um garantia constitucional relacionada aos princípios do contraditório e da ampla defesa, prevalece o conteúdo do art. 366 do CPP,⁹⁸ devendo-se aplicar a regra que requer a presença do acusado para que se dê o pleno andamento processual, e, quando da sua ausência, que o processo seja suspenso.

4.3.3 A proibição de fiança e liberdade provisória (art. 3º)⁹⁹

O art. 3º da Lei 9.613/1998 proíbe taxativamente a concessão de liberdade provisória e fiança ao acusado quando da existência de crimes previstos na lei.

Os argumentos do legislador são de que, além da proibição não atentar contra o princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que é requisito para o condenado apelar o seu recolhimento à prisão, o qual não é dispensando nem nas situações em que o réu for primário e de bons antecedentes, existem orientações anteriores em diplomas legais que tratam de ilícitos antecedentes à lavagem de dinheiro (crimes contra o sistema financeiro nacional e os praticados por organização criminosa),¹⁰⁰ portanto diretamente relacionados à lavagem, e consequentemente justificando tratamento legal semelhante.

O primeiro ponto questionado pela doutrina diz respeito à própria redação do dispositivo, pois a fiança é uma espécie de liberdade provisória, sendo mais correto o emprego de uma frase como “não será concedida liberdade provisória, com ou

⁹⁸ SOUZA NETTO, op. cit., p. 123.

⁹⁹ “Art. 3º Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.”

¹⁰⁰ Exposição de Motivos da Lei 9.613/1998, item 64.

sem fiança...”, a qual traria consigo a referida relação de espécie e gênero que fiança e liberdade provisória possuem.¹⁰¹

Quanto à proibição específica da fiança, existem questionamentos tanto quanto ao aspecto constitucional do instituto jurídico em questão, uma vez que a Constituição faz expressa previsão das hipóteses que não admitem fiança,¹⁰² sendo regra vigente inafastável nas demais situações, quanto na sua própria eficácia, pois sendo a fiança uma garantia de pagamento de custas judiciais, multa e indenização da vítima, para que o acusado possa realizar sua defesa em liberdade, seria ainda mais adequada e pertinente a sua aplicação quando da existência de crimes com valoração patrimonial e que têm como objeto geralmente grandes quantias, o que é o caso do crime de lavagem de capitais.

A crítica reside se não seria mais adequado fazer previsão de fiança que envolva altos valores, devido a natureza do delito, quando da não justificação de prisão cautelar, do que a sua proibição.

Novamente, a doutrina questiona o grau de conhecimento técnico do legislador sobre o tema,¹⁰³ bem como sobre os valores que devem ser observados no Direito Penal e Processual Penal.

Sobre a liberdade provisória, que é o instituto processual que possibilita ao acusado aguardar em liberdade o decorrer do processo até o momento em que ocorra o trânsito em julgado da sentença judicial, decorre da sua proibição inegável restrição às garantias individuais do acusado, através de mais um ato de política criminal adotado pelo legislador.

E as críticas sobre tal regra fundamentam-se exatamente sobre um corte de garantias e direitos fundamentais que são inafastáveis do indivíduo, no caso a regra quanto à liberdade do cidadão, chegando tal proibição, de acordo com Luis Flavio GOMES, a “... reintroduzir no nosso sistema a prisão compulsória, obrigatória, que desapareceu na década de sessenta com o regime militar”¹⁰⁴, pois não seria correto que uma decisão legislativa, de índole genérica e abstrata, fixasse a necessidade de

¹⁰¹ BARROS, Marco Antonio de, op. cit., p. 89.

¹⁰² Esta previsão é encontrada no art. 5º, incs. XLII e XLIV, os quais enumeram os crimes de racismo, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, o terrorismo e os demais crimes que sejam considerados hediondos. Não existe a proibição constituição quanto à limitação da fiança no processo referente a crime de lavagem de dinheiro.

