

O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO ÂMBITO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA: SOLUÇÕES PARA A EFICIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PROCESSUAL

Karen Medeiros Chaves*

Simone Silva Prudência**

Sumário: 1 Introdução; 2 O crime de lavagem de dinheiro: uma abordagem criminológica e jurídica; 2.1 Panorama histórico; 2.2 Conceito; 2.3 A criminalidade organizada e o crime de lavagem de dinheiro; 2.4 A sociedade de risco e a criminalidade econômica; 2.5 Direito Penal Econômico; 3 A lei de lavagem de dinheiro; 3.1 A infração penal antecedente no crime de lavagem de dinheiro; 3.2 O binômio infração antecedente/lavagem de ativos; 3.3 A exclusão do rol de crimes antecedentes: avanço ou retrocesso; 4 A instrução criminal processual; 4.1 Princípios processuais penais; 4.1.1 O princípio do livre convencimento motivado; 4.1.2 O princípio do livre convencimento motivado e a instrução processual dos crimes econômicos; 5 Conclusão.

Resumo: O crime de lavagem de dinheiro desenvolve-se no contexto da sociedade de risco, em que a criminalidade organizada utiliza das facilidades do sistema financeiro globalizado para espriar seus ganhos ilícitos. Neste panorama, os bens jurídicos supraindividuais passam a ter destaque, uma vez que a macrocriminalidade ultrapassa os limites dos direitos individuais. Diante deste cenário, configura-se a criminalidade econômica e, a fim de oferecer respostas aos novos riscos apresentados nesta sociedade, desenvolve-se o Direito Penal Econômico. Compreende-se, portanto, que uma das consequências do Direito Penal da sociedade globalizada de risco é a criminalização da lavagem de capitais de origem delitiva. Neste contexto, destaca-se o sistema vigente de apreciação de provas, qual seja o sistema da

* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, pós-graduanda em Direito Tributário na Faculdade Damásio.

** Professora adjunta pela Universidade Federal de Uberlândia, na Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

persuasão racional ou princípio do livre convencimento motivado. Desse modo, direciona-se a abordagem à busca de soluções para eficiência da instrução criminal processual no âmbito da criminalidade econômica, compreendendo-se a problemática da prova emprestada, bem como a validade da prova por indícios.

Palavras-chave: Sociedade de risco. Crime organizado. Bem jurídico penal. Direito Penal Econômico. Princípios processuais penais. Livre convencimento motivado. Lavagem de dinheiro.



1 Introdução

Os crimes contra a ordem econômica abrangem vários conjuntos de delitos, como os crimes contra a economia popular, os crimes contra as relações de consumo, os crimes contra o sistema financeiro, os crimes fiscais, dentre vários outros. O presente estudo direciona a abordagem aos crimes de lavagem de dinheiro.

A criminalidade econômica insere-se no âmbito de uma sociedade de risco, de forma que o ordenamento jurídico toma importância ímpar, destacando-se a atuação do Direito Processual Penal, que deve apresentar respostas efetivas à criminalidade econômica, pautado nas garantias do Estado Democrático de Direito e valendo-se dos princípios do processo penal. Destaca-se, portanto, o sistema vigente de apreciação de provas, qual seja o sistema da persuasão racional. Desse modo, direciona-se a abordagem à busca de soluções para eficiência da instrução criminal processual no âmbito da criminalidade econômica, compreendendo-se a problemática da prova emprestada, bem como a validade da prova por indícios.

Para tanto, o Direito Penal Econômico transcende a natureza meramente individualista, visando tutelar os bens jurídicos supraindividuais, que surgem nesta sociedade de risco. Esta sociedade se acomodou na irreversibilidade da revolução tecnológica e informática, propiciando o aparecimento de uma criminalidade diversa daquela pensada pelo Direito Penal clássico, uma criminalidade que avança fronteiras, muitas vezes altamente organizada, segmentada pelos diversos setores da economia, pulverizando capitais e de maneira indireta, provocando desigualdades sociais pelo grande volume do capital financeiro que é feito circular a margem da economia legal. Os crimes de lavagem de capitais destacam-se, portanto, como uma forma específica e peculiar de criminalidade organizada, evidenciando-se como fenômeno emergencial e típico da sociedade pós-industrial.

A utilização do dinheiro ilícito na economia lícita oculta a origem criminosa dos valores e a própria prática do crime antecedente. Assim, em vez de prevenir ou penalizar apenas o crime em si, pensou-se ser mais eficaz combater a dissimulação da origem do lucro auferido por essa conduta delitativa. Nesse sentido, é possível verificar que a tipificação da lavagem de dinheiro atua como acessória das políticas de prevenção dos delitos antecedentes.

Concernente à legislação brasileira, no ano de 2012, foi publicada a Lei nº 12.683/2012, que alterou a Lei nº 9.613/1998, preservando grande parte de sua estrutura

original. Há quem tenha denominado esta como a nova Lei de Lavagem de Dinheiro, sendo que a inovação mais impactante foi a eliminação do rol de crimes antecedentes, de modo que se ampliou significativamente o espectro do tipo penal de branqueamento de capitais. Faz-se essencial compreender que o binômio infração antecedente/lavagem de ativos deve ser observado, porém não há mais uma lista fechada, sendo que qualquer infração penal com potencial de gerar ativos de origem ilícita pode ser antecedente de lavagem de dinheiro.

2 O crime de lavagem de dinheiro: uma abordagem criminológica e jurídica

A sociedade contemporânea é caracterizada por ser global, apresentando fronteiras enfraquecidas diante do poder dos grupos econômicos criados pelo modelo de produção pós-industrial e de risco, uma vez que a produção das riquezas, em larga escala e para um mercado globalizado acarreta a produção de perigos constantes para o sistema econômico e para a própria subsistência da humanidade.

No contexto desta sociedade, insere-se o processo de lavagem de dinheiro, que, somente depois de compreendido como problema social e econômico transnacional, poderá ser vislumbrado como instituto jurídico.

Neste panorama, configurar-se-á a criminalidade econômica, que não está necessariamente vinculada à criminalidade organizada, mas, na maioria das vezes, existe uma organização criminosa que atua na prática destes delitos, seja por sua estrutura internacional ou pelo tipo de delito organizado.

Ademais, a criminalidade econômica toma maior importância e motivo de preocupação, uma vez que transcende a lesão a bens jurídicos individuais, atingindo uma esfera coletiva, ou seja, atinge bens jurídicos supraindividuais. Dessa forma, a sociedade de risco depara-se com uma criminalidade diversa daquela pensada pelo Direito Penal clássico.

2.1 Panorama histórico

Primeiramente, tem-se o caso “Al Capone” como um marco histórico ocorrido nos Estados Unidos, o qual foi o primeiro país a criminalizar a prática da lavagem de capitais. Conforme passaremos a analisar, o início da evolução das organizações criminosas nos

Estados Unidos ocorreu durante o período da “Proibição”, época em que vigorou a “Lei Seca”.

Em janeiro de 1919, foi promulgada nos Estados Unidos a 18ª Emenda Constitucional, que proibiu a fabricação, a venda e o transporte de bebidas consideradas intoxicantes, quais sejam as que contivessem mais de 0,5% de teor alcóolico, exceto quando comprovada a finalidade medicinal. Esta legislação vigorou até o advento da 21ª Emenda, em 1933 e possibilitou a criação e o desenvolvimento de numerosas organizações criminosas, propiciando a geração de um mercado de fornecimento de produtos e serviços ilegais que movimentava milhões de dólares.

A própria natureza da atividade ilegal impôs um elevado nível de organização, incluindo a aproximação com atividades lícitas. Assim, o período da “Proibição” criou o potencial para um importante mercado ilegal de álcool e possibilitou a exponencial evolução e poder das máfias.

Concernente ao caso Al Capone, a fim de apresentar uma origem lícita ao dinheiro obtido com as atividades ilegais praticadas, o gângster americano comprou uma cadeia de lavanderias (*laundrys*) em Chicago, de modo a mesclar o lucro obtido legalmente com o capital das atividades ilícitas. Acredita-se ser esta a origem do termo “lavagem”, amplamente utilizado, no que se refere à prática em estudo.

Neste cenário, Al Capone tornou-se um personagem paradigmático ao assumir o controle do crime organizado na cidade de Chicago, no Estado de Illinois, no final da década de 20, alertando os demais criminosos para a importância do desenvolvimento de novas técnicas de lavagem de capitais.

Destaca-se que, na ausência de legislação penal específica, Al Capone terminou preso em 1931 por sonegação fiscal.

Atravessado brevemente este delineamento histórico sobre os primórdios da lavagem de dinheiro, passamos a apreciar os principais vetores contemporâneos.

