

Breves Notas sobre Lavagem de Dinheiro: Cegueira Deliberada e Honorários Maculados

Vlamiir Costa Magalhães

Juiz Federal. Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Regulação e Direito Público da Economia pela Universidade de Coimbra/Portugal.

“A democracia liberal protege os direitos do homem e não os crimes do homem. Maldita seria a democracia liberal, se se prestasse a uma política de cumplicidade com a delinquência.”¹

1 - RELATO HISTÓRICO

A ciência penal enfrenta atualmente uma nova era da criminalidade marcada pela organização, internacionalidade e poderio econômico². As tendências do sistema punitivo são, mais do que nunca, pautadas pelas nuances econômico-sociais. Neste contexto, a camuflagem do patrimônio de origem ilícita tem se revelado como instrumento de perpetuação do ciclo vicioso de refinanciamento da delinquência moderna, motivo pelo qual significativa parcela da doutrina vem contrariando o já corriqueiro discurso de crítica ao alargamento temático do ordenamento criminal,

1 Cf. HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**, v. I, tomo I: arts. 1º ao 10. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 67.

2 SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 80.

uma vez que se reconhece no combate à lavagem de dinheiro um claro exemplo de expansão razoável³ do Direito Penal.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o encobrimento do produto patrimonial de infrações penais resume a essência do que se convencionou chamar de lavagem de dinheiro e a tipificação penal desta conduta não representou a simples adição de um delito ao catálogo legal, mas sim a implementação de inédita política de enfrentamento das graves e incisivas manifestações criminosas que, de regra, precedem ou envolvem a lavagem de dinheiro⁴.

Há milênios, o Código de Hamurabi já punia, com a pena de morte, aquele que se encontrasse na posse ou fruição de bens da Corte, da Igreja ou de escravos de terceiros, sem a devida comprovação da licitude da aquisição⁵. Há, no entanto, quem aponte que a incriminação mais assemelhada à lavagem teve origem na China, onde, há cerca de três mil anos, era previsto o sancionamento penal de mercadores que transferissem a terceiros bens sonogados perante o Estado⁶.

Se por um lado, perdem-se no tempo as tentativas de fazer valer o ditado segundo o qual o crime não compensa - ou não deve compensar -, por outro lado, é recente o processo de sofisticação da reciclagem patrimonial. Na interessante dicção de AMBOS⁷, a mentalidade reitora da vigente política criminal pretende que o criminoso seja obrigado a permanecer sentado em seu capital sujo, o que deve se dar, segundo a complementação de MORO⁸, até que o Estado lhe tome o assento.

3 Pela pertinência do trecho, vale a transcrição: *"O que interessa ressaltar neste momento é tão-somente que existe, seguramente, um espaço de 'expansão razoável' do Direito Penal, ainda que, com a mesma convicção próxima da certeza, se deva afirmar que também se dão importantes manifestações da 'expansão desarrazoada'.* A título puramente orientativo: a entrada maciça de capitais procedentes de atividades delitivas (singularmente, do narcotráfico) em um determinado setor de economia provoca uma profunda desestabilização desse setor, com importantes repercussões lesivas. É, pois, provavelmente razoável que os responsáveis por uma injeção maciça de dinheiro negro em um determinado setor da economia sejam sancionados penalmente pela comissão de um delito contra a ordem econômica. Mas, vejamos, isso não faz, por si só, razoável a sanção penal de qualquer conduta de utilização de pequenas (ou médias) quantidades de dinheiro negro na aquisição de bens ou retribuição de serviços. A tipificação do delito de lavagem de dinheiro é, enfim, uma manifestação de expansão razoável do Direito Penal (em seu núcleo, de alcance muito limitado) e de expansão irrazoável do mesmo (no resto das condutas, em relação as quais não se possa afirmar em absoluto que, de modo específico, lesionem a ordem econômica de modo penalmente relevante)." Cf. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María, *Op. cit.*, p. 28.

4 MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

5 GIORDANI, Mário Curtis. **História do Direito Penal entre os povos antigos do oriente próximo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 12/17.

6 Neste sentido: MACEDO, Amílcar Fagundes Freitas. "O crime de lavagem de dinheiro – algumas reflexões." **Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: AJURIS, março/2008, p. 10.

7 AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Afflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 63.

8 MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 16.

É extensa a variedade de denominações aplicadas à dissimulação de bens decorrentes da prática de infrações penais, sendo colacionadas pela doutrina especializada as seguintes: *blanchiment d'argent* (França e Bélgica); *blanchissage* (Suíça); *gelwäsche* (Alemanha); *blanqueo de capitales* (Espanha); *riciclaggio di denaro sporco* (Itália); *lavado de dinero* (Argentina); *money laundering* (EUA e Reino Unido) e branqueamento de capitais (Portugal). Desta exposição, constata-se que a preocupação em torno do tema está longe de ser exclusiva de determinado país ou região, sendo, ao revés, compartilhada universalmente.

Acolheu-se no Brasil a expressão “lavagem de dinheiro”, o que, segundo a exposição de motivos da Lei n. 9.613/98⁹, ocorreu com base em duas justificativas: (1) a tentativa de uniformização mediante acolhimento da linguagem usualmente empregada em tratados internacionais sobre a matéria e (2) a intenção de afastar possíveis conotações racistas decorrentes do termo “branqueamento”. Entretanto, subsiste crítica doutrinária que vislumbra a opção do legislador como atécnica e desafortunada¹⁰, seja pelo indevido emprego de linguagem figurada, seja porque, segundo a própria dicção legal, o comportamento incriminado abrange como possível objeto material não apenas dinheiro em espécie, mas quaisquer bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, da prática de infração penal.

Etimologicamente, costuma-se atribuir o surgimento da expressão “*money laundering*” (lavagem de dinheiro, em tradução literal) ao fato de Alphonsus Gabriel Capone, criminoso ítalo-americano conhecido como Al Capone ou *Scarface*, ter utilizado lavanderias de roupas e automóveis para mascarar sua ilícita evolução patrimonial. Vale lembrar que, apenas em 1931, Capone veio a ser condenado por sonegação de imposto de renda, sendo certo que jamais foi responsabilizado pelo crime que o notabilizou, qual seja o contrabando de bebidas alcoólicas durante a vigência da Lei Seca nos EUA¹¹.

9 O texto integral consta do seguinte endereço eletrônico: <https://www.coaf.fazenda.gov.br>. Acesso em 21.06.2013.

10 Há quem proponha a denominação “lavagem de ativos”. Neste sentido: CALLEGARI, André Luís; Scheid, Carlos Eduardo e Andrade, Roberta Lofrano. “Breves anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro.” In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 92. São Paulo: RT, setembro/2011, p. 247. Embora seja correta a crítica doutrinária, serão indistintamente utilizadas neste trabalho as expressões lavagem de dinheiro e de capitais, haja vista a corriqueira utilização de ambas no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

11 Sobre o tema, segue a interessante impressão de FROSSARD: “Desde a famosa condenação de Al Capone por sonegação de imposto de renda, sabemos que o aspecto financeiro é o ponto muitas vezes vulnerável de organizações criminosas. No entanto, não somos apenas nós, autoridades públicas, que aprendemos com a experiência. O crime organizado também aprende sua lição e sabe que é preciso ocultar, cada vez melhor, os rendimentos obtidos com

No interessante relato de MORRIS¹² consta que os agentes públicos responsáveis pela captura de Capone não eram policiais fortemente armados, conforme retratado no premiada produção hollywoodiana intitulada **Os Intocáveis**, mas sim contadores da agência de tributos dos EUA (atualmente Secretaria da Receita Federal), então chefiados pelo economista Eliot Ness. Este dado enfatiza a realidade típica de uma criminalidade inteligente, requintada e que foge do estereótipo predominantemente violento ao qual o sistema penal está acostumado. Tanto é assim que o insucesso de Capone no encobrimento da raiz criminosa de sua renda estimulou outros criminosos a contratarem profissionais do campo jurídico-financeiro visando à criação de métodos que os livressem do mesmo destino, o que deu origem, por exemplo, à ideia de investimento em cassinos de Las Vegas e Cuba.