¹⁰³ GOMES, op. cit., p. 358.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 359.

decretação de prisão em todos os casos que envolvessem andamento de processo de lavagem de dinheiro, em substituição à análise do juiz sobre a necessidade ou não da decretação dessa prisão, feita a partir das evidências levadas ao seu conhecimento em cada caso concreto.

Nota-se, a partir de análise jurisprudencial, que nossa Justiça está com a tendência de muitas vezes não permitir a liberdade provisória, quando da existência de diversos elementos que indiquem elevado grau de periculosidade do criminoso, como forma de combate ao crime organizado,¹⁰⁵ o que pode ser justificável eventualmente, mas incidir tal proibição sempre é uma norma que tem sua constitucionalidade questionável.

A prisão no decorrer do processo deve ser estritamente relacionada, conforme José Laurindo de SOUZA NETTO, a "... indicação de fatos concretos, susceptíveis de causar prejuízo à ordem público ou à instrução criminal, bem como pôr em risco a aplicação da lei penal"¹⁰⁶ que fundamentem a decisão do juiz, pois não pode ser afastado o princípio da presunção da inocência como regra.

O correto, então, seria atribuir discricionariedade ao juiz para optar pela prisão ou liberdade provisória ao acusado quando da análise de cada caso concreto, vinculando-se aos critérios do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (risco de

¹⁰⁵ "SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. T5 – Quinta Turma. HC 33669 / RO. Relator Ministro Jorge Scartezzini. Data do Julgamento 25/05/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 01.07.2004 p.00238. Ementa: - O paciente integra robusta organização criminosa articuladamente montada e destinada à prática de inúmeras atividades ilícitas, sendo que todas elas rodeiam a atividade principal, que consiste na extração de diamantes de reserva indígena para destiná-los ilegalmente ao comércio exterior, sendo que cada integrante da quadrilha possui atribuição própria. - Destarte, como bem frisado pela douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, às fls. 80, "Na verdade, a mera circunstância de o Paciente integrar uma organização criminosa dedicada à prática de delitos os mais diversos, contendo detalhamento de atividades, participação de servidores públicos, associado à relevância do papel que ele exerce no grupo, somente isto já é suficiente para a prisão preventiva. Sabe-se perfeitamente que essas organizações não se intimidam com a ação repressora do Estado, no sentido de investigar e punir a ação do grupo. Apesar do inquérito policial, apesar da ação penal, apesar de até saberem que vão ser condenados pelos crimes de que são acusados, os integrantes da organização contam com esse tipo de percalços em sua atividades, sendo estruturada e organizada para superar esse problemas e persistir na prática de crimes. Para que a ação repressora do Estado seja efetiva, é necessário que o grupo seja desestruturado, o que somente se obtém com a prisão dos seus integrantes. A medida, longe de representar uma punição antecipada pelos crimes cometidos, constitui-se em meio hábil para se proteger o meio social da ação deletéria da organização. Daí porque o principal fundamento para a custódia é a garantia da ordem pública. Não se pode desconhecer que tratando-se de organização criminosa, a Lei determina a prisão dos líderes da quadrilha, que deverão responder ao processo presos. Ademais, a própria Lei nº 9.034/95, que trata das organizações criminosas, prevê expressamente que "Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa" (art. 7º da Lei nº 9.034/95)." - Ordem denegada."

¹⁰⁶ SOUZA NETTO, op. cit., p. 127.

produção de prejuízos insuscetíveis de correção posterior referente a não adoção de tal medida cautelar) para a decretação de prisão, até mesmo porque vigora entre nós o princípio da presunção de inocência e a proibição de liberdade provisória fixada abstratamente pelo legislador certamente é contrária a tal princípio.