Neste sentido, destaca-se que o tráfico de substâncias entorpecentes desempenha contemporaneamente o papel das bebidas durante a era da Proibição. Nos Estados Unidos, entre os anos de 1914 e 1937, foram aprovadas leis que tornaram ilegal importar, distribuir, vender ou usar “substâncias que alteram a mente”, abrangendo a cocaína, a maconha, o ópio e seus derivados, anfetaminas, dentre outros. Assim, estas legislações preenchiam as

necessidades das redes criminosas de uma mercadoria que fosse ilegal, lucrativa e demandasse o tipo de organização e conhecimento previamente articulado.

Estes dois períodos são marcados pela nítida diferença na ordem de grandeza dos ativos auferidos e pelas novas técnicas de “reciclagem, lavagem, limpeza” empregadas.

Nos Estados Unidos, surgiu em 1970 o chamado *Bank Secrecy Act* (BSA), hoje codificado no Título 31 do *The United States Code* (U.S. Code). Ainda não se tratava de uma lei de lavagem de capitais, pois o estatuto ainda não incriminava a ocultação de dinheiro auferido ilicitamente, mas de uma lei que estipulava uma série de mecanismos para controle, rastreamento e fiscalização de movimentações de dinheiro operadas em instituições financeiras. Este estatuto foi de fundamental importância para que os Estados Unidos avançassem rumo à criminalização da lavagem de capitais, pois possibilitou que as autoridades estatais tivessem acesso a informações cruciais acerca das transações financeiras suspeitas operadas dentro do país ou de forma transnacional.

A lei de lavagem de capitais norte-americana foi aprovada em 1986, denominada *Money Laundering Control Act* (MLCA), tratando-se de uma lei de segunda geração, conceito que compreenderemos a seguir. Conforme explicitado, antes da sua edição, o país não dispunha de uma lei que criminalizasse propriamente a conduta, embora, de certa forma, o *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO Act), de 1970, que criminalizava condutas operadas por grandes organizações criminosas, principalmente no que tange ao comércio interestadual ou internacional, já tivesse antecipado muito do que viria a ser legislado na década de 1980.

2.2 Conceito

Em uma abordagem inicial, faz-se fundamental compreender o conceito de lavagem de capitais, ainda que este apresente variações. A lavagem de capitais é o “processo ou conjunto de operações mediante o qual os bens ou dinheiro resultantes de atividades delitivas, ocultando tal procedência, são integrados no sistema econômica e financeiro” (DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO apud PRADO, 2009, p. 251), podendo ser conceituada ainda como a incorporação de capitais, bens ou dinheiro obtidos de modo ilícito ao círculo econômico-financeiro legal ou lícito. Destaca-se a definição apresentada por Díez Ripollez (apud PRADO, 2009, p. 352), segundo o qual a lavagem de capitais é configurada pelos

diversos procedimentos pelos quais se procura introduzir no tráfico econômico-financeiro legal os significativos benefícios obtidos a partir da realização de determinadas atividades delitivas lucrativas, possibilitando assim seu desfrute seja inquestionável do ponto de vista jurídico.

Fabián Caparrós (1998, p. 76) conceitua:

proceso tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad.

André Luis Callegari (2004, p. 73) define a lavagem de dinheiro como um exercício de separação a partir do qual se procura o distanciamento de determinados bens a respeito de sua origem ilícita, esclarecendo ainda que a plena limpeza da riqueza não se obtém de forma instantânea ou imediata, senão em virtude de um progressivo processo através do qual se oculta a existência de ingressos, ou a ilegalidade de sua autêntica natureza e assim conseguir que pareçam legítimos.

Assim, compreendendo o crime de lavagem de dinheiro como uma atividade de desvinculação ou afastamento do dinheiro da sua origem ilícita, nota-se que a criação desse tipo penal parte da ideia de que o agente que busca proveito econômico na prática criminosa precisa dissociar o dinheiro da sua procedência delituosa e conferir-lhe uma aparência lícita a fim de usufruir os ganhos ilícitos, considerando que o móvel deste delito é a acumulação material. Assim, o crime de lavagem de dinheiro é marcado pela interação entre economia legal e ilegal, o que acarreta em severas dificuldades de definição teórica, bem como de controle prático.

O delito ora abordado possui uma variação de nomenclatura, podendo ser mencionado como lavagem, reciclagem ou branqueamento de capitais, de dinheiro ou de bens. Apesar de se tratar de um fenômeno socioeconômico antigo, este delito emergiu de forma relativamente recente no cenário jurídico, na maioria das vezes, como decorrência do tráfico internacional de drogas, que passou a ser objeto de criminalização em diversos países, conforme vimos nos tópicos anteriores.

No Brasil, optou-se pela expressão lavagem de dinheiro, que, à primeira vista, pode parecer coloquial, mas já era consagrada pelo uso e está de acordo com o termo em inglês *money laundering*. Em Portugal, fala-se em branqueamento, contudo, esta expressão poderia ter uma conotação racista, motivo pelo qual não foi a opção do legislador brasileiro. Em francês, utiliza-se a expressão *blanchiment d'argent*; em espanhol, *blanqueo de capitales* e *lavado de dinero*; em italiano, *riciclaggio di denaro sporco*. Por fim, nota-se que o texto da lei de lavagem de dinheiro brasileira menciona o termo “lavagem” apenas no que tange a ementa, empregando a expressão “lavagem de bens, capitais, direitos ou valores”.

2.3 A criminalidade organizada e o crime de lavagem de dinheiro

Os crimes de lavagem de capitais destacam-se como uma forma específica e peculiar de criminalidade organizada, evidenciando-se um fenômeno emergencial e típico da sociedade pós-industrial. Destaca-se nesse ponto histórico o desenvolvimento exponencial dessa modalidade de crime em decorrência do processo de globalização, que se relaciona à internacionalização da economia e ao progresso impetuoso da comunicação e da informática.

A lavagem de capitais é produto da inteligência humana. Ela não surgiu do acaso, mas foi e tem sido habitualmente arquitetada em toda parte do mundo. A bem da verdade é milenar o costume utilizado por criminosos no emprego dos mais variados mecanismos para dar aparência lícita ao patrimônio constituído de bens e capitais obtidos mediante ação delituosa. Trata-se de uma consequência criminológica caracterizadora do avanço da criminalidade em múltiplas áreas. (BARROS, 2004, p. 25)

Antônio Sérgio Pitombo (2003, p. 21) leciona que não há como se pensar em lavagem de dinheiro dissociada do crime organizado, embora este processo possa até ser feito por um operador *outsider*. Segundo este autor, os temas crime organizado e lavagem de dinheiro aparecem sempre tão interligados “que parece impossível escrever sobre um sem analisar o outro”.

Salienta-se a nova dimensão dada ao crime organizado pelo tráfico ilícito de entorpecentes, que incrementou as atividades criminosas transnacionais. Neste contexto, o poder do crime organizado cresceu, bem como aumentaram os meios para obter negócios

ilícitos e a força perante o Estado, com a corrupção, multiplicando as relações com a economia legal.

Ao se verificar que a criminalidade organizada utiliza das facilidades do sistema financeiro globalizado para espriar seus ganhos ilícitos, concluiu-se que a única forma de combater determinados crimes seria criar meios pelos quais o aproveitamento do lucro originado das práticas ilícitas fosse dificultado (ÁLVAREZ PASTOR; EGUIDAZU PALACIOS, 2007, p. 16-17). Assim, se determinadas práticas delitivas geram grandes somas de capitais e são de difícil enfrentamento, faz-se necessário desestimular o seu cometimento por meio da incriminação da inserção desse lucro na economia legalizada.

Esta forma de macrocriminalidade pode ser melhor compreendida quando conectada à classificação do crime organizado em cinco categorias, quais sejam: o fornecimento de serviços ilegais; o suprimento de mercadorias ilícitas; a infiltração em negócios lícitos; a utilização de empresas legítimas para prática de crimes e a infiltração na estrutura estatal e a corrupção de servidores e agentes públicos (MAIA, 2007, p. 26).