Inicia-se, então, a tendência de terceirização e especialização da lavagem fazendo com que, a cada ação repressiva das autoridades estatais, novas metamorfoses sejam notadas no tocante ao aperfeiçoamento técnico e expansão mercadológica da lavagem de dinheiro. Estudos recentes apontam, por exemplo, que, sobretudo na Itália e na Inglaterra, clubes de futebol vêm servindo como veículos para reciclagem de recursos ilícitos¹³. Talvez por mera coincidência (talvez não), clubes brasileiros remeteram, entre os anos de 2002 e 2012, cerca de cento e noventa milhões de dólares para países considerados paraísos fiscais (dentre eles, Ilhas Virgens e Bahamas) em negociações de direitos federativos sobre atletas¹⁴.

Por todas as vicissitudes demonstradas, a lavagem de dinheiro tem se desenhado como viva expressão de teoria criminológica da aprendizagem social, também denominada associação diferencial¹⁵, o que importa

a prática de delitos. Essa realidade exige de nós a atualização permanente." Cf. FROSSARD, Denise. "A Lavagem de Dinheiro e a Lei Brasileira". In: **Revista de Direito Penal** n. 01. Porto Alegre: Editora Magister, agosto/2004, p. 30.

12 MORRIS, Stanley E. "Ações de combate à lavagem de dinheiro em outros – experiência americana". In: **Anais do Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro**. V. 17. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2000, p. 37.

13 Neste sentido: GREER, Charlie. "*Money laundering in football*." Texto em idioma inglês disponível em: <http://www.proximalconsulting.com/>. Acesso em 01.05.2013.

14 Conforme matéria publicada, no dia 14.07.2013, pelo jornal **Folha de São Paulo** (p. D1) baseada em dados do Banco Central. Também alertando sobre o tema: DE SANCTIS, Fausto Martin. **Lavagem de dinheiro: jogos de azar e futebol – análise e proposições**. Curitiba: Juruá, 2010.

15 Neste sentido: GOMES, Luiz Flávio. "Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem." In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 172. A teoria da associação diferencial ou da aprendizagem social foi vislumbrada por Edwin H. Sutherland na década de 30 e prega que a atuação criminosa é difundida por meio de um processo de convivência e comunicação denominado interacionismo simbólico. Assim, a verdadeira origem da delinquência econômica moderna estaria ligada à transmissão de informações, racionalizações e motivos

em reafirmar o equívoco de não se enxergar que organizações criminosas têm tirado lições de suas próprias falhas de modo a estarem sempre um passo à frente do Estado, tarefa na qual, infelizmente, têm logrado êxito.

O marco normativo internacional acerca da incriminação da lavagem de capitais somente adveio em 20.12.1988¹⁶, com a celebração da Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes¹⁷, na qual se determinou (art. 3) aos Estados signatários a tipificação penal da dissimulação de bens oriundos da exploração do narcotráfico, o que é compreensível, haja vista ser este, ainda hoje, o delito mais lucrativo que se conhece¹⁸. Assim, reconhecida a independência do interesse jurídico tutelado por meio da incriminação da lavagem de dinheiro em relação ao delito antecedente¹⁹, os ordenamentos nacionais passaram a incriminar a lavagem de capitais e não mais considerá-la como mera fase de exaurimento do crime antecedente.

Paralelamente, foram envidados esforços no sentido de criar entidades e instrumentos internacionais antilavagem, destacando-se, neste particular, a criação do GAFI – Grupo de Ação Financeira Internacional, organismo intergovernamental criado em dezembro de 1998 e que tem o objetivo de colher dados e editar recomendações²⁰ sobre medidas de

favoráveis ao caminho criminoso. Em suma, o crime não seria um fato hereditário, fortuito ou irracional: o crime se aprende e a transmissão deste ensinamento provoca uma reação em cadeia (efeito resaca ou espiral). Sobre o tema: SERRANO MAÍLLO, Alfonso. **Introdução à Criminologia**. 1a ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 202; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 275 e HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 60.

16 A Itália foi o primeiro país a criminalizar a lavagem de capitais, o que se deu em 1978. Os EUA o fizeram em 1986, por meio da edição do *Money Laundering Control Act*.

17 No Brasil, o Decreto n. 154, de 26.06.1991, promulgou a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

18 A Conferência das Nações Unidas sobre o crime organizado global de 1994 estimou que o tráfico mundial de drogas auferia em torno de 500 milhões de dólares anualmente, ou seja, um volume lucrativo maior que o do comércio mundial de petróleo. Cf. ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal**. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 3.

19 Embora haja divergência quanto ao interesse jurídico tutelado por meio da incriminação da lavagem de dinheiro, reconhece-se maciçamente a autonomia deste em relação ao crime antecedente e, por conseguinte, a não aplicação do princípio da consunção à hipótese e o não cabimento da alegação de dupla punição pelo mesmo fato (*bis in idem*). Neste sentido: CALLEGARI, André Luís; SCHEID, Carlos Eduardo e ANDRADE, Roberta Lofrano. "Breves anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro." In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** n. 92. São Paulo: RT, setembro/2011, p. 244. Registre-se, porém, que GRECO FILHO defende isoladamente que o crime de lavagem de dinheiro não tem autonomia, eis que tutelaria exclusivamente um bem jurídico "satélite" ou "periférico" já protegido pelo crime antecedente. Neste sentido: FILHO, Vicente Greco. "Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais". In: **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira**. Coord. José de Faria & Silva e Marco Antonio Marques da Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 454.

20 As 40 recomendações do GAFI foram prolatadas em 1990 e revistas pela primeira vez em 1996. Nesta última versão, foram adotadas por mais de 130 países, passando a constituir o padrão internacional de combate à lavagem de dinheiro. Este histórico e o teor de todas as recomendações mencionadas encontram-se disponíveis, em idioma inglês, no seguinte endereço eletrônico: <http://www.fatf-gafi.org>. Acesso em 05.01.2013.

combate à lavagem de dinheiro, bem como avaliar o cumprimento destas mediante listagem de países não cooperantes.

É imperativo esclarecer que as eufemísticas alcunhas de paraíso fiscal, *tax haven* ou país não cooperante podem induzir à falsa noção de mera caracterização de imunidade tributária. Em verdade, a denominação é aplicável a Estados que, com o intuito de atrair capitais de qualquer procedência, promovem a profunda desregulamentação de seus sistemas bancários e financeiros, abdicando ou fazendo vistas grossas em relação à diretriz *know your customer*, isto é, a política de identificação dos titulares dos investimentos e manutenção de registros das respectivas operações²¹.

Após longo período de certa condescendência²² com o crime de lavagem de dinheiro, o Brasil começa a dar sinais de que pretende alinhar-se ao movimento internacional a fim de não se tornar mais um refúgio seguro para capitais de origem ilícita. Fato é que, ao menos por ora, as normas antilavagem têm escassa aplicação no Brasil e somente em casos pontuais o assunto toma a atenção da sociedade, o que se dá, sobretudo, por impulso de manchetes jornalísticas.

2 - A CONTEXTUALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO NO CENÁRIO JURÍDICO-PENAL CONTEMPORÂNEO

Costuma-se atribuir ao movimento iluminista a formação do Direito Penal chamado doutrinariamente de liberal, tradicional ou clássico e que teria se constituído a partir da segunda metade do século XVIII. Tratava-se

21 Cite-se o exemplo das Ilhas Cayman que possuíam, no ano 2000, cerca de 36 mil habitantes e uma taxa de 1,25 empresas por habitante, além de um total de 596 bancos e 1.800 fundos de investimentos, nos quais encontravam-se alocados cerca de 500 bilhões de dólares, o que tornava este pequeno país no quinto centro financeiro do mundo. Ocorre que, do total citado, apenas 110 bancos mantinham sede física no país e os demais estariam situados em “coqueirinhos”, sendo assim chamadas as caixas postais do local. Um estudo do FMI datado de 1997 já retratava o crescimento do montante em dinheiro depositado em paraísos fiscais, de um total de 3,5 trilhões e meio de dólares em 1992 para 4,8 trilhões de dólares em 1997, sendo que 1/3 deste valor estaria em paraísos caribenhos. Curiosamente, o ciclo histórico denota que, no passado, os piratas medievais teriam escondido naquelas ilhas seus tesouros sarrupados ao passo que, no presente, são os piratas econômico-financeiros da modernidade que voltam a fazer o mesmo, mas de maneira muito mais sofisticada e sorradeira. Cf. MORAES, Deomar de. “Paraísos fiscais, centros *offshore* e lavagem de dinheiro.” **Anais do Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro**. V. 17. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2000, p. 95/103.