4.3.4 Inversão do Ônus da Prova (art. 4º, § 2º) ¹⁰⁷

Em mais uma solução alvo de discussões, optou o legislador pela inversão do ônus da prova quando da adoção de medidas cautelares de seqüestro e apreensão de patrimônios envolvidos em acusação de lavagem de dinheiro, no que se refere à medida de contra-cautela da restituição dos objetos retidos ao acusado, no decorrer do processo, fundamentando-se na orientação presente no texto da Convenção de Viena, art. 5º, nº 7, que possui o seguinte enunciado: “As partes podem considerar a possibilidade de inverter o ônus da prova no que diz respeito à origem ilícita dos presumíveis produtos ou outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que os princípios do respectivo direito interno e a natureza dos procedimentos judiciais e outros o permitam.”.

Conforme exposição realizada anteriormente, nesses casos a regra é de que o ônus da prova recai sobre a acusação, para justificar a permanência da retenção do patrimônio, mas devido às dificuldades técnicas referentes à comprovação da natureza ilícita dos bens, valores ou direitos envolvidos, verificadas na prática, o legislador inverteu o ônus da prova para o acusado, que só poderá ter a restituição no caso de comprovar a licitude com que se reveste seu patrimônio apreendido ou seqüestrado.

Indícios veementes são o suficiente para a apreensão ou seqüestro dos bens, enquanto para a respectiva liberação é necessária a comprovação efetiva da natureza lícita. Ressalte-se que a lei só inverte o ônus em relação à medida cautelar e não à efetiva propriedade do patrimônio envolvido, a qual sujeita-se à sentença penal condenatória.

¹⁰⁷ “Art. 4º. § 2º O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem.”

As críticas se fundamentam na possibilidade de violação ao princípio da presunção de inocência¹⁰⁸, de índole constitucional, violação não aceitável num Estado Democrático de Direito, ainda mais devido à desorganização e impotência presentes no Estado contemporâneo,¹⁰⁹ que tenta ignorar estas falhas ao transferir o ônus de prova ao acusado.

Ressalte-se que existe também a opinião de que a disposição é pertinente, uma vez que para a utilização prévia da medida cautelar, devem estar presentes o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*” e que a inversão é feita como fruto da observância do comportamento das organizações criminosas, com o inocente podendo comprovar a licitude patrimonial e adotando a medida de contra-cautela.¹¹⁰

4.3.5 Responsabilidade Administrativa

Fazendo-se valer de possibilidade característica à legislação especial, a Lei 9.613/1998 não só tipificou a conduta de lavagem de dinheiro, como criou uma série de obrigações a todas as pessoas físicas ou jurídicas que desempenhem atividade relacionada à captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros, tais como bancos, corretoras, bolsas de valores, etc., visando à prevenção ao crime de lavagem de dinheiro, pois o legislador adotou o entendimento de que, se é inevitável para o criminoso a utilização (ainda que sem a colaboração intencional) do trânsito dos recursos obtidos ilicitamente pelo sistema econômico-financeiro do país através da prática de diversas operações financeiras e comerciais para realizar a lavagem de dinheiro, seria adequada a previsão de um regime administrativo de combate a tais operações ilícitas, através da “fixação de procedimentos que dificultem o encobrimento da origem dos recursos e facilitem o trabalho de investigação” e da “criação de um órgão especializado para investigar a prática de operações de lavagem”.¹¹¹

A inobservância destas obrigações, como a identificação e manutenção de cadastro de clientes, a manutenção de registro de algumas transações, o

¹⁰⁸ SOUZA NETTO, op. cit., p. 131.

¹⁰⁹ GOMES, op. cit., p. 365-366.

¹¹⁰ BARROS, Marco Antonio de, op. cit., p. 102.

¹¹¹ Exposição de Motivos da Lei 9.613/1998, item 81.

atendimento das requisições do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), o dever de vigilância quanto às operações suspeitas e conseqüente comunicação quando da verificação delas, resulta na aplicação de várias sanções pela autoridade competente, sanções estas de natureza administrativa¹¹², além da possibilidade de responsabilidade civil quando da presença de ato ilícito.