A lavagem de dinheiro deve ser analisada como um importante instrumento do crime organizado e do crime de “colarinho branco”, enfatizando suas consequências, e não apenas seus ingredientes. O crime organizado representa uma ameaça à segurança nacional e internacional, em especial aos regimes democráticos, como bem destaca Rodolfo Tigre Maia (2007, p. 14):

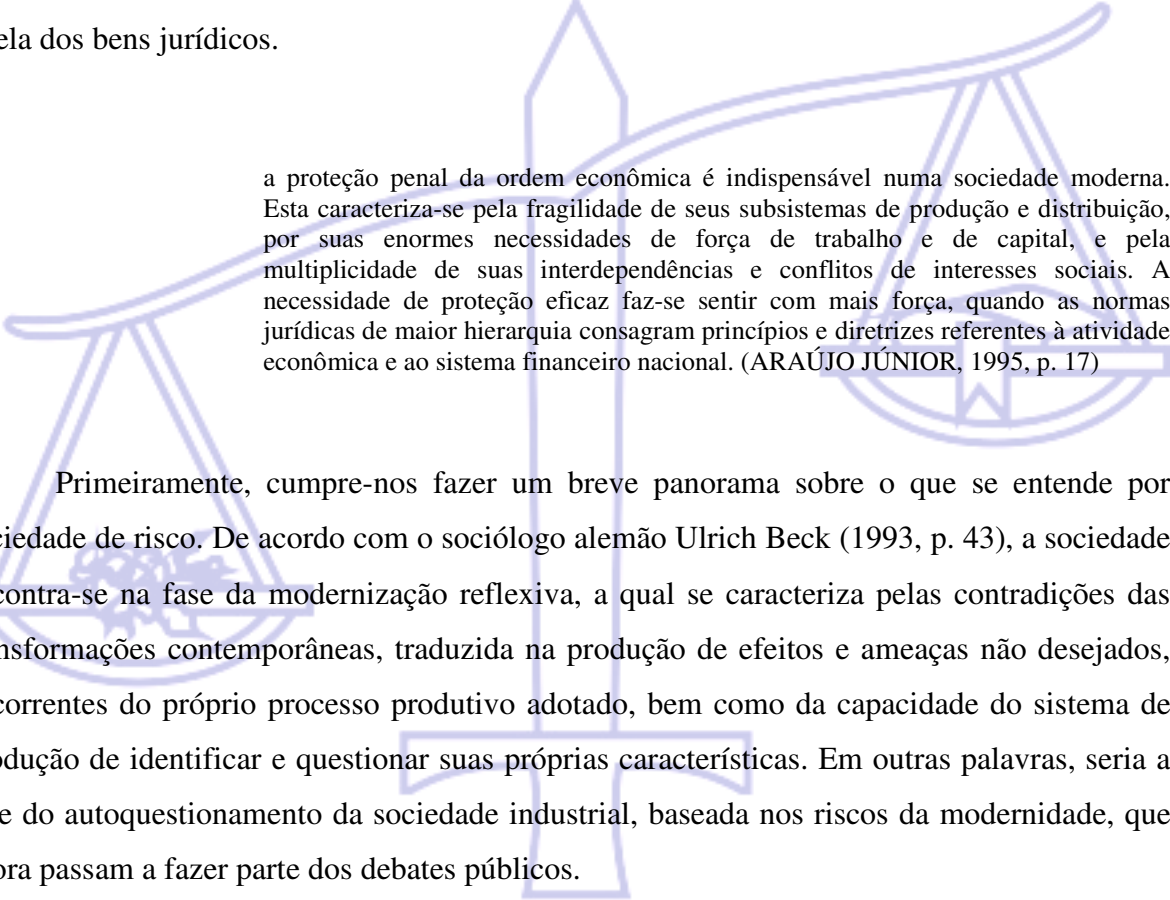
Não se pode olvidar hoje que a ameaça do crime organizado à segurança nacional e internacional, em especial aos regimes democráticos, “é uma consequência inevitável das atividades de organizações que negam ao Estado seu legítimo monopólio da violência, que corrompem as instituições estatais, que ameaçam a integridade dos setores financeiros e comerciais da sociedade, e que, rotineiramente, desconsideram ou violam normas e convenções legais e sociais, quer no nível nacional, quer no internacional. O que faz essas formas de comportamento cada vez mais perturbadoras é o fato delas possibilitarem às organizações criminosas acumular um grau de poder e riqueza que rivaliza e, em alguns casos, ultrapassa o possuído pelos governos. Na medida em que estas organizações aprofundam suas raízes nas suas respectivas sociedades, elas caracterizam uma ameaça para ambas, democracia e aplicação da lei”.

Diante da intensa atuação dessa criminalidade organizada, as técnicas de branqueamento de capitais tem evoluído, adaptando-se e inovando continuamente à globalização e liberalização dos mercados, de modo que o sistema financeiro passa a oferecer ao dinheiro de origem ilícita destinos cada vez mais secretos, rendimentos mais atrativos e

circuitos mais efetivos, configurando o que se compreende por criminalidade econômica, conforme passamos a apreciar.

2.4 A sociedade de risco e a criminalidade econômica

No âmbito de uma sociedade de risco, insere-se a criminalidade econômica, de forma que o ordenamento jurídico toma importância ímpar, destacando-se a atuação do Direito Penal e do Direito Processual Penal, que devem apresentar respostas eficientes a fim de garantir a tutela dos bens jurídicos.



a proteção penal da ordem econômica é indispensável numa sociedade moderna. Esta caracteriza-se pela fragilidade de seus subsistemas de produção e distribuição, por suas enormes necessidades de força de trabalho e de capital, e pela multiplicidade de suas interdependências e conflitos de interesses sociais. A necessidade de proteção eficaz faz-se sentir com mais força, quando as normas jurídicas de maior hierarquia consagram princípios e diretrizes referentes à atividade econômica e ao sistema financeiro nacional. (ARAÚJO JÚNIOR, 1995, p. 17)

Primeiramente, cumpre-nos fazer um breve panorama sobre o que se entende por sociedade de risco. De acordo com o sociólogo alemão Ulrich Beck (1993, p. 43), a sociedade encontra-se na fase da modernização reflexiva, a qual se caracteriza pelas contradições das transformações contemporâneas, traduzida na produção de efeitos e ameaças não desejados, decorrentes do próprio processo produtivo adotado, bem como da capacidade do sistema de produção de identificar e questionar suas próprias características. Em outras palavras, seria a fase do autoquestionamento da sociedade industrial, baseada nos riscos da modernidade, que agora passam a fazer parte dos debates públicos.

Segunda a lição de Pierpaollo Cruz Bottini (2010, p. 35-36):

A criação de novas técnicas de produção não é seguida pelo desenvolvimento de instrumentos de avaliação e medição dos potenciais resultados de sua aplicação. Do descompasso entre surgimento de inovações científicas e o conhecimento das consequências de seu uso surge a incerteza, a insegurança, que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva. O risco, fator indispensável ao desenvolvimento econômico de livre mercado, passa a ocupar papel central no modelo de organização social. O risco torna-se figura crucial para a organização coletiva, passa a compor o núcleo da atividade social, passa a ser sua essência. Surge a sociedade de riscos.

Desse modo, tem-se que a produção de novos riscos, resultado do avanço tecnológico, científico e econômico, acompanhada do surgimento de complexos problemas sociais, configura-se como o substrato dessa sociedade moderna, que clama por segurança.

Mais uma vez, leciona Bottini (2010, p. 88) nos seguintes termos:

Nesse contexto, o Direito penal passa a orientar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, no momento antecedente à causação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido. A norma penal visa reprimir comportamentos potencialmente danosos. O desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação, o prejuízo concreto é substituído pela probabilidade de afetação de bens e interesses. Os tipos penais deixam de abrigar a lesão em sua redação e direcionam seus elementos ao perigo, ao risco. Esta formatação possibilitou o desenvolvimento das estruturas que abrigam, hoje, o Direito penal de riscos, voltado para a inibição de ações arriscadas, independentemente de suas consequências concretas.

Em nome da eficiência que se reivindica do Estado, o Direito Penal da sociedade de risco perde sua característica clássica de *ultima ratio* da política social em favor da liberdade para se tornar um importante aliado do Estado na gestão de riscos sociais (BARROS; CONTE, 2014). Assim, ao lado e na mesma racionalidade de outros ramos do Direito, o Direito Penal passa a se antecipar à produção de danos ou perigos concretos para punir condutas destituídas de desvalor de resultado.

Os crimes de perigo abstrato são espécies delitivas cujo tipo penal não prevê, entre seus elementos, nem a afetação direta do bem jurídico, o que ocorre nos delitos de lesão, a exemplo do homicídio e do furto, nem a colocação em perigo concreto, como ocorre nos denominados crimes de perigo concreto, em que a causação do perigo integra a redação do tipo. Da leitura dos tipos penais de crimes de perigo abstrato se depreende tratar-se de crimes de mera desobediência à vontade do legislador, ou crimes de mera conduta proibida, pois se define como punível uma simples ação tida como perigosa, ainda que em caráter potencial e hipotético, e na ausência de produção de qualquer efeito externo ao agir.

