

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO – UNICAP
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO

ÍTALO RAMON SILVA OLIVEIRA

**OS CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL COMO DELITOS ANTECEDENTES À
LAVAGEM DE DINHEIRO**

**RECIFE
2019**

ÍTALO RAMON SILVA OLIVEIRA

**OS CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL COMO DELITOS ANTECEDENTES À
LAVAGEM DE DINHEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Católica de Pernambuco como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito sob a orientação do Professor Dr. Hélio Silvio Ourém Campos.

**RECIFE
2019**

FICHA CATALOGRÁFICA

OLIVEIRA, Ítalo Ramon Silva

Os crimes de sonegação fiscal como delitos antecedentes à lavagem de dinheiro / Ítalo Ramon Silva Oliveira. - Recife: O Autor, 2019.

111 folhas.

Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. CCJ. Direito, 2019.

Inclui Bibliografia.

1. Os delitos de sonegação fiscal como antecedentes à lavagem de dinheiro: estudo legislativo internacional. 2. O sistema brasileiro antilavagem. 3. A relação de antecedência entre o delito de sonegação fiscal e a lavagem de dinheiro: aspectos doutrinários e jurisprudenciais. 4. Conclusões.

342.7 (81)

OLIVEIRA, Ítalo Ramon Silva. **Os crimes de sonegação fiscal como delitos antecedentes à lavagem de dinheiro**. 2019. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Recife, 2019.

ÍTALO RAMON SILVA OLIVEIRA

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO: Os crimes de sonegação fiscal como delitos antecedentes à lavagem de dinheiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco – PPGD/UNICAP – como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre. Área de Concentração: Direito, Processo e Cidadania.

A banca examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: _____

1º MEMBRO – PROF. DR. HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS ORIENTADOR – UNICAP
JULGAMENTO:
ASSINATURA:

2º MEMBRO – PROF. DR. RAYMUNDO JULIANO REGO FEITOSA EXAMINADOR – INTERNO – UNICAP
JULGAMENTO:
ASSINATURA:

3º MEMBRO – PROF. DR. GEILSON SALOMÃO LEITE EXAMINADOR – EXTERNO – UFPB
JULGAMENTO:
ASSINATURA:

À Constituição Federal. Atualmente tão esquecida. Na verdade, maltratada, aleijada, molestada. A ela e por ela, apenas.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, sempre. Pela base, pelo que sou. Ao amor mais irracional. Aos conselhos mais racionais. À mão que afaga, mas que sempre castigou quando preciso. Ao ombro que consola. Ao peito que tão forte bate. Eterna gratidão.

A minha irmã, pela lealdade. Recíproca admiração.

A minha noiva, pelo quase infundável teste de paciência. Pelas ausências. Pela sofrida compreensão. Companheirismo indissolúvel. Amor mais do que verdadeiro.

Ao meu sócio. Melhor: irmão. Aquele que não tive. Cumplicidade e compreensão. Conselhos. Apoio inesgotável.

Ao meu orientador, pelo auxílio sempre imediato. Pela presteza e pelo direcionamento sempre preciso.

A todos e todas que, de algum modo, contribuíram para o início, meio e fim da presente caminhada.

RESUMO

A Convenção de Viena, de 1988, inaugurou, mundialmente, as legislações voltadas ao combate à lavagem de dinheiro. Naquela oportunidade, entretanto, a criminalização do branqueamento de capitais estava adstrita aos bens e valores oriundos do tráfico de drogas. Derivado do referido acordo, foram editadas, em diversos países, normas que seguiram o mesmo espectro restrito, denominadas de *legislações de primeira geração*. Posteriormente, os diplomas normativos que tratavam do escamoteamento de bens evoluíram, contemplando outros crimes antecedentes, afora o comércio ilícito de entorpecentes. Conquanto ampliado, o rol de delitos anteriores continuou taxativo, especificando, *numerus clausus*, os crimes dos quais poderiam ser originados bens e valores a serem lavados. É o que se chamou de “legislação de segunda geração”. É seguindo exatamente este modelo que surge a Lei n. 9.613/98, a primeira, no Brasil, a tratar do combate ao branqueamento, trazendo, em seu artigo 1º, o rol exaustivo dos 08 (oito) crimes antecedentes, dentre os quais não figuravam os de sonegação fiscal. Já em 2012, a Lei n. 12.683 implementou, no Brasil, a tendência incorporada pela *terceira geração* das legislações referentes à lavagem, que eliminou o rol taxativo de crimes pretéritos, previsto inicialmente pela Lei 9.613, e permitiu que qualquer infração penal possa ser considerada como delito prévio ao branqueamento. A partir dessa nova redação legal, há a possibilidade, a priori e em abstrato, de os crimes de sonegação fiscal figurarem como antecedentes à lavagem de dinheiro. O presente estudo propõe uma pesquisa bibliográfica e documental, que objetiva analisar se, do ponto de vista dogmático e de política criminal, a referida possibilidade abstrata é confirmada, mostrando-se compatível, ou não, a relação de acessoriedade entre ambos os delitos. A hipótese inicialmente admitida foi a de que não seria possível a caracterização da citada relação, o que não foi confirmado no curso da presente pesquisa. A principal conclusão firmada informa sobre a possibilidade de os delitos de sonegação fiscal figurarem como subjacentes à lavagem, desde que, no Brasil, por meio de alteração legislativa, seja admitida, apenas, para os casos de crime organizado ou prática individual de maneira profissional e continuada. O estudo proposto mostra-se pertinente e conveniente, considerando o cenário de expansão do direito penal, notadamente o de natureza econômica, em que se busca uma tutela penal cada vez mais antecipada e recrudescida, por vezes rompendo com tradições científico-dogmáticas. Considerando a exiguidade do material jurisprudencial e doutrinário nacional vinculado ao tema, tem a presente pesquisa o objetivo de colaborar para o desenvolvimento da discussão e possível alinhamento jurisprudencial.

Palavras-chave: Delitos Fiscais. Crimes antecedentes. Lavagem de Dinheiro.

ABSTRACT

The 1988 Vienna Convention pioneered worldwide the legislations oriented to combat money laundering. At that time, however, the money laundering criminalization was restricted to goods and values deriving from drug traffic. As from the referred Convention, several countries issued laws following the same restricted spectrum, denominated *first generation legislations*. Subsequently, legislations addressing the burglary of goods have developed, contemplating other antecedent crimes, other than the illicit trade of drugs. Notwithstanding broadened, the list of antecedent crimes remained restrictive, specifying, *numerus clausus*, the offenses from which could be originated goods and values to be laundered. This is what has been referred to as *second generation legislation*. Following such pattern, Law nº 9.613/98 was enacted, the first one in Brazil focusing on the combat of money laundering, bringing, as per its Article 1, the restrictive list of 8 (eight) antecedent crimes, among which tax evasion is not featured. In 2012, Law nº 12.683 implemented in Brazil the incorporated *third generation legislation* tendency and eliminated the restrictive list of antecedent crimes previously provided by Law 9.613 and granted that any criminal infractions may be considered an antecedent crime to the money laundering. As from this amendment to the previous wording, there is the possibility of, *a priori* and in abstract, tax offenses be considered as money laundering antecedent crimes. This study proposes a bibliographic and documental research with the aim of analyzing whether, from a dogmatic and criminal policy standpoint, the referred abstract possibility is confirmed, demonstrating compatible or not the ancillary nature link between the two crimes. The hypothesis initially admitted was that it would not be possible the characterization of the mentioned link, which was not confirmed in the course of the current research. The main conclusion informs the possibility of the tax offenses be regarded as underlying crimes to money laundering, provided that, in Brazil, through legislative amendment, it would be admitted solely for the cases of organized crime or continuous and professional crime-committing by an individual. The proposed study is pertinent and convenient, considering the expansion scenario of the criminal law, notably the economic nature related, in which it is sought a criminal liability increasingly anticipated and worsened, at times breaking up scientific dogmatic traditions. Considering the exiguity of the national case law and legal doctrine related to the subject, this research aims to collaborate with the development of the discussion and attainable case law orientation alignment.

Key-words: Tax offense. Antecedent crimes. Money laundering.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABC/MRE – Agência Brasileira de Cooperação

AO – *Abgabenordnung*

BACEN – Banco Central do Brasil

CCS – Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional

CICAD – Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas

COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras

CVM – Comissão de Valores Mobiliários)

DRCI/SNJ – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional

ENCCLA - Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro

EUA – Estados Unidos da América

FATF – *Financial Action Task Force*

FinCen – *Financial Crimes Enforcement Network*

GAFI – *Groupe d'Action Financière*

GGI – Gabinete de Gestão Integrada

IMOLIN – *International Money Laundering Information Network*

IVA – Imposto sobre Valor Agregado

MJ – Ministério da Justiça

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OEA – *Organização dos Estados Americanos*

ONU – Organização das Nações Unidas

PEP – Pessoas Expostas Politicamente

PNLD – Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro

Rede-Lab – Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia

RIF – Relatório de Informação Financeira

SIMBA – Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias

SNJ – Secretaria Nacional de Justiça

SPC – Secretaria de Previdência Complementar

StGB - *Strafgesetzbuch*

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STS – *Sentencia del Tribunal Supremo*

SUSEP – Superintendência de Seguros Privados

UE – União Europeia

UIF – Unidade de Inteligência Financeira

UNODC – Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 – OS DELITOS DE SONEGAÇÃO FISCAL COMO ANTECEDENTES À LAVAGEM DE DINHEIRO: ESTUDO LEGISLATIVO INTERNACIONAL	16
1.1 Panorama geral das legislações antilavagem	16
1.1.1 Origem.....	16
1.1.2 Das legislações supranacionais, firmadas no âmbito da Organização das Nações Unidas	17
1.1.3 Das legislações supranacionais, firmadas no âmbito europeu e do G7	21
1.1.4 Da legislação interamericana antilavagem	32
1.2 A relação de antecedência entre os crimes de sonegação fiscal e a lavagem de dinheiro e a sua disciplina legal em outros países	35
1.2.1 Alemanha	36
1.2.2 Portugal	38
1.2.3 Espanha	42
1.3 Conclusões parciais.....	45
CAPÍTULO 2 – O SISTEMA BRASILEIRO ANTILAVAGEM	47
2.1 Panorama geral da legislação nacional.....	47
2.1.2 Da Lei n. 9.613/98, modificada pela Lei n. 12.683/12.....	47
2.1.3 O COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras e o subsistema de comunicação e tratamento analítico de operações suspeitas	49
2.1.4 Do subsistema de supervisão, normatização e prevenção à lavagem de dinheiro.....	52
2.1.4.1 Do BACEN – Banco Central do Brasil	53
2.1.4.2 Do microsistema criado no âmbito do Ministério da Justiça	56
2.1.4.2.1 Do DRCI/SNJ – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional	57
2.1.4.2.2 Da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro	58
2.1.4.2.3 Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia – Rede-Lab	63
2.2 A relação de antecedência entre os crimes fiscais e a lavagem de dinheiro e a sua disciplina legal no Brasil	65

CAPÍTULO 3 – A RELAÇÃO DE ANTECEDÊNCIA ENTRE O DELITO DE SONEGAÇÃO FISCAL E A LAVAGEM DE DINHEIRO: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS	69
3.1 O fenômeno da expansão do Direito Penal.....	69
3.2 O debate doutrinário e jurisprudencial em torno do tema.....	76
3.2.1 Da cota defraudada como objeto material do crime de lavagem de dinheiro ...	77
3.2.2 Da exata delimitação do produto oriundo da sonegação para a prática da lavagem.....	82
3.2.3 A fixação temporal para a admissibilidade de atos típicos da lavagem de dinheiro.....	86
3.2.4 A possibilidade de configuração de <i>bis in idem</i>	88
3.2.5 O processo de desnaturação do delito de lavagem	94
CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS.....	108

INTRODUÇÃO

Basicamente, a lavagem de dinheiro representa uma série de procedimentos que objetivam a reinserção, na economia, de ganhos financeiros obtidos de maneira ilícita, dando-lhes aparência de licitude. Segundo o *Financial Crimes Enforcement Network* (FinCen), um dos principais órgãos de combate ao branqueamento de capitais dos Estados Unidos,

Lavagem de dinheiro é o processo utilizado para dar uma aparência legal aos ganhos ilicitamente obtidos. Tipicamente, envolve três etapas: ocultação, dissimulação e integração. Primeiramente, os valores ilegítimos são furtivamente introduzidos no sistema econômico. Posteriormente, o dinheiro é constantemente movimentado, com o objetivo de gerar confusão, muitas vezes o transferindo para diversas contas. Finalmente, é integrado na economia através de transações adicionais, até que o “dinheiro sujo” surja “descontaminado”. A lavagem de dinheiro pode contribuir para a prática de diversos crimes, como tráfico de drogas e terrorismo, além de causar impactos adversos na economia global. (Tradução nossa).¹

A expressão “lavagem de dinheiro” foi inicialmente utilizada nos Estados Unidos (*money laundering*) e foi assim cunhada devido ao método utilizado pela máfia, nos anos 30 do século XX, de exploração de máquinas automáticas de lavar roupas sujas, para justificar a origem de recursos ilícitos (BOTTINI, 2016).

Em 1991, o Brasil, por meio do Decreto n. 154, ratificou a Convenção de Viena (1988), que tratou do combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e da lavagem dele decorrente. Já em 1992 o país participou da XXII Assembleia Geral da OEA, nas Bahamas, durante a qual foi aprovado o “Regulamento Modelo Sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos”, elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD).

Em virtude dos diversos compromissos internacionais assumidos, dentre eles os que foram mencionados acima, foi promulgada a Lei n. 9.613/1998, que tipificou o crime de lavagem de dinheiro e dispôs sobre mecanismos administrativos de

¹ “*Money laundering is the process of making illegally-gained proceeds (i.e. "dirty money") appear legal (i.e. "clean"). Typically, it involves three steps: placement, layering and integration. First, the illegitimate funds are furtively introduced into the legitimate financial system. Then, the money is moved around to create confusion, sometimes by wiring or transferring through numerous accounts. Finally, it is integrated into the financial system through additional transactions until the "dirty money" appears "clean." Money laundering can facilitate crimes such as drug trafficking and terrorism, and can adversely impact the global economy*”. HISTORY of Anti-Money Laundering Laws. United States Department of the Treasury Financial Crimes Enforcement Network – Fincen.gov. Disponível em: <<https://www.fincen.gov/history-anti-money-laundering-laws>>. Acesso em: 23 maio 2019.

prevenção e combate à referida prática, a exemplo do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Naquela redação original, optou o legislador pelo modelo de 2ª geração, prevendo um rol taxativo de crimes antecedentes (artigo 1º, incisos I a VIII). Caso fosse perpetrada infração penal diversa daquelas descritas no supracitado dispositivo, não havia a possibilidade de configuração do delito de branqueamento, por ausência de tipicidade.

Em 2012, foi editada a Lei n. 12.683 – dentro dos padrões da 3ª geração² de legislações de combate à lavagem, utilizada em países como França e Itália –, eliminando o rol exaustivo previsto inicialmente. Desde então, toda e qualquer infração penal – crimes ou contravenções – podem, *ab initio*, figurar como antecedentes ao delito de branqueamento de capitais.

Em uma primeira análise, os delitos de sonegação fiscal também estariam aptos a gerar produtos passíveis de branqueamento. Haveria, entretanto, compatibilidade entre os aludidos crimes, permitindo que os referidos ilícitos penais tributários figurem como antecedentes à lavagem?

A literatura nacional, após a reforma imposta pela Lei n. 12.683/2012, não se ocupou muito do tema, ao contrário do que ocorreu com a doutrina europeia, a exemplo da espanhola, logo que aprovada a Lei n. 10/2010, que trata, naquele país, da prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo.

Apesar de teoricamente possível, a relação entre crimes de sonegação e lavagem mostra-se vulnerável a diversas contestações. Inicialmente, há de se ter atenção para a possibilidade, ou não, de o resultado material dos referidos delitos contra a ordem tributária (ex.: o valor que não foi repassado ao fisco no momento correto) ser considerado *produto* para fins de branqueamento.

O artigo 1º da Lei de Lavagem fala em bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. O questionamento doutrinário (maciçamente estrangeiro), com reflexos em entendimentos jurisprudenciais, analisa exatamente a hipótese de o valor sonegado, que já fazia parte do patrimônio do agente, fruto de atividade lícita (tal como a prestação de serviços), quando não transferido para a autoridade fazendária, caracterizar ganho patrimonial ilícito, configurando-se, pois, em possível objeto de lavagem. Esta é uma controvérsia cuja

² As legislações de primeira geração vieram na esteira da Convenção de Viena (1988) e atrelavam a prática de lavagem ao tráfico de entorpecentes.

solução não se mostra tão simples como aparenta, tendo considerável parcela da doutrina europeia resistência à tese que admite a perspectiva criminalizadora.

Por outro lado, caso se admita a possibilidade de tais crimes fiscais gerarem produto suscetível de branqueamento, surge a problemática de individualizar os bens constitutivos da cota tributária não repassada. Considerando a hipótese de que os resultados materiais das aludidas infrações penais tributárias representam um acréscimo patrimonial (o que é contestável, conforme exposto anteriormente), torna-se patente a discussão acerca da delimitação exata da parcela contaminada, isto é, se todos os bens estariam comprometidos ou apenas uma fração.

Debate-se, ainda, a fixação do marco temporal para que se possa considerar juridicamente viável a prática de lavagem sobre o produto dos delitos de sonegação. No caso das infrações penais previstas na Lei n. 8.137/1990, artigo 1º, incisos I a IV, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 24, segundo a qual, em outras palavras, apenas há consumação dos crimes quando lançados definitivamente os tributos. Logo, exsurge o questionamento acerca da (i)licitude das transações realizadas antes da constituição final do débito, configurando-se, ou não, como branqueamento, uma vez que inexistiria a materialidade dos crimes antecedentes.

Também relevante é a discussão acerca da necessária diferenciação entre o branqueamento de capitais e o mero aproveitamento do produto do crime (exaurimento dos delitos fiscais). Este ponto ganha especial relevância quando analisado sob a óptica do artigo 1º, §2º, inciso I, da Lei 9.613/1998, que prevê a criminalização do simples uso dos bens derivados de ilícitos penais.

Inegável, portanto, que a possibilidade de os delitos de sonegação fiscal figurarem como antecedentes à lavagem de dinheiro não se mostra isenta de discussões, havendo um número considerável de questionamentos que surgem quando estabelecida esta relação, de ordem dogmática e de política-criminal.

A pesquisa ora sugerida almeja observar mais atentamente este fenômeno, a fim de contribuir para evolução deste debate no Brasil, ainda carente de enfrentamentos doutrinários e análises por parte dos nossos Tribunais, inclusive os de superposição.

É importante destacar, para que haja um corte metodológico, que, no presente trabalho, serão considerados apenas os atos de sonegação perpetrados sobre bens, direitos e valores de origem lícita. Não se discutirá, em nenhum momento, a relação de tributação e a conseqüente fraude fiscal sobre ganhos derivados de atividades

ilícitas.

Para o desenvolvimento do presente estudo, três capítulos serão trabalhados. No primeiro, analisar-se-á a legislação internacional sobre a lavagem de dinheiro, inicialmente abordando a normativa transnacional, no âmbito das Nações Unidas, europeu e interamericano. Posteriormente, será realizado um exame do direito interno de três países, quais sejam: Portugal, Espanha e Alemanha, especificamente sobre a relação de antecedência entre os delitos fiscais e o branqueamento.

O segundo capítulo, por sua vez, será o responsável pelo exame da legislação nacional sobre o tema. O ponto de partida se dará com a análise da Lei n. 9.613/98, que se constitui no pilar do nosso sistema antilavagem. Após, serão investigados o Conselho de Controle de Atividades Financeiras, o Banco Central do Brasil, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro e a Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia. Após, perscrutaremos, especificamente, a possibilidade, no direito brasileiro, de serem os delitos fiscais subjacentes ao branqueamento.

Por fim, o terceiro capítulo iniciará abordando a expansão verificada no Direito Penal, fenômeno este em plena evolução e de escala global. Posteriormente, serão analisadas diversas questões que podem limitar ou, até mesmo, impedir a relação de antecedência entre os delitos fiscais e a lavagem. Para finalizar, far-se-á um exame mais amplo sobre a atual problemática envolvendo o desordenado uso da criminalização do branqueamento de capitais, com o objetivo de atender a interesses estranhos àqueles originalmente concebidos para a sua tipificação, qual seja o combate a grupos organizados transnacionais, por meio da asfixia financeira.

CAPÍTULO 1 – OS DELITOS DE SONEGAÇÃO FISCAL COMO ANTECEDENTES À LAVAGEM DE DINHEIRO: ESTUDO LEGISLATIVO INTERNACIONAL

1.1 Panorama geral das legislações antilavagem

1.1.1 Origem

Os primeiros países a engendrarem legislações contra a lavagem de dinheiro foram Estados Unidos e Itália, o que ocorreu, em ambos os casos, na década de 1970. Naquele contexto, referido país europeu sofria graves consequências decorrentes da atuação das máfias, ao passo que os EUA eram abundantemente abastecidos pela cocaína negociada pelo colombiano Pablo Escobar (SAMPALO, 2016).

O governo Nixon iniciou uma verdadeira guerra contra as drogas e, dentre outras medidas, editou o *Bank Secret Act*, que foi, efetivamente, no âmbito mundial, a primeira legislação antilavagem. Não havia, expressamente, uma menção ao crime de branqueamento, senão o objetivo de criar uma estrutura apta a rastrear grandes operações cambiais. Os bancos tinham a obrigação de informar sobre depósitos e retiradas que ultrapasassem o valor de 10 (dez) mil dólares ou importações e exportações acima dos 5 (cinco) mil dólares.

Ronald Reagan, seguindo a mesma linha de duro combate ao tráfico, modernizou a legislação e lançou, em 1986, o *Money Laundering Control Act*, que, definitivamente, criminalizou a lavagem (BLICKMAN, 2009).

Já na Europa, o movimento de combate ao branqueamento teve como ponto de partida a Itália, que, em 1978, editou Decreto-Lei nº 59. Conquanto não houvesse expressa alusão à conduta de lavagem, a novel legislação punia aquele que desfrutasse dos ganhos obtidos por meio do crime de sequestro (MARTÍNEZ, 2017).

Em meio à conjuntura descrita, iniciou-se, naquele momento ainda muito incipiente, a cultura do combate ao crime organizado, com foco no rastreamento dos ganhos ilícitos, como forma de desestabilizar a estrutura delituosa.

Passemos, doravante, a tratar de algumas das mais importantes legislações, de natureza preventiva e repressiva, formuladas com o objetivo de combater a lavagem de dinheiro.

1.1.2 Das legislações supranacionais, firmadas no âmbito da Organização das Nações Unidas

No ano de 1988, foi redigido o documento que seria o pilar normativo do combate internacional à lavagem de dinheiro. A Convenção de Viena, contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, foi orientada com o objetivo, sem o prejuízo de outros, de fortalecer a cooperação internacional no âmbito judicial e a criação de uma política criminal uniforme de combate à criminalidade organizada, notadamente aquela voltada ao comércio ilegal de drogas (OLIVEIRA, 2017). Foi o resultado de uma crescente – e justificada – preocupação com os efeitos desestabilizadores que os rendimentos oriundos das organizações criminosas destinadas ao tráfico de entorpecentes podem causar às atividades financeiras e comerciais lícitas.

Conforme as suas determinações, as partes signatárias contraíam a obrigação de tipificar como delitos, nos respectivos direitos internos, uma série de condutas relacionadas ao comércio ilícito de drogas, dentre elas a conversão, transferência, atos que impedissem ou dificultassem a localização, bem como a aquisição ou utilização de bens procedentes do tráfico (PORTO, 2011).

Especificamente ao crime de lavagem, merece destaque o artigo 3 da Convenção, que traz, mais precisamente nos pontos 3.1.b³ e 3.1.c⁴, as orientações gerais para que os Estados signatários procedessem à tipificação seguindo uma lógica comum de combate internacional. Relativamente às sanções que deveriam ser fixadas em razão das condutas sugeridas à criminalização, o artigo 4 orienta que sejam elas proporcionais à gravidade dos delitos, sugerindo a adoção da pena de

³ Assim dispõe o artigo 3, 1 “b”, ao tratar dos delitos e sanções: “Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: (...) b) i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das conseqüências jurídicas de seus atos; ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão”;

⁴ O artigo 3, 1 “c” estabelece que: “de acordo com seus princípios constitucionais e com os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico; i) a aquisição, posse ou utilização de bens, tendo conhecimento, no momento em que os recebe, de que tais bens procedem de algum ou alguns delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de ato de participação no delito ou delitos em questão”;

prisão ou outras formas de privação de liberdade, assim como sanções pecuniárias e de confisco.

Por ter surgido em um contexto de preocupação mundial com o avanço da criminalidade organizada, notadamente aquela vinculada ao tráfico de drogas, a Convenção reservou o artigo 7 para regulamentar a assistência jurídica recíproca, dispondo, no parágrafo 1, como orientação geral, que os Estados signatários prestarão, entre si, “a mais ampla assistência jurídica recíproca nas investigações, julgamentos e processos jurídicos referentes a delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3”⁵.

Depreende-se, a partir da leitura do texto integral da Convenção, que a conduta de branqueamento de capitais encontra-se restrita ao produto do crime de tráfico de drogas, não havendo menção a outros possíveis delitos antecedentes.

Por ter se tornado o principal marco legislativo internacional no combate à lavagem de dinheiro, a Convenção influenciou, diretamente, o direito interno de diversos países, os quais, em regra, seguindo as orientações por ela firmadas, limitaram, na relação de antecedência, a lavagem apenas ao comércio ilícito de entorpecentes. Estas legislações foram classificadas pela doutrina especializada como sendo de primeira geração.

O Brasil ratificou a Convenção por meio do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991, vindo ela a ser uma das principais fontes para a confecção da Lei n. 9.613/98, conforme expressamente mencionado na respectiva Exposição de Motivos, sendo referido ato normativo o primeiro a tratar, no âmbito nacional, sobre lavagem de dinheiro.

Outro importante instrumento, de natureza supranacional, para prevenção e combate ao branqueamento de bens, produtos e capitais, é a Convenção de Palermo, instituída, em 2000, no âmbito das Nações Unidas, e promulgada, no Brasil, por meio do Decreto n. 5.015/2004.

Seguindo a tendência de outras Convenções, Convênios e demais regulamentos de organismos europeus, a Convenção de Palermo deixa de considerar como delito antecedente apenas o tráfico de drogas. O artigo 6, parágrafo 2.a, dispõe

⁵ BRASIL. DECRETO Nº 154 DE 26 DE JUNHO DE 1991. **Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 jun. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 23 maio 2019.

sobre a necessidade de ampliação do espectro de infrações pretéritas à mais ampla gama possível de delitos, sendo estes, conforme o item 2.b, os crimes graves, entendidos como aqueles puníveis com pena de privação de liberdade, com pena abstratamente prevista superior a quatro anos, bem como os delitos perpetrados por meio de organização criminosa ou os crimes de corrupção e obstrução da justiça.

Ao passo que o artigo 6 trata do regime de punição à lavagem, o artigo 7 da aludida Convenção traz orientações aos Estados-Parte sobre sistema de prevenção, a exemplo de um regime interno completo de regulamentação e controle de bancos e instituições financeiras não bancárias (artigo 7.1.a), bem como a possibilidade de intercâmbio nacional e internacional de informações financeiras (artigo 7.1.b) e o desenvolvimento e promoção à cooperação entre autoridades judiciais, de prevenção e repressão ao branqueamento, em escalas mundiais, regionais e bilaterais (artigo 7.4).

Ainda no âmbito das Nações Unidas, merece referência a Convenção de Mérida, contra a corrupção, adotada em 2003 e promulgada no Brasil em 31 de janeiro de 2006, por meio do Decreto n. 5.687. Relativamente ao branqueamento, há, em grande parte, republicação daquilo que já havia sido tratado no bojo da Convenção de Palermo, seja no tocante à punição ou à prevenção.

É digna de menção a inovação contida no artigo 14.3, em que constam orientações aos Estados-Parte que exijam às instituições financeiras maior rigidez na identificação do remetente responsável pela transferência de fundos, mantendo esta informação durante todo o ciclo da operação e analisando, de maneira criteriosa, aquelas transações em que não haja as informações completas sobre a figura do remetente.

Por fim, há de se mencionar a importante estrutura montada pelas Nações Unidas em torno do combate à lavagem e ao financiamento do terrorismo. A ONU, por meio do Escritório especializado no estudo de Drogas e Criminalidade, constituiu o Programa Mundial contra a Lavagem de Dinheiro (*Global Programme Against Money Laundering*), arcabouço do qual faz parte o *International Money Laundering Information Network – IMOLIN*⁶, base de dados que reúne uma série de documentos internacionais sobre a matéria, a exemplo de legislações, referências bibliográficas e calendário de eventos ocorridos e a serem realizados.

⁶ Dados fornecidos pelo *International Money Laundering Information Network – IMOLIN*. Disponível em: <<http://www.imolin.org>>. Acesso em: 13 de nov. 2018.

No sítio do IMOLIN, encontra-se o documento intitulado “O branqueamento de dinheiro e o financiamento de terrorismo: A Resposta das Nações Unidas”.⁷ Nele, é possível verificar uma breve introdução, no bojo da qual a ONU expõe o histórico de medidas adotadas pelo Órgão para o combate à lavagem, com um breve e sintético apanhado de algumas das orientações nelas contidas.