Estas normas são fundamentadas no dever de comunicação e de vigilância, pois a investigação propriamente dita cabe à autoridade competente.¹¹³

Obedecendo a critérios de progressividade e de proporcionalidade, como regra a primeira sanção a ser imposta é a advertência, para alertar a respectiva pessoa jurídica ou física sobre descumprimento de suas obrigações e deveres. Quando o agente não cumprir essas determinações ou algumas especificadas na Lei,¹¹⁴ aplica-se a pena de multa pecuniária. Quando o agente já tiver sido condenado a mais de uma multa pecuniária ou quando for de natureza grave, aplica-se a inabilitação temporária de até dez anos, para o respectivo cargo que ocupava. E quando o agente já tenha sido condenado a mais de uma sanção de inabilitação temporária, aplica-se a medida de cassação de autorização para operação ou funcionamento, condicionada a infração que seja de natureza grave ou da reincidência apontada.

Essas punições são de natureza administrativa, pois não envolvem a prática de um crime, e correspondem a uma desobediência às determinações da administração, não sendo necessário recorrer ao sistema penal para a aplicação de sanção correspondente, devido ao bem jurídico atingido.¹¹⁵

¹¹² Dispõe a Lei 9.613/1998, no art. 12, que “as pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções: I - advertência; II - multa pecuniária variável, de um por cento até o dobro do valor da operação, ou até duzentos por cento do lucro obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou, ainda, multa de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais); III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; IV - cassação da autorização para operação ou funcionamento.”

¹¹³ No caso das pessoas que operam no sistema financeiro, o Banco Central do Brasil é a autoridade competente, enquanto para aquelas que operam com valores mobiliários é a Comissão de Valores Mobiliários, etc., recaindo a competência ao COAF quando da inexistência de autoridade competente específica.

¹¹⁴ Se o indivíduo não realizar o registro ou a identificação prevista nos incisos I e II do art. 10, deixar de atender a requisição presente no inciso III do art. 10, no prazo estipulado, ou deixar de fazer a comunicação a que se refere o art. 11.

¹¹⁵ SOUZA NETTO, op. cit., p. 171.

A competência para aplicar tais sanções é do órgão regulador responsável ou, quando da sua inexistência, do COAF, e devem ser realizadas através de procedimento administrativo, devendo ser obedecidos os princípios processuais constitucionais – devido processo legal, contraditório, ampla defesa – para que a punição seja proporcional à infração cometida.

Esta atribuição de obrigações é apontada pelo legislador como uma “divisão de tarefas”, na qual o combate aos crimes de lavagem não deve ficar restrito somente aos órgãos do Estado, mas também deve envolver a sociedade, pelo potencial lesivo do crime em questão.

Aproveitando-se de que, como regra, a prática da lavagem também causa prejuízos diretamente às instituições utilizadas, afetando sua estabilidade e credibilidade, o Estado transfere parte do ônus e da responsabilidade no combate ao crime até mesmo para atender os próprios interesses destas instituições. É importante mencionar que o legislador não restringiu o critério de responsabilização ao sistema financeiro, pois os criminosos podem se valer de outro meio, o qual também recairá o ônus de prevenção e combate à lavagem, através de regime administrativo regulamentado legalmente.

Além disto, exige-se a co-participação destes canais para a lavagem também por questões práticas, devido à presença de fatores como a proximidade que possuem com os clientes e a disposição quanto às operações que estes realizam.

4.3.6 Permissão da Quebra de Sigilo Bancário

Os bancos e seus empregados, através de seu funcionamento, tomam conhecimento sobre as operações e dados econômicos de seus clientes. Consiste o sigilo bancário no dever que tais instituições possuem em zelar pelo segredo desses dados.

Como demonstrado na evolução que o tratamento legal que a lavagem de dinheiro sofreu, a questão do sigilo bancário sempre foi colocada como incapaz de impedir a adequada apuração do crime de lavagem de dinheiro, desde o texto presente na Convenção de Viena da ONU, de 1988.

O conteúdo do sigilo varia de legislação para legislação, chegando algumas a prevê-lo como direito inerente à personalidade e intimidade do cidadão, uma verdadeira projeção de sua personalidade e extensão de seu domicílio, enquanto em outros territórios a questão não é protegida com a mesma magnitude.