22 Em entrevista publicada no jornal **Folha de São Paulo**, em 28.10.2005, p. A-7, o então Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, afirmou o seguinte: “*Existe hoje no Brasil, solidamente estabelecida, uma cultura de condescendência com a lavagem de dinheiro.*” Ainda segundo o então Ministro, a luta contra a lavagem de dinheiro precisaria prosseguir por vários motivos e arrematou que: “*(...) o principal deles é que (a lavagem) atrapalha a luta contra o crime organizado, porque essa massa de dinheiro acaba se misturando com o dinheiro do traficante de drogas, do traficante de seres humanos, de armas, que, esses sim, estão condenados ao caixa dois e têm de ser combatidos fortemente pelo poder público.*”

do esboço de um sistema de garantias voltado a albergar liberdades individuais em face das arbitrariedades típicas da era feudal. Neste contexto, desenvolveu-se um conjunto de ideias que funcionou como plataforma de resistência ao sistema punitivo do Estado Absolutista. Nota-se, entretanto, que a pauta de discussões penais gravita atualmente sobre delitos distintos do paradigma clássico e, neste aspecto, perde força o protagonismo dos crimes violentos (ou de sangue) e da delinquência patrimonial em sentido estrito, tópicos dominantes no século XIX e em boa parte do século XX.

Há décadas, BARATTA já assinalava que os interesses que pertencem ao âmbito da incolumidade física e patrimonial individual são historicamente privilegiados em relação aos interesses difusos ou coletivos (também do ponto de vista jurídico-processual), ainda que estes últimos não sejam menos importantes para a qualidade de vida dos indivíduos e afetem a um número maior deles. Logo, o Direito Penal não pode se furtrar ao cumprimento de sua missão fundamental concernente à proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade de sua época. Neste aspecto, para além da liberdade e do patrimônio meramente individual, o ordenamento penal deve proteger também as circunstâncias econômico-sociais necessárias à convivência pacífica e ao desenvolvimento da cidadania, bem como o funcionamento do aparato estatal destinado ao atendimento destes objetivos.

Sob risco de injustificável ucronismo²³, já não se mostra viável a centralização do debate jurídico-penal na criminalidade das ruas (patrimonial e violenta), com seus métodos explícitos, além de autores e vítimas bem identificados individualmente. Há que se atentar para o fato de que as mais fortes expressões da macrocriminalidade moderna (v.g.: tráfico de armas, pessoas e entorpecentes; crimes econômico-empresariais; fraudes fiscais, dentre outros) atingem interesses não diretamente individuais, mas sim de toda a coletividade. No mesmo diapasão, a impressão de FELDENS dá conta de que, na era da sociedade em rede, a criminalidade violenta vê-se substituída pela astúcia, pelo enleio, pelo ardid, pela fraude e pelo artifício num contexto em que as ruas cedem espaço às infovias, fazendo do computador e da tecnologia instrumentos do crime.

Na dinâmica do planejamento da delinquência moderna, observa-se

23 SILVA-SÁNCHEZ emprega a expressão “ucronismo” para expressar a mescla entre utopia e história, uma espécie de exercício mental de imaginar a história da forma como ela poderia ter sido e não como realmente transcorreu. Neste sentido, o aludido autor chama de ucronismo a resistência de parcela da doutrina quanto à modernização do Direito Penal e tentativa de retorno ao modelo centrado na proteção exclusiva de interesses individuais. Cf. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Op. cit.*, p. 136.

que a dissimulação do patrimônio de procedência ilícita tem funcionado como mola propulsora de grupos criminosos estruturados que, desta forma, garantem a preservação e, não raramente, o incremento de seu poder econômico. Não há dúvidas de que a reciclagem de dinheiro sujo propicia também amplas possibilidades de inserção de delinquentes no tecido social, em especial por meio do exercício de atividades aparentemente inofensivas. Desta forma, a um só tempo, logra-se a dissimulação do patrimônio de origem ilegal e, de quebra, aufere-se prestígio junto à sociedade.

Com amparo em ampla convergência doutrinária, reconhece-se que a lavagem de capitais e as organizações criminosas mantêm ligação não só antiga, mas, acima de tudo, umbilical²⁴. No bojo do processo sócio-econômico da lavagem de capitais ganha ênfase a crescente associação negocial entre a macrodelinquência e os colarinhos brancos, sendo estes personificados por profissionais que dominam as estratégias de escamoteamento e movimentação de ativos, com destaque para a robusta utilização de artifícios cibernéticos. Esta sintonia fina denota o perfeito enquadramento da criminalidade hodierna nas características primordiais da delinquência do colarinho branco²⁵, sendo este também um dos fatores que sinalizam a inserção da lavagem de dinheiro no contexto do Direito Penal Econômico²⁶, em quaisquer de suas acepções²⁷.

Em meio ao declínio da noção tradicional de soberania, o mundo passou a assistir, a partir do final do século XX, a profundas mudanças nas mais variadas searas da atuação e do conhecimento, sendo estas alavancadas pelo avanço tecnológico sem precedentes. Na visão ostentada por BECK²⁸, aliada à revolução dos meios de comunicação e informação, a crescente interação do comércio internacional e conexão dos mercados finan-

24 GODINHO Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime de “branqueamento” de capitais: introdução e tipicidade**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 31.

25 MAIA, Rodolfo Tigre. "Algumas reflexões sobre o crime organizado e a lavagem de dinheiro". In: **Revista da AJURIS**. Ed. Especial. Porto Alegre: AJURIS, julho/1999, p. 191/192.

26 Sobre o enquadramento da criminalidade organizada moderna nas características típicas da criminalidade do colarinho branco: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. "Da Criminologia à Política Criminal. Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal". In: **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas**. Brasília: ESMPU, 2011, p. 106. No mesmo sentido: CANAS, Vitalino. **O crime de branqueamento: regime de prevenção e repressão**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17.

27 O Direito Penal Econômico em sentido estrito representaria o conjunto de infrações penais que protegem a ordem econômica, isto é, a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia. Já sob o prisma amplo, o Direito Penal Econômico seria constituído pelo conjunto de normas jurídico-penais que protegem as relações de produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Neste sentido: BAJO FERNANDEZ, Miguel e BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Editorial Centro Estudios Ramón Areces, 2001, p. 11 e 15.

28 BECK, Ulrich. **O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999, p. 30/31.

ceiros são as marcas fundamentais do irreversível processo de globalização.

A extrema volatilidade dos fluxos financeiros internacionais tornou difícil a identificação da procedência dos recursos, bem como a aferição das intenções dos que os manipulam à distância. Os atores do mercado se converteram em uma nova classe de legisladores virtuais²⁹ sem pátria que controlam a capacidade financeira dos governos, o que influi não apenas no desempenho da macroeconomia, mas também nas opções internas da política educacional, ambiental, de seguridade social e de emprego, afetando, decisivamente, os valores e a vida dos cidadãos.

Com efeito, a utilização de empresas, instituições financeiras e profissionais especializados tornou-se ferramenta imprescindível ao sucesso das grandes operações de lavagem de capitais, sendo esta a razão pela qual, já há algum tempo, a tendência de terceirização das atividades de lavagem de capitais chama a atenção das autoridades³⁰. Segundo as estimativas mais recentes, são movimentados, diariamente, mais de dois trilhões de dólares no fluxo financeiro mundial, o que embasa a advertência de LILLEY³¹ no sentido de que a velha imagem do traficante de drogas carregando uma mala abarrotada de dinheiro já não é comum ou necessária e, portanto, não deve ser esperada.

A lavagem de capitais veio a ser facilitada e potencializada como paradoxo perverso³² decorrente do citado processo de interatividade econômica. Destarte, na pujança de sua complexidade, a globalização legou ao mundo a “empresarialização”³³ da delinquência que, a título de ilustração,

29 CASTILHO, Ela Wiecko V. De. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7492, de 16 de junho de 1986)**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 90.

30 GOMES, Luiz Flávio. "Lavagem de capitais e quebra do segredo profissional do advogado". Texto disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 01.05.2013, p. 2.