Compreende-se, portanto, que uma das consequências do Direito Penal da sociedade globalizada de risco é a criminalização da lavagem ou ocultação de capitais de origem delitiva. Trata-se de uma espécie de crime que surgiu em escala global para satisfazer os anseios de internacionalização do Direito Penal, agride um bem jurídico supraindividual de

difícil definição, diz respeito a uma criminalidade de poderosos (*crimes of the powerful*) cujos efeitos não são sentidos apenas no local de seu cometimento.

No panorama dessa complexa sociedade, evidenciada a criminalidade econômica, apresenta-se o Direito Penal Econômico, o qual se faz de difícil conceituação ou definição devido à abrangência do objeto de proteção associado a este ramo do Direito Penal, conforme apreciaremos no tópico a seguir.

2.5 Direito Penal Econômico

A sociedade globalizada opera, dentre outros, dois efeitos elementares sobre o Direito Penal: de um lado, a “descriminalização” de diversas condutas que são imprescindíveis para o funcionamento deste modelo social; de outro, o surgimento de novas modalidades delitivas, principalmente no âmbito socioeconômico, conforme analisa Silva Sánchez (2011, p. 102).

Essa nova criminalidade, própria da sociedade capitalista e global, é denominada por Silva Sánchez de “criminalidade dos poderosos” (*crimes of the powerful*), sendo marcada pela transnacionalidade e pela organização, com divisão de tarefas em caráter profissional. Trata-se de uma modalidade criminosa praticada por grandes organizações, dotadas de alto poderio econômico e que se apresenta como algo completamente diferente daquela delinquência marginal, pontual, desorganizada, que caracterizava o Direito Penal clássico.

Neste sentido, caracteriza-se o que se entende como “crime do colarinho branco”. A expressão *white collar crimes* foi usada pela primeira vez em meados de 1940 por Edwin Sutherland, que defendia que era necessário que o Direito Penal passasse a se preocupar com essa nova criminalidade, praticada por pessoas poderosas economicamente, a qual se caracterizava pela organização institucional e profissional, bem como pelos significativos danos que suas atividades são capazes de gerar. Uma das conclusões de seu artigo *White-collar Criminality*, publicado em 1940, dava conta da real necessidade da criação de uma teoria criminal que fosse capaz de explicar e enfrentar tanto a criminalidade dos ricos quanto a dos pobres (SUTHERLAND, 1940, p. 2).

Exsurge, pois, um dos paradoxos do Direito Penal na globalização: embora o Estado intervencionista precise ser reduzido para que o fenômeno da globalização se instaure, o que se vê é a inegável expansão generalizada do Direito Penal no intuito de enfrentar esta nova

problemática. A redução do Estado no âmbito político e econômico gera, na sociedade globalizada, a maximização do Estado punitivo, exatamente para que se tente oferecer respostas à nova criminalidade.

O Direito Penal Econômico desenvolveu-se, portanto, em um contexto de globalização, sendo que, diante da ampla integração supranacional, os Estados passam a exigir respostas satisfatórias para condutas que atentem contra a ordem econômica. Tem-se que com a própria intervenção do Estado nas relações econômicas, o Direito Penal se desenvolve rumo a esse novo ramo especializado.

Certo é que as relações econômicas são o principal objeto de proteção das normas penais de direito econômico. Em sentido amplo, o Direito Econômico pode ser compreendido:

Em primeiro lugar, as violações no âmbito do Direito Administrativo-Econômico, isto é, contra a atividade interventora e regulatória do Estado na economia. Abrange também as infrações aos demais bens jurídicos coletivos ou supra-individuais da vida econômica, os quais, por necessidade conceitual, transcendem os bens jurídicos individuais. (TIEDEMAN apud SOUZA, 2012, p. 45)

Jorge de Figueiredo Dias (1999, p. 89), após diversas tentativas de apreciação conceitual, passa a definir o Direito Penal Econômico como o somatório de normas jurídicas que tem por objetivo sancionar condutas que violam ou ameaçam de lesão o conjunto de regras que formam este Direito Penal Econômico.

Os fundamentos do Direito Penal Econômico podem ser divididos em fundamentação material e fundamentação legal. No âmbito da fundamentação material, tem-se que este advém da necessidade de proteção de bens jurídicos supraindividuais, porém não há um rol taxativo de bens jurídicos a serem tutelados, sendo que se relaciona a interesses indicados pela Constituição Federal. Destaca-se aqui, pois, o sistema financeiro, o tributário, o das relações de consumo e a própria Administração Pública. Concernente à fundamentação legal, apresenta-se o princípio da legalidade e vasta legislação específica, como o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, que delimita a atuação do fabricante ou fornecedor do serviço frente ao consumidor.

Blanca Mendoza Buergo (2001, p. 78) afirma que uma das características mais marcantes do Direito Penal contemporâneo é a crescente utilização dos delitos de perigo abstrato, ou que os delitos de perigo abstrato são os legítimos instrumentos de um Direito Penal direcionado à prevenção dos riscos globais. Destarte, o estudo sobre os fundamentos da

incriminação destes delitos é um passo importante para compreender o novo papel do Direito Penal e do Direito Processual Penal na contemporaneidade.

Nas palavras de Mário Ferreira Monte (2009, p. 403),

Também o direito processual penal pode e deve ter soluções para a resolução de casos jurídicos que revelem uma certa autonomia teleológica, ainda que nunca em contradição ou sequer indiferença em relação às soluções do direito substantivo, senão de complementaridade funcional.

Com tal capacidade, teremos o que Raúl Cervini (1998, p. 43) preceitua como sendo o maior triunfo para o Estado de Direito, que é o de viabilizar a convivência, ainda sob as circunstâncias mais extremas, em um marco de segurança jurídica. Compreende-se, pois, que o ordenamento jurídico pode encarar as transformações socioeconômicas da sociedade de risco, valendo-se de agregar as regras vigentes aos princípios constitucionais e processuais.

3 A lei de lavagem de dinheiro

A espécie delitiva que se aborda no presente trabalho integra, em termos conceituais, a criminalidade econômica, que pode ser compreendida como uma economia das atividades ilícitas em suas dimensões produtiva e financeira ou o conjunto das infrações penais cuja particularidade é relacionar-se com dinheiro e empresa. Assim, resulta de uma economia criminosa ou subterrânea, que, em geral, possui caráter organizado e se apresenta como a face oculta da própria sociedade mercantil (PRADO, 2009, p. 349).

No Brasil, a Convenção de Palermo entrou em vigência com o Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004. Ao ratificar esta Convenção, o Brasil se obrigou a tipificar e criminalizar as organizações ilícitas com objetivo de lucro, bem como a adotar medidas efetivas de combate a essa modalidade criminosa preconizadas no tratado.

No presente capítulo, apreciaremos a lei que incriminou o crime de lavagem de dinheiro no Brasil, qual seja a Lei nº 9.613/98, ainda vigente, bem como algumas alterações trazidas pela Lei nº 12.683/12.

3.1 A infração penal antecedente no crime de lavagem de dinheiro

Na construção técnica legislativa do delito de lavagem de dinheiro, é possível exigir para a sua configuração um único e específico delito anterior; estabelecer um rol de crimes antecedentes específicos ou estipular como antecedente toda e qualquer espécie de infração penal. Neste ponto, instaura-se a grande alteração da Lei nº 12.683/12 na Lei nº 9.613/98, uma vez que deixou de existir um rol de crimes antecedentes para abranger qualquer espécie de infração penal, configurando-se, portanto, uma lei de terceira geração.

Nesse sentido, verifica-se que a Lei nº 9.613/98 estabelecia no seu artigo 1º um rol de crimes antecedentes. Passamos a apreciar:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo e seu financiamento;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante sequestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa;

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal).

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

Determinava-se que seriam considerados “laváveis” apenas bens provenientes de crimes especificados na lei. Muitos doutrinadores criticavam a taxatividade do rol dos crimes antecedentes, como Sanctis (2009, p. 60), que lecionava:

Chegou-se, assim, ao absurdo dos seguintes exemplos: se uma pessoa matar para roubar e depois “lavar” valores, não se configura aí o delito de lavagem, porque matar para roubar não consta como crime antecedente. Mas tal delito ficará configurado se, em vez de matar, ela “lavar” produto obtido mediante sequestro e extorsão, por constarem estes como crimes antecedentes, o que é uma incoerência.

A Lei nº 12.683/12, ao tipificar os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, alterou o dispositivo supracitado, estabelecendo:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

Assim, o rol de crimes antecedentes foi eliminado, configurando-se, portanto, o tipo penal a ocultação ou dissimulação do produto de qualquer infração penal. Esta foi uma das mudanças mais significativas da lei e gerou amplo debate, de modo que o tema será aprofundado neste capítulo, visando compreender os impactos da extinção deste rol de delitos, diante da problemática da infração penal antecedente.