O direito brasileiro atribui proteção constitucional ao sigilo bancário (art. 5º, incs. X e XII), e também no Direito Penal, através da tipificação de crime de violação de segredo profissional. O direito pátrio não confere a proteção ao sigilo de forma absoluta, pois existe a possibilidade de sua quebra, mediante o cumprimento de alguns requisitos legalmente estabelecidos.

Como a Lei 9.613/1998 não fez referência à limitação do sigilo, sujeitava-se a matéria tanto à Lei Complementar 4.595/1964 quanto ao texto constitucional. Nesse contexto, a autorização para a quebra de sigilo só ocorre mediante a observância do devido processo legal, através de autorização fundamentada do Poder Judiciário (caso seja relevante para o esclarecimento do fato ocorrido, o juiz possui o poder de acesso a todas informações que sejam indispensáveis para cumprir tal objetivo) ou de Comissão Parlamentar de Inquérito do Poder Legislativo (CF, art. 58, § 3º).¹¹⁶

Para tratar da questão, foi criada a Lei Complementar nº 105 de 2001, que versa sobre o sigilo das instituições financeiras. Tal lei, logo no seu primeiro artigo, determinava que “as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”, sendo que no § 3º enunciava que “não constitui violação do dever de sigilo (...) IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa”.

Indo mais adiante, o § 4º ampliava ainda mais a incidência da quebra de sigilo determinando que “a quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: (...) VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores”.

¹¹⁶ GOMES, op. cit., p. 369.

A grande polêmica em torno de tal lei diz respeito ao seu artigo 6º, que possibilita a quebra de sigilo bancário pelas autoridades e agentes fiscais da União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem a necessidade de autorização judicial, artigo que foi regulamentado posteriormente pelo governo federal através da publicação do Decreto nº 3724/2001, que regulou a quebra do sigilo bancário por parte dos agentes fiscais, definindo que tal providência somente será possível quando houver procedimento de fiscalização em curso e desde que ocorra no caso concreto uma das hipóteses em que a verificação bancária é considerada indispensável pela autoridade competente.

O legislador justifica estas restrições pelo prevalecimento do interesse público, assim consagrando outros valores constitucionais mais relevantes, devido à incidência do princípio da proporcionalidade,¹¹⁷ já comentado anteriormente.

No caso em análise, estamos diante de conflito de normas: de um lado o direito individual ao sigilo bancário, e do outro o interesse público que é representado pela pretensão de combate à criminalidade organizada, devendo-se, portanto, analisar esses dois direitos, para ver qual dos dois deverá prevalecer no caso concreto. Nossos Tribunais têm se posicionado a favor da supremacia do interesse público sobre o direito não absoluto do sigilo, mediante a presença de forma prescrita em lei.¹¹⁸

¹¹⁷ SOUZA NETTO, op. cit., p. 163.

¹¹⁸ "SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. T5 – Quinta Turma. ROMS 16813 / SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Data do Julgamento 23/06/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 02.08.2004 p.00433. Ementa: Hipótese em que, procedendo-se à apuração de crime de tráfico de entorpecentes, surgiram indícios da prática de lavagem de dinheiro, consistentes na intensa movimentação financeira e patrimonial de pessoas ligada aos criminosos, notadamente da ex-esposa da pessoa apontada como chefe da quadrilha. A proteção aos sigilos bancário, telefônico e fiscal não é direito absoluto, podendo os mesmos serem quebrados quando houver a prevalência do direito público sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução dos processos criminais, desde que a decisão esteja adequadamente fundamentada na necessidade da medida. Precedentes. Decisão denegatória do mandado de segurança que se encontra suficientemente fundamentada, tendo apontado, de forma precisa, as razões pelas quais se considerou necessária a quebra dos sigilos da paciente. Inviável o acolhimento da tese recursal ao se pretender que o fato de a paciente não ter sido condenada pelo tráfico de drogas seria indício de não ter, a mesma, cometido crime de lavagem de dinheiro. A participação no crime antecedente não é indispensável à adequação da conduta de quem oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime, ao tipo do art. 1.º, da Lei n.º 9.613/98. Não se conhece do pedido quanto à eventual insuficiência de delimitação temporal e fática, na quebra dos sigilos se o acórdão recorrido eximiu-se de analisar a questão, quanto a este enfoque, sob pena de supressão de instância. Recurso parcialmente conhecido e desprovido."