31 LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais**. Trad. Eduardo Lasserre São Paulo: Futura, 2001, p. 15.

32 Sobre a internacionalização da criminalidade propiciada pela integração financeira e comunicativa dos países: FERRAJOLI, Luigi. "Criminalità e Globalizzazione". In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** n. 42. São Paulo: RT, janeiro/2003, p. 79.

33 DE SANCTIS, Fausto. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas: Millennium, 2008, p. 5. No mesmo sentido é a preleção de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, in verbis: "La criminalidad organizada se ha convertido en una verdadera 'empresa del crimen'. En los últimos tiempos del desarrollo de la globalización y la supremacía de las relaciones de producción capitalistas, monopólicas y financieras, la criminalidad organizada ha extendido sus tentáculos a las empresas legales y al mundo financiero formal, con un efecto 'contaminación'. La criminalidad organizada ha pasado de realizar sus actividades tradicionales, a participar en actividades no tradicionales como es la creación de empresas, conglomerados financieros, inversiones en empresas y en la bolsa, para reciclar el dinero negro. De esta manera, ha logrado corromper las actividades legales de bancos, empresas constructoras, fundaciones, etc., asumiendo un rol empresarial y aprovechando las estructuras económicas y empresariales de la economía formal para reciclar el dinero obtenido ilícitamente. También ha creado empresas ficticias o contratado administradores de paja para dominar empresas ya constituidas legalmente. El blanqueo de dinero se ha mostrado como el gran

pode, por meio da rede mundial de computadores, fazer com que divisas de valor estratosférico circulem de um extremo ao outro do planeta em uma fração de segundo. Tais fatores são as causas do desenvolvimento da lavagem de dinheiro como espécie criminosa³⁴, o que ganha relevo no peculiar momento em que investimentos do mundo inteiro serão concentrados no Brasil dada a iminência da realização de eventos internacionais importantes (Copa do Mundo de Futebol e Jogos Olímpicos, principalmente).

Por todo o exposto, na condição de importante expressão moderna da criminalidade econômica³⁵, a lavagem de capitais afigura-se como tema de relevância indubitável.

3 - A REALIDADE ATUAL DA LAVAGEM DE DINHEIRO

Estima-se que, anualmente, são lavados ao redor do mundo algo entre oitocentos milhões e dois bilhões de euros, ou seja, o equivalente ao montante entre 2 e 5 % da produção econômica global, o que é aproximável, por exemplo, ao produto interno bruto da Alemanha, maior economia da Europa na atualidade³⁶. Ainda assim, é extremamente pequeno o número de obras científicas, investigações e decisões judiciais sobre o crime de lavagem de capitais, não sendo outra a razão pela qual, já há algum tempo, os autores têm chamado a atenção para a necessidade de fomentar, no Brasil³⁷ e no exterior³⁸, o estabelecimento uma autêntica cultura de investigação e persecução quanto ao crime de lavagem de capitais.

corruptor de toda la actividade económica legal." ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal**. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 143.

34 PRADO, Luiz Regis. "O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012)." In: **Revista dos Tribunais** v. 926. São Paulo: RT, dezembro/2012, p. 403/404.

35 Sobre a atualidade das importantes repercussões do tema, esta é a preleção de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE: "A criminalidade econômica, nas suas formas clássicas ou modernas, é um tema de marcada actualidade. Pela dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela sua aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhe são dirigidas, a criminalidade econômica é uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada. Daí que a invenção de formas eficazes de luta seja hoje preocupação das instâncias governamentais, judiciais, policiais, etc., de todos os países." Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manoel da. "Problemática geral das infrações contra a economia nacional". In **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 319/320.

36 CANAS, Vitalino. **O crime de branqueamento: regime de prevenção e repressão**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 8.

37 MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 98/99.

38 Por exemplo, CANAS relata que a escassez de dados estatísticos fiáveis é um dos fatores que impedem a maior efetividade da legislação penal antilavagem em Portugal. CANAS, Vitalino. **O crime de branqueamento: regime de prevenção e repressão**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 07.

Na esteira deste raciocínio, a ENCCLA - Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, comissão multidisciplinar constituída no âmbito do Ministério da Justiça, reconhece a carência brasileira quanto ao aprofundamento teórico-acadêmico nesta seara e, por conseguinte, estabeleceu, como meta específica³⁹, a propositura da inclusão do estudo da lavagem de dinheiro nos currículos universitários de graduação e pós-graduação.

Paradoxalmente, propaga-se, como dito, a percepção equivocada de que somente os crimes de sangue ou contra o patrimônio individual teriam relevância e, por consequência, os tipos penais que tutelam interesses difusos são tradicionalmente tidos como crimes menores, sem vítimas ou consequências dignas de consideração. Esta visão é absolutamente insustentável no presente estágio de desenvolvimento da humanidade em que a agilização e internacionalização dos efeitos de determinadas condutas delitivas demonstram que até mesmo localidades aparentemente beneficiadas com a captação de recursos ilícitos podem ser repentinamente atiradas em situação de grave desequilíbrio financeiro.

Cite-se, como exemplo, o caso do Chipre, país europeu que recentemente vivenciou o colapso de seu sistema econômico-financeiro pela repentina fuga de capitais de titularidade e origem desconhecidas. Vale dizer que este país tem presença constante na listagem de Estados não cooperantes do GAFI e chegou a possuir setor bancário com volume de recursos cerca de oito vezes maior que seu produto interno bruto. O resultado da política de afrouxamento das medidas antilavagem foi a necessidade de contrair empréstimos recentes no valor bruto aproximado de 10 bilhões de euros. Outros países europeus tradicionalmente classificados como paraísos fiscais, tais como Luxemburgo, Estônia e Malta, também estariam na iminência de colapso de seus sistemas financeiros⁴⁰.

Desta maneira, o enorme volume de recursos gerado pelo branqueamento de capitais no âmbito do ordenamento financeiro global acaba, em última ponta, vulnerando economias nacionais e afetando a estabili-

39 A ENCCLA foi criada em 2003 e atualmente congrega representantes de cerca de sessenta órgãos e entidades. A redação da Meta n. 26, no ano de 2004, da ENCCLA foi a seguinte: *"Promover a inclusão nos currículos acadêmicos de graduação e pós-graduação do estudo da criminalidade transnacional e, especialmente, do combate à lavagem de dinheiro e da cooperação jurídica internacional."* Texto integral disponível em: www.portal.mj.gov.br/enccla. Acesso em 01.01.2013.

40 Conforme matéria publicada no jornal **Folha de São Paulo**, em 26.03.2013, p. A-10. Em meio a uma ofensiva global contra a lavagem de capitais, vem sendo observado o recuo de tradicionais paraísos fiscais (Luxemburgo, Áustria e Ilhas Cayman) quanto ao absolutismo do sigilo bancário. Neste sentido: HIGGINS, Andrew. "Paraísos fiscais europeus abandonam o antigo sigilo". Artigo publicado no Jornal **The New York Times**, em 03.06.2013, p. 2.

dade da economia mundial ao sabor de decisões explicáveis apenas sob o ponto de vista da racionalidade criminoso. No plano microeconômico, os investimentos com dinheiro reciclado degeneram a concorrência licitamente feita por empresas conduzidas com recursos lícitos. No prisma macroeconômico, as nações e instituições financeiras utilizadas como instrumentos de lavagem de capitais perdem, numa espécie de efeito buerangue⁴¹, a credibilidade e a capacidade de gerir seu próprio destino⁴².

Outrossim, a crise econômica iniciada no ano de 2008 por conta da quebra do sistema hipotecário norte-americano fez com que, na busca pelas escassas divisas, diversas instituições financeiras multinacionais passassem a flexibilizar os controles sobre a origem dos capitais investidos⁴³. Aliás, a atratividade exercida pelas divisas de origem infracional ou de duvidosa legalidade tem conformado próximos e perigosos exemplos de ressurreição do vetusto adágio *pecunia non olet*,⁴⁴ ainda que a ingestão prolongada desta fórmula tenha representado para alguns povos a exclusão da igualdade de oportunidades, da livre concorrência, quando não a corrosão do próprio Estado Democrático de Direito⁴⁵.