Posteriormente, são apresentados excertos dos principais instrumentos editados pelas Nações Unidas, objetivando o combate ao financiamento de terrorismo e à lavagem, nominando, relativamente ao branqueamento, as Convenções de Viena e de Palermo, assim como a Declaração Política e Plano de Ação Contra a Lavagem de Dinheiro e a Declaração Política e Plano de Ação Mundial de Nápoles Contra a Delinquência Transnacional Organizada.

Ao fazer uma análise sobre este programa estruturado pela ONU, Oliveira (2017, p. 52-53) conclui o seguinte:

Creio que este é um dos pontos mais importantes entre todas as iniciativas que já foram tomadas nas últimas décadas no campo da luta contra a macrocriminalidade, seja ela relacionada com o branqueamento de capitais, seja relativa ao terrorismo e seu financiamento. Os motivos que permitem realizar esta conclusão são basicamente os seguintes: a) este modelo corresponde a uma união de esforços, o que se mostra fundamental para encarar os desafios propostos pela criminalidade de larga escala. b) A reunião de esforços que se realiza está baseada na acumulação e no intercâmbio de informações, na cooperação internacional e na ruptura de barreiras de comunicação. c) Uma unificação de iniciativas possibilita a concentração de energias de forma mais positiva e permite que desde diferentes perspectivas e fontes se possam direcionar metas e tarefas em favor de objetivos comuns. d) por conseguinte, a existência de *standards* e modelos normativos evita a redundância de esforços, o gasto de tempo e meios, eliminando incongruências que possam impedir ações concretas neste campo. e) Também é relevante porque gera um canal de comunicação entre instituições que têm interesse nesta matéria. f) Por fim, um sistema pensado de maneira democrática a nível mundial relativiza fronteiras sem quebrar a soberania dos Estados, que continuam com liberdade para eleger os melhores caminhos para sua política-criminal interna. (Tradução livre).⁸

⁷ *El Blanqueo de Dinero y la Financiación del Terrorismo: la Respuesta de las Naciones Unidas*. Disponível em: <<https://www.imolin.org/pdf/imolin/UNres03s.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

⁸ “Creo que este es uno de los puntos más importante entre todas las iniciativas que se han tomado en las últimas décadas en el campo de la lucha contra la macrominialidad, sea ella relacionada con ele blanqueo de capitales, sea relativa al terrorismo y su financiación. Los motivos que permiten realizar esta conclusión son basicamente los siguientes: a) Este modelo corresponde a una unión de esfuerzos, lo que es fundamental para encarar los desafíos propuestos por la criminalidade de larga escala. b) La reunión de esfuerzos que se realiza está basada en la acumulación y el intercambio de informaciones, en la cooperación internacional y en la ruptura de barreras de comunicación. c) Una unificación de inicitivas possibilita la concentración de energias de forma más positiva y permite que desde diferentes perspectivas y fuentes se puedan direccionar metas y tareas en favor de objetivos comunes. d) Por consiguiente, la existencia de estándares y modelos normativos evita la redunancia de esfuerzos, el gasto de tempo y médios, eliminando incongruências que puedan impedir acciones concretas en este campo. e) También es relevante porque genera un canal de comunicación entre instituciones que geu tienen

Trata-se de um programa de coordenação que vai muito além da elaboração e publicação de normativas internacionais, com a adesão multilateral de Estados-Parte. Não que medidas como a Convenção de Viena ou de Palermo não tenham a sua imprescindível colaboração no combate à criminalidade organizada transnacional. Mas, a estrutura montada em torno do Programa reflete a efetivação de uma estratégia que direciona um olhar especial para a cooperação internacional, bem como para a construção e coordenação de um banco de dados, que possibilite uma otimizada troca de informações entre diversos organismos internacionais sobre a lavagem de dinheiro.

1.1.3 Das legislações supranacionais, firmadas no âmbito europeu e do G7

No cenário supranacional, em junho de 1980, surgiu a primeira normativa internacional de prevenção à lavagem, editada pelo Conselho da Europa⁹, intitulada de Recomendação (80) 10, que considera três princípios norteadores: identificação dos clientes, por parte das entidades bancárias; a qualificação dos funcionários dos bancos, para analisar as operações realizadas pelos clientes; e a colaboração das entidades bancárias com as autoridades e com a Administração da Justiça (SAMPALO, 2016).

Ainda no âmbito preventivo, importante mencionar a Declaração da Basileia, de dezembro de 1988, emitida pelo Comitê de Supervisão Bancária da Basileia. Tais orientações não dispunham de poder coercitivo, por se tratar de instituição particular (SAMPALO, 2016). O referido documento é composto por 7 (sete) premissas e uma declaração de cinco princípios, que seriam: (i) os objetivos da aludida Declaração, com foco, principalmente, no combate à reciclagem de fundos de procedência ilícita, por meio do sistema bancário nacional e internacional; (ii) a identificação, por parte dos bancos, daqueles que constituem a sua clientela; (iii) a observância, pelas instituições bancárias, das leis e regulamentações que regem as operações financeiras; (iv) a colaboração com as autoridades judiciais e a polícia; e (v) a

interés en esta materia. f) Por fin, un sistema pensado de manera democrática a nivel mundial relativiza fronteras sin quebrantar la soberanía de los Estados, que continúan con libertad para elegir los mejores caminos para su política-criminal interna.”

⁹ Órgão composto, hoje, por 47 Estados-membros, dos quais 28 também fazem parte da União Europeia, fundado em 1949, segundo informações retiradas do sítio oficial do referido organismo. Disponível em: <<https://www.coe.int/pt/web/about-us/who-we-are>>.

estruturação interna das instituições bancárias, com o objetivo de implementar as orientações inseridas na dita Declaração¹⁰.

Um ano após a celebração da Convenção de Viena (1988), o G7 (grupo dos sete países mais ricos do mundo, à época), durante a Cúpula de Paris, em 1989, lançou o GAFI (*Groupe d'Action Financière*), em inglês chamado de FATF (*Financial Action Task Force*), órgão intergovernamental que se tornou uma das referências no sistema antilavagem. A criação desse grupo especializado teria se dado por entenderem os países membros do G7 que a ONU não apresentava eficiência na luta contra o tráfico de drogas e os seus efeitos na ordem econômica e financeira mundial. Por apresentar composição plural, constituindo-se por países distribuídos por todo o mundo, mostram-se presentes a rivalidade entre grupos de membros, o que dificulta o consenso, a execução de tarefas e a gestão coletiva (BLICKMAN, 2009).

Um ano após o seu lançamento, já em 1990, o GAFI lançou a primeira edição das suas 40 Recomendações. As orientações firmadas não tinham como objetivo resultar em leis internacionais, mas, na verdade, nortear a criação de legislações nacionais harmônicas entre si, por meio do que Blickman (2009, p. 6) chamou de “direito indicativo” ou “normas não vinculantes (*soft law*)”. Segundo referido autor (2009, p. 6),

Estes instrumentos quase jurídicos não possuem caráter vinculante, mas por serem adotados por um número suficiente de países, gozam de respaldo político, institucional e moral necessário para se desenvolverem e, ao final, converterem-se em normas internacionais. O papel do GAFI consiste em emitir recomendações sobre condutas antilavagem, com o objetivo de fixar parâmetros legislativos e normativos, aperfeiçoando essas medidas por meio de investigação e estabelecimento de diretrizes. (Tradução livre).¹¹

Em 1996, as recomendações foram modificadas, para acompanhar as alterações havidas nos métodos de lavagem de dinheiro utilizados pelas organizações criminosas. Deixou-se de centrar, unicamente, nos produtos oriundos do tráfico de drogas e passou a considerar a produção de riqueza ilícita originada por outros delitos, a exemplo da corrupção.

¹⁰O inteiro teor da Declaração da Basileia está disponível em: <http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Documentos/basilea.htm>.

¹¹ “Estos instrumentos cuasi jurídicos no tienen carácter vinculante, pero al ser adoptados por un número suficiente de países, gozan del respaldo político, institucional y moral necesario para desarrollarse y terminar convirtiéndose en normas internacionales. El papel del GAFI consiste en ir emitiendo recomendaciones de LBC con el objetivo de fijar estándares legislativos y normativos, y perfeccionar esas medidas a través de la investigación y el establecimiento de directrices.”

Inicialmente voltado ao combate à lavagem de dinheiro, o GAFI ganhou um novo e principal foco, com o ataque às Torres Gêmeas, em 2001. Passou a ser missão do referido organismo o combate ao financiamento do terrorismo, motivo pelo qual foram editadas, em outubro de 2001, Oito Recomendações Especiais, exclusivamente para tratar do tema, havendo o acréscimo da Nona Recomendação Especial, em outubro de 2004.

Após a revisão inicial, em 1996, e o adendo das nove recomendações especiais voltadas ao combate ao financiamento do terrorismo, as orientações do GAFI foram consideravelmente revisadas em junho de 2003 e em fevereiro de 2012, sendo esta a última e atual formatação, em que houve a reconcentração, ao número de 40, de todas as recomendações, inclusive as especiais. Ainda, em 2008, diante das transformações tecnológicas havidas, a missão do GAFI foi expandida, abrangendo, também, a preocupação envolvendo o financiamento da proliferação de armas de destruição em massa.

Sobre a atual formatação do referido organismo internacional, De Carli (2013, p. 33) sintetiza que

Em fevereiro de 2012, o GAFI procedeu a uma ampla revisão nas Recomendações: foram unificadas as recomendações relativas à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, e adicionaram-se disposições relativas ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa. Voltou-se ao número de 40 Recomendações, que configuram os *Standards Internacionais* em matéria de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo. Elas fornecem um conjunto completo de contramedidas que cobrem o sistema de justiça criminal, o sistema financeiro e a sua regulação, e a cooperação internacional. Essas Recomendações fixam *princípios de ação*, permitindo aos Estados usar de flexibilidade na implementação das medidas, de acordo com as características de cada país e de sua moldura constitucional. (...) Além das Recomendações, o GAFI elabora notas interpretativas que ajudam a esclarecer a aplicação de cada Recomendação e proporcionam uma direção adicional, e o Glossário, que define conceitos-chave. As Recomendações são adotadas por mais de 180 países. A par disso – e o que reforça significativamente sua efetividade – foram reconhecidas pelo FMI e pelo Banco Mundial como os Padrões Internacionais a serem seguidos, na repressão e na prevenção da lavagem de dinheiro e do financiamento ao terrorismo.

Ainda no campo das legislações supranacionais, importante mencionar o Convênio de Estrasburgo, celebrado em 1990, pouco tempo após a Convenção de Viena e a criação do GAFI, por parte do G7. Conquanto tenha, no que se refere à definição da conduta de branqueamento, reproduzido os termos havidos na Convenção de Viena, o Convênio de Estrasburgo inovou ao expandir as hipóteses

dos crimes antecedentes para qualquer delito, não mais havendo a restrição ao tráfico de drogas ou a crimes graves, assim como admitiu a hipótese de lavagem praticada mediante imprudência, não estando mais limitada à configuração do dolo.

Aludido Convênio de Estrasburgo foi posteriormente, em parte, alterado pelo Convênio de Varsóvia, firmado em 16 de maio de 2005. Relativamente ao branqueamento de capitais, o Convênio de Varsóvia foi responsável pela proposta de ampliação das condutas que poderiam ser enquadradas como lavagem, abrangendo as hipóteses em que houvesse suspeita de que os bens movimentados fossem produtos de crime ou que o agente deveria haver presumido tal condição – casos em que estivessem configurados o dolo eventual e a lavagem imprudente (OLIVEIRA, 2017).

Ainda, ante a sua inegável importância, há de se fazer registro ao Tratado de Lisboa, adotado pela UE em 2007. Reconhecendo, em virtude da globalização, o acentuado caráter transnacional da criminalidade organizada, campo em que guarda especial destaque a lavagem de dinheiro, o artigo 69-A dispõe que a cooperação judiciária em matéria penal, na UE, tem como fundamento o princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais.

Ademais, o artigo 69-B afirma que a União Europeia, por meio do Parlamento Europeu e do Conselho, poderá estabelecer regras mínimas para definições de infrações penais e respectivas sanções, nos casos de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça. Dentre os delitos considerados, encontra-se a lavagem de dinheiro, assim como o terrorismo, o tráfico de seres humanos, a corrupção, o tráfico de drogas e armas etc.

Com foco, exclusivamente, no caráter preventivo, a primeira Diretiva formulada no âmbito da Comunidade Europeia contra o branqueamento de capitais (Diretiva 91/308/CEE) foi publicada em 10 de junho de 1991. Dividida em dezoito artigos, expõe, inicialmente, uma série de considerações (motivos) para a formulação e publicação daquele documento.

Em apertada síntese, essa Diretiva funda-se na necessidade de combater o avanço da criminalidade organizada, reconhecendo o papel fundamental que possui, no referido contexto, a lavagem de capitais, para viabilizar a expansão de grupos delituosos transfronteiriços, em um nítido prejuízo à saúde da comunidade internacional. Ademais, reconhece que, inobstante a necessidade de uma abordagem repressiva, de natureza penal, com ampla cooperação internacional, não há como

ignorar as medidas preventivas, tendo em vista um eficaz papel que pode ser desempenhado, nesse sentido, pelo mercado financeiro.

Tomando como orientação o conceito de branqueamento trazido pela Convenção de Viena (1988), já mencionada neste trabalho, reconhece, entretanto, a necessidade de expandir a lista de crimes cujos produtos estariam suscetíveis à lavagem, não mais se limitando ao tráfico de drogas.

Ainda, entende que quaisquer que sejam as medidas orientadoras formuladas pela Comunidade Europeia, deve haver harmonia com as recomendações confeccionadas pelo GAFI – à época, recém-criado.

O artigo 1º da Diretiva em questão conceitua as condutas que devem ser classificadas como lavagem, definição que se encontra em harmonia com o que havia sido fixado no cerne da Convenção de Viena. Há, porém, uma importante diferença: exatamente conforme exposto nas motivações que ensejaram a elaboração da normativa, entendeu a Comunidade Europeia pela necessidade de ampliação dos possíveis crimes antecedentes, não mais se limitando ao tráfico de drogas.

Por tal motivo, ao definir “atividade criminosa”, o artigo 1º afirma que será “qualquer das infrações definidas no nº 1, alínea a), do artigo 3º da Convenção de Viena, bem como qualquer outra atividade criminosa definida como tal para efeitos da presente diretiva por cada Estado-membro”¹².

Nota-se, da redação acima transcrita, que o dispositivo faz expressa remissão à Convenção de Viena e ao comércio de entorpecentes como crime antecedente, porém, se preocupa em, na parte final do artigo, possibilitar a ampliação dos delitos pretéritos, a depender do direito interno de cada Estado-membro.

Dos demais artigos, que totalizam 18, são dignos de registro o 3º, que orienta a adoção, por parte dos estabelecimentos de crédito e das instituições financeiras, da política de identificação de clientes (*know your customer*), por meio de documento corporativo, sempre que houver a instituição de relações de negócios. Ainda, o artigo 4º dispõe sobre a necessidade de conservação dos dados armazenados, referentes à identificação dos clientes, bem como à realização das transações financeiras, com o objetivo de servirem de prova a qualquer inquérito, quando investigada a prática de lavagem de dinheiro.

¹² Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31991L0308>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

O artigo 6º, por sua vez, prevê a necessidade de cooperação entre os estabelecimentos de crédito, instituições financeiras e as autoridades responsáveis pelo combate ao branqueamento, seja por meio de informações disponibilizadas voluntariamente, quando houver indícios de operações suspeitas, ou em caso de requerimento formulado pelas autoridades competentes à investigação de fatos envolvendo lavagem.

Conforme muito bem exposto por Sampalo (2016), a Diretiva em questão não diferiu muito do que já houvera sido fixado no cerne da Recomendação (80) 10 do Conselho da Europa e das 40 Recomendações do GAFI, restringindo o seu mérito à obrigatoriedade de implementação das orientações nela contidas a todos os Países da União Europeia, consoante estabelecido nos artigos 16, 17 e 18.

A Diretiva 91/308/CEE foi modificada pela segunda Diretiva (2001/97/CE), datada 4 de dezembro de 2001, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. Esta segunda Diretiva trouxe duas importantíssimas alterações, em caráter complementar, relativamente a temas já abordados na primeira.

Conforme explicitado anteriormente, a primeira Diretiva foi direcionada a estabelecimentos de crédito e instituições financeiras, apenas. A Diretiva 2001/97/CE, por sua vez, ampliou o rol de sujeitos obrigados, prevendo, em seu artigo 2º, as seguintes instituições e pessoas singulares e coletivas: instituições de crédito e financeiras, auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais, agentes imobiliários, notários e outros profissionais forenses independentes, negociantes de bens de elevado valor, leiloeiros e cassinos.

Extremamente relevante, também, foi a ampliação do conceito de lavagem de dinheiro. Ao passo que, na primeira Diretiva, o branqueamento estava vinculado ao tráfico de drogas ou, então, dependia de uma ampliação a ser efetivada por cada Estado-membro – mas, neste caso, sem obrigatoriedade –, a segunda Diretiva trouxe uma expressa previsão extensiva, passando a considerar como delito antecedente “qualquer tipo de envolvimento criminal na prática de um crime grave”.¹³

Crimes graves, nos termos do próprio artigo 1º desta segunda Diretiva, seriam o tráfico de drogas, as atividades de organizações criminosas, tal como definidas no

¹³ Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Dezembro de 2001, que altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0097>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

artigo 1º da Ação Comum 98/733/JAI¹⁴, a fraude grave, nos termos dos artigos 1º e 2º da Convenção sobre a Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias, a corrupção ou qualquer outra infração que possa gerar proveitos substanciais, desde que apenadas com severa sanção de prisão, nos termos do direito interno de cada Estado-membro.

A terceira Diretiva (2005/60/CE), do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, veio para substituir a primeira (91/308/CEE), que havia sido modificada pela segunda (2001/97/CE). Referida normativa ampliou os objetivos de combate, não mais se limitando ao branqueamento de capitais, incluindo, doravante, a luta contra o financiamento do terrorismo e a corrupção política internacional, temas estes inegavelmente entrelaçados.

Assim, tornou-se, após a sua edição, na mais importante normativa europeia sobre a matéria (OLIVEIRA, 2017). Houve, na verdade, uma ampliação em todos os aspectos do combate à lavagem, desde a listagem de possíveis crimes antecedentes, ao rol de sujeitos obrigados e aos deveres de controle e informação.

A Diretiva, que tem o objetivo de harmonizar as legislações nacionais, otimizando o combate à criminalidade organizada, representou uma expansão sólida dos níveis de monitoração, ao ponto de suscitar debates acerca de sua interferência sobre direitos fundamentais atrelados ao exercício profissional e a liberdades individuais (OLIVEIRA, 2017).

O fortalecimento da vigilância estatal pode ser exemplificado, dentre outras medidas adotadas, pela determinação para que cada Estado-Membro seja responsável pela criação de uma Unidade de Inteligência Financeira (UIF) – artigo 21 da Diretiva 2005/60/CE. Os Estados-Membro devem assegurar que as UIF tenham acesso, direta ou indiretamente, em tempo útil, às informações financeiras,

¹⁴ Assim dispõe o artigo 1º: “Para efeitos da presente acção comum, entende-se por «organização criminosa» a associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista cometer infracções puníveis com pena privativa da liberdade ou medida de segurança privativa da liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer essas infracções constituam um fim em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a actuação de autoridades públicas. As infracções referidas no primeiro parágrafo incluem as mencionadas no artigo 2º da Convenção Europol e no anexo dessa convenção que são passíveis de sanção no mínimo equivalente à prevista no primeiro parágrafo”. Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Dezembro de 2001, que altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0097>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

administrativas, judiciárias e policiais necessárias à efetivação das atribuições que lhes são incumbidas.

Relativamente ao conceito de branqueamento, a terceira Diretiva manteve, em seu artigo 1º, os mesmos comportamentos descritos na primeira, modificada pela segunda (Diretiva 2001/97/CE). A definição, portanto, é idêntica. A diferença surge quando da caracterização do “crime grave”, novidade esta observada, mais precisamente, na redação do artigo 3º, parágrafo 5, alíneas a e f.

No primeiro caso, foram incluídos os atos definidos nos artigos 1º a 4º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI¹⁵ – que tratam de condutas ligadas ao terrorismo – e,

¹⁵ Vale transcrever o teor dos artigos 1º a 4º: “Artigo 1.o. Infracções terroristas e direitos e princípios fundamentais. 1. Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que sejam considerados infracções terroristas os actos intencionais previstos nas alíneas a) a i), tal como se encontram definidos enquanto infracções pelo direito nacional, que, pela sua natureza ou pelo contexto em que foram cometidos, sejam susceptíveis de afectar gravemente um país ou uma organização internacional, quando o seu autor os pratique com o objectivo de: - intimidar gravemente uma população, ou - constranger indevidamente os poderes públicos, ou uma organização internacional, a praticar ou a abster-se de praticar qualquer acto, ou - desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas fundamentais políticas, constitucionais, económicas ou sociais de um país, ou de uma organização internacional: a) As ofensas contra a vida de uma pessoa que possam causar a morte; b) As ofensas graves à integridade física de uma pessoa; c) O rapto ou a tomada de reféns; d) O facto de provocar destruições maciças em instalações governamentais ou públicas, nos sistemas de transporte, nas infra-estruturas, incluindo os sistemas informáticos, em plataformas fixas situadas na plataforma continental, nos locais públicos ou em propriedades privadas, susceptíveis de pôr em perigo vidas humanas, ou de provocar prejuízos económicos consideráveis; e) A captura de aeronaves e de navios ou de outros meios de transporte colectivos de passageiros ou de mercadorias; f) O fabrico, a posse, a aquisição, o transporte, o fornecimento ou a utilização de armas de fogo, de explosivos, de armas nucleares, biológicas e químicas, assim como a investigação e o desenvolvimento de armas biológicas e químicas; g) A libertação de substâncias perigosas, ou a provocação de incêndios, inundações ou explosões, que tenham por efeito pôr em perigo vidas humanas; h) A perturbação ou a interrupção do abastecimento de água, electricidade ou de qualquer outro recurso natural fundamental, que tenham por efeito pôr em perigo vidas humanas; i) A ameaça de praticar um dos comportamentos enumerados nas alíneas a) a h). 2. A presente decisão-quadro não poderá ter por efeito alterar a obrigação de respeitar os direitos fundamentais e os princípios jurídicos fundamentais tal como se encontram consagrados no artigo 6.o do Tratado da União Europeia. Artigo 2.o. Infracções relativas a um grupo terrorista. 1. Para efeitos da presente decisão-quadro, entende-se por "grupo terrorista" a associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, com o objectivo de cometer infracções terroristas. A expressão "associação estruturada" designa uma associação que não foi constituída de forma fortuita para cometer imediatamente uma infracção e que não tem necessariamente funções formalmente definidas para os seus membros, nem continuidade na sua composição ou uma estrutura elaborada. 2. Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para tornar puníveis os seguintes actos intencionais: a) Direcção de um grupo terrorista; b) Participação nas actividades de um grupo terrorista, incluindo pelo fornecimento de informações ou meios materiais, ou através de qualquer forma de financiamento das suas actividades, tendo conhecimento de que essa participação contribuirá para as actividades criminosas do grupo terrorista. Artigo 3.o. Infracções relacionadas com as actividades terroristas Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que os comportamentos a seguir indicados sejam igualmente considerados infracções relativas às actividades terroristas: a) O roubo agravado, cometido com o objectivo de praticar um dos comportamentos enumerados no n.o 1 do artigo 1.o; b) A chantagem com vista a praticar um dos comportamentos enumerados no n.o 1 do artigo 1.o; c) A produção de falsos documentos administrativos, tendo em vista praticar um dos comportamentos numerados nas alíneas a) a h) do n.o 1 artigo 1.o, bem como no n.o 2, alínea b), do artigo 2.o. Artigo 4.o. Instigação, cumplicidade, tentativa. 1. Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que sejam tornadas puníveis a instigação

no segundo, as infrações que sejam puníveis com sanção privativa de liberdade ou com medida de segurança de duração máxima superior a um ano ou, nos Estados cujo sistema tenha previsão de penas com limite abstrato mínimo, as infrações puníveis com pena privativa de liberdade ou medida de segurança com piso superior a seis meses.

Conforme explicitado por Oliveira (2017), a essência da terceira Diretiva, aquilo que se chamaria de “princípio geral”, pode ser extraída do artigo 34¹⁶, segundo o qual:

1. Os Estados-Membros devem exigir que as instituições e pessoas abrangidas pela presente directiva definam políticas e procedimentos adequados e apropriados em matéria de deveres de vigilância da clientela, de informação, de manutenção de registos, de controlo interno, de avaliação e gestão do risco, de gestão da conformidade e de comunicação, a fim de prevenir e impedir as operações relacionadas com branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo. 2. Os Estados-Membros devem exigir que as instituições de crédito e instituições financeiras abrangidas pela presente directiva comuniquem as políticas e procedimentos relevantes, quando aplicáveis, às sucursais e às filiais em que detenham uma participação maioritária situadas em países terceiros.

Com o objetivo de dar eficácia às suas disposições e, por consequência, ao combate à criminalidade organizada, o artigo 39 prevê sanções penais e administrativas, impostas pelos Estados-Membro, caso os sujeitos obrigados contrariem as disposições nacionais, adotadas nos termos da referida Diretiva.

No que concerne aos sujeitos obrigados, embora o artigo 2º da terceira Diretiva traga poucas novidades em relação ao que havia sido previsto nas normativas anteriores, o artigo 4º amplia sobremaneira o rol, uma vez que faculta aos Estados-Membro abrangerem quaisquer profissões e categorias de empresas que exerçam atividades sensíveis à prática de lavagem.

Conforme mencionado anteriormente, ao entrar em vigor, a Diretiva 2005/60/CE tornou-se a legislação europeia preventiva mais importante para o

ou a cumplicidade na prática das infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º e nos artigos 2.º ou 3.º. 2. Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que seja tornada punível a tentativa de cometer uma das infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º e no artigo 3.º, com excepção da posse prevista na alínea f) do n.º 1 do artigo 1.º e da infracção referida na alínea i) do n.º 1 do artigo 1.º.” Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32002F0475>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

¹⁶ Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32005L0060>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

combate à lavagem, ao financiamento do terrorismo e à corrupção política internacional. É um instrumento cuja abrangência passou a ser discutida e criticada, por possíveis interferências a direitos fundamentais ligados ao exercício profissional e as liberdades individuais, mas, em contrapartida, representou o objetivo de priorizar a natureza preventiva da política de combate à criminalidade organizada, restringindo o Direito Penal à última alternativa de atuação, o que se mostra compatível com o princípio da intervenção mínima¹⁷, um dos pilares do Direito Penal consagrado a partir do Iluminismo.

Concordando com a análise empreendida por Oliveira (2017, p. 91 e 99), transcrevemos as suas conclusões:

Penso que a estratégia adotada pelo legislador tem um claro perfil *preventivo*, baseado no *controle de riscos*. Esta tática está em conformidade com o pensamento refletido nas 40 Recomendações do GAFI, e se implementam por meio de medidas de diligência devida que pode ser, a depender dos casos, normais ou reforçadas, dirigidas ao cumprimento de uma série de deveres de identificação pessoal, identificação real e de informação. (...) Não obstante, penso que a *regulação administrativa* é muito importante e representa um mecanismo prévio ao Direito Penal que não pode ser subestimado. A existência de uma autorregulação no âmbito econômico-financeiro, e a presença de fortes regras administrativas, representam mecanismos extrapenais de defesa saudável pois permitem organizar as forças do Estado ao redor de objetivos preventivos e em favor da preservação do sistema. Neste sentido, quanto mais se favorece a via administrativa menor será a demanda por intervenção penal, resposta que deve restar como última opção no arsenal estatal. (Tradução livre).¹⁸

A última das Diretivas (2015/849), lançada no âmbito do Parlamento Europeu e do Conselho, atualmente em vigor, foi responsável por revogar a terceira Diretiva

¹⁷ “O *princípio da intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais”. (BITENCOURT, 2007, p. 13)

¹⁸ “*Pienso que la estrategia adoptada por el legislsador tiene un claro perfil preventivo, basado en la percepción el control de riesgos. Esta táctica es conforme al pensamiento reflejado en las 40 Recomendaciones del GAFI, y se implementa por medio de medidas de diligencia devida que pueden ser, según los casos, normales y reforzadas, dirigidas al cumplimiento de una serie de deberes de identificación personal, identificación real y información. [...] No obstante, pienso que la regulación administrativa es muy importante y representa un mecanismo prevo al Derecho penal que no puede ser subestimado. La existencia de una autorregulación en el ámbito económico-financiero, y la presencia de fuertes reglas administrativas, representan mecanismos extrapenales de defensa saludable pues permiten organizar las fuerzas del Estado alrededor de objetivos preventivos y en favor de la indemnidad del sistema. En este sentido, cuanto más se favorece la vía administrative menor sera la demanda de intervención penal, respuesta que debe restar como última opción en el arsenal estatal.*”

(2005/60/CE), mantendo, em linhas gerais, a estratégia adotada desde a primeira Diretiva (91/308/CEE), com o intento de prevenir a utilização do sistema financeiro para a prática de lavagem de dinheiro.

Importante registrar que a Diretiva 2015/89 manteve a ampliação inaugurada pela Diretiva 2005/60/CE, que não mais se limitou apenas à prevenção ao branqueamento, tratando, também, do financiamento do terrorismo.

Relativamente ao específico tema de interesse do presente trabalho científico, a Diretiva 2015/89 trouxe uma importantíssima alteração. O artigo 3º, ao definir atividade criminosa, incluiu, expressamente, em sua alínea f¹⁹, os crimes fiscais relacionados com impostos diretos e indiretos como possíveis delitos antecedentes à lavagem.