E o debate é voltado quanto a esta forma prescrita em lei, pois a determinação da Lei nº 105/2001 da possibilidade de quebra do sigilo bancário sem autorização judicial é tratada pela doutrina como inconstitucional.¹¹⁹

Ressalte-se que o sigilo bancário é utilizado como um meio para a lavagem de dinheiro, e por isso mesmo as orientações internacionais são no sentido de que tal direito seja restringido de acordo com as possibilidades de cada sistema jurídico.

Regulamentando a situação dessa maneira, o legislador optou por uma solução intermediária face ao conflito existente entre a orientação internacional da flexibilização do sigilo bancário¹²⁰ e a proteção constitucional que o sigilo possui, atribuindo a obrigação para as instituições financeiras e bancárias quanto a comunicação às autoridades competentes sobre operações suspeitas ou que excedem certos limites. Essas autoridades, incluindo o COAF, farão a comunicação ao juiz, que será competente para verificar a possibilidade de quebra de sigilo.¹²¹

Questiona-se quanto ao aspecto dessa solução não ser a mais adequada para o sistema jurídico brasileiro. José Laurindo de SOUZA NETTO afirma que “a comunicação sistemática e permanente de informações protegidas pela obrigação de sigilo não se ajusta, *a priori*, ao sistema jurídico constitucional brasileiro”,¹²² tendo em vista a forte tutela conferida ao direito-dever de sigilo.

¹¹⁹ NOVAES, Pedro Luís Piedade. **O sigilo bancário e a Lei Complementar nº 105/2001**. Disponível em: <<http://www.tributarista.org.br/content/estudos/sigilo-lei.html>> Acesso em 05/09/2004.

¹²⁰ Conforme Convenção de Viena de 1988 e demais regulamentos internacionais, como as 40 recomendações da OEA, o Regulamento Modelo, etc.

¹²¹ “SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. T6 – Sexta Tuma. HC 24577 / PE. Relator Ministro PAULO MEDINA. Data do Julgamento 19/12/2003 Data da Publicação/Fonte DJ 01.03.2004 p.00198. Ementa: Compete ao Ministério Público, no exercício de suas funções, em defesa do interesse público, requisitar diligências investigatórias e, ainda, a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal). É obrigação do Banco Central do Brasil comunicar, às autoridades competentes, a prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa, sem que tal mister importe em quebra de sigilo (artigo 9º, da Lei Complementar nº 105/2001). Os sigilos bancário e fiscal não constituem direito absoluto e devem ceder quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas, demonstrarem a conveniência de sua quebra, mediante ordem judicial. O habeas corpus constitui ação constitucional destinada ao resguardo do direito do paciente quanto a ir, vir e permanecer, desde que ameaçados por coação ilegal ou abuso de poder. Precedentes do STJ. Na espécie, os informes requeridos pela Procuradoria Regional da República em Pernambuco decorrem de autorização legal, foram fornecidas ex lege e o sigilo bancário foi quebrado por decisão judicial devidamente fundamentada. Ordem denegada.”

¹²² SOUZA NETTO, op. cit., p.168.