Destaca-se a atual recomendação do GAFI (em inglês, Financial Action Task Force – FATF) de número 3 em relação ao delito antecedente das “Quarenta Recomendações”: “Os países deveriam aplicar o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, de maneira a incluir a maior quantidade possível de crimes antecedentes”.

Dessa forma, o novo enquadramento normativo da lavagem de dinheiro situa o País entre as nações que cumprem as 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional, as quais foram revisadas em fevereiro de 2012.

Por outro lado, o legislador, de certa forma, afastou-se do próprio parâmetro sugerido pela Convenção de Palermo, que demanda crimes antecedentes de alguma gravidade, indicando como parâmetro aqueles cuja pena máxima não seja superior a quatro anos, salvo as infrações penais que constituam crimes de participação em grupo criminoso organizado, crimes de corrupção e crimes de obstrução à justiça (parágrafo 2º, alínea “b” do artigo 6º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – 2000, também chamada Convenção de Palermo).

Isto posto, propomos no presente trabalho a análise da problemática da infração antecedente diante do atual cenário legislativo brasileiro, compreendendo para tanto o binômio infração antecedente/lavagem de ativos, bem como a diferenciação entre o exaurimento do delito antecedente e a tipicidade objetiva do crime de lavagem de dinheiro, buscando analisar o impacto fático da extinção do rol de delitos antecedentes e propor soluções.

3.2 O binômio infração antecedente/lavagem de ativos

A infração antecedente é também denominada pela doutrina como delito prévio, crime primário, delito básico, crime-base, ilícito precedente ou infração antecedente.

Conforme foi apreciado no primeiro capítulo, por muito tempo a lavagem do dinheiro proveniente de ação criminosa não era vislumbrada como crime autônomo, de modo que a posterior utilização dos lucros obtidos de forma ilícita era considerada uma decorrência natural do crime originário.

Seria um *bis in idem* punir o delinquente por haver utilizado o produto do crime, uma vez que tal utilização seria um dos fins visados pelo agente. Todavia, o tempo e a experiência mostraram a necessidade de um tratamento jurídico penal a essa conduta do agente posterior ao delito. A circulação desse dinheiro tomou proporções incríveis, extrapolando as fronteiras nacionais, na medida em que foram surgindo e intensificando os crimes de elevada motivação econômica, tais como a corrupção na administração pública, as fraudes e os golpes no sistema financeiro, o tráfico de drogas e de armas. Na mesma medida, foram os criminosos se organizando de maneira cada vez mais sofisticada, tanto no plano intelectual como no plano material. (FROSSARD, 2004)

Deste modo, em nível normativo, a movimentação econômica do produto da infração penal passa a ter autonomia penal, tornando-se conduta típica. Constitui-se, portanto as figuras do crime originário e do crime derivado, que analisaremos a seguir. A Lei nº 9.613/98 já previa que o processo e o julgamento dos crimes nela previstos independe do processo e julgamento dos crimes antecedentes, sendo estes os que deram origem ao dinheiro que os agentes buscam revestir de legalidade por meio de operações diversas.

O crime de lavagem e o delito antecedente possuem uma relação de acessoriedade material (PITOMBO, 2003, p. 109), isso porque sempre haverá um vínculo intrínseco entre a infração antecedente e a lavagem. A lavagem de dinheiro é considerada, pois, um crime derivado, acessório ou parasitário, ou seja, pressupõe a ocorrência de um delito anterior. Contudo, faz-se fundamental compreender que a lavagem possui autonomia processual em relação à infração antecedente, pois a apuração e a punição do crime antecedente não condicionam a apuração do crime de lavagem.

Compreende-se que o nexos entre a infração penal antecedente e os bens, direitos ou valores, objeto material da lavagem, submete-se à teoria da causalidade. No direito brasileiro,

adotaram-se os postulados teóricos da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), consoante o artigo 13 do Código Penal (PITOMBO, 2003, p. 111).

Conforme vimos, o crime de lavagem de dinheiro configura-se crime autônomo, sendo que o processo e julgamento deste crime independem do processo e julgamento da infração penal antecedente, bastando que a denúncia seja instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente. Ou seja, para receber a denúncia pelo crime de lavagem de dinheiro, o juiz deve verificar a existência de indícios da infração penal antecedente ou crime-base, o que não significa que deva haver condenação prévia.

Assim, a infração anterior pode não ter sido processada por falta de autoria, porém, o juiz que apura o delito de lavagem pode reconhecer a sua mera existência para fins de configurar a lavagem. Logo, a denúncia do crime de lavagem deve apenas demonstrar a existência da infração antecedente, conforme preceitua o artigo 2º, § 1º:

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

Faz-se fundamental compreender que a relação de acessoriedade que se estabelece entre o delito de lavagem de dinheiro e o crime antecedente é uma relação de acessoriedade limitada. De acordo com esta teoria, admite-se a punição do partícipe ainda que a conduta perpetrada pelo autor principal seja somente típica e ilícita, isto é, independente da sua culpabilidade. Dessa forma, tendo-se em consideração o conceito analítico de crime, consubstanciado na ação típica, ilícita e culpável, pode-se afirmar que a Lei de Lavagem de Dinheiro dá uma nova interpretação ao conceito dogmático de crime, a partir da adoção da teoria da acessoriedade limitada (DALMAS, 2014).

Sendo assim, pode-se afirmar que não haverá punição pela prática de lavagem quando reconhecida uma causa de justificação no fato prévio, que exclui a ilicitude da ação, bem como quando verificada a atipicidade da conduta antecedente (CALLEGARI, 2000, p. 188).

Nesse sentido, destaca-se que não poderá se configurar o crime de lavagem de dinheiro quando a conduta prévia aparar-se em uma das causas legais de justificação, quais sejam as excludentes típicas de ilicitude, previstas nos artigos 23 a 25 do Código Penal. Isto

porque a tipicidade do comportamento anterior implica na desfiguração do elemento constitutivo do crime subsequente de lavagem de dinheiro (PITOMBO, 2003, p. 121).

Salienta-se ainda que os dispositivos do Código Penal que preveem as dirimentes ou causas de isenção de pena não afetam a configuração do injusto antecedente. Ou seja, as discriminantes putativas (art. 20, I); a inimputabilidade (art. 26) ou embriaguez fortuita ou por força maior (art. 28 § 1º) do autor do delito antecedente não impedem a identificação da proveniência ilícita dos ativos e, logo, a tipificação do crime derivado.

Concernente às causas extintivas da punibilidade, verifica-se que, em regra, estas também não afetam a configuração do delito prévio, uma vez que a punibilidade é consequência jurídica do crime, e não requisito deste (PITOMBO, 2003, p. 122). Contudo, analisando as causas de extinção da punibilidade, tem-se que duas hipóteses podem atingir o conteúdo do crime antecedente, sendo estas a anistia (art. 107, II) e *abolitio criminis* (art. 2º e 107, III), uma vez que afetam a própria tipicidade penal do fato anterior.

Destaca-se, portanto, que o reconhecimento de prescrição da infração anterior não influencia a apuração e condenação deste crime.

Por outro lado, se houve processo e sentença absolutória pela infração anterior, a configuração do crime de lavagem de capitais condiciona-se à fundamentação da sentença absolutória. São sentenças absolutórias que impedem a punição do crime de lavagem: a) inexistência do fato (art. 386, incisos I e II do CPP); b) atipicidade (art. 386, inciso III do CPP); c) excludente de ilicitude (art. 386, inciso VI, 1ª parte do CPP).

A acessoriedade material limita-se, pois, à tipicidade e à antijuridicidade. Ou seja, o limite de acessoriedade material da lavagem de capitais em relação à infração interior estabelece-se na demonstração de que a infração antecedente era típica e lícita, não se abrangendo a apreciação da culpabilidade e punibilidade da conduta, conforme dispõe o parágrafo do dispositivo legal supracitado, parte final.

Pelo exposto, conclui-se que para que o crime de lavagem seja apurado, a infração anterior deve existir no plano processual e deve ser típica e lícita no plano material.

Outra questão polêmica refere-se ao caso da tentativa da infração antecedente. Entende-se que o fato de ser tentado, em regra, não influencia na punição, desde que, nesse processo, tenham se produzido bens aptos a serem lavados. Contudo, no caso de a infração antecedente tentada tratar-se de contravenção penal, considerando que a Lei de Contravenções

Penais (Decreto-Lei nº 3.668/41) estabelece no artigo 4º não ser punível a tentativa da contravenção, não poderá configurar o delito de lavagem.