Em relação ao Brasil, no mais recente relatório de avaliação do GAFI⁴⁶ sobre o sistema nacional antilavagem, foram apontados avanços pontuais (v.g.: a especialização de órgãos jurisdicionais em matéria de lavagem de capitais⁴⁷), mas também muitas deficiências persistentes (v.g.: baixo número de investigações e sentenças proferidas sobre o crime de

41 PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 64.

42 CANAS, Vitalino. **O crime de branqueamento: regime de prevenção e repressão**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 18.

43 Este fato foi denunciado, em entrevista publicada no jornal **El País**, em 22.02.2009, por Antonio Maria Costa, ex-Diretor Executivo da Agência das Nações Unidas contra as Drogas e o Crime. Segundo o mesmo, as instituições financeiras se viram atraídas pelos ganhos anuais das organizações criminosas transnacionais, que teriam auferido, somente com o narcotráfico em 2005, entre 300 e 350 milhões de dólares, segundo dados da ONU. Texto disponível no site: <http://elpais.com/elpais>. Acesso em 10.07.2013.

44 Ditado, segundo o qual, o dinheiro não tem cheiro, ou seja, não importa de onde o capital venha, desde que ele venha. Neste sentido, em norma vigente a partir de 01.07.2013, a Argentina anistiou, em termos penais e tributários, o regresso ao país de dólares não declarados eventualmente existentes em aplicações no exterior. Fonte: site do jornal **Valor Econômico**, matéria publicada em 01.07.2013, às 19:49 hs. Texto disponível em: www.valor.com.br/internacional. Acesso em 08.07.2013.

45 GOMES, Abel. "A obrigação de comunicar operações suspeitas". Brasília: **Revista da AJUFE** - Associação dos Juizes Federais do Brasil, v. 21, 2004, p. 45.

46 O relatório mais recente é datado de 25.06.2010. Texto em idioma inglês disponível em: <https://www.coaf.fazenda.gov.br/destaques/relatorio-de-avaliacao-mutua-do-brasil>. Acesso em 01.01.2013.

47 Ainda assim, em 2001, uma pesquisa publicada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal apontou que 94 % dos magistrados federais jamais haviam participado efetivamente de qualquer curso ou atividade de especialização sobre lavagem de capitais e 63% dos membros do Ministério Público Federal afirmaram inexistir estrutura técnica especializada, o que inviabilizava a efetiva aplicação da legislação antilavagem. Cf. "Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro". Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002, p. 56.

lavagem de dinheiro⁴⁸; inexistência de estatísticas confiáveis; não submissão efetiva de empresas e profissionais autônomos às obrigações de colaboração com as autoridades, dentre outras).

É neste último aspecto que se destacam, respectivamente, o instituto da *compliance* e assuntos relacionados, tais como a teoria da cegueira deliberada e a teoria dos honorários maculados.

4 - COMPLIANCE: O DEVER DE COLABORAÇÃO ANTI-LAVAGEM

Em meados da década de 1990, a expressão “*compliance*”⁴⁹ surgiu no mercado financeiro como um mandamento ético de governança corporativa voltado à reorganização das rotinas operacionais de empresas. De modo geral, após sucessivos abalos gerados por comportamentos negociais obscuros, buscava-se preservar a reputação de grandes instituições privadas, disseminando-se o hábito de cumprimento dos deveres normativos pertinentes aos mais diversos ramos da economia. No entanto, o termo tem sido empregado em sentido mais restrito para espelhar não só o acatamento, mas o próprio conjunto de obrigações de colaboração anti-lavagem estabelecidas normativamente pelo Estado ou órgãos reguladores setoriais e que devem ser observadas por determinados profissionais e entidades, sob pena de responsabilização administrativa, cível e penal⁵⁰.

O marco regulatório inicial sobre a matéria deu-se na Conferência de Haia, realizada em 1930, que estabeleceu a fundação do *Bank for International Settlements* – BIS, com sede na Suíça e que tem por finalidade proporcionar a cooperação entre os bancos centrais. Posteriormente, em meados da década de 1960, a *Securities and Exchange Commission* fomentou a contratação de *compliance officers* visando à criação de procedimentos internos de controle, treinamento de pessoas e o monitoramento e supervisão de atividades suspeitas. Ainda que considerados tais acontecimentos, o diploma legal precursor de determinações neste sentido foi a Lei Sarbanes-Oxley, de 2002, nos EUA⁵¹.

48 Em 2012, no âmbito de todas as Varas Federais do Brasil, havia em trâmite apenas 971 inquéritos policiais e 83 ações penais sobre lavagem de capitais, conforme matéria publicada no site do Conselho Nacional de Justiça: <http://www.cnj.jus.br/noticias>. Acesso em 21.06.2013.

49 O termo advém do verbo “*to comply*”, que no idioma inglês significa, em tradução literal, cumprir. *Compliance* é, portanto, o ato de cumprir normas e agir dentro de seus limites.

50 Em agosto de 2003, com atualização em julho de 2009, A ABBI – Associação Brasileira dos Bancos Internacionais e a FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos lançaram uma cartilha com regras básicas para exercício da *compliance*. Disponível no site: www.febraban.org.br. Acesso em 21.06.2013.

51 BERTONI, Felipe Faoro; CARVALHO, Diogo. “Criminal *compliance* e lavagem de dinheiro.” Texto disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anaes/cienciascriminais/IV/08.pdf>. Acesso em 01.01.2014.

O conceito de *criminal compliance* surgiu mais recentemente como reflexo da expansão do Direito Penal Econômico e da criminalidade empresarial⁵². A partir de então, tem sido comum nos EUA e em países da Europa ocidental, especialmente na Alemanha, o estabelecimento de departamentos internos que teriam a missão específica de avaliar constantemente os procedimentos da empresa com vistas a garantir a conformidade de sua atuação com as exigências normativas, em especial quanto ao cumprimento das obrigações de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro⁵³.

É sabido que, a partir de seu art. 9º, a Lei n. 9.613, de 03.03.1998, com a redação dada pela Lei n. 12.683, de 09.07.2012, alargou consideravelmente o rol de colaboradores obrigatórios e detalhou seus respectivos deveres⁵⁴. Embora não exista no ordenamento jurídico brasileiro⁵⁵ um tipo penal específico⁵⁶, não há razão para afastar, de plano, que o reconhecimento de que o descumprimento doloso e injustificado dos deveres de colaboração antilavagem configura omissão penalmente relevante nos termos do art. 13, p. 2º, 'a' do Código Penal⁵⁷, dentre outros fundamentos⁵⁸.

52 Neste sentido: SAAVEDRA, Giovanni Agostini. "Compliance na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro". In: **Revista Síntese** n. 75. Porto Alegre: Síntese, agosto/2012, p. 23. É sabido que, no Brasil, apenas a Lei n.º 9.605/1998 prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica e, ainda assim, somente nos casos de delitos contra o meio ambiente. Entretanto, vale mencionar o disposto no art. 41 do Projeto de Lei do Senado 236/2012, que amplia a responsabilização de pessoas jurídicas para casos de atos praticados "contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado, ou interesse ou benefício de sua entidade".

53 SAAVEDRA, Giovanni Agostini. "Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance". In: **Boletim do IBCCRIM** n. 226. São Paulo: RT, setembro/2011, p. 13/14.

54 As principais obrigações de colaboração antilavagem podem ser assim resumidas: identificação do cliente; manutenção do registro das transações; atendimento às requisições das autoridades; comunicação das operações suspeitas e preservação do sigilo destas.

55 Ao revés, o art. 14.3 do Regulamento Modelo sobre Crimes de Lavagem de Dinheiro, da Comissão Interamericana para Controle do Abuso de Drogas (CICAD), da OEA prevê o seguinte: "*Comete delito penal a instituição financeira, seus empregados, funcionários, diretores, proprietários ou outros representantes autorizados, que, atuando, como tal, deliberadamente não cumpram as obrigações estabelecidas nos artigos 10 a 13 do presente Regulamento, ou que falseiem ou adulterem os registros ou informações aludidos nos mencionados artigos.*"

56 DE SANCTIS propõe a criação de novo tipo penal incriminando o retardamento ou omissão da efetuação da comunicação de operações suspeitas, bem como a prestação de informação inexata ou revelação ao cliente da respectiva comunicação. Cf. DE SANCTIS, Fausto. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas: Millennium, 2008, p. 42.