Esta é uma orientação que já havia sido implementada quando da reformulação das 40 Recomendações do GAFI, que pode ser verificada ao se consultar o Glossário, mais especificamente quando tratar da definição de “Categorias de Crimes Designados”, oportunidade em que há a inclusão dos referidos crimes fiscais, relacionados a impostos diretos e indiretos.²⁰

Sobre a influência efetiva das orientações das legislações internacionais (europeias) ao direito interno de cada Estado-Membro (UE), especificamente sobre a incorporação dos delitos fiscais ao rol dos possíveis delitos antecedentes à lavagem, haverá, mais à frente, desenvolvimento de tópico próprio, para o qual remetemos o leitor.

Por ora, é bastante atentar para o sólido corpo legislativo edificado por obra das Nações Unidas e dos diversos órgãos vinculados à União Europeia. Neste último

¹⁹ Quanto à definição de atividade criminosa, o artigo 3.º, 4 “f” dispõe que: “qualquer tipo de participação criminosa na prática de um dos seguintes crimes graves: (...) f) Todas as infrações, incluindo os crimes fiscais relacionados com impostos diretos e indiretos, na aceção do direito nacional de cada Estado-Membro, que sejam puníveis com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração máxima superior a um ano ou, nos Estados-Membros cuja ordem jurídica preveja um limiar mínimo para as infrações, todas as infrações puníveis com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração mínima superior a seis meses;”. Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

²⁰ Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação – As Recomendações do GAFI. Fevereiro de 2012. Tradução por Deborah Salles. Revisão por Aline Bispo. Coordenação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

caso, salta aos olhos a preferência, ao menos pelas principais normativas, em regular a seara preventiva, compartilhando responsabilidades com sujeitos individuais e coletivos de natureza privada, com o objetivo de evitar e, caso já ocorridas, identificar e notificar as autoridades competentes acerca de operações com indícios de irregularidades.

1.1.4 Da legislação interamericana antilavagem

Em 1986, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos criou a CICAD – Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas, composta por um membro nomeado por cada governo parte, reunindo-se duas vezes ao ano. Com foco na cooperação e coordenação entre os países que fazem parte da OEA, desenvolve programas de ação com o objetivo de prevenir e tratar o abuso de drogas; reduzir a oferta e disponibilidade de drogas ilícitas; fortalecer as instituições e mecanismos para o controle das drogas; melhorar as leis de controle e sua aplicação relacionadas à lavagem de dinheiro; desenvolver fontes alternativas de renda para cultivadores de cocaína, papoula e maconha; ajudar os estados membros a desenvolver a coleta e análise de dados sobre todos os aspectos que envolvem a temática das drogas; e assistir os Estados-Membro e o continente americano em geral a medir o progresso da luta contra o problema das drogas²¹.

Alguns anos após a sua criação, mais precisamente em 1990, no âmbito da CICAD foi fundado o Grupo de Expertos para o Controle de Lavagem de Dinheiro, que se constitui em um foro de debate, análise e formulação de propostas para fortalecer o combate ao branqueamento e ao financiamento de terrorismo. Este grupo foi o responsável pela elaboração do Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e outros Delitos Graves, aprovado em 1992.

Referida normativa, desde então, passou a se constituir em um dos principais instrumentos americanos sobre o tema – senão o principal –, servindo de orientação geral aos países que desejam instituir ou modificar, em seu direito interno, legislações a respeito. Desde a sua aprovação (1992), o Regulamento foi modificado oito vezes, a última delas em novembro de 2011.

²¹ Informações disponíveis em: <http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/main/aboutcicad/about_spa.asp>. Acesso em: 15 nov. 2018.

Ao tratar da definição de *lavado de activos*, o artigo 2, parágrafo 1,²² estabelece, expressamente, como elemento subjetivo à prática de branqueamento, não apenas o dolo direto, mas o eventual e, também, a culpa, estes últimos compreendidos pelas expressões *ignorância intencional e debiendo saber*, respectivamente.

Essa normativa cuida de explicar o sentido de cada uma das duas expressões acima citadas. Relativamente à culpa, reconhece que nem todos os Estados-Membro preveem esta modalidade de lavagem, motivo pelo qual a aplicação deve estar em harmonia com o respectivo direito interno.

Ainda, diz o parágrafo 8 que também praticará o crime de branqueamento aquele que, por culpa, realize quaisquer das condutas enumeradas nos parágrafos 1, 2 e 3, impedindo a determinação real da natureza, origem, localização, destino, movimento ou propriedade de bens ou direitos relativos a bens oriundos ou instrumentos da prática de crimes graves.

O conceito de lavagem é dividido em quatro parágrafos, cada qual fazendo menção a tipos específicos de condutas, mas sempre referenciando, na condição de delitos antecedentes, atividades delitivas graves. Estas são definidas no artigo 1º, o qual opta por, inicialmente, deixar ao alvedrio de cada Estado-Membro decidir quais os crimes assim se classificam, complementando com aquelas infrações que, sob a óptica do Regulamento, deveriam, obrigatoriamente, constar na relação, a saber: tráfico ilícito, ações relacionadas com o terrorismo e o seu financiamento; atos terroristas e organizações terroristas; tráfico ilícito de armas; desvio de substâncias químicas; tráfico de pessoas e órgãos; prostituição; sequestro; extorsão; corrupção; e fraude.

Importante atentar para o fato de que, objetivando dar uma maior amplitude à definição de lavagem, o texto do Regulamento, à exceção do parágrafo 3, do artigo 2º, opta por não exigir a finalidade específica de ocultação ou encobrimento dos bens, mas, tão somente, a prática das condutas descritas (converter, transferir, transportar, adquirir, possuir, ter, utilizar ou administrar), sabendo, devendo saber ou com a

²² “Comete delito penal la persona que convierta, transfiera o transporte bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves.” *Reglamento Modelo Sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y Otros Delitos Graves. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas – CICAD.* Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Reglamento_modelo_esp12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ESP.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

intencional ignorância de que os bens objeto dos verbos nucleares citados são produtos ou instrumentos de atividades criminosas graves.

Indiscutível, portanto, a tentativa de recrudescer a política regional interamericana de combate à lavagem, admitindo-se o reconhecimento do crime, mesmo que praticadas as condutas sem que haja o especial fim de ocultar ou encobrir, além de admitir o branqueamento culposo ou perpetrado por meio de dolo eventual.

Seguindo a linha do arcabouço legislativo internacional, notadamente a europeia, o Regulamento também prevê a política de identificação dos clientes de instituições financeiras – estas definidas no artigo 14 –, bem como o registro de todas as transações que superem determinada quantia, em moeda nacional ou estrangeira, obrigando sejam disponibilizadas tais informações, quando requeridas pelas autoridades competentes, dentre elas aquela referenciada no artigo 13²³, ou quando as próprias instituições identificarem indícios de operações suspeitas (artigo 19).

Ainda com o objetivo de empreender o máximo de eficácia possível ao combate ao branqueamento de capitais e ao crime organizado, o CICAD, por meio do Regulamento, decidiu pela ampliação do rol de sujeitos obrigados, não se limitando, apenas, às instituições financeiras.

O artigo 22 autoriza os Estados-Membros a expandirem as disposições endereçadas às instituições financeiras a diversas pessoas, físicas ou jurídicas, que estejam imersas, de alguma forma, no contexto de atividades econômicas, a exemplo de comercialização de metais preciosos, objetos de arte, jogos de azar, corretagem de seguros e, inclusive, toda classe de prestação de serviços, dentre eles notariais e contábeis.

Por fim, importante registrar que o Regulamento prevê – e não poderia ser diferente – uma política de cooperação internacional entre tribunais e demais autoridades competentes para prevenção e investigação do crime de branqueamento, permitindo, inclusive, o cumprimento de decisões, por um Estado diferente, que determinem o confisco de bens, produtos ou instrumentos relacionados com os crimes de lavagem e financiamento de terrorismo.

²³ “Conforme a derecho, cada Estado miembro creará o designará un organismo central, cuyo cometido será recibir, solicitar, analizar y elevar a las autoridades competentes los informes referidos a las transacciones financieras a que refiere este Reglamento, cuando las mismas involucren activos sobre cuya procedencia existan sospechas de ilicitud.”

Outro importante documento interamericano de combate à lavagem é o Plano de Ação de Buenos Aires, datado de 02 de dezembro de 1995 e com origem na Conferência Ministerial celebrada durante a Cúpula das Américas.

Conquanto traga alguns princípios norteadores para o desenvolvimento de políticas voltadas à contenção do branqueamento – a exemplo das condutas a serem punidas, dos crimes que podem figurar no rol de delitos antecedentes e do necessário intercâmbio de informações financeiras entre as instituições e as autoridades competentes –, o referido documento deixa de propor um modelo de legislação aos países signatários, orientando, neste ponto, que sejam adotadas as fórmulas propostas pela Convenção de Viena (1988) e pelo Regulamento Modelo, elaborado no âmbito do CICAD (SIQUEIRA, 2014).

Percorrido um necessário caminho introdutório pelas principais legislações internacionais sobre a prevenção e combate à lavagem, partindo das Nações Unidas e, posteriormente, concentrando esforços em planos territoriais delimitados à Europa e América, faz-se necessário, doravante, voltar às atenções para o tema que constitui o exato problema desta pesquisa, qual seja a relação entre os crimes de sonegação fiscal e o branqueamento.

1.2 A relação de antecedência entre os crimes de sonegação fiscal e a lavagem de dinheiro e a sua disciplina legal em outros países

Por óbvio, não é possível analisar, mesmo que *en passant*, o arcabouço legislativo de todos os países que tratam, especificamente, do problema trabalhado nesta pesquisa, motivo pelo qual há de se realizar um corte metodológico. O caminho escolhido foi o de selecionar aquelas legislações que, de maneira indiscutível, influenciaram a fórmula adotada pelo Brasil, o que pode ser verificado a partir da leitura da Exposição de Motivos n. 692/MJ, referente à Lei n. 9.613/98, a primeira a tratar da lavagem em nosso país.

O parágrafo 16 traz, expressamente, a previsão mencionada, justificando a adoção do modelo de segunda geração²⁴ por ser, àquela época, o adotado na Alemanha, na Espanha e em Portugal. O arcabouço legislativo dos três países

²⁴ A classificação em primeira, segunda ou terceira geração leva em conta os crimes que compõem o rol de crimes antecedentes ao branqueamento de capitais. O tema em questão será melhor trabalhado posteriormente, quando da análise da legislação brasileira.

referidos, portanto, foram referência para a formulação do rol de crimes antecedentes adotado pelo Brasil, motivo pelo qual serão os selecionados para análise do presente trabalho.

1.2.1 Alemanha

Os crimes fiscais, na Alemanha, não estão previstos no Código Penal, mas, sim, no Diploma Tributário (*Abgabenordnung* – AO), tratando-se, portanto, de delitos especiais²⁵. As modalidades de sonegação encontram-se dispostas, mais precisamente, no artigo 370, sendo complementadas, por óbvio, com os preceitos gerais de Direito Penal, previstos no Código Penal alemão (StGB), entre os artigos 1 e 79b.

Conforme exposto por Martínez Egaña (2011), é importante registrar que, para as infrações previstas no Código Tributário (dispositivos 369 a 376), são considerados, apenas, os tributos na modalidade de impostos, estes definidos pelo próprio Código Tributário, em seu artigo 3º, não estando abarcadas, portanto, as demais modalidades, a exemplo de taxas.

Acerca, especificamente, das modalidades de sonegação fiscal, previstas no artigo 370 do Código Tributário, é necessário destacar aquilo que é descrito na seção 3, que trata dos casos especialmente graves.

Ao tratar desta modalidade delitativa, explica Martínez Egaña (2011) que a lei alemã optou por um modelo em que há a previsão de exemplos de condutas que fariam incidir a modalidade mais gravosa, mas sem que houvesse, na referida lista, o esgotamento de possibilidades. O rol, portanto, seria meramente exemplificativo, recomendando-se a análise do caso concreto, para se concluir pela possibilidade de equiparação de condutas não previstas àquelas descritas no artigo 370.

O primeiro dos modelos gerais trazidos versa sobre a redução de cargas fiscais de “maneira considerável”, ou seja, levando em consideração o volume dos benefícios indevidos obtidos. Nota-se que não há uma quantia previamente fixada, tratando-se de uma cláusula aberta, aferível no caso concreto.

Quando vigente o artigo 370a, atualmente revogado, cuja redação trazia a previsão, também, de vantagens ilícitas obtidas em grande escala, o Tribunal

²⁵ Os crimes estão previstos na Oitava Parte, Primeiro Capítulo, da AO. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html#p2420>. Acesso em 04 dez. 2018.

Supremo Alemão, em diversas decisões, optou por fixar o valor mínimo de 500.000 (quinhentos mil) euros²⁶, mas, sempre, considerando as peculiaridades do caso concreto, o que levou, por exemplo, a entender como *de grande valor* um ganho ilícito no montante de 50.000 (cinquenta mil) euros²⁷ (MARTÍNEZ EGAÑA, 2011).

A segunda hipótese prevista diz respeito à sonegação praticada por meio de abuso de direito configurado no exercício de um cargo ou emprego oficial.

A terceira previsão decorre da anterior, vez que pune com maior gravidade aquele que, para empreender fraude fiscal, aproveita-se da colaboração de um funcionário que abusa das faculdades outorgadas pelo cargo ou emprego público.

A quarta hipótese prevê o agravamento de pena para aquele agente que se utiliza de documentos falsos para reduzir a carga impositiva ou para obter vantagem fiscais que não correspondam a real situação do contribuinte.

Por fim, a quinta e última circunstância apta a agravar a sanção imposta ao infrator faz referência à sonegação relacionada a obrigações tributárias decorrente do Imposto sobre Valor Agregado (IVA) e demais impostos especiais, em grande monta (primeira hipótese de agravamento), desde que o agente o faça como membro daquilo que, no passado, era classificado, no Brasil, como bando ou quadrilha, atualmente conceituada como associação criminosa (artigo 288 do Código Penal).

Por sua vez, o crime de branqueamento de capitais, na legislação alemã, encontra-se previsto no artigo 261 do Código Penal (StGB). Há expressa previsão nos parágrafos 4º e 5º aos crimes fiscais, mais precisamente ao artigo 370 AO, anteriormente analisado.

Todavia, é importante registrar que nem todo crime fiscal é passível de ensejar a responsabilização por lavagem de dinheiro. São exigidas duas condições, a saber: que os delitos sejam praticados de forma profissional ou por um membro de bando (atual a associação criminosa, na legislação brasileira), com o objetivo de perpetrá-los de forma continuada.

Ao analisar o primeiro dos requisitos (forma profissional) Martínez Egaña (2011) expõe que, com a utilização de uma expressão semanticamente aberta, houve um receio de parcela dos estudiosos e interessados no tema sobre a possibilidade de que o termo “profissional” fosse entendido como atuação meramente repetitiva, o que ensejaria a punição de indivíduos que não se dedicavam, de fato, à sonegação como

²⁶ BGH NJW 2005, 763.

²⁷ BGHSt 48, 360.

forma de obtenção de recursos ilícitos de maneira organizada e a explorando como fonte permanente de renda.

Não incorrendo no temido erro, a maioria da doutrina e jurisprudência alemãs firmou o entendimento de que a “forma profissional” se configuraria como “aquela por meio da qual o autor se comporta com a intenção de proporcionar a si mesmo uma fonte permanente de renda, com extensão e tempo determinados, mediante a prática de repetidos atos delitivos”²⁸ (MARTÍNEZ EGAÑA, 2011, p. 155).

Relativamente à segunda condição prevista, qual seja a necessidade de que o agente integre um bando criminoso, entende a jurisprudência alemã que, para a configuração de uma associação ilícita de pessoas, seria suficiente a união de, ao menos, três indivíduos, com o objetivo de praticar crimes, por determinado tempo, mostrando-se dispensável a presença da intenção específica de formar o bando, com as suas características intrínsecas.

Conclui-se, portanto, que a legislação alemã admite que os delitos fiscais figurem na condição de infrações penais subjacentes à lavagem de dinheiro, limitando, todavia, às hipóteses de uma criminalidade profissional, voltada à obtenção constante de capital ilícito, que pode ser perpetrada mediante a união de indivíduos em grupos voltados a práticas espúrias. A sonegação despida de tais características estaria excluída de tal possibilidade.

1.2.2 Portugal

Assim como no Brasil e na Alemanha, os delitos tributários, em Portugal, não estão ordenados no Código Penal. Encontram-se, na verdade, reunidos no Regime Geral das Infrações Tributárias²⁹, recentemente alterado pela Lei n. 114/2017.

O referido diploma, em seu artigo 2º, conceitua e define as espécies de infrações tributárias. Estas seriam “todo fato típico, ilícito e culposo declarado punível por lei tributária anterior” e são divididas em crimes e contra-ordenações.

²⁸ “aquella por la que el autor se comporta con la intención de proporcionarse una fuente permanente de renta, con una extensión y tiempo determinados, mediante la comisión repetida de actos delictivos.”

²⁹ PORTUGAL. Lei n.º 15/2001, de 05 de Junho de 2001. **REGIME GERAL DAS INFRAÇÕES TRIBUTÁRIAS**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=259&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 05 dez. 2018

Estas últimas são regidas pelo Regime Geral das Contra-Ordenações, instituído pelo Decreto-Lei n. 433/82³⁰, o qual as define, em seu artigo 1º, como um “fato ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”, ou seja uma sanção pecuniária que não pode ser convertida em prisão.

Ao tratar da diferenciação entre crimes e contra-ordenações, Azevedo (2014, p. 30) assim de pronuncia:

Portanto, podemos concluir daquela definição que o regime contraordenacional se distingue do regime penal logo à partida pela natureza da sanção aplicável. Esta apenas contempla a possibilidade de aplicação de coima o que, como bem sabemos, se afasta especialmente do regime penal. Este, por sua vez, permite a aplicação de pena privativa de liberdade, até mesmo em regime preventivo. A sanção contraordenacional caracteriza-se ainda pelo seu carácter administrativo, apenas podendo ser aplicada por autoridade administrativa, ao contrário do que acontece no crime, onde a sanção terá que ter um fundamento jurisdicional (terá que ser aplicada por decisão do tribunal).

Nesse sentido, é digno de menção o fato de que as contra-ordenações, na verdade, foram introduzidas no regime jurídico português com o objetivo de substituir as contravenções penais, hoje presentes em número cada vez menor.

Retornando à disciplina legal instituída pelo Regime Geral das Infrações Tributárias, há de se registrar que referido diploma, em seu artigo 3º, determina, relativamente aos crimes, à aplicação subsidiária do Código Penal e respectiva legislação complementar, previsão esta similar àquela observada no Direito Penal alemão, já mencionada no tópico imediatamente anterior.

Já as penas cominadas aos crimes tributários estão definidas no artigo 12º, o qual estabelece, regra geral, o limite à pena de prisão, que não pode extrapolar oito anos ou multa de 10 (dez) até 600 (seiscentos) dias, nos casos de pessoas singulares – no direito penal português, há previsão ampliada de punição de pessoas coletivas, não apenas se limitando aos delitos ambientais, a exemplo do Brasil.

Os crimes tributários em si estão previstos na Parte III do Regime Geral, Título I, e são classificados em crimes comuns (capítulo I), crimes aduaneiros (Capítulo II), crimes fiscais (Capítulo III) e crimes contra a segurança social (Capítulo IV).

³⁰ PORTUGAL. DL n.º 433/82, de 27 de Outubro de 1982. **ILÍCITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=166&tabela=leis>. Acesso em: 05 dez. 2018.

Para o presente trabalho, interessa-nos o Capítulo III, mais precisamente o delito de fraude fiscal e fraude fiscal qualificada, previstos nos artigos 103 e 104, respectivamente.

No caso do primeiro delito mencionado³¹, a pena fixada é de até três anos ou multa de até 360 dias. Porém, para que se configure o delito em questão, exige a lei que a vantagem ilícita obtida seja superior a 15.000 (quinze mil) euros.

Já a hipótese de fraude qualificada (artigo 104)³², prevê, em seu *caput*, a pena de prisão de um a cinco anos, inexistindo a possibilidade de aplicação de sanção pecuniária para as pessoas singulares.

³¹ Assim dispõe o artigo 103, da Lei n. 15/2001 (REGIME GERAL DAS INFRACÇÕES TRIBUTÁRIAS): “1 - Constituem fraude fiscal, punível com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias, as condutas ilegítimas tipificadas no presente artigo que visem a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais susceptíveis de causarem diminuição das receitas tributárias. A fraude fiscal pode ter lugar por:

- a) Ocultação ou alteração de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou escrituração, ou das declarações apresentadas ou prestadas a fim de que a administração fiscal especificamente fiscalize, determine, avalie ou controle a matéria colectável;
- b) Ocultação de factos ou valores não declarados e que devam ser revelados à administração tributária;
- c) Celebração de negócio simulado, quer quanto ao valor, quer quanto à natureza, quer por interposição, omissão ou substituição de pessoas.

2 - Os factos previstos nos números anteriores não são puníveis se a vantagem patrimonial ilegítima for inferior a (euro) 15000.

3 - Para efeitos do disposto nos números anteriores, os valores a considerar são os que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária”.

³² Dispõe o artigo 104, da Lei n. 15/2001 (REGIME GERAL DAS INFRACÇÕES TRIBUTÁRIAS): “1 - Os factos previstos no artigo anterior são puníveis com prisão de um a cinco anos para as pessoas singulares e multa de 240 a 1200 dias para as pessoas colectivas quando se verificar a acumulação de mais de uma das seguintes circunstâncias:

- a) O agente se tiver conluiado com terceiros que estejam sujeitos a obrigações acessórias para efeitos de fiscalização tributária;
- b) O agente for funcionário público e tiver abusado gravemente das suas funções;
- c) O agente se tiver socorrido do auxílio do funcionário público com grave abuso das suas funções;
- d) O agente falsificar ou viciar, ocultar, destruir, inutilizar ou recusar entregar, exhibir ou apresentar livros, programas ou ficheiros informáticos e quaisquer outros documentos ou elementos probatórios exigidos pela lei tributária;
- e) O agente usar os livros ou quaisquer outros elementos referidos no número anterior sabendo-os falsificados ou viciados por terceiro;
- f) Tiver sido utilizada a interposição de pessoas singulares ou colectivas residentes fora do território português e aí submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável;
- g) O agente se tiver conluiado com terceiros com os quais esteja em situação de relações especiais.

2 - A mesma pena é aplicável quando:

- a) A fraude tiver lugar mediante a utilização de facturas ou documentos equivalentes por operações inexistentes ou por valores diferentes ou ainda com a intervenção de pessoas ou entidades diversas das da operação subjacente; ou
- b) A vantagem patrimonial for de valor superior a (euro) 50 000.

3 - Se a vantagem patrimonial for de valor superior a (euro) 200 000, a pena é a de prisão de 2 a 8 anos para as pessoas singulares e a de multa de 480 a 1920 dias para as pessoas colectivas.

4 - Os factos previstos nas alíneas d) e e) do n.º 1 do presente preceito com o fim definido no n.º 1 do artigo 103.º não são puníveis autonomamente, salvo se pena mais grave lhes couber”.

Em havendo a obtenção de vantagem patrimonial superior a 200.000 (duzentos mil) euros, aplica-se o limite da pena de prisão fixada pelo Regime Geral, qual seja: 8 (oito) anos, estabelecendo-se 2 (dois) anos como o patamar mínimo da sanção.

Conforme dito anteriormente, são estes os dois crimes tributários que interessam ao presente trabalho, uma vez que a eles faz referência expressa o crime de branqueamento.

A lavagem, em Portugal, encontra-se disciplinada no Código Penal, mais precisamente no artigo 368-A³³, e está inserida no capítulo destinado à punição das condutas que atentem contra a realização da justiça.

Relativamente aos crimes antecedentes, optou o legislador português pela fórmula de um rol abrangente, mas exaustivo, ao contrário do atual diploma antilavagem brasileiro, que instituiu a hipótese de qualquer infração penal, seja crime ou contravenção, figurar como delito subjacente.

³³ O artigo 368-A do Código Penal estabelece que: “1 - Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, dos factos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infrações referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, e no artigo 324.º do Código da Propriedade Industrial, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos, assim como os bens que com eles se obtenham.

2 - Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de dois a doze anos.

3 - Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos.

4 - A punição pelos crimes previstos nos n.os 2 e 3 tem lugar ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores, ou ainda que os factos que integram a infração subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, salvo se se tratar de factos lícitos perante a lei do local onde foram praticados e aos quais não seja aplicável a lei portuguesa nos termos do artigo 5.º

5 - O facto é punível ainda que o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e esta não tiver sido apresentada.

6 - A pena prevista nos n.os 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual.

7 - Quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1.ª instância, a pena é especialmente atenuada.

8 - Verificados os requisitos previstos no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada se a reparação for parcial.

9 - A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

10 - A pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”.

O artigo 368-A do CP português indica, inicialmente, uma lista nominal de crimes que podem gerar vantagem ilícitas aptas à lavagem, dentre os quais há expressa citação à fraude fiscal. Posteriormente, inclui todos os fatos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos.

A pena prevista, regra geral, para o crime de branqueamento é a de prisão, de dois a doze anos, exceto se o agente for criminoso habitual, hipótese em que há o acréscimo de um terço.

No que concerne à fixação da sanção, dispõe o artigo em disceptação que é vedada a aplicação de pena, pelo delito de lavagem, que seja superior ao limite máximo da sanção mais elevada entre aquelas previstas para o delito que originou as vantagens ilícitas.

Conclui-se, portanto, que o direito português admite a relação de antecedência entre os crimes fiscais e a lavagem sem a imposição de condicionantes ou circunstâncias que agravem ou qualifiquem a conduta fraudulenta. Qualquer que seja a fraude fiscal empreendida, simples ou qualificada, haverá espaço para a punição por branqueamento, em decorrência de expressa previsão inserta no artigo 368-A do Código Penal português.

1.2.3 Espanha

Ao contrário do que ocorre na Alemanha e em Portugal, o regime jurídico espanhol dispõe sobre os crimes tributários no bojo do próprio Código Penal, mais precisamente no Título XIV, denominado de “Dos delitos contra a Fazenda Pública e contra a Seguridade Social”, composto pelos artigos 305 a 310 bis. Para este trabalho, interessam, apenas, os artigos 305 e 305 bis, que tratam da fraude fiscal, na modalidade simples e qualificada.

No primeiro caso (artigo 305), impõe a legislação que a configuração da fraude dependa da quantia da vantagem ilicitamente obtida, qual seja: o valor de 120.000 (cento e vinte mil) euros. A pena prevista é a de prisão, de um a cinco anos, mais multa que pode variar do montante equivalente ao defraudado até o sêxtuplo. Afora as sanções já referidas, impõe-se, também, a perda da possibilidade de obter subsídios públicos pelo período de três a seis anos.

O parágrafo 3 do artigo em questão pune, de igual maneira, a fraude fiscal que atente contra a Fazenda da União Europeia, inclusive a tratando com mais rigor, vez que reduz a quantia ilícita necessária à configuração do delito para, apenas, 50.000 (cinquenta mil) euros, que devem ser obtidos em um ano natural – não se computando, portanto, o ano fiscal.

Caso a quantia defraudada em desfavor da Fazenda da UE seja inferior aos 50.000 (cinquenta) mil euros estabelecidos, porém superior a 4.000 (quatro) mil, será imposta uma pena que varia de três meses a um ano de prisão ou multa equivalente ao valor ilicitamente conseguido, podendo ser aumentada até o triplo. Ainda, também haverá a perda da possibilidade de angariar benefícios, incentivos fiscais ou vinculados à Seguridade Social pelo período de seis meses a dois anos.

O artigo 305 bis, por sua vez, dispõe sobre a fraude fiscal qualificada, punindo-a com pena de prisão, que varia de dois a seis anos, mais aplicação de multa equivalente ao dobro da quantia defraudada, aumentando-se até o sêxtuplo, se for o caso.

Três são as hipóteses que qualificam o crime em tela. Primeiramente, quando os ganhos ilícitos angariados excedam a 600.000 (seiscentos mil) euros. A segunda previsão diz respeito à fraude praticada utilizando-se da estrutura de uma organização ou grupo criminoso. Por fim, quando o agente dificultar ou ocultar a identificação do obrigado tributário ou do responsável pelo delito, bem como do respectivo patrimônio, ou a determinação da quantia defraudada, utilizando-se, para tanto, de interpostas pessoas, instrumentos comerciais ou fiduciários, paraísos fiscais e territórios de nula tributação.

No que se refere à lavagem de dinheiro, duas são as principais legislações espanholas, quais sejam o artigo 301 do Código Penal, que tipifica o delito, e a Lei Orgânica 10/2010, que dispõe sobre a prevenção ao branqueamento, seguindo a mesma linha de diversas regulamentações internacionais, a exemplo das Diretivas do Conselho e do Parlamento Europeu.

A primeira aparição do delito de lavagem, na legislação espanhola, decorreu da Lei Orgânica 1/1988, a qual, nos termos da Convenção de Viena, vinculava o branqueamento, apenas, ao tráfico de drogas. Posteriormente, a Lei Orgânica 8/1992, a qual, conforme Peña Caroca (2016), objetiva adaptar a Espanha aos compromissos adotados ao subscrever a Convenção de 1988, manteve o comércio ilícito de drogas como único delito subjacente, mas aumentou o espectro típico ao adicionar uma nova

modalidade delitiva, qual seja “qualquer tipo de participação no tráfico de drogas ou precursores com o propósito de encobrir a origem delitiva dos bens ou de auxiliar os que participam dos ditos delitos”.³⁴

A terceira modificação, implementada pela Lei Orgânica 10/1995, na verdade, foi uma reformulação do Código Penal espanhol que, dentre tantos outros, afetou o delito de lavagem. A principal alteração foi a ampliação considerável do rol de crimes antecedentes, abandonando a hipótese única vinculada ao tráfico de drogas e permitindo o branqueamento decorrente de qualquer delito grave.

