

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” – FEESR
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO

Marco Aurélio Raniéri

**“LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO: A INTERVENÇÃO PENAL
SEGUINDO O RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”**

Marília, SP
2020

MARCO AURÉLIO RANIÉRI

“LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO: A INTERVENÇÃO PENAL SEGUINDO O RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua área de Concentração em Teoria do Direito e do Estado, Linha de Pesquisa Construção do saber jurídico e aprovada pela banca examinadora.

Marília, 26 de fevereiro de 2021.

Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos (Orientador)
UNIVEM - Marília/SP.

Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto (membro da banca)
UNIVEM – Marília/SP.

Prof. Dr. Osvaldo Moura Junior (membro da banca)
UNISALESIANO – Lins/SP.

Marília, SP
2020

RANIÉRI, Marco Aurélio. Lavagem de dinheiro e Corrupção: a Intervenção Penal seguindo o respeito aos Direitos Fundamentais. 2020. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, 2020.

À Isabela, filha amada, a qual sempre me deu forças com sua existência para persistir em meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, o Grande Arquiteto do Universo, fonte fecunda de amor, de toda iluminação, por ter me proporcionado a realização de mais um sonho, a qual sou extremamente grato.

Ao Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, instituição a quem expresso uma imensa gratidão, por ter me proporcionado um ensino jurídico excepcional na graduação (2005 a 2009) e no Mestrado (2019 a 2020).

A nobre profissão de advogado, a que me orgulha e realiza o meu sustento, profissão esta que não seria possível sem os excelentes professores que tive a honra e o prazer de conviver perante a graduação e mestrado, por isso, sou eternamente grato.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Jose Eduardo Lourenço dos Santos, referência no magistério e no cenário jurídico, a quem expresso uma enorme gratidão, pois seus ensinamentos foram fundamentais para a realização do meu sonho.

Ao Prof. Dr. Teófilo Aurea Leão Junior, pois desde a graduação, sempre me apoiou e, sobre o curso de mestrado, seu apoio foi fundamental e precioso, pessoa na qual sou eternamente grato.

Ao colega de graduação e hoje amigo, Prof. Mestre Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro, homem de princípios, que me proporcionou o prazer e a honra de ser examinador ao seu lado no curso de graduação de Direito do Univem. Por isso e todo o apoio, expresso minha gratidão.

A saudosa memória de Maria Aparecida Gomes de Souza, a primeira, maior e mais importante pessoa a quem tive o prazer de aprender a acreditar nas pessoas e na bondade e, Ruy Alves de Souza, tios amados que dedicaram boa parte de suas vidas para me tornar uma pessoa melhor.

Aos colegas que o curso de mestrado me proporcionou conhecer e hoje levo para o resto de minha vida, Jesus, João, Pedro, Marilda, Simone, Julia, dentre outros.

Ao meu irmão, Marcel, por sempre acreditar em meus sonhos e compartilhar desse momento tão importante em minha vida.

A amiga, Selma Aparecida Giroto, pessoa iluminada e presente, que sempre proporcionou luz em minha vida nos momentos mais escuros, a ela tenho toda gratidão e amizade fraterna.

Finalmente, a todas as pessoas que de alguma forma, direta ou indiretamente, colaboraram para a realização de mais uma etapa em minha vida, a realização de mais um sonho, estendo semelhantemente, minha mais sincera gratidão.

“Deem graças em todas as circunstâncias, pois esta é a vontade de Deus para vocês em Cristo Jesus”.

1 Tessalonicenses 5:18

RANIÉRI, Marco Aurélio. Lavagem de dinheiro e Corrupção: a Intervenção Penal seguindo o respeito aos Direitos Fundamentais. 2020. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, 2020.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo a investigação e as formas, assim como os meios de repressão, ao crime de Branqueamento de Capitais e, os meios de cooperação entre outros países, que também enfrentam o respectivo crime em estudo. A tecnologia da informação a serviço de organizações criminosas fará parte do presente estudo, assim como a relação entre a Lavagem de dinheiro ligada a Corrupção e ao Crime Organizado. Dessa forma, intenciona o presente trabalho nas formas e meios de consumação do delito de Lavagem de Dinheiro. Será realizado também, seguindo este viés, uma análise de levantamento dos Direitos Fundamentais, sua violação e embate frente a prática do crime de Lavagem de dinheiro, porquanto, entre diversas formas de Direitos, legislação penal em vigência sobre o crime em estudo, a verificação de como referida legislação contribui, ou não, para o combate à corrupção, quais medidas podem ser tomadas para o controle da corrupção, respeitando-se os Direitos Fundamentais e, análise de como a contribuição penal, assim como, outros ramos jurídicos, podem contribuir na redução da corrupção e na lavagem de dinheiro. Será realizada de forma simultânea uma análise Constitucional sobre o tema e como a Política Criminal pode ser utilizada para fortalecer o poder punitivo Estatal. A presente obra segue a linha de pesquisa “Teoria do Direito e do Estado”. Alinhar-se-á o presente estudo ao método dedutivo, optando-se pela pesquisa bibliográfica como procedimento metodológico para a realização do presente trabalho.