57 Ao inaugurar a disciplina da Teoria do Crime, o Título II do Código Penal dispõe sobre a relação de causalidade nos seguintes termos: "*Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.(...) § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;*"

58 Considerando-se a já mencionada essencialidade da lavagem de dinheiro para subsistência e perpetuação das mais graves expressões da macrocriminalidade, lembre-se de que o art. 5º, XLII da CR/88 determina expressamente a punição daqueles que se omitirem, mesmo podendo evitar a prática do terrorismo, do narcotráfico e outros crimes hediondos.

Em outras palavras, havendo a previsão normativa específica do dever de agir⁵⁹; sendo tais obrigações claras, plenamente conhecidas e de cumprimento viável, torna-se evidente o dever de cuidado, proteção e vigilância a caracterizar a posição de garante. Logo, caso a consciente inobservância de algum dos deveres inerentes à *compliance* venha a viabilizar ou, de alguma forma, facilitar a ocultação de patrimônio de origem ilícita, deve o agente ser penalmente responsabilizado pelo crime de lavagem de dinheiro⁶⁰.

Quanto ao elemento volitivo, discute-se a possibilidade de que a punição do agente econômico-financeiro se dê com base em dolo eventual ou exclusivamente com base em dolo direto⁶¹, havendo ampla divergência doutrinária e parca produção jurisprudencial a respeito no direito brasileiro.

A corrente restritiva defende que o enquadramento penal do agente econômico-financeiro por lavagem de dinheiro exige prova cabal do dolo direto⁶², ou seja, a demonstração da ciência plena do mesmo acerca da origem ilícita dos recursos manejados, embora não se exija o conhecimento exato sobre a espécie de infração penal (crime ou contravenção) que proporcionou o ganho patrimonial, nem detalhes de seu cometimento.

Costuma-se alegar que os funcionários de bancos ou profissionais do sistema financeiro em geral não teriam o dever de averiguar a procedência ilícita dos fundos ou, mesmo que saibam ou desconfiem da origem ilícita, se não participam do grupo, associação ou escritório destinado à lavagem, não ocupariam a posição de garantidores da ordem legal e, portanto, incorreriam no crime de lavagem pela simples efetuação de operações econômicas normais e cotidianas⁶³. Diz-se também que o livre exercício profissional e a normal circulação de riquezas seriam dificultados com a ameaça de incidência da norma penal.

59 Refiro-me à obrigação positiva de colaborar com as autoridades nos termos dispostos pelo art. 9º e seguintes da Lei n. 9.613/98, com a redação dada pela Lei n. 12.683/2012.

60 O enquadramento do agente econômico-financeiro a título de coautor ou partícipe dependeria logicamente das circunstâncias do caso concreto que denotassem a relevância ou essencialidade da contribuição deste para a empreitada delitativa, nos termos do art. 29 do CP.

61 Ao contrário do que ocorre na Espanha (art. 301.3 do CP/1995), o ordenamento brasileiro não estabelece a punição da lavagem de dinheiro a título culposo, sendo aplicável, portanto, o disposto no art. 18, p. único do CP.

62 Neste sentido: CALLEGARI, André Luís. "Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro". In: **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 354; PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: RT, 2003, p. 136; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. "A particular imputação penal do agente financeiro nos crimes de lavagem de dinheiro". **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 54. Outubro/2011, p. 237 e BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. São Paulo: RT, 2008, p. 58.

63 Neste sentido: PRADO, Luiz Regis. "O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012)". In: **Revista dos Tribunais** v. 926. São Paulo: RT, dezembro/2012, p. 427.

A seu turno, a corrente ampliativa entende ser cabível a punibilidade por dolo eventual, sendo desnecessária uma previsão legal específica neste sentido. Logo, para fins de responsabilização por lavagem de dinheiro, pouco importaria se o agente quis efetivamente ocultar patrimônio ilícito (dolo direto) ou assumiu o risco de contribuir para esse resultado ao inobservar espontaneamente algum dos deveres expressos de colaboração (dolo eventual). Parece-me que a razão está com esta última corrente, haja vista a suficiência do disposto art. 18, I, *in fine* c/c art. 12, ambos do Código Penal⁶⁴. Acrescente-se também que a interpretação explicitada pelo próprio legislador reforça esta conclusão⁶⁵.

Sobre o tema, revela-se pertinente a teoria da cegueira deliberada, que será exposta a seguir.

5 - A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*), também conhecida como doutrina das instruções do avestruz (*ostrich instructions*) e doutrina da evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*), consiste em construção jurisprudencial assemelhada à formulação do dolo eventual e por meio da qual se afigura possível o enquadramento, por lavagem de dinheiro, daquele que, mesmo ciente da elevada probabilidade da procedência ilícita dos recursos, assume o risco de produzir o resultado ao agir, ainda assim, de modo indiferente a este conhecimento⁶⁶.

Desta forma, embora seja possível checar a natureza dos bens, o indivíduo que detém o dever de impedir o resultado (ex.: *compliance offi-*

64 Neste sentido: MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

65 A Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/98, no item 40, dispõe o seguinte: "40. Equipara o projeto, ainda, ao crime de lavagem de dinheiro a importação ou exportação de bens com valores inexatos (art. 1o, § 1o, III). Nesta hipótese, como nas anteriores, exige o projeto que a conduta descrita tenha como objetivo a ocultação ou a dissimulação da utilização de bens, direitos ou valores oriundos dos referidos crimes antecedentes. Exige o projeto, nesses casos, o dolo direto, admitindo o dolo eventual somente para a hipótese do *caput* do artigo."

66 A origem histórica se dá no direito inglês, mais precisamente em 1861, no caso *Regina vs. Sleep*. Sleep era proprietário de uma ferragem e teria tentado remeter ao exterior parafusos de cobre desviados do patrimônio público. Nos EUA, o precedente teria se dado, em 1899, por ocasião do julgamento do caso *United States vs. Spurr* pela Suprema Corte norte-americana. Spurr era presidente do Commercial Bank of Nashville e teria certificado a existência de fundos em cheques emitidos por um cliente que não possuía recursos suficientes para cobri-los. No entanto, o precedente mais lembrado é o *United States vs. Jewell*, no qual este último teria alegado ignorar estar transportando entorpecentes e dinheiro, mesmo possuindo em seu carro particular um compartimento de fundo falso. Cf. BECK, Francis. "A doutrina da cegueira deliberada e sua (in) aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro". In: **Revista de Estudos Criminais** n. 41. São Paulo: ITEC, abril/2011, p. 49/50.

cer ou agente econômico-financeiro) opta pela ignorância confortável, comportando-se como o avestruz que enterra a cabeça para não ver a luz do sol. Em bom português, o garante ou quem se encontre nesta posição faz "vista grossa" e "ouvidos de mercador", viabilizando, dessarte, a ocultação de patrimônio ilícito pelo que responderá por lavagem de dinheiro, ainda que com base em dolo eventual.

Ainda que considerada a origem inglesa e a norte-americana, a tese tem proliferado mesmo em países que adotam o sistema *civil law* e consagram textualmente a possibilidade de punição por dolo eventual, como é o caso da Espanha, na qual, a partir do ano 2000, foram prolatadas dezenas de decisões pelo Tribunal Supremo acolhendo a teoria da cegueira deliberada. Apesar de se tratar de assunto ainda pouco discutido no Brasil, não se vislumbra obstáculo que impeça o acolhimento da teoria da cegueira deliberada, sendo este, ao revés, um imperativo de cunho moral com base legal (art. 18, I, *in fine* do CP).

Quanto à aplicabilidade dos deveres inerentes à *compliance* aos advogados, em especial no tocante à obrigação de comunicação de operações suspeitas⁶⁷, o direito estrangeiro costuma distinguir a advocacia entre os ramos consultivo e contencioso.