A mudança seguinte, instituída pela Lei Orgânica 15/2003, cuidou de tornar ainda mais extensa a relação de crimes subjacentes, ao permitir a lavagem a partir de qualquer delito, retirando da previsão legal a necessidade de sê-lo grave. A partir de então, não havia mais impedimento legal à possibilidade de os delitos fiscais figurarem no referido rol.

A Lei Orgânica 5/2010 trouxe, até o presente momento, a última modificação legislativa à tipificação do crime de lavagem. Pela primeira vez, o delito de branqueamento ganhou referência autônoma na estrutura do Código, não mais se constituindo em um apenso ao crime de receptação. O Capítulo XIV (Título XIII – Delitos contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica), agora, é intitulado como “Da receptação e lavagem de dinheiro”.

Relativamente ao rol de crimes antecedentes, derogou-se a expressão “delito”, substituindo-a por “atividade delitiva”, resultando, como consequência prática, a desnecessidade de sentença condenatória relativamente à infração penal prévia, para viabilizar a imputação pela lavagem – afinal, apenas a sentença teria o condão de reconhecer que, efetivamente, houve um “delito”, a partir de uma análise de todos os seus elementos dogmáticos.

Consoante afirmando anteriormente, há uma outra importante legislação a tratar da lavagem, no direito espanhol. Trata-se da Lei Orgânica 10/2010, que dispõe sobre a prevenção ao branqueamento e ao financiamento do terrorismo, diploma este que busca efetivar, internamente, as orientações previstas em diversos documentos internacionais, a exemplo das 40 Recomendações do GAFI e das Diretivas formuladas pelo Conselho e Parlamento Europeu.

³⁴ “Cualquier tipo de participación en el tráfico de drogas o precursores con la finalidad de ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes o de auxiliar a los que toman parte en dichos delitos”.

O artigo 1º define o que seria lavagem, enumerando as condutas vedadas, e, também, faz referência expressa aos delitos que podem figurar como subjacentes. A redação é a seguinte:

“De acordo com esta Lei, se entenderá por bens procedentes de uma atividade delictiva todo tipo de ativos cuja aquisição ou posse tenha sua origem em um delito, tanto material como imateriais, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, assim como os documentos ou instrumentos jurídicos independentemente da sua forma, incluídas a eletrônica ou a digital, comprovando a propriedade de tais ativos ou um direito sobre eles, incluindo-se a cota defraudada nos casos dos delitos contra a Fazenda Pública.” (Tradução livre).³⁵

Nota-se que há expressa menção aos delitos fiscais, ao contrário da opção adotada pelo legislador ao redigir o artigo 301 do Código Penal, em que há a previsão de um rol aberto, sem a imposição de nenhuma limitação, porém despido de referências nominais a qualquer delito.

A legislação espanhola, portanto, admite que os crimes fiscais figurem como delitos subjacentes à lavagem, não estabelecendo nenhuma condição para tanto, em tratamento similar ao português e se diferenciando do caso alemão, que admite apenas em hipóteses restritas.

1.3 Conclusões parciais

Selecionados porque estão expressamente referenciados no bojo da Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/98 como legislações que influenciaram o Brasil na formulação do seu sistema antilavagem, notadamente no modelo de rol de crimes antecedentes adotado àquela época, verifica-se que Alemanha, Portugal e Espanha, sob a perspectiva legal, admitem que os delitos fiscais figurem como subjacentes ao branqueamento.

Conforme visto, ao passo que Portugal e Espanha permitem essa relação de antecedência sem que haja a previsão de nenhuma limitação, a Alemanha a prevê, apenas, nos casos em que a fraude fiscal seja praticada de forma profissional ou por

³⁵ “A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluídas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.”

membro de bando (atual associação criminosa, na legislação brasileira), objetivando a perpetração de forma continuada. A sonegação despida de tais características estaria excluída de tal possibilidade.

CAPÍTULO 2 – O SISTEMA BRASILEIRO ANTILAVAGEM

2.1 Panorama geral da legislação nacional

Em 1991, o Brasil, por meio do Decreto n. 154, ratificou a Convenção de Viena (1988), que tratou do combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e da lavagem dele decorrente. Já em 1992, o país participou da XXII Assembleia Geral da OEA, nas Bahamas, durante a qual foi aprovado o Regulamento Modelo Sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos, elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD).

Em virtude dos diversos compromissos internacionais assumidos, dentre eles os que foram mencionados acima, foi promulgada a Lei n. 9.613/1998, que tipificou o crime de lavagem de dinheiro, previu disposições processuais especiais e discorreu sobre mecanismos administrativos de prevenção e combate à referida prática, a exemplo do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

No ano de 2012, foi editada a Lei n. 12.683, que modificou diversas disposições previstas na Lei n. 9.613/98, dentre elas a eliminação do rol exaustivo dos crimes antecedentes, tema este que será devidamente trabalhado no próximo tópico, ainda neste segundo capítulo.

Na verdade, a Lei n. 9.613/98, com as alterações instituídas pela Lei n. 12.683/12, constitui-se, no país, na norma estrutural sobre lavagem de dinheiro, ao redor da qual orbitam as demais disposições, inclusive administrativas, sempre em grau de complementariedade. Ante a destacada e inegável importância, passemos a uma breve análise do seu texto.

2.1.2 Da Lei n. 9.613/98, modificada pela Lei n. 12.683/12

Inicialmente, o artigo 1º, *caput* e seus parágrafos, tipifica o delito de lavagem, prevendo, no preceito secundário da norma, uma pena de reclusão de três a dez anos, mais multa. Ainda, o §4º impõe o aumento de pena, de um a dois terços, caso o branqueamento seja praticado de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

Importante registrar que o §5º, de maneira muito incipiente e pouco aprofundada, dispõe sobre a possibilidade de delação premiada. A depender do grau

de colaboração, de forma a permitir a apuração das infrações penais praticadas, a identificação dos agentes criminosos e a localização dos bens, direitos ou valores relacionados ao delito, poderá o juiz reduzir a sanção imposta, de um a dois terços, a ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, ou substituir a pena por restritiva de direitos, ou, inclusive, conceder perdão judicial.

O dispositivo acima mencionado não discorre sobre o procedimento a ser adotado para a formalização da deleção, o que é previsto, com mais detalhes, no bojo da Lei n. 12.850/13, que trata das organizações criminosas e define as regras adotadas para diversos meios de obtenção de prova, dentre eles a colaboração (do artigo 4º ao 7º).

Por sua vez, o Capítulo II da Lei n. 9.613/98 versa sobre algumas disposições específicas ao processamento do crime de lavagem de dinheiro. Dentre elas, importa destacar aquela inserta no artigo 2º, inciso II e §1º, segundo a qual o procedimento relacionado ao crime de branqueamento pode ser deflagrado independentemente da apuração e julgamento do delito antecedente. Basta que, na denúncia, haja a indicação de indícios suficientes da existência da infração penal subjacente, mesmo que extinta a punibilidade desta ou desconhecido ou isento de pena o seu autor.

Traçadas essas brevíssimas considerações iniciais, passemos à análise do sistema nacional antilavagem propriamente dito, formatado e estruturado a partir da lei em comento. Exatamente por influência dos diplomas internacionais, dos quais, em muitos casos, o Brasil é signatário, diversas são as disposições que se alinham às orientações já comentadas no capítulo 1 desta dissertação.

Exemplos claros desse alinhamento são identificados no Capítulo VI e VII da Lei n. 9.613/98, que tratam da identificação dos clientes (*know your client*) e manutenção dos registros de transações, bem como da comunicação das operações financeiras suspeitas.

Conforme o artigo 10, inciso I, os sujeitos obrigados deverão identificar os seus clientes e manterão o cadastro devidamente atualizado, pelo período mínimo de cinco anos, a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado, caso assim entenda a autoridade competente (§2º do artigo 10). Nos termos do artigo 11, os sujeitos obrigados dispensarão especial atenção às operações que apresentem sérios indícios de lavagem, comunicando-as ao COAF, no prazo de 24 horas, abstendo-se de dar ciência a qualquer pessoa, inclusive àquela sobre a qual recaiam as suspeitas.

Caso os sujeitos obrigados não cumpram as determinações insertas na Lei n. 9.613/98, há a previsão de sanções administrativas, que partem de uma mera advertência, prevendo-se, também, multa pecuniária, que pode alcançar três patamares diferentes: o dobro do valor da operação; o dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido; ou o valor de vinte milhões de reais. Ainda, há as hipóteses de inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas obrigadas e, por fim, a cassação ou suspensão da autorização para o exercício da atividade.

Ao analisar o sistema brasileiro antilavagem, Cavalcanti (2013, p. 125-126) afirma que

Para fins de apresentação e melhor compreensão, o modelo erigido pela Lei nº 9.613/98 para a prevenção, controle e repressão à lavagem de dinheiro no Brasil pode ser subdividido em dois subsistemas não independentes (em verdade, estão indissoluvelmente entrelaçados), vinculados, a saber, o primeiro, mais diretamente à função de supervisão e prevenção, enquanto o segundo está afeto à comunicação e tratamento analítico de operações suspeitas, e à conseqüente repressão à lavagem de dinheiro. Embora os mesmos atores operem nos dois subsistemas, a distinção é importante, mormente para que se compreenda na integralidade as duas faces da atuação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), Unidade de Inteligência Financeira (UIF) brasileira – secundária na prevenção e normatização, momento em que as agências e entes de supervisão de mercado têm relevância muito maior; central, todavia, na comunicação e tratamento das informações suspeitas, que se dirigem e irão alimentar a persecução criminal –, bem como para que se reflita criticamente acerca do caráter ontológico e da forma de utilização, em investigações e processos criminais, das informações advindas do sistema nacional antilavagem de dinheiro.

Conforme mencionado no excerto acima transcrito, o COAF pode ser considerado como um órgão híbrido, que permeia ambos os subsistemas, constituindo-se, na verdade, no alicerce fundamental da estrutura voltada à comunicação e tratamento analítico das operações suspeitas – segundo subsistema mencionado por Cavalcanti. Considerando a inegável importância, há de se dedicar breves linhas para o estudo da sua disposição e funcionamento.

2.1.3 O COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras e o subsistema de comunicação e tratamento analítico de operações suspeitas

Diversas legislações internacionais, dentre elas as Diretivas Europeias e o Regulamento Modelo – CICAD, preveem a criação, por parte dos Estados-membro,

de uma UIF – Unidade de Inteligência Financeira, responsável pelo recebimento, solicitação, análise e divulgação às autoridades competentes de relatórios sobre operações suspeitas.

O GAFI possui uma recomendação específica para o tema, de número 29, com a seguinte redação:

Os países deveriam estabelecer uma unidade de inteligência financeira (UIF) que sirva como um centro nacional de recebimento e análise de: (a) comunicações de operações suspeitas; e (b) outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise. A UIF deveria ser capaz de obter informações adicionais das entidades comunicantes e ter acesso rápido a informações financeiras, administrativas e de investigação que necessite para desempenhar suas funções adequadamente.

No Brasil, o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras é o órgão responsável pelo desenvolvimento das atividades descritas no parágrafo anterior. A própria Exposição de Motivos referente à Lei n. 9.613/98, ao discorrer sobre ele, faz questão de compará-lo a departamentos similares, criados por diversos países, a exemplo da *Comisión Mixta de Control de las operatórias relacionadas con el lavado de dinero del narcotráfico*, na Argentina, da *Comisión de Prevención del del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetárias*, na Espanha, e do *Financial Crimes Enforcement Network – FinCEN*, nos Estados Unidos.

O artigo 14 da Lei n. 9.613/98 é o responsável por fixar as atribuições da UIF nacional, que tem como responsabilidades disciplinar e aplicar penas administrativas, bem como receber, examinar e identificar indícios de transações suspeitas. Também por força do referido dispositivo, previa-se, até bem pouco tempo, que estava referido órgão subordinado ao Ministério da Fazenda.

Porém, com a posse do Presidente eleito Jair Messias Bolsonaro, foi editada a Medida Provisória n. 870/19, que alterou a redação do artigo 14 e transferiu o COAF para a estrutura do recém-criado Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Conquanto ainda em vigência, o ato normativo em referência sofreu alterações no curso da sua votação na Câmara dos Deputados, que devolveu o COAF à composição do antigo Ministério da Fazenda, atualmente Ministério da Economia. Segue a MP, agora, para o Senado Federal.

A composição do órgão em disceptação é formada por servidores públicos de carreira, ocupantes de cargos no Banco Central do Brasil, Comissão de Valores

Mobiliários, Superintendência de Seguros Privados, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Secretaria da Receita Federal, Agência Brasileira de Inteligência, Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento de Polícia Federal, Ministério da Previdência Social e Controladoria-Geral da União, cujo Presidente será nomeado pelo Presidente da República, por indicação do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Ao direcionar análises sobre as Unidades de Inteligência Financeira, Cavalcanti (2013) detecta, na experiência internacional, quatro derivações, quais sejam: dos tipos coercitivo, persecutório/judicial, híbrido e administrativo.

No primeiro caso, as UIFs gozariam de poderes coercitivos, cabendo-lhes, diretamente e sem a necessidade de autorização judicial, suspender transações, sequestrar ativos financeiros e, de forma simultânea e em colaboração com órgãos de persecução criminal, deflagrar investigações. Seria a modalidade mais comum, fazendo-se presente em países como Alemanha, Áustria e em todo o Reino Unido.

As Unidades de natureza persecutória/judicial são aquelas estruturadas no âmbito do Poder Judiciário, notadamente nos países em que o Ministério Público comanda a investigação e daquele Poder faz parte. É o caso, por exemplo, de Luxemburgo.

O COAF, no caso brasileiro, enquadra-se na modalidade administrativa de UIF. De acordo com Cavalcanti (2013, p. 145), tem a função de posicionar-se como uma “interface entre os setores e sujeitos obrigados (em particular, com o mercado financeiro), e os entes responsáveis pela investigação e persecução criminal (Ministério Público e Polícia Judiciária)”.

Uma vez publicada a Lei n. 9.613/98, foi editado o Decreto n. 2.799/98, revogado pelo Decreto n. 9.663/19, responsável pela aprovação do Estatuto do COAF, que disciplina a natureza e finalidade do órgão (neste ponto, reproduzindo, basicamente, o que dispõe o artigo 14 da Lei de Lavagem), a organização (composição e funções do plenário, atribuições do Presidente, do Conselheiro, da Secretaria-Executiva, da Diretoria de Inteligência Financeira, da Diretoria de Supervisão), o intercâmbio de informações e o processo administrativo, com o objetivo de apurar as infrações previstas na Lei n. 9.613/98.

O COAF é, em verdade, a alma e o coração do primeiro subsistema analisado - comunicação e tratamento analítico de operações suspeitas. Conforme esclarece Cavalcanti (2013), as informações repassadas são inseridas em um sistema próprio

(SISCOAF), para minuciosa análise e realização de um cruzamento de dados (a grande maioria deles de caráter público), gerando, ao final, um Relatório de Informação Financeira (RIF), que é compartilhado com os órgãos responsáveis pela persecução criminal.

2.1.4 Do subsistema de supervisão, normatização e prevenção à lavagem de dinheiro

Inicialmente, para uma melhor compreensão deste subsistema, há a necessidade de remissão ao artigo 9º da Lei n. 9.613/98. Lá, encontram-se indicadas as pessoas físicas e jurídicas obrigadas, ou seja, aquelas que, de alguma forma, desempenham atividades econômicas sensíveis à prática de lavagem. Entre elas, podemos citar as bolsas de valores, seguradoras, administradoras de cartão de crédito, pessoas que lidam com a compra e venda de imóveis ou objetos de arte e antiguidade, dentre outras.

A ideia do sistema nacional antilavagem é submeter as pessoas mencionadas no sobredito artigo 9º à fiscalização de órgãos reguladores, na ausência dos quais atuará, complementarmente, o COAF (artigo 14, §1º).

Ao contrário do que ocorre no primeiro subsistema, no qual a UIF nacional constitui-se na pedra basilar, no aspecto da supervisão, normatização e prevenção, aquela atua de maneira secundária, unicamente para suprir lacunas existentes.

Exatamente com o objetivo de regulamentar alguns procedimentos a serem adotados por sujeitos obrigados que não se encontram sob a tutela de órgãos reguladores, o COAF, suplementarmente, nos exatos termos do já mencionado artigo 14, §1º, expediu diversos atos normativos, a exemplo da Resolução n. 30/2018, que trata das pessoas físicas e jurídicas que atuam em operações envolvendo atletas e artistas, e a Resolução n. 28/2016, que dispõe sobre comercialização de objetos de artes e antiguidades.

Ainda como engrenagens fundamentais ao funcionamento desse segundo subsistema, alguns órgãos reguladores merecem destaque, a exemplo do BACEN (Banco Central do Brasil), da CVM (Comissão de Valores Mobiliários), da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) e da SPC (Secretaria de Previdência Complementar).

No rol acima indicado, poder-se-ia incluir a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), mas algumas polêmicas permeiam a instituição enquanto função reguladora para fins de combate à lavagem.

Não se pode ignorar que, a priori, estariam os advogados incluídos no rol de pessoas obrigadas, quando desenvolvidas, principalmente, as funções descritas no artigo 9º, parágrafo único, inciso XIV. Todavia, o próprio COAF, ao editar a Resolução n. 24/2013, responsável pela regulação dos procedimentos relativos aos serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, consignou, expressamente, que tais determinações seriam direcionadas, apenas, às pessoas físicas e jurídicas que não são submetidas a órgão próprio regulador, o que, por óbvio, exclui os advogados, devidamente fiscalizados pela OAB.

Contudo, a Ordem, ao se debruçar sobre o tema, em resposta à consulta formulada (processo n. 49.0000.2012.006678-6/CNECO)³⁶, posicionou-se no sentido de não estarem os profissionais da advocacia sujeitos às obrigações insertas nos artigos 9, 10 e 11 da Lei de Lavagem, em razão do dever de sigilo inerente à profissão. Até o presente momento, não houve solução para o imbróglio instalado.

2.1.4.1 Do BACEN – Banco Central do Brasil

Não há como negar ser o sistema financeiro um dos terrenos mais férteis às operações de branqueamento, notadamente quando considerada a possibilidade de constantes remessas internacionais de valores, facilitadas pela estrutura globalizada das instituições financeiras (bancárias e não bancárias). O Banco Central é, portanto, primordial na luta contra a lavagem.

Nos termos da Lei n. 4.595/64, o BACEN é o órgão competente para fiscalizar as instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas (artigo 10, inciso IX). Relativamente ao branqueamento, no âmbito da referida autarquia federal, pode-se mencionar a Circular n. 3.461/2009, que consolidou as regras a serem adotadas na prevenção à lavagem. Posteriormente, referido ato foi alterado pela Circular n. 3.654/2013 e, no ano de 2018, pela Circular n. 3.839.

³⁶ OAB. Órgão Especial. Processo n. 49.0000.2012.006678-6/CNECO. Relatora: Daniela Teixeira. Data: 20/08/2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/oab-lei-lavagem.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

Em muitos dos dispositivos, os atos acima indicados seguem as diretrizes estabelecidas em tratados e regulamentos internacionais, principalmente acerca do registro de informações de clientes e operações financeiras realizadas.

Cabe destacar as determinações insertas no artigo 4º, caput e parágrafos, da Circular n. 3.461/2009, que tratam das Pessoas Expostas Politicamente (PEP). Para estes casos, as instituições que são autorizadas pelo Banco Central a funcionar devem obter dos seus clientes permanentes informações que permitam caracterizá-los como PEP e identificar a origem dos valores utilizados para transações que os envolvam.

Nos termos do artigo 4º, §1º, Pessoas Expostas Politicamente são aqueles agentes públicos que, nos últimos cinco anos, tenham desempenhado cargos, empregos ou funções públicas relevantes, tanto no Brasil, quanto em países, territórios e dependências estrangeiras, bem como seus representantes, familiares³⁷ ou quaisquer outras de relacionamento próximo. O §2º, para os casos de clientes brasileiros, enumera, nos sete incisos que o compõe, quais os cargos que se encontram abrangidos pelo §1º³⁸, ao passo que o §3º³⁹ dispõe sobre os clientes estrangeiros e a forma de enquadrá-los na condição de PEP.

³⁷ Nos termos do art. 4º, §5º, da Circular n. 3.461/2009 do Banco Central do Brasil, são considerados familiares os parentes, na linha reta, até o primeiro grau, o cônjuge, o companheiro, a companheira, o enteado e a enteada.

³⁸ Dispõe o art. 4º, § 2º, da Circular n. 3.461/2009 do Banco Central do Brasil: “No caso de clientes brasileiros, devem ser abrangidos:

I - os detentores de mandatos eletivos dos Poderes Executivo e Legislativo da União;

II - os ocupantes de cargo, no Poder Executivo da União:

a) de ministro de estado ou equiparado;

b) de natureza especial ou equivalente;

c) de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista;

d) do Grupo Direção e Assessoramento Superiores (DAS), nível 6, ou equivalentes;

III - os membros do Conselho Nacional de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, dos tribunais superiores, dos tribunais regionais federais, do trabalho e eleitorais, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Conselho da Justiça Federal;

IV - os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, o Procurador-Geral do Trabalho, o Procurador-Geral da Justiça Militar, os Subprocuradores-Gerais da República e os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal;

V - os membros do Tribunal de Contas da União e o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União;

VI - os governadores de Estado e do Distrito Federal, os presidentes de tribunal de justiça, de assembleia e câmara legislativa, os presidentes de tribunal de contas de Estado, do Distrito Federal e de Município, e de conselho de contas dos Municípios;

VII - os prefeitos e presidentes de Câmara Municipal de capitais de Estados”.

³⁹ Prevê o art. 4º, §3º, da Circular n. 3.461/2009 do Banco Central do Brasil: “No caso de clientes estrangeiros, para fins do disposto no caput, as instituições mencionadas no art. 1º devem adotar pelo menos uma das seguintes providências:

É importante mencionar, também, as alterações havidas no artigo 9º, que reduziu de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) o patamar mínimo para registro e identificação das operações realizadas por meio de valores em espécie, a exemplo de depósito, saque, pedido de provisionamento para saque etc.

Por fim, os artigos 12 e 13 especificam quais as ocorrências devem ser comunicadas ao COAF⁴⁰, como, por exemplo, as operações, em espécie, que superem R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ou, neste mesmo valor, a emissão ou recarga de cartões pré-pagos, dentre outras. É imprescindível que a comunicação não seja informada aos envolvidos, tampouco a terceiros (artigo 14).

A Circular n. 3.461/2009 é complementada pela Carta Circular n. 3.430/2010, que especifica, por exemplo, o conceito de cliente permanente ou eventual, bem como as características que definem o que seria “relacionamento próximo”, concepção esta necessária à aplicação das regras inerentes às Pessoas Expostas Politicamente.

O arcabouço constituído pelas principais normas antilavagem editadas no âmbito do BACEN é complementado pela Carta Circular n. 3.542/2012, responsável pela delimitação das operações e situações que, a priori, podem indicar a ocorrência de branqueamento e que são passíveis de comunicação ao COAF.

O ato normativo acima citado trata das seguintes questões: transações efetivadas em espécie, tanto em moeda nacional quanto estrangeira; ocorrências envolvendo dados cadastrais de clientes; movimentações atípicas em contas; operações de investimento interno; utilização anômala de cartões de pagamento; inconsistências relacionadas a operações de crédito realizadas no país; situações envolvendo movimentação de recursos oriundos de contratos com o setor público; questões envolvendo consórcios; circunstâncias envolvendo pessoas suspeitas de relações com atividades terroristas; ocorrências que envolvam atividades internacionais; situações relacionadas com operações de crédito e investimentos no

I - solicitar declaração expressa do cliente a respeito da sua classificação;

II - recorrer a informações publicamente disponíveis;

III - consultar bases de dados comerciais sobre PEP; e

IV - considerar como PEP a pessoa que exerce ou exerceu funções públicas proeminentes em um país estrangeiro, tais como chefes de estado ou de governo, políticos de alto nível, altos servidores governamentais, judiciais, do legislativo ou militares, dirigentes de empresas públicas ou dirigentes de partidos políticos”.

⁴⁰ Estas comunicações devem ser formalizadas nos termos da Carta Circular n. 3.409/2009.

exterior; e, por fim, fatos que envolvam empregados das instituições financeiras e seus representantes.

Importante destacar, ainda, que a Lei n. 9.613/98 foi alterada pela Lei n. 10.701/2003, que introduziu o artigo 10-A, segundo o qual deverá o Banco Central manter um cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como dos seus procuradores.

O artigo acima citado foi regulado pela Circular n. 3.347/2007, que constituiu o Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS), responsável, basicamente, por armazenar o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, o CNPJ da instituição com a qual mantenha relacionamento e as datas de início e, se for o caso, de fim do relacionamento com a instituição.

A partir da leitura da Circular em questão, nota-se que não há a previsão de armazenamento, por parte do BACEN, de dados referentes a movimentações bancárias e saldos de contas, por exemplo, informações estas que, se forem necessárias à conclusão de investigações, devem ser solicitadas, diretamente, à instituição financeira com a qual o cliente mantém ou manteve relacionamento.

Considerando todo o arcabouço normativo analisado, em harmonia com o que expõe Cavalcanti (2013), conclui-se que o BACEN não é um dos sujeitos obrigados enumerados no bojo da Lei n. 9.613/98, tampouco o detentor primário de informações referentes a operações suspeitas. É, na verdade, um ente regulador, responsável pela normatização e fiscalização do sistema financeiro nacional.

2.1.4.2 Do microssistema criado no âmbito do Ministério da Justiça

A presente dissertação adota a partição proposta por Cavalcanti (2013), segundo a qual o modelo brasileiro antilavagem é dividido em dois subsistemas: um dedicado à função de comunicação e análise das operações suspeitas e outro focado nas atribuições de supervisão, normatização e prevenção.

Já houve, neste capítulo, o exame do primeiro dos subsistemas, capitaneado pelo COAF, bem como está em curso a análise do segundo. Para este último, acreditamos que seja conveniente propor uma nova segmentação, a qual chamaremos de microssistema do Ministério da Justiça.

Referida reorganização mostra-se importante, inclusive didaticamente, porque diversos são os organismos estatais subordinados ao MJ responsáveis pelo combate ao branqueamento. Mais precisamente, são eles: o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional; o Laboratório de Tecnologia contra Lavagem de Dinheiro; e a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Passemos, doravante, a analisar cada um deles.

2.1.4.2.1 Do DRCI/SNJ – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional

O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional faz parte da estrutura do Ministério da Justiça, mais precisamente da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), e foi criado por meio do Decreto n. 4.991/2004.

Atualmente, as atribuições do referido órgão são definidas pelo Decreto n. 9.360/2018. O artigo 12 define que compete ao DRCI: a proposição de ações integradas e articuladas, entre os órgãos dos Poderes Executivo, Judiciário e o Ministério Público, com o objetivo de enfrentar a corrupção, o crime organizado transnacional e a lavagem de dinheiro; coordenar a Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro (Rede-Lab); estruturar, implementar e monitorar, também na condição de autoridade central, políticas voltadas à recuperação de ativos, cooperação jurídica internacional em matéria civil, penal e, mais especificamente, nos âmbitos de adoção internacional de crianças, prestação internacional de alimentos, extradição, transferência de pessoas condenadas e transferência de execução da pena; e atuar nos procedimentos relacionados com a ação de indisponibilidade de bens, de direitos ou de valores em decorrência de resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Dentre os diversos projetos de cooperação técnica, é de bom alvitre citar o Projeto BRAX66, de espectro amplo, que tem como pretensão fortalecer a Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania em matéria de cooperação jurídica internacional, extradição e combate à lavagem. Foi desenvolvido em regime de parceria, envolvendo, por óbvio, a própria SNJ, a Agência Brasileira de Cooperação (ABC/MRE) e o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC), com execução iniciada em 2013.

Entre os resultados apresentados, interessa-nos aqueles decorrentes do desenvolvimento de estratégias para a atuação e integração dos Laboratórios de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro e para a concretização dos objetivos da ENCCLA.

Exatamente em decorrência lógica de um microssistema (considerando a divisão proposta no início do subtópico 2.1.4.2), há uma interligação natural entre os organismos dispostos no organograma do Ministério da Justiça. Os pontos fundamentais dos resultados ligados à Rede-Lab e à ENCCLA serão trabalhados em tópicos próprios, análise específica esta que será iniciada a seguir.

2.1.4.2.2 Da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro

A ENCCLA foi instituída em 2003 e é composta por mais de 70 (setenta) órgãos, pertencentes aos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, ao Ministério Público Federal e MPs Estaduais, bem como à sociedade civil.

O organismo em questão está estruturado da seguinte forma: Plenária, Gabinete de Gestão Integrada (GGI), Grupos de Trabalho Anual, Grupos de Trabalho de Combate à Corrupção e de Combate à Lavagem de Dinheiro e Secretaria Executiva.

A Plenária reúne-se uma vez por ano, em regra na última semana do mês de novembro, e tem por objetivo aprovar as Ações do ano em curso e do seguinte, bem como as recomendações e declarações.

O Gabinete de Gestão Integrada é um grupo específico que se reúne a cada três meses, tendo como função acompanhar a execução das Ações aprovadas pela Plenária.