Palavras-chave: 1. Lavagem de Dinheiro 2. Corrupção 3. Repressão ao Crime 4. Respeito aos Direitos Fundamentais aos Investigados. 5. Formas de Cooperação.

RANIÉRI, Marco Aurélio. Lavagem de dinheiro e Corrupção: a Intervenção Penal seguindo o respeito aos Direitos Fundamentais. 2020. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, 2020.

ABSTRACT

The present dissertation aims at investigating and forms, as well as the means of reprimand, the crime of Money Laundering and the means of cooperation among other countries, which also face the respective crime under study. Information technology at the service of criminal organizations will be part of this study, as will the relationship between money laundering linked to corruption and organized crime. In this way, it intends the present work in the forms and means of consummation of the crime of Money Laundering. Following this bias, there will also be an analysis of the survey of Fundamental Rights, their violation and clash against the practice of the crime of Money Laundering, as, among several forms of Rights, criminal legislation in force on the crime under study, the verification of how said legislation contributes, or not, to the fight against corruption, what measures can be taken to control corruption, respecting Fundamental Rights and, analyze how the criminal contribution, as well as other legal branches, can contribute reducing corruption and money laundering. A Constitutional analysis on the subject and how Criminal Policy can be used to strengthen the State's punitive power will be carried out simultaneously. The present work follows the line of research "Theory of Law and the State". The present study will be aligned with the deductive method, opting for bibliographic research as a methodological procedure for carrying out the present work.

Keywords: 1. Money Laundering 2. Corruption 3. Repression of Crime 4. Respect for Fundamental Rights of Investigators. 5. Forms of Cooperation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPITULO 1.....	14
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS INVESTIGADOS: DIGNIDADE E LIBERDADE.....	14
1.1 Análise da Constituição no Brasil.....	15
1.2. Conceito de Lavagem de dinheiro.....	17
1.3. Das Garantias do Direito Penal inerentes ao investigado.....	19
1.4. Respeito à Dignidade.....	22
1.5. Da Proteção do Direito Penal.....	25
1.6. O Respeito à Liberdade.....	29
1.7. Do Princípio da Intrancendência.....	30
CAPITULO 2.....	35
LEGISLAÇÕES PERTINENTES E FORMAS DE COOPERAÇÃO.....	35
2.1. Legislações Pertinentes Internacionais.....	35
2.1.2. Da Cooperação Penal Internacional.....	40
2.1.3. A Aplicação da Lei em âmbito Nacional.....	41
2.2. Documentos Normativos Transnacionais ao Combate à Lavagem de Dinheiro.....	44
2.2.1. Da Convenção de Viena.....	45
2.2.2. Da Convenção de Palermo.....	46
2.2.3. Da Convenção de Mérida.....	47
2.3. Dos Direitos Fundamentais e sua Proteção.....	48
2.3.1. Princípios da Proteção Deficiente.....	52
2.3.2. Princípio da Legalidade.....	55
2.4. Da Política de Modernização.....	56
CAPITULO 3.....	57
INTERVENÇÃO PENAL: MEIOS DE COMBATE E REPRESSÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.....	57
3.1. Repressão ao Crime.....	57

3.1.1. O Direito Penal como Proteção ao Bem Jurídico.....	58
3.1.2. Da Segurança Jurídica.....	66
3.1.3. Dos meios de Prova.....	68
3.1.4. Da Recuperação Judicial frente à Lavagem de dinheiro.....	72
3.1.5. Lavagem de dinheiro e a Sonegação Fiscal.....	76
3.1.6. Laboratório de Tecnologia Contra a Lavagem de Dinheiro.....	78
3.2. Das Medidas Assecuratórias.....	79
3.2.1. Do Sequestro de Bens.....	80
3.2.2. Destinação dos Bens.....	86
3.3. Crimes cibernéticos e branqueamento de capitais.....	87
3.3.1. Meios de Investigação.....	89
3.3.2. Formas de prevenção.....	93
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	94
REFERÊNCIAS.....	96

INTRODUÇÃO

Trata-se de dissertação apresentada ao programa de Pós Graduação stricto sensu em Direito da “Fundação Eurípedes Soares da Rocha” mantenedora do centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, objetivando a obtenção do Título de Mestre em Direito, cuja área de concentração é a Teoria do Direito e do Estado e a linha de Pesquisa “Construção do saber jurídico”.