4. 4 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O conjunto de medidas adotadas pelo legislador visa o combate à prática de lavagem de dinheiro e também o crime organizado, tendo sua eficácia condicionada à reunião de esforços dentre os diversos responsáveis pela persecução penal, demonstrando tendência atual na forma de combate a tal espécie delituosa. Pelo pouco tempo transcorrido desde a criação da lei, não foi verificado, decisivamente, se o objetivo do legislador, mesmo editando orientações tão controversas, foi atingido, mas sabe-se que, somente com a reunião de esforços entre os diversos órgãos envolvidos (Executivo, Judiciário, Ministério Público) para coletar e processar as informações obtidas referentes às ações criminosas é que acontecerá o esclarecimento quanto aos fatos ocorridos, cabendo ao Judiciário papel de verificar a aplicabilidade ou não de certos dispositivos processuais penais, tendo em vista a sua adequação aos valores fundamentais do Direito Pátrio.

5. CONCLUSÃO

O processo penal no Brasil é condicionado à produção de provas. O juiz tem liberdade para a apreciação e respectiva valoração de provas em cada caso concreto, desde que ela tenha sido obtida licitamente.

Se a prova for obtida de maneira ilícita, a regra é a de que não pode ser incluída nos autos. Essa proibição também vale no caso da “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*), ou seja, se a prova em si é lícita, mas só foi obtida em função de emprego de meio ilícito anterior. Existe exceção à regra, quando da utilização de meio ilícito de prova resultar favorecimento do acusado, pois neste caso existe o conflito entre dois valores constitucionais, quais sejam, o da inadmissibilidade de prova ilícita no processo penal com o da liberdade individual, mas devido a incidência do princípio da proporcionalidade (o qual decide, no caso concreto, qual o valor conflitante que de prevalecer), existe o entendimento atual entre os operadores do direito de que prevalece a liberdade do acusado, por ser um valor considerado mais relevante em nossa sociedade.

Para se valer de qualquer prova no decorrer do processo, devem ser obedecidos os princípios constitucionais processuais, com especial atenção ao contraditório, a ampla defesa, ao devido processo legal e a presunção de inocência.

Muitos desses princípios estão sendo postos de lado pela legislação penal especial criada nos últimos anos, particularmente a partir dos anos 90, época em que cresceu a preocupação estatal quanto aos efeitos da atuação da criminalidade contemporânea, a qual possui finalidades e estruturas inovadoras em relação à delinqüência até então existente.

Dentro da noção de criminalidade contemporânea, ocupa especial relevo a atuação do crime organizado ao redor do planeta, a qual arrecada e gira uma enorme quantidade de dinheiro e patrimônio através de uma série de atos. O combate ao crime organizado é uma preocupação mundial, devido aos efeitos nocivos que essa atividade produz em cada sociedade.

Para se sustentar e desenvolver, o crime organizado lança mão da técnica de lavagem de dinheiro, caracterizando o potencial lesivo da conduta e justificando a preocupação mundial em relação ao seu combate e prevenção. Para realizar a

lavagem, os criminosos empregam, via de regra, sofisticados meios, o que dificulta a constatação da ocorrência do ilícito.

O legislador brasileiro, seguindo orientações internacionais feitas a partir de Convenções e Recomendações, tipificou a lavagem através da Lei Especial nº 9.613/1998, lei esta que já foi e continua sendo alvo de alterações, mas mantém sua essência.

O legislador optou pelo emprego de uma política criminal em certos aspectos altamente controversa, consagrando orientações como a delação premiada, a inversão do ônus da prova, a flexibilidade quanto à quebra do sigilo bancário, a inaplicabilidade da suspensão do processo quando da não citação do acusado, proibição de fiança e liberdade provisória e ainda instituindo um regime administrativo de prevenção à lavagem destinado às instituições que operem com a movimentação de bens, direitos ou valores.

Independente do fundamento moral de tais opções, todas essas medidas foram adotadas com o intuito de que o crime organizado seja efetivamente combatido pelo Estado, seguindo a solução adotada em outras legislações.

Não parece razoável que o Direito faça o combate e a prevenção a determinado delito com certas restrições a princípios que deveriam ser comunicados a todo o ordenamento jurídico pátrio, pois estes seriam, sob o ponto de vista teórico, inafastáveis.