No caso dos Grupos de Trabalho Anual, as respectivas coordenações são definidas consoante a temática relacionada e os assuntos institucionais vinculados. São responsáveis por efetivar atividades que concretizem os objetivos determinados pela Plenária.

Os Grupos de Trabalho de Combate à Corrupção e de Combate à Lavagem de Dinheiro têm restrição temática – como o próprio nome indica – e objetivam formatar propostas para as Ações que serão, futuramente, discutidas e referendadas no âmbito da Plenária.

Por fim, a Secretaria Executiva, com função administrativa, é de responsabilidade da Coordenação-Geral de Articulação Institucional, vinculada ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional.

Criada em 2003, a Plenária da ENCCLA ocorre desde 2004, tendo havido a última reunião (XVI) em Foz do Iguaçu, no ano de 2018. De lá para cá, várias foram as metas e ações convertidas em resultados concretos para o combate à lavagem.

Ao analisar os resultados obtidos, o próprio órgão cuida de dividi-los em cinco grandes blocos, a saber: capacitação e treinamento; sistemas; produção de conhecimento; estruturação; e avanço e aperfeiçoamento de normas.

No primeiro, ganha destaque a criação do Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (PNLD), consequência da implantação da Meta 25, fixada em 2004, que previa a realização de cursos de pequena, média e longa duração, voltados para agentes públicos. Em 2013, foi implementada a modalidade EAD, em parceria com a Academia Nacional de Polícia/PF. Conforme dados fornecidos pela própria ENCCLA, o curso já abrangeu todos os Estados brasileiros e o Distrito Federal, ultrapassando a marca de 19 (dezenove) mil alunos.

Relativamente ao segundo bloco (sistemas), é digna de citação a instituição do Cadastro Nacional de Clientes do Sistema Financeiro (CCS), decorrente da Meta 4/2008, por meio da Lei n. 10.701/2003, que alterou a Lei n. 9.613/98 e introduziu o artigo 10-A, posteriormente regulado pela Circular n. 3.347/2007, editada pelo Banco Central.

Ainda, pode-se mencionar a criação do Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias – SIMBA (Ação 20/2009), que permite a elaboração de relatórios padronizados e informatizados, quando solicitada a quebra do sigilo bancário de pessoa investigada. A regulamentação do SIMBA se deu por meio da Carta Circular n. 3.454/2010, editada pelo BACEN, e da Instrução Normativa n. 03/2010, elaborada pela Corregedoria Nacional de Justiça.

Finalizando os resultados mais relevantes para o combate à lavagem, ainda limitado ao grupo dos sistemas, registra-se a criação do Laboratório de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro, decorrente da Meta 16/2006, também vinculado ao Ministério da Justiça e que será objeto de análise em tópico próprio, mais adiante.

Já no que se refere à produção de conhecimento (terceiro bloco), ganha destaque a elaboração do Plano de Diretrizes de Combate à Corrupção. Este foi um

trabalho que resultou da Ação 01/2018, proposta na Plenária ocorrida na cidade de Campina Grande/PB, em novembro de 2017, desenvolvida sob a responsabilidade do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, subordinado ao Ministério da Justiça, em parceria com o Ministério Público Federal e a Advocacia-Geral da União.

Para elaborar o Plano, os responsáveis utilizaram 05 (cinco) diferentes fontes, a saber: trabalhos já realizados, no âmbito do Poder Público (ENCCLA, Advocacia-Geral da União, Subchefia de Ética, Controle Público e Transparência da Secretaria da Casa Civil do Estado do Rio Grande do Sul, Ministério Público do Estado do Maranhão, Ministério Público do Estado do Paraná, Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Ministério Público Federal e Secretaria da Previdência); iniciativas nacionais da sociedade civil (Instituto Ethos, Transparência Internacional - FGV); planos de combate à corrupção estrangeira, oportunidade em que foram analisados documentos oriundos das Nações Unidas, G20, Colômbia, Grécia, Lesoto, Marrocos, Nova Zelândia, Reino Unido e Sérvia; e, por fim, participação da sociedade, oportunizada por meio da realização de cinco eventos públicos, em cidades distintas, uma para cada região (Curitiba, Belém, Brasília, São Luís e Belo Horizonte), bem como por encaminhamento de propostas pela internet, entre os dias 20 de julho e 20 de agosto de 2018.

Após analisar todo o material acima mencionado, a equipe responsável elaborou um total de 569 (quinhentas e sessenta e nove) propostas, segmentadas em 70 (setenta) diretrizes, alicerçadas em 08 (oito) pilares. Os pilares e as diretrizes estabelecidas abrangem três focos principais: prevenção, detecção e punição.

Os pilares fixados foram: fortalecimento das instituições públicas; aprimoramento das gestões e governanças públicas, para prevenção e detecção de desvios; aumento da transparência na gestão pública; fortalecer o enfrentamento à lavagem; fortalecer a articulação interinstitucional nos diversos poderes e entes federativos; fortalecer a articulação internacional; promover o engajamento da sociedade na luta contra a corrupção; e aumentar a efetividade do sistema punitivo.

Conforme exposto no cerne do próprio documento, este não se constitui em um plano executivo, com possibilidade de implementação direta pela própria ENCCLA, uma vez que este organismo não detém tais poderes. Ademais, as propostas formuladas, para a respectiva efetivação pelo citado organismo, exigiriam uma atuação que extrapolaria as suas atribuições. O Plano, na verdade, tem como objetivo

estabelecer diretrizes que irão nortear a atuação de todo o aparato estatal responsável pelo combate à corrupção.

Relativamente ao terceiro bloco, pode-se mencionar, como resultado de destaque, decorrente da concretização da Meta 12/2004, a estruturação definitiva do COAF.

Ainda, há de se mencionar, como consequência da efetivação da Recomendação 04/2013, a criação de Delegacias Especializadas na repressão à lavagem de dinheiro, no âmbito as polícias judiciárias (Polícia Federal e Polícias Civis).

Por fim, destaca-se a estruturação do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas, criado anteriormente, mais precisamente no ano de 2002, por iniciativa do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, e composto pelos Grupos de Atuação Especial Contra o Crime Organizado de cada MP estadual.

No último bloco (avanço e aperfeiçoamento de normas), podem ser destacados os diversos estudos realizados, que resultaram em importantes alterações legislativas, muitas delas observadas, por exemplo, nas modificações implementadas pela Lei n. 12.683/12. Também, pesquisas, anteprojetos e propostas elaborados em diversos campos de interesse na luta contra a lavagem e a criminalidade transnacional organizada, como a constrição de bens, intermediação de interesses (lobby), sigilo bancário e fiscal etc.

Da última reunião realizada, ocorrida no mês de novembro de 2018, a Plenária aprovou diversas Ações que guardam estreita relação com a temática desenvolvida nesta dissertação.

A Ação 04/2019 prevê a restrição de saques em espécie, pagamentos por meio de cheque e transferências a partir de contas que sejam destinatárias de recursos públicos.

A Ação 06/2019 tem como meta a prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, relativamente aos agentes públicos, mediante o acompanhamento da evolução patrimonial e dos bens em utilização.

A Ação 07/2019 propõe aprimorar controle e impor restrições ao uso, no mercado de interno, de moedas em espécie, sejam elas nacionais ou estrangeiras. Enquanto a Ação 08/2019 objetiva o aprofundamento de estudos sobre a utilização de ativos virtuais intencionando praticar lavagem e financiar o terrorismo.

A Ação 11/2019, por sua vez, pretende dar continuidade ao aperfeiçoamento das Polícias Cíveis nas investigações que tenham como objeto a prática de branqueamento.

As Ações 12 e 13/2019 têm como pretensão integrar notários e registradores no combate à lavagem e à corrupção, bem como propor alterações normativas e a melhoria em sistemas de controle, para evitar a utilização de empresas fantasmas no processo de lavagem.

Por fim, de extrema importância ao tema em estudo neste trabalho, a Ação 14/2019 propõe a elaboração de diagnóstico sobre a lavagem de dinheiro decorrente dos crimes tributários.

Considerando, exatamente, o ambiente de colaboração e mútua fiscalização que deve existir em um microsistema como o observado no âmbito do Ministério da Justiça, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, por meio do Projeto BRAX66, entre os anos de 2013 e 2014, em parceria com a Agência Brasileira de Cooperação (ABC/MRE) e o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC), propôs a realização de uma série de estudos para o aperfeiçoamento do aparato estatal na luta contra a criminalidade organizada transnacional, cooperação internacional, extradição e lavagem de dinheiro.

Dentre os diversos campos pesquisados, o Projeto em referência voltou as suas atenções para a ENCCLA, com o objetivo de desenvolver metodologias para a concretização das Metas e Ações definidas. Ao final dos trabalhos, foram publicados 04 (quatro) relatórios: análise crítica da estrutura e da metodologia de trabalho; proposta de plano estratégico de comunicação; identificação de iniciativas assemelhadas à ENCCLA quanto ao combate à corrupção de lavagem de dinheiro no âmbito dos estados e municípios brasileiros; e propostas de melhorias, envolvendo metodologia de trabalho e outros aspectos relevantes identificados.

Neste último relatório foram apresentados pontos importantes de modernização, que podem ser resumidos em três grandes grupos: produção e gestão de informações estratégicas; monitoramento de processos e resultados; e organização e sistematização de ambientes deliberativos.

Mais precisamente, foram apresentadas as seguintes propostas: alterações nos modelos de Relatórios de Ação, elaborados pelos Grupos de Trabalho; modificações nos modelos de Relatórios Anuais, confeccionados pela Secretaria

Executiva e Gabinete de Gestão Integrada; alteração no modelo utilizado para Propostas de Ações; a adoção de guias para memórias de reunião; implementação de um plano de comunicação; adoção de um plano de mobilização interna; e elaboração de um regimento interno (o relatório propõe um texto inicial).

O que se pode concluir é que a ENCCLA se tornou, ao longo dos anos, um dos pilares do sistema nacional antilavagem. Diversas das suas deliberações, posteriormente convertidas em Ações e Metas, foram efetivamente implementadas, representando avanços consideráveis no combate à criminalidade organizada.

Por mais que não seja uma instância executiva, fazendo com que haja dependência de outros organismos para a concretização das suas propostas, observa-se que o aperfeiçoamento contínuo do sistema - por exemplo, com as alterações legislativas, a estruturação de órgãos de investigação (p.ex. COAF e Polícias Civas) e a elaboração de cursos para capacitação de agentes públicos - decorre, diretamente, das discussões havidas nas suas instâncias de trabalho.

2.1.4.2.3 Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia – Rede-Lab

Consoante exposto anteriormente, o Laboratório de Tecnologia contra Lavagem de Dinheiro surgiu a partir de deliberação havida no âmbito do Plenário da ENCCLA, que resultou na Meta 16/2006.

Implementado a partir de 2007, por meio de parceria entre a Secretaria Nacional de Justiça, mais precisamente o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional e o Banco do Brasil, logo se tornou uma rede de laboratórios, ampliação esta que se iniciou em 2009 e foi direcionada a vários estados brasileiros, constituindo o que hoje se conhece por Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia (Rede-Lab).

Legalmente, a Rede-Lab surgiu com a edição da Portaria SNJ n. 242/2014 e, atualmente, também se encontra prevista no artigo 12, inciso II, do Decreto n. 9.360/2018, com alterações introduzidas pelo Decreto n. 9.426/2018.

A Portaria supracitada, ao desenhar o organograma do referido sistema de informação, fê-lo da seguinte forma: a Rede-Lab será composta pelos Laboratórios de Tecnologia, constituídos por acordos firmados pelo Ministério da Justiça, bem como por Órgãos que desejem ingressar no sistema e, para tanto, também pactuem acordos de ingresso com o MJ (artigo 2º da Portaria SNJ n. 242/2014).

De acordo com o artigo 5º, a coordenação da Rede será de responsabilidade do Laboratório diretamente vinculado ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, o qual, além desta atribuição de supervisão, também tem como obrigação a aquisição das tecnologias necessárias ao funcionamento das demais unidades, além de a elas ceder, por prazo determinado, itens tecnológicos de que não tenham disponibilidade. Ainda, deve analisar, consolidar e divulgar as informações de produtividade, bem como as metodologias de gestão e tecnologia das outras “filiais”. Por fim, também lhe compete realizar treinamentos e encontros de gestão de toda a Rede (artigo 7º).

Na condição de importante peça na engrenagem de combate à lavagem, a Rede-Lab tem como objetivo: desenvolver – para posterior aplicação – métodos que permitam a produção de informações em grande volume de dados; elaborar estudos e os difundir, com o objetivo de identificar metodologias, tecnologias e perfis profissionais ideais para desenvolver melhores práticas em produção de informações; apoiar as medidas tecnológicas necessárias à análise de grande volume de dados junto aos demais Órgãos Federais e Estados; e, por fim, o constante aprimoramento dos recursos tecnológicos utilizados pela Rede, por meio do desenvolvimento de pesquisas e obtenção de tecnologia de ponta em análise de dados, que estejam disponíveis no mercado ou sejam frutos de trabalhos de outros órgãos públicos (artigo 3º).

Conforme dados oficiais disponibilizados no sítio do Ministério da Justiça, há, atualmente, 58 (cinquenta e oito) unidades instaladas, 45 (quarenta e cinco) das quais em operação e outras 13 (treze) em processo de instalação⁴¹.

Há de se concluir, por tudo o que foi exposto, que o sistema brasileiro antilavagem ainda se encontra em estruturação. Não há como negar, porém, que as diretrizes seguidas se encontram em perfeita consonância com o que determinam as legislações de natureza supranacional.

A implementação de políticas voltadas à segurança pública, no Brasil, sempre encontra grandes dificuldades, muito por conta do modelo adotado constitucionalmente, que atribui aos Estados a responsabilidade majoritária no referido campo social. Torna-se muito difícil uma homogeneidade de investimentos,

⁴¹ Para visualização do mapeamento fornecido pelo Ministério da Justiça, basta acessar o seguinte endereço: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/LAB-LD>>.

considerando as realidades econômicas díspares observadas em cada unidade da Federação, que chegam, muitas vezes, a níveis abissais, a exemplo de São Paulo e Piauí.

Mesmo diante de diversos obstáculos, o que se pode notar é que a política de combate à criminalidade organizada, o que abrange, por óbvio, a luta contra a lavagem, está em pleno desenvolvimento, na contínua tentativa de amoldar-se aos parâmetros internacionais e com diretrizes muito bem definidas. Há de se reconhecer, portanto, os esforços empreendidos pelas autoridades competentes, mesmo diante de uma realidade orçamentária de insuficientes investimentos.

2.2 A relação de antecedência entre os crimes fiscais e a lavagem de dinheiro e a sua disciplina legal no Brasil

Conforme exposto em tópico anterior, em 1988 foi lançada a Convenção de Viena, que dispunha sobre o tráfico de drogas e o seu impacto na comunidade internacional.

Naquele documento, mais precisamente no artigo 3, houve a previsão do crime de lavagem de dinheiro, porém atrelado, exclusivamente, ao comércio ilícito de entorpecentes.

A partir do referido marco legislativo internacional, na esteira das suas orientações, diversos diplomas normativos de direito interno foram editados, o que se convencionou chamar de “legislações de 1ª geração”.

Em virtude dos diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a exemplo da já mencionada Convenção, ratificada por meio do Decreto n. 154/1991, e da XXII Assembleia Geral da OEA, nas Bahamas, durante a qual foi aprovado o Regulamento Modelo Sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos, foi promulgada a Lei n. 9.613/1998.

Naquela redação original, optou o legislador pelo modelo de 2ª geração, prevendo um rol taxativo de crimes antecedentes (artigo 1º, incisos I a VIII). Caso fosse perpetrada infração penal diversa daquelas descritas no supracitado dispositivo, não havia a possibilidade de configuração do delito de branqueamento, por ausência de tipicidade.

Consta na Exposição de Motivos que acompanhou a edição da referida lei que a adoção do modelo de segunda geração se deu para que houvesse

proporcionalidade entre as penalidades impostas pelo crime de lavagem e os delitos antecedentes. A punição pelo branqueamento estaria reservada às condutas subjacentes que se revestissem de gravidade e apresentassem potencial transnacional.

Conforme a própria justificativa, os crimes remanescentes que não ostentassem as duas características acima citadas – que se constituem, na verdade, na ampla maioria – orbitariam na esfera de incidência do delito de receptação, previsto no artigo 180 do Código Penal⁴².

Nos termos do parágrafo 24 da Exposição de Motivos:

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

Observa-se da redação original do artigo 1º, responsável pela enumeração dos delitos antecedentes, que a sonegação fiscal não foi incluída naquele rol. Naquele momento, portanto, não se mostrava possível atribuir responsabilidade penal por possíveis condutas de lavagem que envolvessem bens, direitos ou valores decorrentes de crimes tributários.

Especificamente sobre o tema, a Exposição de Motivos se manifestou. Para excluir a sonegação da lista de delitos subjacentes, apresentou como motivo um dos argumentos utilizados por aqueles que defendem a impossibilidade de relação de antecedência entre dita infração penal e o branqueamento: a fraude tributária não acarreta o aumento de patrimônio com o acréscimo de novos valores, mas, tão somente, possibilita que o conjunto de bens permaneça como está, sem que seja desfalcado pelo pagamento da obrigação fiscal.

Vejamos a redação do parágrafo 34:

34. Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao

⁴² Assim dispõe o art. 180 do CP: “Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”.

patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal - lavagem de dinheiro - a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito.

O modelo acima comentado permaneceu vigente até a edição da Lei n. 12.683/12, que foi elaborada dentro dos padrões da 3ª geração de normas de combate à lavagem, utilizada em países como França e Itália, eliminando o rol exaustivo previsto inicialmente. Desde então, toda e qualquer infração penal – crimes ou contravenções – podem, *ab initio*, figurar como antecedentes ao delito de branqueamento de capitais.

Doravante, uma vez extinto o rol taxativo e sem que a nova lei impusesse qualquer outra condição para a configuração da relação de antecedência, a exemplo de limites mínimos de penas abstratamente previstas, passou a ser possível que a sonegação fiscal, ao menos sob a óptica exclusivamente legal, figure na condição de delito subjacente.

Sobre referida ampliação típica, Bottini (2016) se posiciona no sentido de considerá-la desarrazoada, por criar uma estrutura normativa excessivamente pesada. Delitos de menor potencial lesivo a bens jurídicos protegidos, a exemplo do furto, ou, até mesmo, as próprias contravenções penais podem, atualmente, ensejar punição por branqueamento, representando um pesado ônus sancionatório, vez que a pena prevista para a lavagem é a de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Na verdade, hoje, está-se diante da realidade prevista e deliberadamente evitada pelo legislador que cunhou, inicialmente, a Lei n. 9.613/98, exposta no citado parágrafo n. 24 da Exposição de Motivos: a massificada criminalização de um delito – lavagem – cuja tipificação justifica-se para asfixiar a delinquência organizada, notadamente aquela de caráter transnacional⁴³.

⁴³ Bottini (2016) expõe problemas decorrentes do expansionismo exagerado. As políticas de despenalização que envolveram os delitos despídos de gravidade mais acentuada podem ser consideravelmente prejudicadas. Ante a hipótese real de concurso de crimes, podem sofrer sérias restrições medidas como a vedação à prisão preventiva para os delitos com pena máxima igual ou inferior a 4 anos, a possibilidade de suspensão condicional do processo, benesse esta prevista para os crimes com pena mínima, abstratamente prevista, de 1 ano ou a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos, quando não houver fixação de pena superior a 4 anos, para os casos de crimes desprovidos de violência ou grave ameaça.

Sugerindo uma diversa orientação de política criminal, Bottini (2016, p. 100) opina:

Do ponto de vista político-criminal, seria seguir a já mencionada recomendação do GAFI para os países que optam por uma moldura penal para os antecedentes, e atrelar a lavagem de dinheiro apenas a crimes graves. Talvez o uso do patamar da pena máxima de 4 anos – prevista para substituição da privação de liberdade pela restrição de direitos (art. 44 do CP) e indicada na Convenção de Palermo como critério indicativo de infração grave (art. 2º, b) – ou até mesmo de 2 anos – prevista como lite para o menor potencial ofensivo, fosse mais adequado para proteger a administração da Justiça sem ampliar em demasia o âmbito de abrangência da norma penal.

Em semelhança, portanto, com aquilo que preveem países como Portugal e Espanha, já estudados em tópico anterior, a norma brasileira adota o modelo de 3ª geração, sem a previsão de rol taxativo, tampouco de quaisquer outras condições para a configuração de relação de antecedência, motivo pelo qual pode, ao menos sob o exclusivo ponto de vista legal, a sonegação fiscal figurar com subjacente à lavagem.

CAPÍTULO 3 – A RELAÇÃO DE ANTECEDÊNCIA ENTRE O DELITO DE SONEGAÇÃO FISCAL E A LAVAGEM DE DINHEIRO: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

3.1 O fenômeno da expansão do Direito Penal

O século XVII trouxe consigo o surgimento da modernidade, época em que se verificou uma extrema ruptura com o modelo de organização social até então observado. Ao passo em que, nas culturas tradicionais, havia a perpetuação de símbolos e a veneração ao passado, a modernidade emplaca uma nova perspectiva, baseada em ações voltadas para o futuro e definidas pela racionalidade humana⁴⁴.

Conforme observado por Giddens (1991), o impacto proporcionado pela modernidade pode ser observado tanto sob a óptica da extensão, estabelecendo conexões sociais que afetam todo o globo, quanto sob o prisma da intensidade, vez que capaz de influenciar, de maneira intensa e nos mínimos detalhes, características do cotidiano social.

Afirma Giddens (1991, p. 45), ainda, que, na modernidade, “as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alternando assim constitutivamente o seu caráter”.

O referido autor indica as três principais características das mudanças sociais observadas: a) o ritmo extremo observado nas transformações; b) o escopo das mudanças, uma vez que as ondas de transformação social são capazes de penetrar através de toda a superfície da terra, dadas interconexões entre as diferentes áreas do globo; e c) a própria natureza intrínseca das instituições surgidas na era da modernidade, muitas delas exclusivas do referido período, antes nunca observadas, a exemplo do estado-nação.

Conforme esclarecido por Taschner (1999), tamanhas e tão velozes foram as transformações vivenciadas no âmbito da modernidade que, a partir dos anos 50 do século XX, alguns autores iniciaram discussão sobre a possibilidade de se estar vivenciado um novo *status* social, denominado de pós-modernidade, em que se

⁴⁴ A ideia central deste tópico foi retirada do texto “A Sociedade de Risco e a Expansão da Legislação Penal para o Combate à Lavagem de Dinheiro”, escrito por mim em coautoria com o Professor Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, o qual foi defendido no VIII Encontro Internacional do CONPEDI, em Zaragoza, posteriormente publicado.

observam mudanças substanciais nos campos social, cultural e político, a exemplo daquelas ocorridas por meio do avanço de tecnologias de informática, capazes de proporcionar alterações na base produtiva da sociedade.

Foram verificadas, também, modificações consideráveis nos modelos de produção, migrando-se da rigidez típica do *Taylorismo/Fordismo*, focado no produto e orientado para alimentar o consumo de um “homem médio”, para a flexibilização dos padrões, dando-se destaque para o consumidor e buscando, sempre que possível, a personalização do produto.

Há, ainda, as profundas alterações provocadas pela intensificação do processo de globalização, potencializado pela massificação da internet, colocando em xeque consolidadas instituições modernas e conceitos, a exemplo, respectivamente, do estado-nação e da soberania.

Ao analisar a modernidade e suas intrínsecas características e, notadamente, agudas mudanças sociais, Beck (2011) nega a pós-modernidade, defendendo a noção de que, ao invés de estarmos vivenciando um novo *status* social, permanecemos na modernidade, todavia alterada por um processo de radicalização. Há, portanto, uma modernização simples, ocorrida no curso do período industrial, e outra reflexiva, que representou uma disrupção dentro do próprio processo de mudanças sociais ocorridas na modernidade.

Ao trabalhar o conceito de modernidade reflexiva, Beck (2000, p. 2) afirma que

“Modernização reflexiva” significa a possibilidade de uma (auto)destruição criativa de toda uma época: a da sociedade industrial. O “sujeito” desta destruição criativa não é a revolução, nem a crise, mas a vitória da modernização ocidental. (...) Se a modernização simples (ou ortodoxa) significa, no fundo, primeiro o descontextualizar e segundo o recontextualizar das formas sociais tradicionais pelas formas industriais, então, a modernização reflexiva significa primeiro a descontextualização e segundo a recontextualização das formas sociais industriais por outro tipo de modernidade. Assim, em virtude do seu inerente dinamismo, a sociedade moderna está modificando as suas formações de classe, de *status*, de ocupação, os papéis sexuais, a família nuclear, a indústria, os sectores empresariais e, claro, também os pré-requisitos e as formas do progresso tecnoeconómico. Esta nova fase, na qual o progresso se pode transformar em autodestruição, na qual um tipo de modernização corta e transforma outro tipo, é aquela a que eu chamo fase da modernização reflexiva.

Conforme se pode depreender do trecho final do excerto acima transcrito, é exatamente nesta segunda fase da modernidade (reflexiva) que surge aquilo que o autor denomina de “sociedade do risco”, conceito este fundamental para se

compreender o fenômeno da expansão do Direito Penal.

Ao contrário de autores como Giddens e Luhmann, que trabalham o risco apenas com mais um, dentre tantos outros, elementos constitutivos da modernidade, Beck desenvolve a sua teoria social adotando o risco com um dos alicerces do seu pensamento.

Diferenciando a sociedade moderna industrial daquela que denomina sociedade de risco, Beck (2000, p. 5) propõe o seguinte:

Qualquer pessoa que conceba a modernização como um processo de inovação automatizada, deve contar com o facto de mesmo a sociedade industrial se tornar obsoleta. O outro lado da obsolescência da sociedade industrial é a emergência da sociedade do risco. Este conceito designa uma fase de desenvolvimento da sociedade moderna na qual os riscos sociais, políticos, económicos e individuais tende, cada vez mais, a escapar às instituições de monitorização e proteção da sociedade industrial. Podem ser aqui distinguidas duas fases: a primeira, um estágio no qual os efeitos e as auto-ameaças são sistematicamente produzidos, mas não se tornam assuntos públicos, nem o centro de conflitos políticos. Aqui, o autoconceito de sociedade industrial ainda predomina, multiplicando e “legitimando” as ameaças produzidas pela tomada de decisões como “riscos residuais” (a “sociedade de risco residual”). Na segunda, emerge uma situação completamente diferente, quando os perigos da sociedade industrial começam a dominar os debates e os conflitos públicos, políticos e privados. Aqui, as instituições da sociedade industrial tornam-se produtoras e legitimadoras das ameaças que não conseguem controlar. O que se passa é que certos aspectos da sociedade industrial se tornam *social* e *politicamente* problemáticos. Por um lado, a sociedade ainda toma decisões e enceta acções de acordo com o padrão da velha sociedade industrial, mas, por outro, as organizações de interesses, o sistema judicial e a política estão nublados por debates e conflitos que têm a sua origem no dinamismo da sociedade de risco.

Conforme asseverado anteriormente, ao contrário de Beck, Luhmann não alça o risco à condição de elemento nuclear da sua teoria social. Todavia, reconhecendo a sua importância para uma melhor compreensão dos fenômenos sociais, dedicou parcela dos seus estudos para compreender a forma como o risco se reconfigurou, no âmbito da sociedade moderna.

Luhmann (1992) apresenta o conceito de risco a partir da diferenciação que traça em relação à definição de perigo. Este se configura na hipótese em que o dano é provocado externamente, por força do meio ambiente, por exemplo. Já o primeiro surge quando o dano decorre de uma decisão humana.

Pouco importa se o risco será percebido por aquele que irá decidir sobre a concretização ou não da conduta, tampouco o momento em que ocorrerá o dano, se no ato da sua decisão ou posteriormente, mostrando-se imprescindível, para o

conceito de risco, apenas a possibilidade de o dano ser evitado. Ainda, entende o referido autor que não há conduta humana livre de risco, uma vez que, sempre que decisões são tomadas – até mesmo aquelas que importam em optar por não decidir – os danos se apresentam como resultados possíveis.

Giddens (1991), diferentemente, não trabalha o conceito de risco sob uma perspectiva unicamente individual. Há a discussão sobre “ambientes de risco”, cujos danos decorrentes têm a capacidade de afetar uma gama incalculável de indivíduos, inclusive ganhando, em alguns casos, alcance global, a exemplo de desastre nuclear de grandes proporções.

O sociólogo inglês trata a modernidade como um fenômeno de duas faces distintas. Ao tempo em que, com a evolução, tornou a sociedade, em muitos aspectos, muito mais segura do que em momentos anteriores, essa mesma evolução foi responsável por alterações, notadamente no campo da ciência, capazes de acarretar danos em larga escala.

É exatamente neste ambiente de profundas modificações na estrutura da sociedade que se passou a discutir o novo papel do Direito Penal e a sua relação com essa nova ambiência de risco que se caracterizava.

Conforme exposto por Bitencourt (2012), foi a partir de Beccaria e do seu clássico “Dos Delitos e das Penas” que se marcou o início definitivo do direito penal fincado em premissas liberais. Até então, a legislação criminal em vigor caracterizava-se por procedimentos excessivamente cruéis, privilegiando os castigos corporais e a pena de morte.

Referido modelo passa a ser contundentemente contestado, removendo-se a velha concepção autoritária e abrindo espaço para uma nova forma de enxergar o Direito Penal, sob a óptica da defesa das liberdades do indivíduo e do enaltecimento da dignidade do homem. A pena deve ser proporcional ao crime praticado, considerando-se, para a sua aplicação, as circunstâncias pessoais do delinquente e o grau de malícia por ele utilizado.