Um grande avanço, em termos de investigação, de crimes de Lavagem de dinheiro, foi à união de diversas Legislações, internas e externas, o que possibilitou um maior rigor para se responsabilizar o agente infrator.

Houve uma evolução considerável no ordenamento jurídico pátrio e, esse fator foi responsável em identificar o responsável por crimes praticados com a intenção de branquear capitais, independentemente de culpa na infração penal antecedente, aspecto importante para considerar o momento de consumação do crime.

Fato que se faz importante mencionar, é que o bem jurídico tutelado com a criminalização de condutas antecedentes é, principalmente a Administração da Justiça, porém podem também considerar como violadoras as infrações que remetem a ordem econômica e financeira, pois na medida em que implicam, em operações dissimuladas, por vias escusas e, em ofensas a princípios e regras que regem essas áreas, acabam por afetar a confiabilidade do sistema.

A influência política na corrupção de eventuais operações com fulcro no combate a corrupção ligada à lavagem de dinheiro, como também formas de repressão, medidas assecuratórias, bem como meios de provas a serem utilizados em respeito aos direitos fundamentais.

Pode-se destacar a colaboração por meio de diversos fatores que contribuem para maior fiscalização e repulsa a nível Global, para tanto, destacam-se a Convenção de Viena, a 20 de dezembro de 1988, Convenção de Palermo, de 15 de novembro de 2.000, Convenção de Mérida, de 31 de outubro de 2003, equilibrado dentro dos ditames das normas programáticas previstas na Constituição Federal de 1988 e da Lei de Lavagem de dinheiro 9.613, de 03 de março de 1988

Além disso, o estudo aborda o surgimento da respectiva lei incriminadora, que por se tratar de crime cometido globalmente, torna-se necessário a cooperação

jurídica entre países, na qual diversos documentos normativos de abrangência transnacional foram editados, com o único objetivo de combater a lavagem de dinheiro

Existe uma metáfora no nome do crime em estudo, esta referência se dá ao fato da aparente licitude ao produto do crime, que na verdade é dinheiro sujo, lava-lo seria a forma de reintegra-lo ao sistema financeiro.

De suma importância, faz-se a necessidade da cooperação jurídica internacional, de acordo com as regras constitucionais, pois é inegável reconhecer os desvios de condutas inerentes à natureza humana em virtude das mais variadas razões.

Diante disso, emergem os aspectos repressivos do Direito como última ratio, quando superadas as demais medidas preventivas e interventivas, na tentativa de conter as ilicitudes, com foco nas ações ou omissões dignas de relevância no âmbito criminalizador, ademais as respectivas sanções em regras cerceadoras de liberdade, um dos bens maiores da pessoa humana, em caráter retributivo, com finalidade de devolução do mal feito a sociedade, também de cunho educativo, no anseio da recuperação do indivíduo infrator.

Nesse sentido, a dimensão criminalizadora faz emergir o tipo penal autônomo de lavagem de dinheiro, e os institutos relacionados, tal como o perdimento de bens e o cerceamento de liberdade como importantes, se não o maior dos instrumentos na atualidade, com o intuito de máxima intenção de limitação do avanço da criminalidade em geral por meio do desestímulo, pautado na impossibilidade do aproveitamento dos ativos financeiros oriundos de meios ilícitos junto ao cerceamento de liberdade.

Destarte, o crime em estudo consiste basicamente em dar aparência lícita ao proveito do crime por meio da criminalização autônoma e independente em relação à infração penal propiciadora dos aferimentos dos ativos ilícitos e predecessora do ato de lavagem.

Por outro viés, a própria tipificação penal da lavagem de dinheiro, a despeito de toda relevância, conveniência e fatores argumentativos favoráveis, não pode ignorar os ditames constitucionais e os direitos fundamentais, mandamentos conquistados pela humanidade ao longo dos tempos.