No que tange a extraterritorialidade, faz-se fundamental apreciar o que dispõe o artigo 7 do Código Penal:

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I - os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
- d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

II - os crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
- e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

- a) não foi pedida ou foi negada a extradição;
- b) houve requisição do Ministro da Justiça

Assim, verifica-se que o artigo mencionado, nos incisos I, alínea “b” e II, alínea “a”, o delito é punível ainda que praticado no exterior, na aplicação do princípio da justiça universal ou cosmopolita (BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 1103).

Ademais, na situação de a infração penal antecedente ter sido praticada no exterior, aplica-se a lei brasileira, conforme artigo 2º, inciso II da LLD, como no caso do ingresso não declarado de valores que haviam sido objeto de evasão de divisas no país de origem. Neste caso, já se consolidou o entendimento que seria exigido o requisito dupla incriminação, ou seja, que o fato seja considerado crime no Brasil e no país em que foi praticado, ou seja, deve haver uma dupla tipicidade ou tipicidade recíproca da infração antecedente, embora este requisito não seja expresso no texto da Lei de Lavagem de Dinheiro (BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 1103).

Não obstante, se a conduta antecedente for considerada infração penal apenas no exterior, nada impede a apuração da lavagem praticada no Brasil, uma vez que de qualquer forma os capitais possuem origem ilícita.

A configuração do tipo penal da lavagem de dinheiro relaciona-se intrinsecamente à averiguação da tipicidade penal do crime antecedente para a justa solução do caso concreto, vinculando-se, portanto, a mentalidade dos aplicadores do direito no sentido de interpretar a autonomia processual do crime de lavagem de dinheiro à luz dos princípios e garantias jurídico-constitucionais.

3.3 A exclusão do rol de crimes antecedentes: avanço ou retrocesso

No que tange a problemática da infração penal antecedente diante da Lei nº 12.683/12, vislumbrou-se um acentuado movimento de críticas doutrinárias em todos os sentidos quanto à exclusão do rol de crimes antecedentes, dividindo opiniões no âmbito acadêmico.

Primeiramente, verifica-se que a alteração tem o mérito de superar as discussões sobre a conveniência de incluir ou não de determinados delitos no rol, bem como o amplo debate sobre a interpretação da revogada lista de crimes antecedentes.

Por outro lado, a supressão do rol de crimes antecedentes, de modo a ser considerada antecedente qualquer infração penal, amplia demasiadamente o espaço de incidência do tipo. Nesse sentido, critica-se a alteração por incluir as contravenções penais e as infrações de menor potencial ofensivo, cujas penas são menos severas em razão da menor lesividade das condutas assim classificadas pelo legislador.

Isto posto, a eliminação do rol de crimes antecedentes foi considerada por muitos como uma medida desproporcional, ao passo que pune com a mesma pena mínima de três anos o traficante de drogas que dissimula seu capital ilícito e o organizador de rifa ou bingo em quermesse que dissimula seus rendimentos. Os defensores desse posicionamento acreditam ser adequado estabelecer um parâmetro de gravidade do crime antecedente, como um patamar de pena mínima a partir do qual a infração seria considerada possível de gerar a lavagem de dinheiro, como propõe a já citada Convenção de Palermo.

No mesmo sentido:

Haverá situações de perplexidade nas quais o autor da contravenção antecedente, como, por exemplo, aquele que promover jogo de azar, estará sujeito a uma pena extremamente mais severa pela lavagem (três a dez anos) do que aquela prevista para o próprio crime que se quer coibir (o jogo de azar, com pena de três meses e multa, art. 50, LCP). Se a intenção era atingir o jogo do bicho, melhor seria ter transformado esta conduta em crime em vez de sobrecarregar o sistema penal sem-número de condutas de pouca gravidade. (BOTTINI; ESTELLITA, 2012, p. 2)

Das principais consequências negativas, “o risco de vulgarização” é o mais preocupante, em decorrência da possibilidade de apenamento pelo tipo de lavagem ser superior àquele previsto para o delito antecedente, denotando injustificada desproporção. (ARAS, 2012, p. 5)

Sérgio Fernando Moro (2010, p. 36) defende que a eliminação do rol de crimes antecedentes possui vantagens no sentido de facilitar a criminalização e a persecução penal deste delito e desvantagens, uma vez que haveria uma “vulgarização” do crime de lavagem, acarretando em um apenamento ao delito de lavagem superior à sanção prevista do delito antecedente bem como impediria que os recursos para a prevenção e persecução penal fossem focados na criminalidade organizada. O autor aponta como soluções para as desvantagens a existência de proporcionalidade entre a pena do delito antecedente e a pena do crime de lavagem de dinheiro e o “desenvolvimento de mecanismos formais e controláveis para viabilizar certa seletividade na prevenção e repressão do crime de lavagem”.

De Carli (2011, p. 189) aduz que a solução para atenuar essa construção extremamente aberta trazida pela extinção do rol de delitos antecedentes seria a limitação da aplicação da lei com base na pena prevista para o crime antecedente, por exemplo, limitar aos casos nos quais o delito antecedente for punido com pena máxima privativa de liberdade superior a um ano.

Seguimos, portanto, este entendimento, no sentido de que a limitação com base na gravidade do crime antecedente seria adequada. Contudo, diante da situação legislativa posta, ou seja, na vigência da Lei nº 12.683/12, a tipificação do crime de lavagem, tendo qualquer infração penal como delito antecedente, pode trazer avanços no combate ao crime organizado, desde que a aplicação da lei seja pautada na proporcionalidade entre a pena da infração antecedente e a pena imputada ao crime de lavagem de dinheiro.

Conclui-se que a Lei nº 12.683/12 traz avanços e deve ser interpretada e compreendida à luz das garantias e dos princípios do Estado Democrático de Direito, sendo aplicada de forma cautelosa, pautada pela percepção de que o combate à lavagem de dinheiro tem por objeto o combate à criminalidade organizada.

4 A instrução criminal processual

O processo penal possui peculiaridades conferidas pelas normas jurídicas processuais, de modo que pode ser compreendido como um instrumento que determina o poder do Estado de averiguar a verdade e impor a sanção, bem como uma garantia ao réu e, logo, para a sociedade, de que haverá punição caso haja fundados motivos (BONFIM, 2012, p. 46).

Tem-se, portanto, que ao *jus puniendi* estatal opõe-se o *jus libertatis* do acusado, sendo que, para atingir a finalidade a que se destina, o processo penal deverá obedecer a um regular desenvolvimento, que implica a existência de uma relação jurídica processual e a consecução de uma sequência de atos anteriores e preexistentes.

Diante da criminalidade econômica ora apreciada, questiona-se se o processo penal “tradicional” é capaz de inserir dentro das perspectivas investigatórias destes crimes.

4.1 Princípios processuais penais

Inicia-se a abordagem dos princípios processuais penais, com ênfase no princípio do livre convencimento motivado do juiz ou persuasão racional e de que modo este contribui para a eficiência da instrução criminal nos crimes de lavagem de dinheiro. O tema que ora se propõe tratar relaciona-se à busca da verdade no processo penal e à atuação do juiz na persecução penal dos crimes econômicos.

Primeiramente, faz-se fundamental compreender os princípios do processo penal. Nesse sentido, destaca-se o ensinamento do autor Edilson Mougenot Bonfim (2012, p. 74):

entendemos os princípios do processo penal – ou princípios informativos do processo penal – como aquelas normas que, por sua generalidade e abrangência, irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito, ao mesmo tempo em que conferem unidade ao sistema normativo em alguns casos, diante da inexistência de regras, resolvendo diretamente os conflitos. Destarte, quando tais normas (princípios) conferem garantia de cunho fundamental (direitos fundamentais) aos jurisdicionados, aludem-se então às garantias fundamentais, que, em sede de processo penal, configuram as garantias processuais. Bem se vê, daí, o diálogo constante e a difícil separação da expressão princípios e garantias.

Os poderes instrutórios do juiz, na forma como concebidos no Código de Processo Penal brasileiro (arts. 155 a 157), exercem-se sob a tutela dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da vedação da prova ilícita e, da livre convicção, ou persuasão racional, princípios estes que passaremos a apreciar.

O princípio do devido processo legal fundamenta-se no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, constituindo, basicamente, a garantia de que o conteúdo da jurisdição é a legalidade, de modo que a previsão estabelecida em lei deve ser rigorosamente obedecida.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa fundamentam-se no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. O princípio do contraditório pode ser compreendido como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los” (ALMEIDA, 1973, p. 82), constituindo uma garantia conferida às partes de que elas efetivamente participarão da convicção do juiz, ou seja, este princípio significa que cada ato praticado durante o processo seja resultante da participação ativa das partes. Já o princípio da ampla defesa, consubstancia-se no direito das partes de oferecer argumentos em seu favor e de demonstrá-los, conectando-se ao princípio do contraditório supramencionado e ao princípio da igualdade. Assim, a ampla defesa deve seguir os meios e elementos de alegações e provas no tempo processual oportunizado por lei.