No primeiro caso, uma vez envolvida tão somente a orientação sobre a condução negocial e patrimonial, é maciçamente reconhecido o dever do advogado de prestar informações às autoridades estatais sobre eventuais operações suspeitas de clientes⁶⁸. Neste diapasão, a Diretiva n. 91/308, de 10.06.1991 (itens 16 e 17), com a redação dada pela Diretiva n. 97, de 04.12.2001, ambas do Conselho da Comunidade Europeia, estabelece a obrigação de notificação de operações suspeitas para profissionais forenses, sobretudo notários e advogados, estes últimos expressamente alcançados quando da participação em atividades extrajudiciais (transações financeiras e empresariais) ou consultas jurídicas, excluído o dever de colaboração quando da atuação em processos judiciais.

67 O caráter inusitado e incomum de determinadas operações financeiras e sua desproporção para com o perfil sócio-econômico do interessado em realizá-las são alguns dos motivos que orientam a elaboração da listagem de operações suspeitas que devem ser comunicadas aos órgãos competentes. De modo a atualizar esta lista, o Banco Central edita regularmente cartas-circulares, como, por exemplo, a de n. 3.542, de 12.03.2012.

68 Segundo CANAS, a descoberta deve ocorrer no curso do exercício da atividade profissional. Se, por exemplo, surgir, num almoço social, a informação de que um cliente a quem assiste está envolvido em operações de branqueamento, não está o advogado obrigado a comunicar, não se exigindo também que o advogado abandone a colaboração com o cliente, apenas que realize a comunicação. Neste sentido: CANAS, Vitalino. *Op. cit.*, p. 61.

Neste caso, em havendo ocultação de patrimônio de origem ilícita, a consciente e espontânea inobservância de algum dos deveres de colaboração antilavagem enseja, em tese, a responsabilização do advogado por crime de lavagem de dinheiro, o que pode ocorrer, dependendo das circunstâncias do caso concreto, com base em dolo direto ou dolo eventual, este caracterizado por aplicação da já comentada teoria da cegueira deliberada.

No Reino Unido (*Satutory Instrument – The money Laundering Regulations/2003*) e nos EUA (*Sarbanes-Oxley Act/2002*) já vigoram normas específicas que determinam a responsabilidade do advogado pelos controles para a prevenção à lavagem de dinheiro no exercício de seu ofício. No Brasil, a nova redação da Lei n. 9.613/98 é bastante clara ao estabelecer uma série de hipóteses (em especial, o art. 9º, parágrafo único, XIV e XV) nas quais o advogado-consultor está enquadrado, assim como qualquer outro profissional. Isto se dá sem qualquer violação a prerrogativas profissionais ou direitos fundamentais, conclusão reforçada pelo próprio Estatuto da Advocacia⁶⁹. Aliás, defender o contrário importaria chancelamento do direito de orientação jurídica para práticas criminosas e socialmente perniciosas.

Com a devida vênia, não há razão na afirmação de que, mesmo na função de consultor, o advogado não deveria ser incluído na política de prevenção à lavagem, sob risco de comprometimento e flexibilização de direitos fundamentais. Vale lembrar que os direitos fundamentais são flexíveis por natureza face à necessidade de convivência aplicativa com a generalidade dos interesses igualmente merecedores de proteção constitucional. Ademais, o livre exercício de qualquer profissão, inclusive a de advogado, é sujeito à regulamentação legal (art. 5º, XII, CR/88), o que, no caso específico, já ocorre (vide o disposto no art. 34, XVII da Lei n. 8.906/94).

Já na hipótese de advocacia contenciosa, uma vez envolvido o exercício do direito de defesa em processos e investigações sancionatórias *lato sensu*⁷⁰, costuma-se afirmar o impedimento da exigência de colaboração do advogado sob o argumento de violação a direitos fundamentais e a prerrogativas profissionais (art. 34, VII da Lei n. 8.906/94)⁷¹, além de pos-

69 O art. 34, XVII e XVIII da Lei n. 8.906/94 veda ao advogado a prestação de concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la, bem como a solicitação ou recebimento de qualquer importância para aplicação ilícita ou desonesta.

70 A meu sentir, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa, a imunidade advocatícia contenciosa quanto aos deveres de colaboração antilavagem abrangeria a totalidade das informações recebidas por atuação profissional não só em ações e investigações penais, mas em qualquer ação judicial, procedimento administrativo ou pré-processual que possa acarretar sancionamento de toda espécie para pessoas físicas ou jurídicas.

71 Neste sentido: GOMES, Luiz Flávio. "Lavagem de capitais e quebra do segredo profissional do advogado". Texto disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 01.05.2013.

sível incursão no crime previsto no art. 154 do CP (violação do segredo profissional)⁷². Neste caso, a imunidade profissional teria também os seguintes fundamentos: liberdade e essencialidade da atividade advocatícia (art. 133 da CR/88); direito de escolha do defensor (art. 8º, 2, 'd' do Pacto de São José da Costa Rica – Decreto n. 678/92); impossibilidade de imputação objetiva do resultado (a atividade advocatícia nestes casos configuraria um risco permitido); vulneração da relação de confiança defensor-investigado e aplicação da teoria da adequação social (teoria da ação neutra⁷³).

6 - A TEORIA DOS HONORÁRIOS MACULADOS

É possível a responsabilização penal do advogado que recebe honorários pagos com recursos sabidamente oriundos da prática de infrações penais? A resposta a esta indagação demanda inicialmente uma singela distinção. De plano, não há dúvida de que a aceitação de honorários “fingidos”⁷⁴ provocam a incursão do advogado na prática do crime de lavagem de dinheiro⁷⁵. Já quanto ao recebimento de honorários reais, ou seja, sem qualquer falsidade entre o valor contratado e efetivamente recebido, há fundada controvérsia quanto à repercussão penal deste comportamento.

De um lado, há países que reconhecem a plena viabilidade da punição nestes casos, como ocorre em terras germânicas desde o início da década passada⁷⁶, quando se iniciou a tendência de que o recebimento

72 Em comentário aplicável ao histórico brasileiro, CANAS ressalta o especial valor do dever-direito de sigilo dos profissionais do foro, particularmente dos advogados, em países onde permanece ainda viva a memória de um regime autoritário em que o segredo profissional era uma das poucas barreiras à lesão de direitos fundamentais dos cidadãos. Cf. CANAS, Vitalino. *Op. cit.*, p. 49.

73 As chamadas ações neutras, socialmente adequadas ou *standards* seriam, em tese, atípicas por serem normalmente aceitas e praticadas no cotidiano da coletividade.

74 Por exemplo, no caso do advogado que aceite prestar declaração ou assinar contrato relatando falsa informação sobre o valor dos honorários efetivamente recebidos de modo a legitimar o patrimônio ilicitamente obtido por seu cliente.

75 Cf. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219.

76 Neste sentido: AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 58. Em 04.07.2001, o Tribunal Constitucional da Alemanha manteve a condenação de um casal de advogados por lavagem de capitais (art. 261, II, 1 do CP), haja vista terem recebido honorários antecipados mesmo cientes da origem ilícita. No mesmo sentido, em 30.03.2004, o mesmo órgão jurisdicional manteve a condenação desses advogados por lavagem de capitais, configurada esta a partir do recebimento de honorários oriundos de fraudes no mercado de investimentos financeiros. Em 14.01.2005, o mesmo Tribunal reconheceu a validade da busca e apreensão em escritório e residência de advogados diante de indícios da participação destes em atividades de lavagem de capitais. Em todos estes casos, o Tribunal considerou, para fins de configuração da aceitação dolosa de honorários maculados, a desproporcionalidade do valor dos honorários, bem como a forma de

de honorários conscientemente oriundos de atividades ilícitas acarrete a condenação do advogado pela prática de lavagem de dinheiro.

Nos EUA, visando à preservação do direito de assistência jurídico-criminal previsto na 6ª Emenda Constitucional, diversos órgãos e entidades advocatícias têm defendido a prerrogativa de exoneração da responsabilidade penal ao menos no tocante à atividade contenciosa, intenção que obteve êxito na regulamentação do diploma legal norte-americano antilavagem (*Money Laundering Prosecution Improvements Acts, de 1988*)⁷⁷.

No Brasil, não há tipo penal específico neste sentido e, por esta razão, em obediência ao princípio da legalidade, inexistindo prova da intenção de ocultação de patrimônio ilícito por meio do recebimento de honorários, não é viável o sancionamento penal do advogado na hipótese, mesmo ante a ciência deste sobre a origem ilícita dos recursos utilizados no pagamento. Porém, o conhecimento (real ou possível) sobre a maculação dos honorários não é desprovido de efeitos.