Assim dizendo, mormente as cláusulas de vedação ao ne bis in idem, ou seja, da inviabilidade de se punir penalmente pelos mesmos fatos em prol da proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

CAPITULO 1 – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS INVESTIGADOS: DIGNIDADE E LIBERDADE

De suma importância, está a proteção dos direitos fundamentais frente ao Direito Penal, amparados à dignidade da pessoa humana e a Liberdade. Validamente, demonstrada a devida garantia do direito penal ao acusado de infrações penais, desde o início da investigação ao fim do curso processual, respeitando-se a dignidade e demais direitos fundamentais.

De forma significativa e efetiva, a proteção que o direito penal representa na seara jurídica, com a respectiva visão de autores e juristas sobre o tema formam um parecer relevante ao crime de lavagem de dinheiro.

Nesse contexto, alguns princípios relacionados à proteção deficiente e seus princípios norteadores buscam integrar a seara penal.

As origens da expressão lavagem de dinheiro no mundo todo não são praticamente precisas em referência à modalidade criminosa juridicamente prevista, ou seja, sua tipificação.

No entanto, a expressão empregada para se referir a pratica delituosa em questão teria surgido originalmente em inglês – Money laundering, cujas razões não são precisas.

A terminologia utilizada sobre lavagem de dinheiro é comum em vários pontos que trata a criminalidade organizada, havendo expressões sinônimas e utilização de termos com sentido metafórico, tais como: “lavagem de dinheiro”. Tal expressão designa uma metáfora com finalidade de definir a conduta de alguém, em atividades econômicas e financeiras, com intuito de esconder ou mascarar origem ilícita de bens ou ativos financeiros acrescentados ao seu patrimônio.

O agente dessa forma encobre a fonte ilegal daqueles ativos, tornando difícil de evidenciar sua proveniência criminosa. O dinheiro ou bem, é metaforicamente lavado, para passar a ser limpo.

No mesmo viés “bloqueio de ativos financeiros”, tem-se o sentido de como bloqueio a limitação que recai sobre o patrimônio de alguém. Normalmente utilizado o termo penhora sobre dinheiro depositado em conta bancária. Entretanto, bloqueio tem sentido jurídico de apreensão, que visa à vedação transitória à transferência, conversão, disposição, ou movimentação de bens, até mesmo custódia sobre eles. No Brasil, em respeito às normas constitucionais, para se requerer bloqueio se faz necessária ordem judicial emanada por magistrado competente.

Na mesma linha de raciocínio, a palavra “confisco” apresenta um significado da perda de bens e, como tal, possui natureza definitiva. Havendo necessidade de observância ao devido processo legal, amparado pelo contraditório e a ampla defesa, bem como decisão fundamentada pela autoridade judicial competente.

O significado de “infração principal”, toma forma na medida em que destaca a infração penal remetida, isto é, a lavagem de capital. Enfatizasse pela infração penal antecedente oriunda de crime/contravenção penal produtores.

Assim, originou-se a ideia de criminalizar o procedimento usado pelas organizações criminosas para mascarar a origem ilícita dos valores – a chamada “criminalização das lavagens capitais”.

1.1. Análise da Constituição no Brasil

A legislação nacional prevê a repressão à lavagem de dinheiro por meio da lei nº 9.613/98, com as inovações posteriores.

A lei acima citada utiliza, com pena privativa de liberdade de três a dez anos e multa, a prática delitiva decorrente da auferição ilícita oriunda de qualquer infração penal, incluindo as contravenções destinadas a ocultá-la, dissimulá-la, convertê-la em ativos lícitos, adquiri-los, recebe-los, trocá-los, guarda-los, importa-los ou exportá-los com valores não correspondentes aos verdadeiros, utilizá-los na atividade econômica ou financeira, participar de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida a prática de crimes dentre outras condutas (FERNADES; ROBSON, 2019).

No cenário nacional, a exposição de motivos assinada pelo Ministro de Estado e Justiça Nelson A. Jobim em companhia do Ministro de Estado da Fazenda Pedro Malan e do Ministro de Estado das Relações Exteriores Luiz Felipe Lampreia

e, por fim, o Ministro Chefe da Casa Militar da Presidência da República Alberto Mendes Cardoso, se estende em 139 parágrafos, quais visam assegurar as razões de fato e direito quais referida lei de combate à lavagem de dinheiro deve servir a população, destacando pontos internacionais visto que em cooperação com países estrangeiros onde se tratou com especialistas o tema em foco, sendo Suíça, Inglaterra e Estados Unidos da América, bem se levou a matéria para a conclusão pautada em lei.