Nesse sentido, destaca-se o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição, que consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para rebater a credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). Vislumbra-se nessa conjuntura, a regra probatória do *in dubio pro reo*, segundo a qual recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável (LIMA, 2015, p. 44).

O princípio da vedação da prova ilícita está fundamentado no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal e configura a vedação a que o júízo adote, como elemento de convencimento no curso do processo penal, elementos obtidos por meios considerados ilícitos. Mougnot muito bem discorre sobre este princípio, relacionando-o ao princípio do livre convencimento motivado, que será estudado em tópico específico a seguir.

Assim, conquanto o processo penal tenha por finalidade a busca pela verdade real, esse valor encontra limites em outros valores tutelados pelo ordenamento jurídico, principalmente nos direitos e garantias fundamentais assegurados ao cidadão. Provas obtidas por meios ilegítimos, portanto, não devem influir na formação do convencimento do juiz. (MOUGENOT, 2012, p. 89)

4.1.1 O princípio do livre convencimento motivado

No sistema processual brasileiro, vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz ou persuasão racional (previsão expressa no artigo 155 do Código de Processo Penal), segundo o qual o juiz é livre para atribuir valores às provas produzidas no processo, devendo fazê-lo de acordo com critérios racionais e expor os motivos que levaram à decisão. Este sistema de apreciação de provas busca aliar a transparência no julgamento à liberdade do magistrado na valoração das provas.

Ressalta-se que esta liberdade do julgador quanto ao convencimento não dispensa fundamentação, explicitação. O juiz deve declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, de modo que as partes, eventualmente, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas (OLIVEIRA, 2007, p. 330).

O livre convencimento motivado pode ser considerado uma garantia política, uma vez que permite o controle da atividade jurisdicional, bem como uma garantia processual, já que permite à parte se irredimir por meio do recurso cabível, baseando-se no conhecimento das razões de decidir (GOMES FILHO, 2001, p. 79).

Trata-se, pois, de um sistema ou método de apreciação de provas, que visa aliar transparência no julgamento com relativa liberdade do julgador na valoração da prova. Neste sistema, o juiz forma livremente a sua convicção, apreciando o conjunto probatório e valorando racionalmente os elementos de prova, de modo que deve fundamentar as decisões, pautando-as nos elementos que foram carreados aos autos.

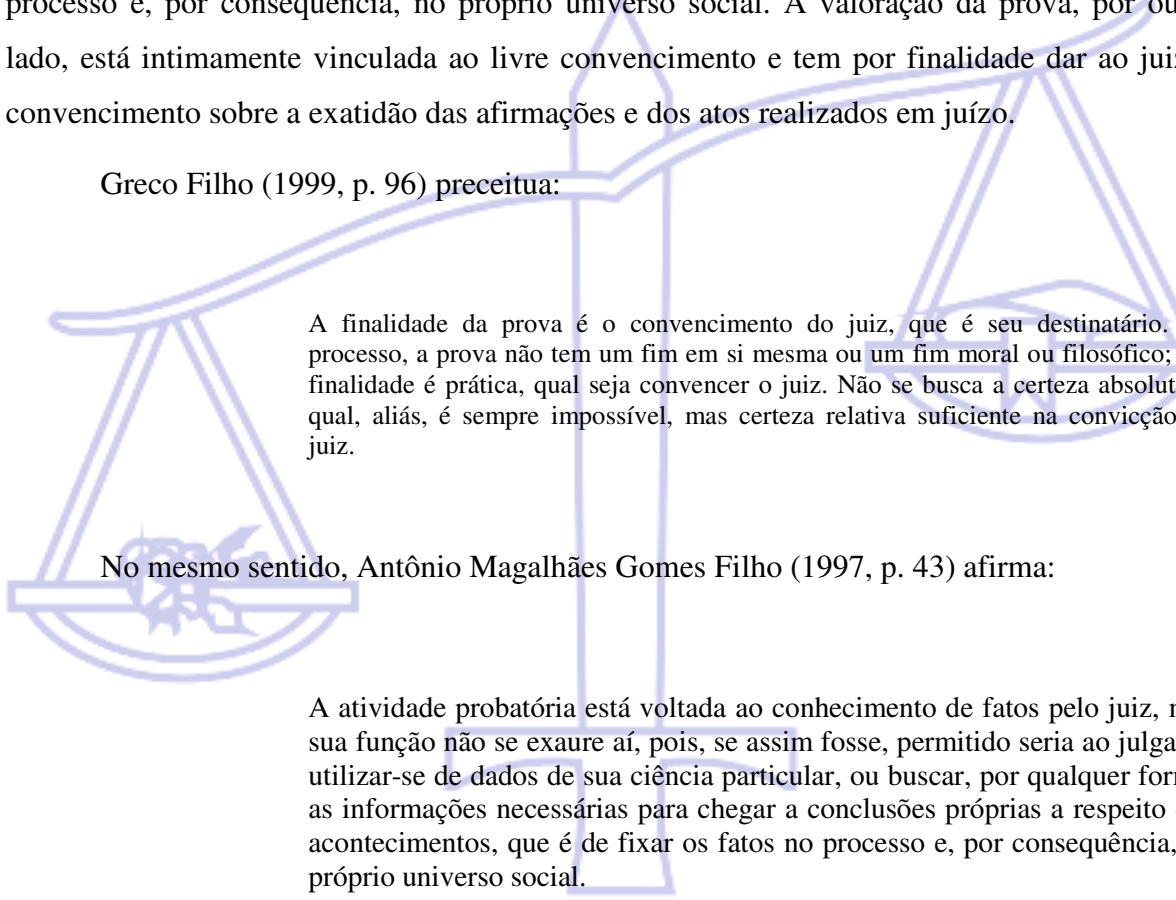
Verifica-se que o sistema de persuasão racional é uma maneira de garantir flexibilidade aos julgamentos ao permitir um controle objetivo sobre a legalidade das

decisões, evitando situações manifestamente injustas ensejadas pela adoção cega do sistema de prova legal.

No processo penal, a produção e valoração da prova são temas de extrema relevância, relacionando-se com a possibilidade ou impossibilidade de reconstrução e demonstração do fato imputado em juízo, sendo a prova elemento indispensável ao processo e à decisão judicial.

A prova, dessa forma, volta-se a formar o convencimento do juiz, que é seu destinatário; possui também função legitimadora das decisões judiciais, pois fixa os fatos no processo e, por consequência, no próprio universo social. A valoração da prova, por outro lado, está intimamente vinculada ao livre convencimento e tem por finalidade dar ao juiz o convencimento sobre a exatidão das afirmações e dos atos realizados em juízo.

Greco Filho (1999, p. 96) preceitua:



A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas certeza relativa suficiente na convicção do juiz.

No mesmo sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 43) afirma:

A atividade probatória está voltada ao conhecimento de fatos pelo juiz, mas sua função não se exaure aí, pois, se assim fosse, permitido seria ao julgador utilizar-se de dados de sua ciência particular, ou buscar, por qualquer forma, as informações necessárias para chegar a conclusões próprias a respeito dos acontecimentos, que é de fixar os fatos no processo e, por consequência, no próprio universo social.

Ressalta-se que a liberdade de convicção jamais deve implicar arbítrio ou decisão irracional, ou busca incessante de prova justificadora de decidir. O juiz, a partir da análise do conteúdo probatório, chega à determinada convicção e, por meio da motivação, demonstração dos fatos e das provas produzidas, evita-se o abuso, o arbítrio judicial e se legitima a persecução penal, valendo-se sempre do princípio da presunção de inocência. A segurança jurídica, a validade e a eficácia dos julgados assentam-se, pois, em decisões fundamentadas, assegurando-se o devido processo penal.

4.1.2 O princípio do livre convencimento motivado e a instrução processual dos crimes econômicos

No contexto da criminalidade econômica, destacam-se algumas particularidades relacionadas ao processo penal. Neste momento, passaremos a analisar a questão da prova emprestada e da prova por indício, institutos que ganham destaque na persecução penal, diante da perspectiva do livre convencimento motivado.

Primeiramente, tem-se que grande parte da prova produzida no contexto destes crimes é documental e, muitas vezes, foi apresentada em outro processo, chegando ao processo sob o manto de prova emprestada, geralmente por petição de uma das partes.

Assim, esta prova chega ao processo já devidamente formada, não cabendo o contraditório para a sua realização. No entanto, imprescindível se mostra o contraditório, não para a realização desta prova, mas para valorar a prova já produzida sem o contraditório.