Primeiramente, há que se dizer que a caracterização da ciência sobre a origem maculada dos honorários pode perfeitamente ser extraída das circunstâncias que envolvem a (des)proporcionalidade entre o valor pago e o perfil sócio-econômico do cliente, bem como por uso de meios incomuns de pagamento (ex.: depósitos em paraísos fiscais, vultosos valores em espécie, etc.), nos mesmos moldes definidos pela teoria da cegueira deliberada, acolhida pela jurisprudência alemã e norte-americana. A exigência de um mínimo de cautela neste aspecto não faz necessariamente do advogado um investigador da vida pregressa de seu cliente e se mostra razoável, desde que real ou robustamente possível o acesso a este conhecimento.

Dessarte, caso comprovada a ciência inequívoca ou mesmo a alta probabilidade de que os valores recebidos provinham de ilícitos penais, torna-se legítima a perseguição, pelo Estado, dos bens e recursos que serviram para o pagamento da verba honorária, sujeitando-se o advogado aos efeitos das medidas patrimoniais assecuratórias legalmente previstas (busca e apreensão, sequestro, arresto e hipoteca legal), bem como à futura perda do montante auferido⁷⁸.

pagamento (em espécie). Cf. SCHORSCER, Vivian C. "A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações". In: *Revista dos Tribunais* v. 863. São Paulo: RT, setembro/2007, p. 441.

⁷⁷ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 85.

⁷⁸ Cf. SCHORSCER, Vivian C. *Op. cit.*, p. 445.

A outra consequência refere-se à afirmação de que, também seguindo a linha já definida pela jurisprudência alemã e pela norte-americana, o direito de escolha do defensor não é absoluto, assim como não o é nenhum outro direito fundamental. Logo, a possibilidade de eleição do advogado pelo investigado está condicionada à possibilidade deste de pagar os respectivos honorários com recursos de origem comprovadamente lícita, salvo aceitação de atuação gratuita pelo causídico escolhido. Caso contrário, deve ser o investigado equiparado ao hipossuficiente, sendo-lhe nomeado defensor público ou advogado dativo para atuar em seu favor⁷⁹.

Interpretação distinta resultaria na institucionalização do direito de pagar e receber honorários maculados ou, com exclusão do eufemismo, custeados com dinheiro sujo. Ademais, a independência e a liberdade do exercício advocatício também deixariam de existir se admitido o pagamento de honorários maculados, haja vista que o advogado se tornaria dependente do crime organizado. Aliás, a proibição de receber recursos de origem ilícita recai sobre todos e não apenas sobre o advogado⁸⁰.

Na jurisprudência norte-americana, registram-se há décadas louváveis reafirmações do descabimento de exceção quanto ao adágio segundo o qual o crime não deve compensar, nem mesmo para pagar o serviço de advogados⁸¹. Sendo assim, *de lege ferenda*⁸², não se vislumbra empecilho⁸³ ao estabelecimento da exigência legal de declaração do valor recebido a

79 SCHORSCER, Vivian C. *Op. cit.*, p. 442/443.

80 Já se ouviu, com indarçável excesso irônico, a indagação sobre o eventual enquadramento de um vendedor ambulante que recebe pagamento por um picolé vendido a, por exemplo, um conhecido narcotraficante ou explorador de jogo ilegal. Logicamente, o princípio da insignificância afastaria o enquadramento citado, o que não se aplica ao advogado e profissionais do mercado financeiro, cujo custo dos serviços e possibilidade de informação sobre a origem dos bens são evidentemente diferenciados.

81 Do precedente da Suprema Corte norte-americana (*US v. Peter Monsanto*, julgado em 22.06.1989), extrai-se o seguinte trecho: “*We conclude that there is no exemption from § 853’s forfeiture or pretrial restraining order provisions for assets which a defendant wishes to use to retain an attorney. In enacting § 853, Congress decided to give force to the old adage that ‘crime does not pay.’ We find no evidence that Congress intended to modify that nostrum to read, ‘crime does not pay, except for attorney’s fees’.* If, as respondent and supporting amici so vigorously assert, we are mistaken as to Congress’ intent, that body can amend this statute to otherwise provide. But the statute, as presently written, cannot be read any other way.” Grifou-se.

82 A proposta é feita a despeito da ciência de tentativas anteriores. A respeito do tema, registrem-se os seguintes projetos de lei: (1) o PL n. 6.413/2000, de autoria do falecido Senador Antônio Carlos Magalhães, pretendia alterar a redação do art. 261-A do CPP para estabelecer a imposição de defensor público ao acusado por lavagem; (2) o PL n. 577/2003 pretendia estabelecer a obrigação de comprovação da origem ilícita dos valores pagos a título de honorários; (3) o PL n. 5562/2005 pretendia obrigar o acusado da prática de crime hediondo a comprovar o valor e a origem dos honorários despendidos e (4) o PL n. 712/2003 pretendia alterar o Estatuto da OAB para incluir como infração o recebimento de importância proveniente de atividades criminosas. Todos os referidos projetos de lei foram arquivados pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 22.05.2007.

83 Em sentido contrário: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194.

título de honorários (bem como comprovação da origem destes recursos) ou afirmação de atuação gratuita, o que poderia ser feito em autos apartados sob sigilo de justiça, mas sempre sob pena de responsabilização por eventual falsidade das informações⁸⁴.

7 – CONCLUSÃO

“O criminoso do colarinho branco goza de um cinturão de impunidade (...) No Brasil, criam-se, replicam-se e aplicam-se teses convenientemente desenvolvidas para a faixa de delitos onde preponderam o alto empresariado, banqueiros e os homens de negócios.”⁸⁵

São incontáveis os casos diariamente noticiados nos quais delinquentes contumazes ou de alto poder político-econômico, mesmo desprovidos muitas das vezes de profissão ou fonte de renda lícita, investem o patrimônio obtido ilegalmente em grandes instituições financeiras e, quando investigados, contratam os mais renomados advogados e escritórios de advocacia sob valores de montante e origem convenientemente acobertados por manto argumentativo de suposto viés constitucional. O mesmo se diga em relação a alguns agentes públicos que, quando investigados pelos mais rumorosos escândalos de corrupção e desvio de recursos do erário, conseguem, sabe-se lá como, idêntica proeza financeira, mesmo tendo limitada remuneração de conhecimento coletivo⁸⁶ e insípido patrimônio declarado ao fisco.

Ainda não se conseguiu explicar no que exatamente estaria o direito de defesa cerceado com a mera explicitação da origem do custeio do serviço advocatício ou onde a livre circulação de riqueza (lícita) seria impedida pela simples imposição de cautelas e deveres aos agentes econômico-financeiros.

⁸⁴ Ao fim da palestra proferida por ocasião do Seminário Internacional de Direito Penal, realizado no dia 03.10.2013, Isidoro Blanco Cordero, Professor da Universidade de Alicante/Espanha, afirmou que as informações prestadas sobre os honorários podem ser, inclusive, confrontadas com a declaração anual de imposto de renda, o que ocorreria comumente na Europa.

⁸⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. "Da Criminologia à Política Criminal. Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal". In: **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, políticas criminais e dogmáticas**. Brasília: ESMPU, 2011, p. 139.

⁸⁶ A Lei n. 12.527/2011 possibilita o amplo acesso à informação sobre a renda mensal de agentes públicos de quaisquer dos Poderes da República.

A verdade é que, em que pesem as indiscutíveis repercussões contemporâneas, as teoria da cegueira deliberada e dos honorários maculados têm sido praticamente ignoradas no Brasil, ao contrário do que ocorre em países desenvolvidos. Cabe deixar claro que não se defende a acrítica importação da disciplina e interpretação destes tópicos para o cenário jurídico nacional, mas é indubitável que o premente enfrentamento do tema demanda desapego em relação a argumentos impertinentes, já exauridos e indignos de credibilidade. O escorreito exercício de atividades profissionais tão significativas para a sociedade, como a advocacia e a atividade financeira em geral, deve estar acima do corporativismo inócuo, quando não nocivo, bem como de interesses escusos impublicáveis, para que o Brasil possa enfim alcançar uma regulamentação justa e adequada para este assunto de singular importância. ❖