Sob a óptica de Silva Sánchez (2001, p. 149), o Direito Penal liberal “cinge-se à proteção de bens altamente pessoais e patrimoniais, com estrita vinculação aos princípios garantistas”⁴⁵. É um direito que sempre trabalhou com base na individualização do bem jurídico a ser protegido pelo tipo penal, como, por exemplo,

⁴⁵ “*Un Derecho ceñido a la protección de los bienes altamente personales y del patrimonio, con estricta vinculación por los principios de garantía*”.

crimes contra a vida, a liberdade, o patrimônio etc.

Ao enxergar o Direito Penal de forma humanizada, em contraponto ao modelo anteriormente utilizado, alicerçado na força e no emprego do sofrimento corporal, concebe-se a ideia de que essa nova estrutura, na verdade, funciona como um escudo protetor às arbitrariedades do estado, que se encontra limitado a agir, estritamente, dentro dos parâmetros legalmente exigidos.

É como, também, expõe D'Ávila (2008, p. 487):

O seu objetivo não é proteger a ordem jurídica ou a coletividade, mas o indivíduo violador, concedendo o direito de ser punido, apenas e exclusivamente, dentro dos limites da lei e mediante o atendimento de seus pressupostos. E, aqui, exemplifica, valendo-se do princípio da legalidade. O *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* é o baluarte do cidadão diante do poder estatal, diante do poder da maioria, diante do Leviathan.

Esse Direito Penal liberal, cuja fundação começou a ser solidificada a partir do século XVIII, foi continuamente trabalhado ao longo do tempo, fixando a suas bases dogmáticas sobre os pressupostos até aqui apresentados. Todavia, a intensidade das transformações ocorridas durante a modernidade, mais precisamente após o processo de reflexividade – nos termos trabalhados por Beck –, desafiaram o Direito Penal posto.

Ao analisar as profundas mudanças ocorridas, Hassemer (1994) elenca três características principais assumidas pelo novo perfil da criminalidade moderna em ebulição. A primeira seria a ausência de vítimas individuais, ganhando espaço as modalidades delitivas que impactam o próprio Estado ou comunidades. A segunda característica diz respeito ao próprio resultado, que, ao afetar, costumeiramente, bens jurídicos supraindividuais, torna-se muitas vezes identificável apenas quando de maior volume. Por fim, ao menos de maneira imediata, há uma secundarização de condutas violentas, prevalecendo, também, a natureza transfronteiriça dos crimes, a profissionalização e a divisão de tarefas.

Este novo ambiente de risco criado, dando nova roupagem à criminalidade, cada vez mais profissional e capaz de causar danos difusos, com potencial global, gerou uma demanda por segurança, mesmo que aparente ou simbólica. O Direito Penal está sendo, a partir de então, convocado para eliminar ou, minimamente, atenuar os novos riscos criados.

Sob a óptica de Hassemer (1994), dois são os meios de efetivação dessa nova

perspectiva de política criminal: recrudescimento do tratamento penal já existente, a exemplo da elevação das penas; e a criminalização de novas condutas. Para este último caso, há uma importante modificação do perfil de tipificação utilizado: passa-se a utilizar, demasiadamente, os crimes de perigo abstrato.

Ao passo em que, sob a tutela da dogmática clássica, orientadora do direito penal liberal, prevalecia a tipificação de ações que, concretamente, expusessem os bens jurídicos protegidos a lesões ou ameaças, o perfil da política criminal moderna abriu espaço para a antecipação da esfera de proteção do Direito Penal, criminalizando condutas sem que, para tanto, houvesse a comprovação do real perigo a que foi submetido o bem jurídico. Ao invés do desvalor da ação, prevalece o desvalor do resultado.

Caracteriza-se, portanto, um movimento desenfreado e cada vez mais robusto de expansão do Direito Penal, em uma verdadeira reação simbólica, utilizando, por vezes, instrumentos ineptos e ineficientes para o combate efetivo à criminalidade, mas satisfatórios, ao menos a priori e superficialmente, aos olhos da sociedade clamante por uma sensação, mesmo que falsa, de segurança.

Sobre essa nova roupagem do Direito Penal, Leal (2017, p. 63-64), que a denomina de Direito Penal dos riscos, enumera, em hipóteses não exaustivas, as suas novas características:

(a) a intervenção do Direito Penal dar-se-ia em âmbitos diferentes do que tem sido seu espaço tradicional, ampliando-se o número de comportamentos penalmente relevantes; (b) tratar-se-ia de um Direito Penal que oferece tutela a um grande número de bens de natureza supra individual ou coletiva; (c) predominariam neste novo Direito Penal os tipos de perigo e os delitos de perigo abstrato; (d) antecipar-se-ia o momento da intervenção penal, aumentando-se a repressão penal de determinados atos preparatórios, haja vista o potencial de danos irrecuperáveis que poderíamos ter; (e) haveria modificações no sistema de imputação da responsabilidade, ampliando as situações de imputação objetiva e a responsabilidade penal da pessoa jurídica; (f) haveria mudanças pontuais no âmbito das garantias processuais para determinados delitos de maior complexidade e gravidade, atingindo de certa forma alguns institutos clássicos do Direito Penal, como o da legalidade estrita, devido processo legal, contraditório, dentre outros – por óbvio que sem menoscabo deles.

Inegável que a lavagem de dinheiro, uma das modalidades mais comuns de crimes econômicos, não passaria ao largo de tantas mudanças, vivenciando um nítido e contínuo processo de expansão da sua tutela penal.

Referido processo pode ser facilmente percebido, a partir de uma simples

análise da legislação brasileira antilavagem. A primeira lei nacional que tratou do tema foi a de número 9.613, promulgada em 1998, já sob a influência da 2ª geração de legislações antibranqueamento, que continuou a trabalhar com crimes antecedentes previamente definidos, porém com uma extensão do rol previsto. É o que se podia verificar no bojo do revogado artigo 1º e seus incisos.

Em 2012, a Lei 12.683, trazendo as diretrizes da 3ª geração, excluiu a relação exaustiva e passou a prever a possibilidade de qualquer infração penal, seja ela crime ou contravenção, poder figurar na condição de delito prévio ao branqueamento.

Mas não é apenas a exclusão do rol taxativo de crimes antecedentes que indica o nítido processo expansionista. Conforme registraram Deodato e Oliveira (2018, p. 42):

Afora a exclusão do rol de delitos anteriores, as alterações impostas pela Lei 12.683/2012 trouxeram, dentre outras medidas, a criminalização da mera utilização de bens e valores, como se lavagem fosse, desde que oriundos de infração penal (artigo 1º, §2º, inciso I), além de, expressamente, prever a desnecessidade, para o processo e julgamento do crime de branqueamento, de decisão acerca da procedência ou não das acusações referentes aos delitos antecedentes (artigo 2º, inciso II). A tendência, observa-se, é expansionista, indo a legislação brasileira na esteira da evolução implementada nos Estados Unidos e na União Europeia. Considerando a, cada vez maior, conexão entre os sistemas financeiros nacionais, ganha espaço a regulamentação mais severa para o combate ao branqueamento, objetivando a desestruturação de organizações criminosas de amplitude internacional.

É exatamente nesse contexto de contínua expansão, fenômeno este de espectro global e, por orientações de organismos internacionais, também seguido no Brasil, que os delitos fiscais passam a figurar na condição de antecedentes à lavagem.

Também se debruçando sobre esse fenômeno, Oliveira (2017) constata que, apesar de ser sensivelmente observada no âmbito da lavagem de dinheiro, a emancipação do Direito Penal mostra-se em nítido processo de crescimento em todo o campo do Direito Penal econômico, inclusive para tutelar interesses tributários. Mais: programar o avanço do Direito Penal para a área fiscal tem como objetivo salvaguardar interesses estranhos ao direito penal, mais precisamente vinculados ao setor econômico. Inclusive,

Paralelamente, o crescente problema da corrupção e os enormes efeitos da maior crise financeira do último século, levaram os países mais diretamente afetados (América do Norte e Europa) a adotar medidas de proteção fiscal e tributária, encontrando no delito de lavagem um instrumento que pode ser

utilizado de forma alternativa para alcançar tais fins. (OLIVEIRA, 2017, p. 181). (Tradução livre).⁴⁶

Há um nítido abandono das iniciais balizas fixadas para o fenômeno do branqueamento, pensado, na origem, para asfixiar os ganhos financeiros oriundos do tráfico de drogas, posteriormente alastrando-se para a corrupção, o financiamento de terrorismo e, de um modo geral, para o Direito Penal econômico.

Essa política-criminal expansionista ganha corpo a partir de orientações determinadas por importantes organismos internacionais, a exemplo do próprio GAFI que, quando da reformulação das 40 Recomendações, que se deu no ano de 2012, acrescentou, no Glossário, mais precisamente ao tratar da definição de “Categorias de Crimes Designados”, os crimes fiscais, relacionados a impostos diretos e indiretos.

Na mesma linha, a posterior edição da Diretiva 2015/89, do Parlamento Europeu e do Conselho, no artigo 3º, cláusula 4, alínea f, ao definir “atividade criminosa”, incluiu, também, os crimes fiscais como possíveis delitos antecedentes à lavagem⁴⁷.

A partir desse movimento de expansão e da consequente orientação normativa oriunda de importantes organismos internacionais, instalou-se, na doutrina e jurisprudência estrangeira, rica discussão sobre a admissibilidade da relação de subjacência entre os crimes fiscais e a lavagem de dinheiro. Passemos, doravante, a tratar, especificamente, dos argumentos contrários e favoráveis.

3.2 O debate doutrinário e jurisprudencial em torno do tema

⁴⁶ *“Paralelamente, el creciente problema de la corrupción y los enormes efectos de la mayor crisis financiera del último siglo, han llevado a los países más directamente afectados (Norteamérica y Europa) a adoptar medidas de protección fiscal y tributaria que han encontrado en el delito de blanqueo un instrument que puede ser utilizado de forma maleable para alcanzar tales fines.”*

⁴⁷ Quanto à definição de atividade criminosa, o artigo 3.º, 4 “f” dispõe que: “qualquer tipo de participação criminosa na prática de um dos seguintes crimes graves: (...) f) Todas as infrações, incluindo os crimes fiscais relacionados com impostos diretos e indiretos, na aceção do direito nacional de cada Estado-Membro, que sejam puníveis com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração máxima superior a um ano ou, nos Estados-Membros cuja ordem jurídica preveja um limiar mínimo para as infrações, todas as infrações puníveis com pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração mínima superior a seis meses;”. Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

3.2.1 Da cota defraudada como objeto material do crime de lavagem de dinheiro

Os crimes tributários, na legislação brasileira, estão inseridos na Lei n. 8.137/90 e no Código Penal e podem ser divididos em cinco grandes grupos, conforme classifica Baltazar Junior (2017). São eles: descaminho, sonegação, apropriação indébita, crimes funcionais e falsidades. Para o presente estudo, limitaremos a análise aos delitos de sonegação, insertos nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/90⁴⁸ e 337-A do Código Penal.

À primeira vista, as condutas tipificadas nos incisos I dos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 podem parecer de difícil distinção, considerando as suas redações muito similares⁴⁹. A diferença entre ambos reside, conforme leciona Baltazar Junior (2017), na natureza do delito. No caso do artigo 1º, há a previsão de um crime material e que, portanto, exige a ocorrência do resultado naturalístico, ao passo que o artigo 2º trata de delito formal, que independe, para a sua consumação, do efetivo prejuízo ao erário, perfazendo-se com a mera realização da conduta tipicamente prevista, constituindo a ocorrência do resultado apenas em simples exaurimento.

Tal diferença ocorre porque, na redação do artigo 1º, mais precisamente no seu *caput*, claramente o tipo exige a efetiva redução ou supressão do tributo. Por se revestir de maior gravidade, o preceito secundário da norma prevê uma pena consideravelmente mais elevada, fixando a sanção abstrata em reclusão, de dois a cinco anos. O artigo 2º traz como pena a detenção, que varia de seis meses a dois anos.

Sobre o conceito de sonegação, Harada et al. (2015) definem-na como toda conduta, seja ela dolosa ou culposa, omissiva ou comissiva, praticada com o objetivo de suprimir ou reduzir tributo⁵⁰. Ao trabalhar a definição de sonegação, Baltazar Junior

⁴⁸ Mais precisamente, os crimes de sonegação encontram-se previstos nos artigos 1º e 2º, incisos I, III, IV e V, da Lei n. 8.137/90.

⁴⁹ Assim dispõem os artigos 1º e 2º, da Lei n. 8.137/90, respectivamente: “Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; (...); “Constitui crime da mesma natureza: I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; (...)”

⁵⁰ Legalmente, encontra-se a definição de sonegação no artigo 71 da Lei n. 4.502/64, que dispõe: “Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária: I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente”. (sic)

(2017), de maneira contundente, afirma que o seu principal elemento constitutivo é a fraude⁵¹. É exatamente ela a responsável por diferenciar o mero inadimplemento fiscal da conduta criminosa que busca a supressão ou redução de tributos, praticada mediante a omissão de declarações, a falsificação material ou ideológica de documentos, a simulação etc.

A cota defraudada é, portanto, o valor específico do tributo que, mediante condutas fraudulentas, deixou de ser pago ao estado. Doutrinariamente, faz-se o seguinte questionamento: pode a cota defraudada ser objeto do delito de lavagem? Ou seja, o resultado material da sonegação (ex.: o valor que não foi repassado ao fisco no momento correto) pode ser considerado produto para fins de branqueamento?

O artigo 1º da Lei de Lavagem fala em bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. O questionamento doutrinário (maciçamente estrangeiro), com reflexos em entendimentos jurisprudenciais, analisa exatamente a hipótese de o valor sonegado, que já fazia parte do patrimônio do agente, fruto de atividade lícita (tal como a prestação de serviços), quando não transferido para a autoridade fazendária, caracterizar ganho patrimonial ilícito, configurando-se, pois, em possível objeto de reciclagem.

Para uma parcela daqueles que se debruçam sobre o tema, a sonegação fiscal não produz recursos, inexistindo agregação de novos valores ao patrimônio. Na verdade, a quota defraudada não se origina a partir de um delito prévio – neste caso, o delito tributário –, mas já fazia parte da esfera de bens do agente. É, exatamente, o que argumenta Oliveira (2017, p. 150):

A cota defraudada não pode ser objeto do processo de lavagem pois sua natureza não permite. Não é capital ilícito. É uma dívida oculta ou não paga. É mais: embora passe por toda a cadeia de processos de legitimação de capitais, o valor devido para a Fazenda Pública permanece igual, inalterado e plenamente exigível e não suscetível de confisco. Talvez por este motivo seja tão injusto pensar em castigar por lavagem o sujeito que simplesmente disfruta dos valores devidos ao fisco, originados em dívidas tributárias que deveriam ter sido pagas e que tiveram, ao fim e ao cabo, outro destino. (Tradução livre).⁵²

⁵¹ O conceito legal de fraude também pode ser encontrado na já mencionada Lei n. 4.502/64, mais precisamente no seu artigo 72. Vejamos: "Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento". (sic)

⁵² "La cuota defraudada no puede ser objeto del proceso de blanqueo pues su naturaleza no lo permite. No es capital ilícito. Es deuda oculta o no pagada. Es más: aunque pase por toda la cadena de procesos de legitimación de capitales el valor debido a la Hacienda Pública permanece igual, inalterado y plenamente exigible y no susceptible de comisso. Quizás por este motivo sea tan injusto pensar em

Este foi um dos temas tratados, inclusive, na famigerada *Operação Ballena Blanca*, que desarticulou, no ano de 2005, a maior rede de lavagem de dinheiro até então descoberta na Europa, com base de operações em um escritório de advocacia localizado na cidade de Marbella, Espanha.

Após sentença condenatória, o Tribunal Supremo Espanhol debruçou-se sobre o caso, em grau recursal (STS 974/2012)⁵³. O voto particular – e vencido – do magistrado Antônio del Moral García enfrentou o argumento ora trabalhado, defendendo o posicionamento exposto até o presente momento. Assim,

O delito de sonegação fiscal na sua modalidade de deixar de pagar tributos (para a qual pode levar o indevido desfrute de benefícios fiscais quando finalmente resulta em uma redução indevida do valor devido) não produz bens. Não pode haver bens provenientes desse delito que possam ser lavados. Poderia no caso de obtenção de devoluções indevidas, particularmente quando são devoluções fictícias, ou seja aparência de devoluções (o que possivelmente tem mais renda do que nos tipos do artigo 305, na modalidade comum, questão que agora não interessa). No aspecto nuclear a conduta do art. 305 é omissiva – evitar, deixar de pagar - embora tenha que ir acompanhada de um certo artifício (defraudar). Se constrói sobre uma dívida previa, a dívida tributária, que já havia nascido e cujo pagamento se omite. O patrimônio do devedor não sofre alteração alguma. Antes e depois do delito tributário está composto pelos mesmos bens que nem foram incrementados nem foram diminuídos por essa omissão. A dívida tributária que já surgiu, subsiste depois do delito. O que ocorre, apenas, é que, depois da realização da conduta prevista no art. 305, o autor – e exatamente nisto consiste o delito – oculta essa dívida e pretender fazer crer que não existe ou que é inferior. Porém, não obtém nenhum bem. Simplesmente consegue a aparência de que não deve aquilo que segue devendo e, portanto, a possibilidade de consolidar o não pagamento, que é o seu objetivo. O patrimônio, do ponto de vista econômico, segue sendo o mesmo. Juridicamente também: existia uma dívida que permanece (tradução livre).⁵⁴

castigar por blanqueo al sujeto que simplemente disfruta de los valores defraudados al fisco, originados en deudas tributarias que debería haber pagado y que tienen al fin y al cabo otro destino."

⁵³TRIBUNAL SUPREMO. STS 8701/2012 - ECLI: ES:TS:2012:8701. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=6603543&statsQueryId=111563929&calledfrom=searchresults&links=%222216%2F2011%22&optimize=20130116&publicinterface=true>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

⁵⁴ "El delito de defraudación tributaria en su modalidad de elusión del pago de tributos (a la que puede reconducirse el indebido disfrute de beneficios fiscales cuando finalmente deriva en una indebida disminución de la cuota pagada) no produce bienes. No puede haber bienes provenientes de ese delito que puedan ser "blanqueados". Sí cabría en el caso de la obtención de devoluciones indebidas, singularmente cuando son "devoluciones" ficticias, es decir, apariencia de devoluciones (lo que posiblemente tiene encaje más que en los tipos de art. 305, en la estafa común, cuestión que ahora no interesa). En su aspecto nuclear la conducta del art. 305 es omissiva -eludir, dejar de pagar- aunque tenga que ir rodeada de un cierto artifício (defraudar). Se construye sobre una deuda previa, la deuda tributaria, que ya ha nacido y cuyo pago se omite. El patrimonio del deudor no sufre alteración alguna. Antes y después del delito tributario está compuesto por los mismos bienes que ni se han incrementado ni han disminuido por esa omisión. La deuda tributaria que ya nació, subsiste después del delito. Lo único que sucede es que tras la realización de la conducta castigada en el art. 305 el autor -y en eso consiste el delito- oculta esa deuda y pretende hacer creer que no existe o que es inferior. Pero no

No Brasil, quando da elaboração da Lei n. 9.613/98 – a primeira a tratar, no nosso país, sobre lavagem –, esse foi o argumento utilizado para excluir a sonegação do rol de crimes antecedentes. No cerne da Exposição de Motivos, o próprio Ministério da Justiça tratou, expressamente, sobre o tema. A fundamentação restou assim redigida:

Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representam, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal.⁵⁵

Uma outra ala da doutrina conclui diversamente, posicionamento este que se mostrou predominante. Na literatura nacional, Bottini (2016) defende que mesmo tendo passado a integrar o patrimônio do agente de maneira lícita, quando perpetrado o delito fiscal, a parcela sonegada transforma-se em ilícita, deixando sua natureza regular, transfigurando-se à condição de “produto” do crime, e, por via de consequência, em possível objeto do crime de lavagem.

Para Blanco Cordero (2011), é certo que a cota defraudada pode ser suscetível de branqueamento. Segundo ele, o objeto material do delito de lavagem é constituído por bens que procedam de uma atividade criminosa. No caso da sonegação, o bem que se origina da conduta delituosa é a quantia econômica correspondente à cota defraudada, calculada a partir de uma porcentagem que se aplica sobre a base tributável. O delito fiscal, como uma atividade delitativa que é, de fato, pode se constituir em delito prévio da lavagem.

A própria decisão proferida pelo Tribunal Supremo da Espanha no caso da *Operação Ballena Blanca* (STS 974/2012) concluiu pela possibilidade de a cota tributária sonegada ser objeto de lavagem. Doravante, esse é o posicionamento que

obtiene ningún "bien". Sencillamente consigue la apariencia de que no debe lo que sigue debiendo y, por tanto, la posibilidad de consolidar el impago que es su objetivo. El patrimonio desde el punto de vista económico sigue siendo el mismo. Jurídicamente también: existía una deuda que permanece.”

⁵⁵ BRASIL. Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/98. EM nº 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf/view>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

predomina na jurisprudência espanhola. Os argumentos lançados no bojo da referida sentença podem ser perfeitamente sintetizados no excerto que segue:

Conforme o art. 305 CP, a omissão no pagamento de tributos (mediante fraude) constitui a conduta típica que gera a obrigação tributária, que tem por objeto o pagamento da conta tributária. O que surge é a denominada dívida tributária, que segundo o artigo 58.1 LGT está constituída pela cota ou quantidade a ser paga que resulte da obrigação tributária principal ou das obrigações de realizar pagamentos por conta. Ou seja, o bem que procede do delito fiscal é a quantia econômica correspondente à cota tributária, que é uma quantidade de dinheiro que constitui normalmente uma proporção que se aplica sobre a base tributável (imposto). O dinheiro, evidentemente, constitui um bem, na acepção exigida pelo delito de lavagem. Trata-se, contudo, de uma quantidade de dinheiro que não ingressa no patrimônio do autor do delito fiscal, mas que já se encontra nele porque constitui uma parte do mesmo, porém tal condição não impede de considerar que a cota tributária proceda do delito fiscal (tradução livre).⁵⁶

Sob a nossa óptica, a legislação brasileira permite que a cota defraudada possa figurar como objeto do crime de lavagem. O artigo 1º da Lei n. 9.613/98, modificado pela Lei n. 12.683/12⁵⁷, assevera que poderão ser branqueados os bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente de infração penal.

Conforme leciona Bottini (2016), apenas o produto ou o proveito do crime podem ser objeto material da lavagem, seja na forma de proveniência direta, a exemplo do dinheiro furtado ou do carro roubado, ou indireta, como se pode observar quando há a transformação ou substituição dos originais (imóvel adquirido com o dinheiro da corrupção, por exemplo).

No caso da sonegação fiscal, quando lançada mão da fraude –elemento este indissociável à consecução do delito –, com o objetivo de elidir, total ou parcialmente, o pagamento do valor devido, há a constituição da cota defraudada (diferença entre o

⁵⁶ “Conforme al art. 305 CP, la elusión del pago de tributos (mediante una defraudación) constituye la conducta típica que genera la obligación tributaria, que tiene por objeto el pago de la cuota tributaria. Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que según el artículo 58.1 LGT está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta. Es decir, el bien que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria, que es una cantidad de dinero que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de blanqueo de capitales. Se trata, con todo, de una cantidad de dinero que no ingresa en el patrimonio del autor del delito fiscal, sino que ya se encuentra en él porque constituye una parte del mismo, pero ello no impide considerar que la cuota tributaria procede del delito fiscal.”

⁵⁷ Dispõe o art. 1º, da Lei n. 9.613/98: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

valor integralmente devido, calculado a partir de uma porcentagem aplicada sobre a base tributável, e aquele, de fato, suprimido).

A partir do instante em que, em decorrência de uma atividade delitiva, deixa-se de pagar quantia devida ao erário, há um real proveito econômico, revestido de ilegalidade e que, portanto, pode ser considerado produto de crime e, por consequência, objeto material do delito de lavagem de dinheiro.

Sob a nossa óptica, este específico argumento, isoladamente considerado, não pode constituir óbice à admissibilidade da relação de antecedência entre o crime de sonegação fiscal e o branqueamento de capitais.

3.2.2 Da exata delimitação do produto oriundo da sonegação para a prática da lavagem

Verificada a possibilidade de a cota defraudada ser objeto material do crime de lavagem de dinheiro, há de se enfrentar a problemática referente à exata individualização dos bens que constituem o produto da sonegação.

Isto é, necessário se faz que a cota defraudada seja concretamente quantificada e identificada, em relação à totalidade do patrimônio do autor, para que haja separação entre o que, de fato, está contaminado e o que apresenta procedência lícita.

Debatendo sobre esta questão, Blanco Cordero (2011) aponta três soluções indicadas pela doutrina alemã, a saber: (i) como não se pode determinar os bens concretos que materializam a quota tributária sonegada, não é possível a perpetração do crime de lavagem; (ii) a parcela objeto de sonegação caracteriza uma dívida e, portanto, deve responder o defraudador com todos os seus bens, presentes e futuros, uma vez que todo o seu patrimônio resta contaminado; e (iii) limita-se a contaminação ao valor sonegado e aos bens em relação aos quais não foram recolhidos os devidos tributos.

Sobre a primeira delas, afirma que não se mostra convincente, uma vez que desconsidera o fato de que a sonegação gerou um incremento patrimonial, constituindo-se em um bem proveniente de conduta criminosa e, portanto, apto a ser objeto material da lavagem.

A segunda solução mostra-se igualmente inaceitável, podendo ser classificada de arbitrária e desproporcional, porquanto consideraria bens idôneos para o processo

de branqueamento aqueles que não procedem de um delito prévio. Trata-se, pois, de interpretação *contra legem*.

A terceira e última opção também não se apresenta viável, porque, ao considerar como contaminados, obrigatoriamente, os bens que integram a base tributável e não apenas os que constituem a cota defraudada, incorre no mesmo equívoco da segunda solução proposta, classificando como inidôneos bens que não são procedentes de conduta criminosa.

Para Blanco Cordero, apenas existe a possibilidade de o crime fiscal constituir delito prévio ao branqueamento, quando se possa identificar razoavelmente a parte do patrimônio do agente equivalente à quota tributária não repassada, para que não haja a contaminação de bens que não guardam relação com o produto da infração penal antecedente.

Menciona, ainda, algumas hipóteses em que, com precisão, é possível identificar que a conduta de branqueamento recaiu sobre os bens que constituem a cota defraudada. A primeira delas ocorrerá quando a lavagem se voltar para uma parcela do patrimônio do autor tão elevada – ou, até mesmo, a totalidade dos seus bens – que, por obrigação, incluirá a parcela sonegada. Nesse sentido:

Exemplo: o sonegador H dispõe de um patrimônio total de 100. Defrauda a Fazenda Pública uma cota por valor de 30. H compra a D um veículo por 60. Neste caso, não se pode considerar que dita quantidade proceda de delito fiscal, pois, de acordo com o princípio *in dubio pro reo*, há que se considerar que os 60 que pagou não procedem de delito prévio. Diferente seria se se paga 80 pelo carro, porque ao menos 10 deles procedem de delito fiscal. (BLANCO CORDERO, 2011, p. 28). (Tradução livre).⁵⁸

A segunda hipótese proposta pelo autor em referência sugere a identificação da base tributável sobre a qual houve a parcela sonegada. Blanco Cordero registra, porém, que não está considerando como contaminada toda a base tributável, mas, apenas, a quantidade referente à cota defraudada.

Sob esta perspectiva, será possível a lavagem, exclusivamente, quando houver movimentações fraudulentas que envolvam a totalidade da base tributável, porque uma parcela estaria contaminada pela cota defraudada, ou então uma quantia que,

⁵⁸ “Ejemplo: El defraudador H dispone de un patrimonio total por valor de 100. Defrauda a la Hacienda Pública una cuota tributaria por valor de 30. H compra a D un vehículo por 60. En este caso no se puede considerar que dicha cantidad proceda del delito fiscal, pues de acuerdo con el principio *in dubio pro reo* hay que considerar que los 60 que paga no proceden de delito previo. La cosa cambia si paga por el coche 80, porque al menos 10 de ellos proceden del delito fiscal.”

obrigatoriamente, abarcasse o valor sonegado. Veja-se:

Exemplo: um defraudador tem um capital não declarado de 1.000 em uma conta bancária no estrangeiro. Imaginemos que a cota defraudada correspondesse a 300. Só haveria o cometimento da lavagem de dinheiro se fossem transferidos os 1.000, ou se se transferissem mais de 700, porque, então, uma parte da cota defraudada haveria de ter sido objeto material do delito de branqueamento. (BLANCO CORDERO, 2011, p. 29). (Tradução livre).⁵⁹

Como conclui o autor em questão, na prática, o âmbito de incidência do crime de lavagem de dinheiro que tem por objeto material a cota defraudada oriunda da sonegação fiscal é consideravelmente restrito, tendo em vista a dificuldade em se precisar, com eficiência, os bens efetivamente correspondentes ao produto da fraude e, portanto, contaminados.