Nota-se que os profissionais diretamente ou indiretamente responsáveis pela repressão (legisladores, juízes, promotores, delegados, etc.) ao crime, em sua maioria, acreditam na coerência da aplicação de tais normas como medida eficaz e de acordo com o sistema jurídico vigente, posição esta não correspondente a de boa parte da doutrina.

Na verdade, essa adoção ao princípio de que “o fim justifica os meios” para o combate às atividades correlatas à criminalidade contemporânea é uma característica comum as diversas leis penais especiais que estão sendo elaboradas, e estão constituindo o denominado “Direito Penal de Terror”, que corresponde à necessidade de que o direito consiga responder a todos os atos da criminalidade organizada, sob a pressão tanto da mídia quanto popular, mesmo que isso represente a flagrante violação até mesmo de princípios constitucionais.

A doutrina se posiciona, predominantemente, no sentido de que não é possível a violação de garantias e direitos individuais para o combate da criminalidade, principalmente porque tais violações estariam ocorrendo em função da própria incapacidade e desorganização do aparato estatal destinado a tal combate.

Ao final da pesquisa, fica evidente a complexidade do tema, uma vez que além de versar sobre um crime que possui elevado grau de dificuldade para que seja descoberto e investigado, o legislador brasileiro não adotou necessariamente os melhores critérios para a formulação de leis que combatessem efetivamente o crime, quando optou pela restrição a garantias individuais.

Cabe ressaltar importante benefício que a criação da Lei de Lavagem de Dinheiro provocou, que é o da constante discussão em relação ao tema, entre todos os segmentos estatais envolvidos. Atualmente, está ocorrendo uma grande articulação entre todos os responsáveis pelo combate e prevenção à lavagem, incluindo o Ministério Público, a Polícia, a Receita Federal e os órgãos criados pelo governo referentes à lavagem, que estão procurando soluções pertinentes, pois têm a consciência de que um problema de tamanha magnitude só conseguirá ser reprimido e controlado pelo Estado através da cooperação e soma de forças entre as diversas instâncias responsáveis pela investigação e andamento processual do crime de lavagem.

É do anseio da comunidade jurídica que dessa comunhão de esforços resulte a aplicação de ações que se mostrem efetivas, mas sem eventuais desvios aos valores consagrados pelo Estado Democrático de Direito, como o nosso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROS, A. M. de. **Da prova no processo penal: apontamentos gerais.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

BARROS, M. A. de. **Lavagem de Dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas: análise sistemática da lei n. 9.613, de 3 de março de 1998.** São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

CERVINI, R.; OLIVEIRA, W. T. de; GOMES, L. F. **Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS. **Lavagem de dinheiro: um problema mundial.** Brasília: UNDP, 1999.

DOTTI, R. A. **Proposta para uma nova consolidação das leis penais.** Disponível em: <http://www.foreense.com.br/Atualida/Artigos_DP/350dou10.htm> Acesso em 30/08/2004.

JESUS, D. de. **Ali-Babá e o crime de lavagem de dinheiro.** Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, n. 18, p. 25-30, jul./dez. 2003.

MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal**, volume I. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. **Elementos de direito processual penal**, volume II. Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE, J. F. **Processo penal.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

NORONHA, E. M. **Curso de direito processual penal.** 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOVAES, P. L. P. **O sigilo bancário e a Lei Complementar nº 105/2001.** Disponível em: <<http://www.tributarista.org.br/content/estudos/sigilo-lei.html>> Acesso em 05/09/2004.

PARODI, Lorenzo. **Lavagem de Dinheiro e Seus Perigos.** Disponível em: <<http://www.fraudes.org/fraudes/lavagem.asp>> Acesso em 13/08/2004.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SOUZA NETTO, J. L. de. **Lavagem de Dinheiro: comentários à Lei 9.613/98.** 1ª ed., 2ª tir.. Curitiba: Juruá, 2002.

TORNAGHI, H. **Curso de Processo Penal, volume I**. 10ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo penal, volume 1**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Processo penal, volume 3**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.