Badaró, sobre este contraditório, esclarece que “além de assegurar o direito de produzir as suas provas e participar da produção, em confronto, das provas da parte contrária, o direito ao confronto fortalece o sistema acusatório” (2014, p. 167-168).

Este contraditório para valoração da prova pré-constituída; no caso em apreço, da prova emprestada, é absolutamente indispensável o devido processo legal, pois é exatamente neste momento em que as partes poderão contraditá-la, por exemplo, por ter sido obtida de forma ilícita, ou ainda, que a prova, por ventura, possua algum tipo de vício.

Destaca-se ainda a prova por indícios, que são disciplinados no artigo 239 do Código de Processo Penal e o seu valor probante, em especial, para lastrear decisão condenatória. A problemática na análise dos indícios, em parte, decorre do tratamento legislativo deles. O Código de Processo Penal insere-os no capítulo da prova e estabelece “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

O indício, embora inserido no capítulo de prova, afirma-se que não é meio de prova, mas “o resultado probatório de um meio de prova. O indício é o fato provado, que permite, mediante inferência, concluir pela ocorrência de outro fato” (BADARÓ, 2008, p. 266), ou é prova indireta “fato secundário, conhecido e provado” (NUCCI, 2012, p. 520).

Apesar das divergências concernentes à classificação, compreende-se que o valor probatório do indício não se vincula a quantidade ou qualidade do indício, mas na possibilidade de, na ausência de prova direta, o juiz por meio de processo lógico de natureza indutivo-dedutiva, em “cuja base está o fato conhecido, este como causa ou efeito de outro fato, indica-o, é o elemento indiciário, ou simplesmente, indício” (TUCCI, 1978, p. 191).

Maria Thereza Rocha de Assis (1994, p. 91) preceitua:

Vários indícios graves, precisos e concordantes, analisados em conjunto, podem levar à certeza processual do fato indicado, quando se unirem e se consolidarem sob forte nexó lógico. Para tanto, faz-se indispensável que a conclusão se apresente precisa e segura, vale dizer, que apareça como resultado lógico imediato, e não como o final de dispendiosa cadeia de argumentos, cuja complicação estará indicando, precisamente, o contrário. A necessidade moral ou física da conclusão, obtida mediante o exame do conjunto de todos os indícios, constitui, por assim dizer, o verdadeiro fundamento do valor probatório dos indícios.

Assim, reconhecendo-se o valor probante dos indícios, se e quando observada a estrita legalidade subsidiar, de modo fundamentado, o livre convencimento do juiz, é preciso afastar qualquer vinculação ou equiparação do indício com a presunção.

A presunção decorre de uma operação intelectual, mediante raciocínio lógico, partindo de um fato para se chegar a outro fato não provado. A presunção não constitui meio de prova. Com efeito, a presunção é subjetiva, abstrata, genérica, já o indício é objetivo, concreto, específico, não podendo ser confundidos.

Verifica-se, portanto, que a função do juiz é extremamente essencial, e vai muito além dos poderes instrutórios, pois sua importância não decorre somente do fato de ser o terceiro imparcial neste jogo processual penal, mas sua função é sim de garantidor dos direitos e garantias fundamentais.

Marcus Vinícius Reis Bastos (2013, p. 413) muito bem esclarece:

é possível afirmar, neste quadro, que a correta inteligência das garantias constitucionais aplicadas ao processo, aliada a cuidadoso exame dos princípios que norteiam o processo penal brasileiro, revela tratar-se de sistema voltado à salvaguarda da dignidade da pessoa humana e ao reconhecimento da pauta mínima de direitos, assim considerados aqueles expressos na declaração dos direitos do homem.

Destaca-se nesse contexto a importância do *in dubio pro reo* não como uma simples regra de apreciação de provas, mas como um instrumento a ser utilizado no momento da valoração das provas. Ou seja, na dúvida, a decisão tem de favorecer o acusado, uma vez que ele não tem obrigação de provar que não praticou a conduta delituosa. Cabe, portanto, à acusação afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou o delito que lhe é atribuído (LIMA, 2015, p. 45).

Isto posto, do ponto de vista constitucional e do sistema de persuasão racional ora apreciado, deve o juiz, neste momento da colheita da prova, ser o “garantidor” das garantias e direitos fundamentais de todo e qualquer acusado. Portanto, em que pese a necessária especificidade nas investigações, deve o processo penal, em um Estado Democrático de Direito, conter o poder punitivo a fim de que o processo penal democrático não sirva de ferramenta de Segurança Pública ao Estado (LACONO, 2015).

5 Conclusão

O verdadeiro desafio que se vislumbra diante da criminalidade econômica que se instaura na sociedade de risco é combater de forma efetiva o crime organizado sem abdicar dos princípios e garantias que norteiam um Direito Penal Democrático. Para que isso ocorra, é fundamental que o Estado disponha de meios adequados para garantir uma eficiente instrução processual criminal.

Para melhor aplicar o direito posto, faz-se mister explorar juridicamente a relação de complementaridade funcional existente entre o Direito Penal Econômico e o Direito Processual Penal, cujo intuito é concretizar as disposições constitucionais e infraconstitucionais que protegem bens jurídicos supraindividuais.

O princípio do livre convencimento motivado destaca-se na busca de soluções para a eficiência da instrução criminal processual no âmbito da criminalidade econômica, uma vez que é capaz de atrelar os demais princípios processuais penais, como o devido processo legal, os princípios do contraditório e da ampla defesa e o princípio da presunção de inocência, interpretando as inovações processuais à luz das garantias de um Estado Democrático de Direito.

The rational persuasion of the judge in the context of economic criminality: solutions for the efficiency of the criminal fact finding fase

Abstract: The money laundering crime is developed in the context of risk society in which organized crime uses the facilities of the global financial system to expand its illicit gains. In this perspective, the supra-individual legal interests grow in relevance, since macrocriminality exceeds the limits of individual rights. In this scenario, the economical criminality takes place and in order to provide answers to new presented risks a Criminal Economic Law is developed. Therefore, one of the consequences of the globalized risk society is the criminalization of money laundering.

Keywords: Risk society. Organized crime. Criminal legal interests. Economic Criminal Law. Criminal procedure principles. Rational persuasion of the judge. Money laundering.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais , 1973.

ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. **Manual de prevención del blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 10, n. 237, p. 5-6, dez. 2012.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 157-179, p. 167-168, jan./fev. 2014.

_____. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevir, 2008.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloísa. Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 10, n. 237, p. 2, dez. 2012.

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BARROS, Marcos Antonio de; CONTE, Christiany Pegorari. **Antilavagem de dinheiro**: ensaio sobre uma cultura em formação. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/dcxaz7.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do juiz no processo penal. In: HIRECHE, Gamil Föppel El; SCARPA, Antonio Oswaldo (Org.). **Temas de Direito Penal e Direito Processual Penal**: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. São Paulo: Juspodivm, 2013.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Traducción Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BRASIL. **Decreto nº 5.015**, 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 29 dez. 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CALLEGARI, André Luis. **Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro**: aspectos criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Problemas pontuais da Lei de Lavagem de Dinheiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 188, jul./set. 2000.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DALMAS, Samir Bahlis. A teoria da acessoriedade limitada e a relação de semelhança entre os delitos de lavagem de dinheiro e de receptação. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 20 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49484&seo=1>>. Acesso em: 3 jan. 2015

CARLI, Carla Verissimo de (Org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FABÍAN CAPARRÓS, Eduardo. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Colex, 1998.

FROSSARD, Denise. Lavagem de dinheiro e a lei brasileira. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, 2004.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRUPO DE APOIO FINANCEIRO. **As recomendações do GAFI**: padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo e da proliferação. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2015.

LACONO, Ricardo Fanti. Processo penal econômico, ele existe? É compatível com o sistema acusatório? **Empório do Direito**, 18 mar. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/tag/processo-penal-economico/>> Acesso em: 30 abr. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**: anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El Derecho Penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

MONTE, Mário Ferreira. Um olhar sobre o futuro do Direito Processual Penal: razões para uma reflexão. In: MONTE, Mário Ferreira (Coord.). **Que futuro para o Direito Processual Penal?** Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. rev. ampl e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro**: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANCTIS, Fausto Martin de. Antecedentes do delito de lavagem de valores e os crimes contra o sistema financeiro nacional. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Crime organizado**: aspectos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal Econômico**: fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SUTHERLAND, Edwin. White-collar criminality. **American Sociological Review**, Washington, v. 5, n. 1, feb. 1940.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Corpo de delito no Direito Processual Penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978.

□ Recebido: maio/2015. Aprovado: fevereiro/2016.