Esta também foi uma matéria enfrentada pela decisão proferida em decorrência da *Operação Ballena Blanca* (STS 974/2012). Nela, igualmente se concluiu pela necessidade de identificar, com precisão, a parcela do patrimônio contaminado, sob pena de inviabilidade da atividade de branqueamento⁶⁰. No referido caso concreto, entendeu o Tribunal Supremo da Espanha pelo êxito na concreção da cota defraudada, o que autorizou a manutenção da condenação dos envolvidos pela prática da lavagem. Inclusive, a solução dada à controvérsia utilizou as mesmas balizas indicadas por Blanco Cordero, quando da formulação dos exemplos transcritos anteriormente. A conclusão assim restou consignada:

No caso presente, tal como registrado no segundo motivo, a quantia defraudada no delito fiscal alcançou 9.259.373 coroas suecas (mais de 1.000.000 euros), e o total lavado foi de 765.744,25 euros, rechaçando a

⁵⁹ “Ejemplo: Un defraudador tiene un capital no declarado por valor de 1.000 en una cuenta bancaria en el extranjero. Imaginemos que la cuota tributaria que le correspondería pagar fuese de 300. Sólo se cometerá delito de blanqueo de capitales si se transfieren los 1.000, o si se transfieren más de 700 porque entonces una parte de la cuota tributaria contaminada ha sido objeto material del delito de blanqueo.”

⁶⁰ “El problema, no es tanto el origen o la procedencia delictiva de los bienes, cuanto la dificultad de concretarlos e individualizarlos en el patrimonio del contribuyente, por cuanto en principio no sería admisible la teoría de que todo el patrimonio del contribuyente queda contaminado. [...] Una vez concretada la cuota tributaria que cuantifica la obligación tributaria económicamente valorable de la que responde el defraudador, habrá que diferenciar en su patrimonio los bienes que la integran, pues si no se puede individualizar la cuota tributaria en su patrimonio, difícilmente se puede realizar la conducta típica del delito de blanqueo, al no existir objeto material. El blanqueo de capitales exige la concreción de un objeto específico o una pluralidad de bienes igualmente determinados que proceden de una actividad delictiva, lo que no resulta fácil cuando se trata de dinero, bien éste fungible por excelencia. La posibilidad de que el fraude fiscal constituye delito previo del blanqueo requiere que durante la investigación se pueda identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota tributaria.” (STS 974/2012, p. 158).

sentença que estas quantidades invertidas na Espanha procedessem de ganhos obtidos da sociedade sueca. Sendo assim, a inferência de que sua origem estava na cota tributária defraudada é lógica e racional, dado que a conexão entre os benefícios gerados pelo delito fiscal e a atividade de lavagem se deduzem racionalmente, considerando a simultaneidade temporal entre os períodos em que se concretizaram a sonegação dos impostos societários e as operações de branqueamento efetuadas pelo casal na Espanha, aliado ao fato de que a maior parte da quantidade defraudada é precisamente a branqueada e o próprio sistema de canalização do dinheiro utilizando sociedades interpostas são elementos indiciários suficientes para entender caracterizada sua vinculação com o prévio delito fiscal e, portanto, a natureza ilícita do dinheiro. (STS 974/2012, p. 159). (Tradução livre).⁶¹

Diferente não é a compreensão de Bottini (2016) sobre o tema. Para ele, não se mostra suficiente à lavagem apenas a identificação do produto do delito anterior. Há a necessidade de indicar a relação causal entre ambos e constatar que o recurso dissimulado por atos de branqueamento é exatamente o mesmo que se originou da prática do crime pretérito, a fim de que não haja confusão com outros bens que integrem o patrimônio do agente de forma lícita. Do contrário, caso a identificação não seja possível, fala-se, apenas, em crimes contra a ordem tributária, desconsiderando a ocorrência da lavagem.

Indiscutivelmente, são relevantes os argumentos suscitados pela doutrina estrangeira e nacional, aos quais nos filiamos. Ao passo em que admitimos a hipótese de a cota defraudada figurar como objeto material do delito de lavagem, entendemos essencial a concreta identificação do produto oriundo da sonegação e, portanto, inaceitável a tese que estende a contaminação aos bens que integram lícitamente o patrimônio do agente.

Mesmo que haja uma redução considerável na amplitude de incidência da lavagem, há de se garantir uma interpretação conforme a legislação pertinente à matéria, segundo a qual apenas podem ser dissimulados aqueles bens que provêm, direta ou indiretamente, de infração penal.

⁶¹ “En el caso presente, tal como se ha señalado en el motivo segundo, el importe de la cuantía defraudada en el delito fiscal ascendió a 9.259.373 coronas suecas (más de 1.000.000 euros), y el total blanqueado 765.744,25 euros, rechazando la sentencia que estas cantidades invertidas en España procediesen de ingresos obtenidos de la sociedad sueca. Siendo así la inferencia de que su origen estaba en la cuota tributaria defraudada es lógica y racional, dado que la conexión entre los beneficios generados por el delito fiscal y la actividad de blanqueo se deduce razonablemente, de la simultaneidad temporal entre los periodos en que se concretan el impago de los impuestos societarios y las de las operaciones de blanqueo efectuadas por el matrimonio en España, unido a que la mayor parte de la cantidad defraudada es precisamente la blanqueada y el propio sistema de canalización del dinero con sociedades interpuestas son elementos indiciarios suficientes para entender acreditada su vinculación con el previo delito fiscal y por ello, el ilícito carácter del dinero.”

3.2.3 A fixação temporal para a admissibilidade de atos típicos da lavagem de dinheiro

Constitui importante objeto de discussão o estabelecimento do marco temporal, a partir do qual pode ser juridicamente possível a perpetração do delito de lavagem de dinheiro. Expliquemos melhor.

O crime de branqueamento possui uma estrutura típica peculiar, reservada a pouquíssimos delitos previstos no Brasil. Nela, há uma expressa menção a uma infração penal antecedente, o que faz com que, em relação a essa, haja uma relação de acessoriedade material. Não por outro motivo, há quem o rotule de crime parasitário, derivado ou secundário.

Todavia, entende a doutrina que essa relação de acessoriedade não se mostra plena. Conquanto tenha certa dependência da infração penal subjacente, o delito de lavagem é autônomo, tanto do ponto de vista material quanto processual. Oliveira (1998, p. 333) afirma que a reciclagem “possui estrutura típica independente (preceito primário e secundário), pena específica, conteúdo de culpabilidade própria e não constitui uma forma de participação post delictum”.

Relativamente à autonomia processual, por exemplo, o artigo 2º, inciso II, da Lei n. 9.613/98, com redação dada pela Lei n. 12.683/12, determina que, para que haja a tramitação do feito referente ao crime de lavagem, não há a necessidade do processamento e julgamento da infração penal antecedente.

Do ponto de vista material, embora inegável que dependa diretamente da existência de uma infração penal anterior, relativamente a ela exige-se, apenas, a configuração do fato típico e da antijuridicidade, desprezando se estejam satisfeitos os requisitos inerentes à culpabilidade.

Consagra-se, pois, a teoria da acessoriedade limitada, segundo a qual, conquanto haja relação de dependência, esta não é total, mostrando-se suficiente a ocorrência de um fato típico e antijurídico (conceito de injusto penal), para que se complemente o elemento típico do crime de lavagem.

A própria Lei n. 9.613/98, modificada pela Lei n. 12.683/12, confirma a parcial autonomia material da lavagem. O artigo 2º, §1º, informa que a punição por atos de branqueamento ocorrerá, ainda que isento de pena o autor, isto é mesmo que configurados o erro de proibição inevitável, a inimputabilidade e a inexigibilidade de

conduta diversa.

Relativamente aos crimes de sonegação, aludida relação de acessoriedade limitada traz ao debate questões de relevo. Mesmo desprezando os elementos inerentes à culpabilidade, exige-se a caracterização do injusto penal e, por via de consequência, de todos os requisitos para a aferição do fato típico.

Por ser um delito acessório, até mesmo chamado de secundário, exige a lavagem que, primeiro, haja a contaminação da cota tributária para, posteriormente, com a caracterização do objeto material, haver a possibilidade dos atos de reciclagem. Quando se está a falar de outros crimes, em relação aos quais se confirma facilmente a configuração do injusto penal, inexistente dificuldade para identificação do momento exato em que se verifica a mácula dos bens, a exemplo do tráfico de drogas.

Em relação ao delito de sonegação, porém, observam-se peculiaridades que podem dificultar a imputação pelo crime de branqueamento. Conforme registra Blanco Cordero (2011), nos casos dos crimes de fraude fiscal, apenas haverá a contaminação da cota tributária quando vencidos os prazos administrativos fixados para a declaração à administração pública.

Questiona-se, então: até que tais prazos sejam esgotados, as movimentações realizadas sobre os bens que compõem a cota tributária podem ser consideradas atos de lavagem?

Exemplo: imaginemos que A oculta seus bens com o fim de não os declarar à Fazenda Pública no exercício correspondente. Realiza múltiplas transferências a contas diversas antes que vençam os prazos administrativos para declarar tais bens. Neste caso, não haverá delito de lavagem de capitais, porque ainda não surgiu a cota defraudada e, portanto, não existem bens idôneos para serem branqueados (salvo se tenha cometido algum outro delito). (BLANCO CORDERO, 2011, p. 25). (Tradução livre).⁶²

As situações mostram-se ainda mais difíceis nas hipóteses em que existe um tempo considerável para o ato de liquidação definitiva da cota tributária, o que pode ocorrer, por exemplo, quando há a necessidade de investigações a serem realizadas pela administração fazendária ou, então, quando existe a suspensão judicial.

Conforme já adiantado no excerto anteriormente transcrito, para o autor em

⁶² *Ejemplo: imaginemos que A oculta sus bienes con el fin de no declararlos a la Hacienda Pública en el ejercicio correspondiente. Realiza multitud de transferencias a cuentas diversas antes de que venzan los plazos administrativos para declarar tales bienes. En este caso no habrá delito de blanqueo de capitales, porque todavía no ha surgido la cuota tributaria y, por lo tanto, no existen bienes idóneos para ser blanqueados (salvo que haya cometido algún otro delito).*

referência, nos casos mencionados, não é possível falar em lavagem, vez que ainda não existe a consolidação da cota defraudada e, portanto, do objeto materialmente apto para o branqueamento. Caso não se entenda de tal forma, seria possível, por exemplo, a alegação, por parte do agente, da ocorrência do erro de tipo, por desconhecimento de um elemento típico, qual seja a origem delitiva dos bens.

Especificamente no caso brasileiro – afora os delitos fiscais em relação aos quais há, também, a previsão de prazos administrativos para declaração dos bens, assim como nas hipóteses de suspensão judicial –, não se pode olvidar da vigência da Súmula Vinculante n. 24, segundo a qual, relativamente aos crimes previstos no artigo 1º da Lei n. 8.137/90, incisos I a IV, não se pode falar em tipificação delitiva, antes do lançamento definitivo do tributo.⁶³

Sob a nossa óptica, assiste razão àqueles que entendem pela impossibilidade do reconhecimento de atos de lavagem, enquanto não constituído definitivamente o crédito tributário, vez que ausente o objeto materialmente idôneo para o branqueamento. Admitir hipótese em contrário seria autorizar a configuração da lavagem – crime acessório por natureza – sem a configuração de delito antecedente e, portanto, sem que haja, de fato, bens provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

3.2.4 A possibilidade de configuração de *bis in idem*

Inicialmente, é importante esclarecer que a específica temática tratada neste subtópico apenas se mostra pertinente quando diante do fenômeno conhecido por “autolavagem” (*selflaundering*)

⁶³ Não por outro motivo, a jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça considera que o prazo prescricional para os referidos delitos se inicia, apenas, com a constituição definitiva do crédito tributário. “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PERÍCIA CONTÁBIL. INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. MATERIALIDADE DELITIVA VERIFICADA POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS DOS AUTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. REVOLVIMENTO DE PROVA. MERO INCONFORMISMO. EMBARGOS REJEITADOS. [...] 3. Para os crimes previstos no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/1990, o prazo prescricional inicia-se com a constituição definitiva do crédito tributário, a teor do entendimento do Supremo Tribunal Federal (Súmula Vinculante n. 24). 4. Se entre a data do primeiro fato atribuído ao embargante no ano de 1998 e a do recebimento da denúncia, 12/4/2007, não transcorreu o prazo prescricional de 8 anos aplicável à espécie, é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. 5. O mero inconformismo da parte com o resultado do julgamento não se coaduna com a via do recurso integrativo; não se presta, pois, para revisar a lide. 6. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AREsp 318.790/SE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017).”

Referida modalidade de branqueamento ocorre na hipótese em que o mesmo autor da infração penal antecedente pratica, a posteriori, a conduta de reciclagem do produto obtido ilicitamente.

A punição pela autolavagem não é tema pacificado na doutrina e legislação estrangeiras. Dos ordenamentos estudados até o presente momento, neste trabalho, Espanha (artigo 301, 1, do Código Penal)⁶⁴ e Portugal (artigo 368-A, 2, do Código Penal)⁶⁵ admitem aludida modalidade típica, ao passo que a Alemanha (§ 261)⁶⁶ veda.

Sob a perspectiva transnacional, o GAFI, mais precisamente a nota interpretativa número 06, referente à 3º Recomendação, faculta a cada país a escolha pela tipificação ou não da autolavagem, a depender da compatibilidade com os princípios fundamentais previstos nas leis domésticas.

No Brasil, a Lei n. 9.613/98, alterada pela Lei n. 12.683/12, silencia sobre o assunto, entendendo a doutrina, em grande parte, que tal omissão acarreta a admissibilidade da punição por autobranqueamento. Esta conclusão é encampada, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça⁶⁷ e Supremo Tribunal Federal⁶⁸. Trata-se

⁶⁴ “El que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, **cometida por él o por cualquiera terceras personas**, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.” (grifos nossos).

⁶⁵ Dispõe o artigo 368-A, 2, do Código Penal: “Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, **obtidas por si ou por terceiro**, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de dois a doze anos.” (grifos nossos).

⁶⁶ “Whosoever is liable because of his participation in the antecedent act shall not be liable under subsections (1) to (5) above, either.”

⁶⁷ “CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO E CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. DOCUMENTOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. TRADUÇÃO DA TOTALIDADE DESTES. DESNECESSIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA PELO PARQUET. NULIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. MAJORANTE DA “HABITUALIDADE” APLICADA AO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS. REITERAÇÃO DE CONDUTAS CONFIGURADA. ABSORÇÃO DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS PELO DE LAVAGEM DE CAPITAIS. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES AUTÔNOMOS. RECURSO DESPROVIDO. [...] VII. A lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de delito anterior, sendo próprio do delito que esteja consubstanciado em atos que garantam ou levem ao proveito do resultado do crime anterior, mas recebam punição autônoma. Conforme a opção do legislador brasileiro, pode o autor do crime antecedente responder por lavagem de dinheiro, dada à diversidade dos bens jurídicos atingidos e à autonomia deste delito. VIII. Induvidosa, na presente hipótese, a existência do crime de evasão de divisas como crime antecedente. IX. Recurso desprovido. (REsp 1234097/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 17/11/2011)”.

⁶⁸ No âmbito do STF, verifica-se, por exemplo, o Inq. 2471/SP e o HC 92.279/RN.

a lavagem, portanto, de crime comum, podendo ser perpetrado por qualquer pessoa, inclusive pelo mesmo agente que praticou a conduta subjacente – em concurso material (artigo 69 do Código Penal), sem que esteja configurado o *bis in idem*.

Questiona-se, todavia, se tal conclusão também pode ser firmada quando considerada, sob a perspectiva da autolavagem, a prática de sonegação antecedente ao branqueamento. Ou seja, o aproveitamento da parcela sonegada se constitui em mero exaurimento do delito fiscal ou em conduta independente, que deve ser punida como se crime diverso fosse? A doutrina e jurisprudência se dividem.

Para os que defendem a possibilidade de punição acumulada, a questão fulcral recai sobre a autonomia do delito de branqueamento de capitais. Os crimes em questão afetam bens jurídicos de distinta natureza, não se mostrando suficiente a reprovabilidade inerente ao delito fiscal.

Relativamente à sonegação, o consenso prevalece. O bem jurídico tutelado é a arrecadação estatal. Aprofundando-se na temática, Baltazar Junior (2017) afirma que não se trata de arrecadação pura e simples, mas aquela executada com o objetivo de proporcionar ao Estado a consecução dos seus fins, em benefício do interesse coletivo.

No caso da lavagem de dinheiro, há uma celeuma instalada em torno da identificação do bem jurídico tutelado pelo tipo. Conforme esclarece Bottini (2016), logo no início da legislação antilavagem, ainda nos anos 80, época em que ela estava atrelada, exclusivamente, ao tráfico de drogas, indicava-se a saúde pública como bem jurídico tutelado, diretamente afetado pelo citado crime antecedente.

Posteriormente, com a evolução dos diplomas normativos e a adoção dos modelos de segunda geração – oportunidade em que o rol de delitos subjacentes foi ampliado, porém se mantendo taxativo –, o entendimento foi modificado, firmando-se a ideia de que os objetos de tutela do Direito Penal seriam todos aqueles afetados pelos crimes antecedentes.

Embora tenha ganhado espaço na doutrina, o posicionamento acima explicitado não permaneceu imune às críticas, que suscitaram diversos pontos controversos, dentre os quais, por exemplo: (i) a possibilidade de configuração de *bis in idem*, uma vez que o bem jurídico violado pelo crime antecedente seria o mesmo tutelado pela norma antilavagem; (ii) contrariedade à ideia de autonomia do delito de branqueamento, ante a identidade dos bens jurídicos protegidos; (iii) a inviabilização da punição por autolavagem etc.

Com a evolução do debate, foi construída a ideia de que o bem jurídico tutelado seria a administração da Justiça. As etapas sucedidas para a consolidação do processo de reciclagem dos produtos dos crimes têm como objetivo dificultar ou, até mesmo, impedir a averiguação e punição dos autores dos delitos antecedentes, o que colocaria em xeque a operacionalização e a própria credibilidade do sistema de Justiça.

Há, também, aqueles que indicam a ordem econômica como o objeto de tutela do crime de lavagem. A reinserção do capital ilícito como se lícito fosse abala pilares econômicos importantes, a exemplo da livre iniciativa, concorrência desleal, as relações de consumo, contribuindo, por exemplo, para a formação de grupos dominantes e, inclusive, monopólios.

Atualmente, pode-se afirmar que o entendimento majoritário da doutrina advoga pela natureza pluriofensiva do delito de branqueamento, indicando como bens jurídicos protegidos exatamente ambos os objetos citados anteriormente, quais sejam: a administração da Justiça e a ordem econômica. Nesse sentido, por exemplo, são as reflexões de Braga (2013), Mendroni (2015) e Welter (2013).

Diante das considerações expostas, independentemente da recorrente celeuma instalada em torno da definição do objeto tutelado pela norma antilavagem, conclui-se, sem dúvidas, que esse, em nenhuma hipótese, confunde-se com o bem jurídico protegido pelo tipo de sonegação.

A autonomia do crime de branqueamento, aliada à diversidade de bens jurídicos protegidos em relação à fraude fiscal, alimentam a tese que admite a dupla punição acumulada por ambos os delitos, em concurso material, sem que haja a configuração de *bis in idem*.

Há, porém, em sentido contrário, aqueles que não enxergam como possível o concurso material, ante a incidência do princípio da consunção. Este é utilizado como uma das formas de debelar o conflito aparente de normas, definido por Bitencourt (2012, p. 364) nos seguintes termos:

Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de minus e plus, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração.

Todavia, conforme Greco (2007), o princípio da consunção não deve se limitar, apenas, à absorção do crime meio pelo crime fim. Devem ser considerados, também, os antefatos e pós-fatos impuníveis.

De acordo com Greco (2007, p. 32), o fato posterior não punível “pode ser considerado um exaurimento do crime principal praticado pelo agente e, portanto, por ele não pode ser punido”.

É exatamente nesta condição, como mero exaurimento do crime anterior, que parcela da doutrina entende que deve ser interpretada a relação entre os delitos fiscais e a lavagem dinheiro.

Sob essa óptica, punir a lavagem representaria um *bis in idem*, vez que, em relação ao crime de sonegação antecedente, estaria ela configurada como pós-fato impunível. No caso brasileiro, ganha especial relevância essa questão, considerando a redação do artigo 1º, §2º, inciso I, da Lei n. 9.613/98, alterada pela Lei n. 12.683/12, segundo a qual se pune, a título de branqueamento, a mera utilização de bens, direito ou valores provenientes de infração penal.

A já mencionada decisão do caso *Ballena Blanca* (STS 974/2012) enfrentou a matéria, posicionando-se pela admissibilidade do concurso de crimes. A diversidade de bens jurídicos protegidos por ambos os delitos constituiu-se no argumento central do raciocínio desenvolvido. Vejamos:

Realmente nos encontramos diante de um delito pluriofensivo que afeta a ordem socioeconômica e a Administração da Justiça, cuja punição está justificada pela lesividade inerente às condutas tipificadas, assim como por razões de política criminal baseadas na luta contra a criminalidade organizada. No caso do delito fiscal, em relação ao bem jurídico, a jurisprudência fala na íntima relação que guarda com a função que os tributos cumprem em um Estado Democrático de Direito, destacando que o não cumprimento das prestações patrimoniais de caráter público está presente no injusto penal desse delito. (...) Consequentemente se trata de condutas que adquirem relevância penal e criminológica autônoma e permitem sua aplicação conjunta como soma de atividades delitivas de distinto caráter e de bens jurídicos afetados de distinta natureza, motivo pelo qual a norma do delito penal não abarca a total antijuridicidade do fato. (Tradução livre).⁶⁹

⁶⁹ “Realmente nos encontramos ante un delito pluriofensivo que afecta al orden socioeconómico y a la Administración de Justicia, cuya punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de política criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada. En el delito fiscal en relación al bien jurídico la jurisprudencia habla de la íntima relación que guarda con la función que los tributos cumplen en un Estado Democrático de Derecho, subrayando que el incumplimiento de las prestaciones patrimoniales de carácter público está presente en el tipo del injusto de este delito. [...] Consecuentemente se trata de conductas que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y de bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, por lo que la norma del delito penal no abarca la total antijuridicidad del hecho.”

É importante registrar que a decisão oriunda do caso *Ballena Blanca*, proferida pelo Tribunal Supremo espanhol, deu-se no ano de 2012. É certo que o posicionamento nela firmado ainda prevalece, entretanto a própria Corte Superior espanhola, posteriormente, conferiu interpretação um pouco mais restritiva à relação concursal entre crimes antecedentes e a lavagem.

Trata-se da STS 265/2015⁷⁰, de 29 de abril, no bojo da qual se discutiu a violação ao *non bis in idem*, quando considerados os crimes de tráfico de drogas (antecedente) e o branqueamento, sempre no contexto da autolavagem.

Naquela oportunidade, entendeu o Tribunal Supremo espanhol que nem sempre é possível a acumulação de punições, apenas quando manifesto o dolo de ocultar ou dissimular a origem dos bens. Vejamos:

Com efeito, embora o desejo de desfrutar das vantagens econômicas obtidas não constitua um requisito típico do delito de tráfico de drogas, a obtenção de benefícios e vantagens com o mesmo e seu ulterior desfrute integram um binômio de difícil cisão, de modo que a imposição de uma pena autônoma pelo mero fato de adquirir, possuir ou utilizar as vantagens obtidas poderia infringir a proibição de dupla incriminação. Por isso, é necessário precisar que a ação típica sancionada como delito de lavagem não consiste no simples fato de adquirir, possuir ou utilizar os benefícios adquiridos, senão, como precisa o tipo, em realizar estes e outros atos quando objetivem ocultar ou encobrir a origem ilícita das vantagens. (...) Com esta interpretação, mais restritiva, evitamos excessos, como os de sancionar por autolavagem o responsável pela atividade delitativa antecedente, em decorrência do simples fato de adquirir os bens que são consequência necessária e imediata da prática do delito. Ou a de considerar lavagem a mera utilização de dinheiro correspondente à cota não paga em um delito fiscal, para gastos ordinários, sem que concorra finalidade alguma de ocultação, nem se pretenda obter um título jurídico aparentemente legal sobre bens procedentes de uma atividade delitativa prévia, que é o que constitui a essência do comportamento que se sanciona através do delito de lavagem. (Tradução livre).⁷¹

⁷⁰ TRIBUNAL SUPREMO. STS 1925/2015 - ECLI: ES:TS:2015:1925. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7385950&statsQueryId=111818748&calledfrom=searchresults&links=%22265%2F2015%22&optimize=20150521&publicinterface=true>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

⁷¹ “*En efecto aunque el ánimo de disfrute de las ganancias no constituya un requisito típico del delito de tráfico de drogas, la obtención de beneficio y ganancias con el mismo, y su ulterior disfrute, integran un binomio de difícil escisión, de modo que la imposición de una pena autónoma por el mero hecho de adquirir, poseer o utilizar las ganancias obtenidas podría infringir la prohibición de doble incriminación. Por ello es necesario precisar que la acción típica sancionada como delito de blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos **cuando tiendan a ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias.** (...) Con esta interpretación, más restrictiva, evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. O la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concorra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título*”

De fato, essa nos parece a solução mais acertada. Admitir, indiscriminadamente, a possibilidade do concurso de crimes entre os delitos fiscais e a lavagem permitiria, em diversas oportunidades, a violação à vedação do *bis in idem*.

No caso brasileiro, a discussão ganha relevância, como já afirmado anteriormente, ante o teor do artigo 1º, §2º, inciso I, segundo o qual responde pela prática de lavagem aquele que “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”.

Aquele que pratica delitos fiscais o faz com o objetivo, obviamente, de valer-se, de alguma forma, do produto da sonegação. A simples conduta de utilizar, adquirir, possuir, dentre outras (simples desfrute), sem que haja um claro movimento de ocultação ou dissimulação, com o intuito de dar aparência lícita às ilícitas vantagens obtidas, constitui mero exaurimento do delito subjacente e, por via de consequência, um pós-fato impunível. Pensar em contrário, nesses casos, seria admitir a vulneração ao *non bis in idem*.

3.2.5 O processo de desnaturação do delito de lavagem

Consoante fartamente demonstrado ao longo do presente trabalho, a origem do crime de branqueamento se deu com o objetivo de combater a expansão internacional do delito de tráfico de drogas, fazendo-se presente em legislações transnacionais, pela primeira vez, no bojo da Convenção de Viena (1988).

Posteriormente, houve a expansão do rol de delitos antecedentes, mas, sempre almejando a desarticulação de grupos criminosos organizados, com notável atuação transfronteiriça.

A própria Convenção de Palermo, que trata em seu artigo 6 expressamente do delito de lavagem, é voltada para o combate ao crime organizado transnacional, conforme se pode extrair do artigo 1, que define o objetivo do referido documento.⁷²

No caso brasileiro, a Exposição de Motivos que acompanhou a Lei n. 9.613/98 expõe, já no primeiro parágrafo, o propósito que almejava a edição do primeiro marco

jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo.”

⁷² Dispõe o artigo 1, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional: “O objetivo da presente Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”.

normativo nacional sobre a matéria:

Submetemos à apreciação de Vossa Excelência o anexo projeto de lei que criminaliza a lavagem de dinheiro e a ocultação de bens, direitos ou valores que sejam oriundos de determinados crimes de especial gravidade. Trata-se de mais uma contribuição legislativa que se oferece ao País, visando ao combate sistemático de algumas modalidades mais freqüentes da criminalidade organizada em nível transnacional.

A estratégia inicialmente adotada no âmbito internacional e posteriormente implementada no país segue a lógica do combate à criminalidade organizada por meio da asfixia financeira. Cortam-se as fontes de financiamento, para o enfraquecimento e a tentativa de induzir um verdadeiro estado de inanição dos grupos delitivos.

Esse é o contexto em que surgiu a criminalização da lavagem e que orientou o processo de fortalecimento da política internacional de combate às práticas de ocultação e dissimulação de patrimônio ilícito.

Para o prosseguimento do presente trabalho, essa é uma premissa que precisa ser devidamente guardada.

Também se demonstrou, em tópico anterior, o processo de expansão que experimenta o Direito Penal, fenômeno este de amplitude global. A sociedade de riscos que se consolidou colocou em xeque a dogmática tradicional até então construída. O Direito Penal deixou de ser residual e passou a ser, comumente, o primeiro instrumento de solução de conflitos, muitas vezes tutelando bens jurídicos de difícil individualização.

A lavagem de dinheiro não se mostra alheia a esse contexto, havendo inegável ampliação do seu espectro de incidência. Inicialmente vinculado, exclusivamente, ao tráfico ilícito de entorpecentes, o branqueamento passou a admitir uma lista cada vez maior de delitos antecedentes, culminando, a exemplo do caso brasileiro, com a exclusão, *in totum*, de um rol taxativo, o que permitiu, ao menos em sede de juízo preliminar, a toda e qualquer infração penal, incluindo as contravenções penais, anteceder a lavagem de dinheiro.

No curso do referido processo de expansão, ganhou espaço o debate, também promovido pelos organismos internacionais responsáveis pela elaboração de políticas voltadas ao combate à lavagem, a exemplo do GAFI, sobre a contribuição das práticas de sonegação fiscal ao desenvolvimento da criminalidade organizada.

Sobre essa relação, importantes as considerações de Fernández (2009, p. 2):

A magnitude e perpetração social da fraude fiscal contribuíram, em maior ou menor medida, para a constituição, junto com a econômica legal, de uma economia procedente da supressão ilícita de obrigações fiscais e sociais, denominada “economia submergida”. Esta parte da riqueza de um país necessariamente deve se submeter a um processo de lavagem, para reintegrá-la à economia legal. Pois bem, estes mecanismos, como veremos ao longo deste trabalho, coincidem com os processos de lavagem derivados dos fundos procedentes da delinquência organizada, que denominamos como “economia criminal”. Porém, as relações não terminam na utilização de processos similares, existindo uma relação muito mais estreita, que faz com que, em determinadas ocasiões, seja difícil estabelecer limites entre estes dois fenômenos, a ponto de não se compreender a lavagem de dinheiro, em sua totalidade, sem que esteja relacionada com a fraude fiscal. (Tradução livre).⁷³

Os debates e estudos desenvolvidos em torno da matéria subsidiaram as posteriores orientações lançadas pelos organismos internacionais, que impactaram, diretamente, diversas legislações internas de países que, doravante, admitiram a relação de antecedência entre os delitos fiscais e o branqueamento.

Todavia, sob o nosso ponto de vista, o combate à sonegação fiscal, vinculada à lavagem de dinheiro, seguindo o curso desenfreado da expansão do Direito Penal, notadamente na seara econômica, desvinculou-se da concepção original e terminou por vulgarizar tão importante política.

Diversos países que adotaram as orientações internacionais sobre o tema não consignaram, em suas legislações, critérios objetivos, ou até mesmo subjetivos, que vinculassem a lavagem de dinheiro decorrente de delitos fiscais a operações de relevante impacto econômico, voltadas à estruturação do crime organizado. Banalizou-se, portanto, mais um instrumento de combate à delinquência transnacional.

Não é preciso ir muito longe para observar referido fenômeno. É bastante a análise da legislação brasileira antilavagem, mais precisamente da Lei n. 9.613/98. Nela, não se observa limitações à admissão da relação de antecedência que envolve

⁷³ “La magnitud y perpetración social del fraude ha contribuido, en mayor o menor medida, a la aparición, junto con la economía legal, de una economía procedente de la elusión de las obligaciones fiscales y sociales, denominada ‘economía submergida’. Esta parte de la riqueza de un país necesariamente debe someterse a un proceso de lavado para reinvertirlo a la economía legal. Pues bien, estos mecanismos, como veremos a lo largo de esta investigación, coinciden con los procesos de lavado derivados de los fondos procedentes de la delincuencia organizada, que denominamos como ‘economía criminal’. Pero, las relaciones no terminan en la utilización de procesos similares, sino que existe una relación mucho más estrecha, que hace que en ocasiones, resulte difícil establecer límites entre estos dos fenómenos, hasta tal término, que el fenómeno del lavado de capitales no puede comprenderse en su totalidad si no se relaciona, y se diferencia a la vez, con el fraude fiscal.”

os delitos de sonegação, viabilizando referida hipótese em qualquer circunstância.

É precisa a reflexão de Oliveira (2017, p. 162-163) sobre o problema:

Há que se considerar que a fraude fiscal não está relacionada necessariamente com o crime organizado, embora este tipo nefasto de delinquência se sirva de expedientes e manobras fiscais para administrar o patrimônio construído com a prática de tão graves delitos. (Tradução livre).⁷⁴

Examinando as legislações de países que, diretamente, influenciaram o Brasil na construção da normativa antibranqueamento, observa-se a adoção de importantes critérios para evitar o excessivo punitivismo.

No caso português, embora, relativamente ao branqueamento de capitais, o artigo 368-A do Código Penal não traga em sua redação nenhuma limitação à relação de antecedência, o Regime Geral das Infrações Tributárias prevê, no artigo 103, que, para a configuração da fraude fiscal simples, a vantagem ilícita obtida deve ser superior a 15.000 (quinze mil) euros.

A Espanha, por sua vez, é ainda mais rigorosa. Assim como Portugal, ao tratar da relação de antecedência, o artigo 301 do Código Penal não impõe condições, admitindo-a em qualquer hipótese. Entretanto, o artigo 305 do Código Penal, que trata da fraude fiscal na modalidade simples, impõe que, para a caracterização do delito, a vantagem ilicitamente obtida seja superior a 120.000 (cento e vinte mil) euros – exceto quando praticado o delito em desfavor da Fazenda da União Europeia, caso em que o valor mínimo exigido pode cair a 4.000 (quatro mil) euros.

Diferentemente do que ocorre em ambos os países anteriormente retratados, na Alemanha, para a configuração da fraude fiscal (artigo 370 do Diploma Tributário – AO), não há a exigência de um patamar mínimo de vantagem ilícita obtida. Todavia, relativamente ao delito de lavagem (artigo 261 do Código Penal - StGB), apenas poderão os crimes fiscais figurarem na condição de antecedentes se duas exigências forem observadas: que os delitos sejam praticados de forma profissional ou por um membro de bando (equivalente à associação criminosa, na legislação brasileira), com o objetivo de perpetrá-los de forma continuada.

No Brasil, os crimes que envolvem fraude fiscal não exigem um valor mínimo de vantagem ilícita percebida, para que haja a caracterização do tipo. Na verdade, no

⁷⁴ “Hay que considerar que el fraude fiscal no está relacionado necesariamente con el crimen organizado, aunque este tipo nefasto de delincuencia se sirva de expedientes y maniobras fiscales para gestionar el patrimonio que construye con la práctica de muy graves delitos.”

âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores (STJ e STF) consolidou-se o entendimento de que, abaixo de R\$ 10.000 (dez mil) reais, aplica-se o princípio da insignificância, o que tem o condão de tornar atípico o fato em disceptação.

A lei de lavagem por sua vez, não traz em seus dispositivos menções sobre possível critério objetivo ao reconhecimento da relação de antecedência entre a sonegação e as atividades de branqueamento, admitindo-a em qualquer hipótese.

O caso brasileiro, portanto, é um claro exemplo de deturpação dos objetivos buscados com a criminalização da lavagem, inicialmente voltada ao combate à delinquência organizada transnacional. Admite-se a punição de um ato de ocultação ou dissimulação, envolvendo irrisório valor obtido a partir da prática de sonegação fiscal, perpetrado por um “cidadão comum”, desvinculado de organizações criminosas.

Mais uma vez, valemo-nos das colocações de Oliveira (2017, p. 164):

Considerando o enfoque *político criminal*, bem representado pelos mencionados compromissos decorrentes da legislação internacional, e de acordo com argumentos *valorativos*, a norma que obriga a inclusão do delito de defraudação fiscal entre os crimes antecedentes é compreensível, aceitável e coerente. Não se nega tal necessidade, principalmente ante o avanço da macrocriminalidade. Porém, em diversas situações, nas quais se está diante de situações de um homem ordinário que defrauda, fora do contexto extremo que influenciou os próprios organismos internacionais a se preocuparem com a criação de normas de proteção ao sistema econômico mundial ou europeu (delinquência organizada ou criminalidade financeira de grande magnitude) e de ordem supranacional (como as “Diretivas”), o sentido é outro, assim como outros devem ser os critérios de interpretação que devem ser utilizados.⁷⁵

Sob a nossa óptica, o modelo adotado pelo Brasil afasta-se, por completo, do objetivo que, desde o nascedouro, sempre moveu o constante aperfeiçoamento das legislações antilavagem, qual seja o combate à criminalidade organizada transnacional, por meio da asfixia financeira. É um caso flagrante de deturpação.

A criminalização do branqueamento deve ser levada a sério, porque sérios e

⁷⁵ “Bajo el enfoque *político criminal*, bien representado por los mencionados compromisos que provienen de la legislación internacional, y conforme a argumentos *valorativos*, la norma que obliga a la inclusión del delito de defraudación fiscal entre los crímenes antecedentes es comprensible, aceptable, y coherente. No se niega tal necesidad, principalmente ante el avance de la macrocriminalidad. Pero en situaciones diversas, en las que se está ante situaciones del del hombre ordinario que defrauda, fuera del contexto extremo que ha llevado a los propios organismos internacionales a preocuparse por la creación de normas de protección al sistema económico mundial o europeo (delincuencia organizada o criminalidad financiera de gran magnitud) y de orden supranacional (como las “Directivas”) el sentido es otro, así como otros deben ser los criterios de interpretación que deben ser manejados.”

comezinhos são os seus propósitos. Banalizar a lavagem é enfraquecer o combate à delinquência transfronteiriça, lançando o Direito Penal ao descrédito e o desacreditando enquanto importante ferramenta de solução de conflitos.

Considerando todos os argumentos postos e desenvolvidos, entendemos por imprescindível uma alteração da Lei n. 9.613/98, com o intuito de determinar critérios objetivos à admissibilidade da relação de antecedência entre os delitos fiscais e a lavagem.

Acreditamos que o modelo alemão é o mais adequado, exatamente por alinhar a legislação nacional aos verdadeiros propósitos que orientaram, sempre, a criminalização da lavagem.

Portanto, propomos: para que seja possível o produto da sonegação ensejar prática de branqueamento de capitais, há a necessidade de que a fraude seja perpetrada por uma organização (artigo 2º da Lei n. 12.850/13) ou associação criminosa (artigo 288 do Código Penal); ou, no caso de execução individual, apenas quando constatada a profissionalização e habitualidade das fraudes; e, em ambas as hipóteses anteriormente citadas, apenas quando relevante o valor sonegado e, posteriormente, lavado, suficientemente idôneo a impactar a ordem econômica, que constitui um dos bens jurídicos protegidos pelo crime de lavagem.

Entendemos necessário, por estrita observância ao princípio da legalidade, que o relevante valor sonegado seja expressamente previsto, após estudo suficientemente apto a quantificá-lo.

CONCLUSÃO

O combate à lavagem de dinheiro sempre esteve vinculado à necessidade de tentar asfixiar grupos criminosos organizados. As primeiras legislações sobre o tema surgiram nos Estados Unidos e na Itália, em ambos os casos na década de 1970. Os EUA sofriam graves problemas com a enxurrada de cocaína que aportava no país, negociada pelo colombiano Pablo Escobar, e a Itália convivia com os danos causados pela atuação das máfias.

A partir da preocupação pontual dos países acima referidos, a política de oposição ao branqueamento de capitais ampliou-se internacionalmente. Em 1988, a ONU redigiu aquele que seria o pilar normativo do combate transnacional à lavagem, qual seja a Convenção de Viena, contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas – ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 154/1991.

Aludido documento expressamente previa que os países signatários contraíam a obrigação de criminalizar diversas condutas vinculadas ao tráfico, dentre elas a conversão, a transferência, os atos que impedissem ou dificultasse a localização, assim como a aquisição e utilização dos bens procedentes do comércio ilícito de drogas.

Conforme se observa, a lavagem, portanto, logo no início da política de combate, encontrava-se adstrita, exclusivamente, aos produtos do crime de tráfico, havendo, posteriormente, a expansão da relação de antecedência a uma série de condutas criminosas.

Ainda no âmbito das Nações Unidas, é importante fazer referência à Convenção de Palermo, instituída no ano 2000 e promulgada, no Brasil, por meio do Decreto n. 5.015/2004.

Nela, seguindo a tendência expansionista, deixou-se de considerar como delito antecedente apenas o tráfico de drogas, constando a orientação para que houvesse a ampliação do rol de crimes antecedentes, abarcando os crimes considerados graves, punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos, assim como os crimes de corrupção, obstrução da justiça e delitos praticados por meio de organização criminosa.

Também goza de importância a Convenção de Mérida, voltada ao combate à corrupção, adotada em 2003 e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 5.687/06, no bojo da qual constam orientações para que os países signatários empreendam

maior rigidez na identificação do cliente responsável por operações financeiras, mantendo tais informações durante todo o ciclo da operação.

Ainda na esfera da ONU, guarda relevo incontestável o trabalho desenvolvido pelo Programa Mundial contra a Lavagem de Dinheiro, do qual faz parte o *International Money Laundering Information Network* – IMOLIN, que se constitui em uma base de dados que reúne uma série de documentos internacionais sobre o tema, a exemplo de legislações, referências bibliográficas, calendários de eventos etc.

Deixando o plano global e se concentrando no europeu, destaca-se aquele organismo que se tornou referência na política internacional antilavagem, qual seja: o GAFI, criado um ano após a celebração da Convenção de Viena, durante a Cúpula de Paris, em 1989, realizada pelo G7.

As suas 40 Recomendações tornaram-se um norte para a elaboração das legislações nacionais de combate ao branqueamento de capitais, posteriormente, quando das diversas reformulações havidas, a última delas em 2012, havendo a inclusão do combate ao terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa.

Ganhou relevo, também, o Convênio de Estrasburgo, celebrado em 1990, e que orientou a expansão do rol de crimes antecedentes para abarcar todo e qualquer delito, não mais se limitando ao tráfico de drogas ou aos crimes graves. Ainda, passou a admitir a lavagem praticada mediante imprudência, desvinculando-a, portanto, da configuração do dolo.

Posteriormente, o Convênio de Estrasburgo foi modificado pelo Convênio de Varsóvia, firmado em 2005 e que trouxe a previsão da lavagem perpetrada mediante dolo eventual.

As Diretivas Europeias, por sua vez, constituem fonte importantíssima de normativas de prevenção. A primeira delas, 91/308/CEE, era limitada, apenas, aos estabelecimentos de crédito e instituições financeiras, sendo modificada pela segunda, 2001/97/CE, que ampliou consideravelmente o rol de sujeitos obrigados, incluindo, por exemplo, consultores fiscais, agentes imobiliários, notários, leiloeiros etc.

A terceira Diretiva, 2005/60/CE, foi responsável pela expansão dos objetivos de combate, introduzindo a luta contra o financiamento do terrorismo e a corrupção política internacional.

A quarta e atualmente em vigor, 2015/849, incluiu, expressamente, os crimes

fiscais relacionados com impostos diretos e indiretos como possíveis delitos antecedentes à lavagem, mostrando-se, portanto, de elevada importância ao estudo desenvolvido no presente trabalho.

Já no plano interamericano, o Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e outros Delitos Graves, aprovado em 1992 e elaborado pelo Grupo de Expertos para o Controle de Lavagem de Dinheiro (CICAD/OEA), estabeleceu-se como o principal instrumento de orientação geral aos países americanos que desejem instituir ou modificar as legislações internas para o combate à lavagem.

Após a análise das legislações de natureza transnacional, o presente trabalho voltou as suas atenções às normativas nacionais, especificamente relacionadas à relação de antecedência entre a lavagem e os crimes fiscais.

Como corte metodológico, ante a impossibilidade de analisar o arcabouço legislativo de todos os países que tratam sobre o tema, optou-se por aqueles que foram expressamente citados pela Exposição de Motivos à Lei n. 9.613/98 como fonte de inspiração para formatação do rol de crimes antecedentes adotado pelo Brasil, quais sejam: Portugal, Espanha e Alemanha.

Examinando o conjunto de normas de cada um deles, voltadas à regulamentação dos crimes fiscais e da lavagem, foram firmadas as seguintes conclusões:

- Alemanha: as modalidades de sonegação encontram-se dispostas no artigo 370 do Diploma Tributário (*Abgabenordnung – AO*) e não exigem, para que se configurem, a obtenção ilícita de uma vantagem mínima. A lavagem de dinheiro, por sua vez, encontra-se prevista no artigo 261 do Código Penal (StGB). Especificamente sobre a relação de antecedência entre ambos os crimes citados, a legislação alemã a permite, desde que a sonegação seja praticada de forma profissional ou por um membro de bando (equivalente à associação criminosa prevista no artigo 288 do Código Penal brasileiro), com o objetivo de perpetrá-los de forma continuada.
- Portugal: os crimes fiscais encontram-se previstos no Regime Geral das Infrações Tributárias, mais precisamente nos artigos 103 (fraude fiscal) e 104 (fraude fiscal qualificada). Para a modalidade simples, a lei exige que a

vantagem mínima obtida seja superior a 15.000 (quinze mil) euros. Caso o valor sonegado supere 50.000 (cinquenta mil) euros, prevê a lei uma das causas de qualificação do tipo. A lavagem de dinheiro está prevista no artigo 368-A do Código Penal e, para a caracterização da relação de antecedência entre o branqueamento e os delitos fiscais, a lei não exige nenhuma condição, ao contrário do caso alemão, conforme anteriormente visto. Qualquer que seja a fraude fiscal empreendida, simples ou qualificada, haverá espaço para a punição por branqueamento.

- Espanha: os delitos de fraude fiscal encontram-se previstos nos artigos 305 e 305 bis do Código Penal, nas suas modalidades simples e qualificada, respectivamente. No primeiro caso, exige a lei uma vantagem ilícita superior a 120.000 (cento e vinte mil) euros. Na hipótese de o delito ser praticado em desfavor da Fazenda da União Europeia, esse piso é reduzido para 50.000 (cinquenta mil) euros ou, até, 4.000 (quatro mil) euros. A previsão do artigo 305 bis, por sua vez, elenca três circunstâncias qualificadoras, dentre elas a exigência de que o valor sonegado exceda a 600.000 (seiscentos mil) euros. O crime de lavagem está previsto no artigo 301 do Código Penal e não há nenhuma condição estabelecida para que se possa configurar a relação de antecedência entre o branqueamento e os delitos fiscais, em tratamento similar ao português e se diferenciado do alemão.

No Brasil, a primeira legislação a tratar da lavagem de dinheiro foi a Lei n. 9.613/98 que importou o modelo de “segunda geração”, baseado na previsão de um rol taxativo de crimes subjacentes.

Posteriormente, no ano de 2012, foi editada a Lei n. 12.683/12, que instituiu o modelo de “terceira geração”, excluindo o rol taxativo e admitindo a hipótese de qualquer infração penal, seja crime ou contravenção, figurar na condição de delito antecedente.

A legislação em comento constitui o pilar fundamental do sistema antilavagem nacional, nela havendo a previsão da Unidade de Inteligência Financeira nacional (UIF), em consonância com as orientações internacionais sobre normas antibranqueamento.

Trata-se do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras),

atualmente sob o comando do Ministério da Justiça e Segurança Pública, por força da Medida Provisória n. 870/19, o qual desempenha papel fundamental na disciplina e aplicação de penas administrativas, bem como na recepção, exame e identificação de indícios de transações suspeitas.

Ainda constituem elementos fundamentais na estrutura nacional antilavagem o Banco Central do Brasil (BACEN) e o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI/SNJ), a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) e a Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia (Rede-Lab), estes três últimos vinculados ao Ministério da Justiça e Segurança Pública.

O Banco Central, nos termos da Lei n. 4.595/64, é o órgão competente para fiscalizar as instituições financeiras e as penalidades previstas, com atuação primordial na etapa preventiva do sistema antilavagem, mediante a edição de diversas orientações divulgadas por meio Circulares, Cartas Circulares etc.

O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional é responsável, principalmente, pela proposição de ações integradas e articuladas entre os diversos órgãos do Poder Executivo, Judiciário e Legislativo, assim como a implementação de políticas voltadas à recuperação de ativos, cooperação jurídica internacional e a coordenação da Rede-Lab, nos termos do que determina o artigo 12 do Decreto n. 9.360/2004.

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), instituída em 2003 e composta por mais de 70 (setenta) órgãos, tornou-se, ao longo dos anos, um dos pilares do sistema nacional antilavagem, constituindo-se em uma instância ininterrupta de deliberações, posteriormente convertidas em propostas de Ações e Metas, diversas das quais já foram efetivamente implementadas e, de fato, representaram um avanço no combate à criminalidade organizada, a exemplo de alterações legislativas, estruturação de órgãos de investigação, a elaboração de cursos para capacitação de agentes públicos etc.

A Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia (Rede-Lab), por sua vez, surgiu, exatamente, de deliberações havidas no âmbito do Plenário da ENCCLA e está sob os cuidados do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. É formada por 58 (cinquenta e oito) unidades instaladas no Brasil, e tem por objetivo principal o constante desenvolvimento de tecnologias que possibilitem a produção de um grande volume de dados e informações para subsidiar

a atuação de diversos órgãos públicos.

Pelo que se depreende de uma análise da legislação que compõe o sistema nacional antilavagem, conclui-se pela inexistência de qualquer óbice à configuração da relação de antecedência entre os delitos fiscais e o branqueamento.

Os crimes de sonegação estão insertos nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 e 337-A do Código Penal, inexistindo previsão legal de um valor mínimo a ser percebido a título de vantagem ilícita para a caracterização dos tipos, ao contrário do que é determinado, por exemplo, em Portugal e na Espanha.

O que pode ocorrer, graças a entendimento jurisprudencial firmado no âmbito dos Tribunais Superiores, é a incidência do princípio da insignificância, com o reconhecimento da atipicidade do fato, quando o valor sonegado não ultrapassar R\$ 10.000 (dez mil reais) e estejam presentes os demais requisitos objetivos exigidos.

Inicialmente, não era possível a relação de antecedência ora estudada, uma vez que os delitos de sonegação não estavam previstos no rol taxativo da Lei n. 9.613/98. Com a edição da Lei n. 12.683/12, toda e qualquer infração penal, seja crime ou contravenção, pode, a priori, figurar na condição de crime subjacente, o que, por óbvio, inclui os delitos de sonegação fiscal.

Embora, sob o ponto de vista inicial, possa se configurar a referida relação de antecedência, algumas questões devem ser analisadas no caso concreto, as quais podem restringir ou, até mesmo, impedir que os crimes de sonegação figurem como delitos subjacentes.

Sobre tais pontos, as seguintes conclusões são apresentadas:

- A cota defraudada como objeto material do crime de lavagem de dinheiro: sob a nossa óptica, não há impedimento para tanto. A partir do instante em que é lançada mão da fraude, com o objetivo de elidir, total ou parcialmente, o valor do tributo devido, há a constituição da cota defraudada e, portanto, um real proveito econômico, revestido de ilegalidade e que pode ser considerado produto de crime, constituindo-se, por consequência, no objeto material do delito de lavagem de dinheiro. Este específico argumento, isoladamente considerando, não pode constituir óbice à admissibilidade da relação de antecedência entre o crime de sonegação fiscal e o branqueamento de capitais.
- A exata delimitação do produto da sonegação para a prática da lavagem: ao

admitir a cota defraudada como objeto material do delito de lavagem, há a necessidade de indicar a exata relação entre o produto do crime antecedente e os atos de reciclagem, a fim de que não haja confusão com outros bens que integrem licitamente o patrimônio do agente, sendo inaceitável a tese que estende a contaminação aos bens de origem não delitiva.

- A fixação temporal para a admissibilidade de atos típicos da lavagem de dinheiro: entendemos pela impossibilidade da configuração de atos de branqueamento, enquanto não constituído definitivamente o crédito tributário, porque ausente o objeto material apto à reciclagem. Admitir hipótese em contrário autorizaria a configuração da lavagem sem que restasse caracterizado o crime antecedente e, por via de consequência, houvesse, de fato, bens provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.
- A possibilidade de configuração de *bis in idem*: restrita à hipótese de autolavagem, sob a nossa óptica, a simples conduta de utilizar, adquirir, possuir, dentre tantas outras que representem, apenas, o mero desfrute daquilo que compõe o proveito da sonegação, sem que haja um claro movimento de ocultação ou dissimulação, com o objetivo de dar aparência lícita às ilícitas vantagens obtidas, constitui mero exaurimento do delito subjacente e, portanto, um pós-fato impunível.

Inobstante a análise das questões acima indicadas, que podem levar a incompatibilidades pontuais, verificadas em cada caso concreto, entendemos imprescindível uma investigação mais ampla, com o objetivo de buscar inconsistências conceituais.

Para tanto, faz-se necessário entender o fenômeno de expansão do Direito Penal, que seu deu durante a modernidade, mais precisamente após o processo de reflexividade, nos termos trabalhados por Beck. O ambiente de novos riscos criados, dando diversa roupagem à criminalidade, cada vez mais organizada, profissional e transfronteiriça, gerou uma forte demanda por segurança, mesmo que simbólica, desafiando o Direito Penal a eliminar ou, ao menos, atenuar os problemas.

Por óbvio, o branqueamento de capitais não passaria ao largo de tantas mudanças. É exatamente nessa conjuntura de forte expansão, fenômeno este de

amplitude mundial e, no mais das vezes, por orientação de organismos internacionais, que os delitos fiscais passaram a figurar na condição de delitos antecedentes à lavagem.

Nesse contexto, a concepção originalmente pensada para a política internacional de combate ao branqueamento foi desnaturada, deixando de voltar-se à tentativa de asfixia financeira de grupos criminosos transfronteiriços. O uso de tão importante instrumento de luta contra a delinquência organizada foi banalizado, levando-o a contextos completamente desvinculados daquele que, de fato, deveria incidir.

Há uma deturpação dos objetivos inicialmente buscados com a criminalização da lavagem, admitindo, por exemplo, a punição por atos de reciclagem de um agente que, por vezes, quando da prática de atos de sonegação, causa um dano desprovido de impacto econômico considerável, agindo de maneira individual, não profissional e completamente desligado de organizações criminosas.

Por todas essas considerações, entendemos como fundamental alterar a Lei n. 9.613/98, com o intuito de incluir critérios objetivos à admissibilidade da relação de antecedência entre os delitos fiscais e a lavagem, adotando modelo próximo ao atualmente experimentado na Alemanha.

Apenas seria possível o reconhecimento de atos de branqueamento sobre o produto da sonegação fiscal, quando perpetrada a fraude por organização (artigo 2º da Lei n. 12.850/13) ou associação (artigo 288 do Código Penal) criminosa; ou, quando executada individualmente, estiver caracterizada a profissionalização e habitualidade das condutas.

Ainda, imprescindível estabelecer, para todos os casos previstos, a necessidade de relevante dano causado, apto a causar impacto à ordem econômica. Em homenagem à legalidade estrita, após estudos específicos, entendemos necessário que haja a quantificação do considerável valor sonegado, expressamente indicado no texto.

Transformar a lavagem em um mero recurso para endurecimento de políticas de oposição a fraudes fiscais, desnaturalizando-a, é desviar-se do original viés político-criminal para ela delineado. “O certo é que se tudo é lavagem, nada é lavagem” ⁷⁶ (GÓMEZ-ALLER, 2010, p. 2, tradução nossa).

⁷⁶ “*Lo certo es que si todo es blanqueo, nada es blanqueo*”.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Cátia Sofia Pinto Azevedo. **Fraude fiscal – o ilícito tributário e os sujeitos processuais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito, Universidade Católica do Porto, Porto, Portugal.

BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**. Aspectos penais e processuais penais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma nova modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

_____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. Oeiras: Celta Editora, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, e-book.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales**. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 13-01, p. 01:1-01:46, 2011. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2016.

BLICKMAN, Tom. **Lucha contra los flujos de capitales no regulados e ilícitos**. *Blanqueo de capitales, evasión fiscal y regulación financiera*. *Crimen y Globalización*, Diciembre, 2009, Amsterdam, p. 2/44.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **Lavagem de dinheiro**. Fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. DECRETO Nº 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. **Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 25 abr. 2019.

CAROCA, Ignacio Peña. **Delito tributário como delito base del lavado de activos. Análisis y comentarios de los câmbios introducidos por la ley 20.818.** Departamento de Ciências Penais, Universidad de Chile, Santiago, 2016.

CAVALCANTI, José Robalinho. **O sistema nacional antilavagem de dinheiro e seus atores.** Carla Veríssimo de Carli (Org.). **Lavagem de dinheiro.** Prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 125/151.

D'Avila, Fábio Roberto. **Os limites normativos da política criminal no âmbito da ciência conjunta do direito penal.** ZIS, Ausgabe 10/2008, 485/525.

DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de dinheiro.** Prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros; OLIVEIRA, Ítalo Ramon Silva. **A sociedade de risco e a expansão da legislação penal para o combate à lavagem de dinheiro.** Direito penal, processo penal e criminologia [Recurso eletrônico] / Gustavo Noronha de Ávila, Romulo Rhemo Palitot Braga (coords.). – Zaragoza: Presas de la Universidad de Zaragoza, 2019.

EGAÑA, Daniel Martínez. **El delito fiscal y el delito de blanqueo de capitales en Alemania.** *Cronica Tributaria*, n. 141, p. 149-177, 2011. Disponível em: <http://www.economistas.es/Contenido/REAF/gestor/ct141/141_Martinez.pdf>. Acesso em 17 jan. 2017.

FERNANDÉZ, José Ángel. **Fraude fiscal y lavado de capitales.** *Política Criminal*, nº 7, 2009, p. 1-19.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: editora Unesp, 1991.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. **Si todo es blanqueo, nada es blanqueo.** In: *Legal Today*, 15 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/si-todo-es-blanqueo-nada-es-blanqueo-i>>. Acesso em 17 jan. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** Parte geral. 9. ed. Niterói: Impetus, 2007.

HARADA, Kiyoshi; MUSUMECCI FILHO, Leonardo; POLIDO, Gustavo Moreno. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 08, out-dez, p. 41-51, 1994. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/228287602/Hassemer-Perspectivas-de-Uma-Moderna-Politica-Criminal>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

LEAL, Rogério Gesta. **A responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade – instrumentos de direito material e processual**. Porto Alegre: FMP, 2017.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Guadalajara: Walter de Gruyter Co., 1992.

MARTÍNEZ, Julio César. **El delito de blanqueo de capitales**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, outubro de 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, William Terra de. **Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, janeiro de 2016.

PORTO, Teresa Manso. **El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado**. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, p. 305/324.

PORTUGAL. DL n.º 48/95, de 15 de Março de 1995. **CÓDIGO PENAL DE 1982 (VERSÃO CONSOLIDADA POSTERIOR A 1995)**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=109&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

SAMPALO, Ricardo de Mosteyrín. **El blanqueo de capitales y el delito de fraude fiscal**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. ***El delito de blanqueo de capitales: una aproximación crítica a los fundamentos jurídicos del derecho penal brasileño y español.*** Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Derecho Penal, Universidad de Granada, Granada, Espanha.

STJ. EDcl no AgRg no AREsp 318.790/SE. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJ: 04/05/2017. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

STJ. REsp 1234097/PR. Relator: Ministro Gilson Dipp. DJ: 03/11/2011. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

TASCHNER, Gisela. **A pós-modernidade e a sociologia.** Revista USP, São Paulo, n. 42, p. 6-19, junho/agosto, 1999.

WELTER, Antônio Carlos. **Dos Crimes: dogmática básica.** Carla Veríssimo de Carli (Org.). **Lavagem de dinheiro.** Prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 187/213.