Enfim, com o advento de referida legislação, no campo pragmático pode se perceber que a legislação em comento, em que pese eficaz em determinados assuntos, ainda era carente em outros aspectos, pois a lei de lavagem de dinheiro punia somente a conduta de ocultação e dissimulação por crimes antecedentes, deixando de lado a contravenção penal e, não obstante também beneficiava os crimes antecedentes quais eram alcançados os prazos de prescrição dos processos penais.

Nessa seara, uma Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal qual se incumbiu de discutir com especialistas da Legislação Penal, bem como funcionários governamentais dos Estados-Membros as graves deficiências do quadro jurídico existente de proteção dos interesses financeiros da União, numa reunião realizada para esse efeito em 6 de dezembro de 2011 e diante de tal quadro se ajustaram alterações quais foram trazidas pela Lei Federal 12.683/2012, sendo a principal alteração dada ampliação do rol de crimes precedentes à lavagem de dinheiro.

O Direito Penal, utilizado como última instancia, deve ser visto à luz da Constituição Federal e imputar punibilidade de grave rigor estampado na lei de lavagem de dinheiro aquele qual sequer respondeu por infração antecedente dada possibilidade de transação penal, ofende o princípio da proporcionalidade, inclusive da segurança jurídica.

Assim, tem-se que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado para casos dessa natureza e daí estarmos diante da ofensa não a administração da justiça, mas sim a ordem econômica, ou seja, muito embora o direito penal destaque seu poder normativo, deve ser interpretada as razões quais se presume a necessidade de intervenção da Lei Penal, posto que outros institutos balizadores podem ser invocados como o Princípio da Intervenção Mínima, o Princípio da

Fragmentariedade e o Princípio da Lesividade, dada a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Nos ensinamentos de Lenio Streck (2003, p.255), convém dizer que este conflito acarreta uma confusão quanto aos bens que devem prevalecer numa escala hierárquica axiológica, para fins de serem relevantes penalmente e, portanto, merecedores de tutela dessa natureza.

Sobre essa proteção, a Constituição, ao assumir uma função compromissória e dirigente, preocupada em construir uma sociedade solidária, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais, não pode situar os bens jurídicos eleitos e merecedores de tutela penal em um âmbito individualista, mormente isso porque seria incompatível com os preceitos do texto constitucional. Partindo dessa premissa, os bens jurídicos não podem ser vistos apartados do texto constitucional, compreendidos pelos preceitos e princípios formadores do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2009, p. 41).

Nesse sentido, a Constituição se torna responsável por eleger aqueles bens jurídicos, aos quais recairá a tutela penal, assim como nortear a dogmática penal para uma compreensão individual do indivíduo.

Essa forma de evidencia fica clara à medida que os bens jurídicos penais, identificam-se como aqueles que buscam a satisfação jurídica constitucional. Entretanto, o pensamento liberal individualista se opõe, consagrando que um pensamento comunitarista ensejaria uma antecipação das barreiras do Direito Penal.

1.2. Conceito de Lavagem de dinheiro

O crime de lavagem de dinheiro consiste em ações que envolvem o produto de infrações penais antecedentes, de modo a resguardar e viabilizar o seu proveito, a salvo do conhecimento pelas autoridades. A lavagem se faz com o proveito de tal infração seja crime ou contravenção. Assim é considerado um crime derivado ou acessório tal como a receptação e o favorecimento real previsto no art. 180 e 349 do Código Penal. Na lavagem de dinheiro se oculta ou dissimula-se a natureza, a origem, a localização, a disposição, a movimentação ou a propriedade de bens,

direitos ou valores provenientes de infração penal para resguardar sua fruição pelo próprio agente do crime antecedente (PALSEN; LEANDRO, 2017).

Em geral, para se lavar dinheiro e ludibriar a ação da justiça, percorrem três fases, quais seja a colocação ou, na doutrina internacional, o placement dos ativos ilícitos no mercado na economia ou no sistema financeiro; a ocultação ou layreng desses ativos por meio de movimentações diversas dentre transferências, vendas e compras; a integração isto é a integration em que os bens e valores passam a adquirir aparência licita uma vez retornando ao patrimônio do criminoso a fim de que possam ser usufruídos. Ainda há quem fale em reciclagem ou recycling na esteira de dar seguimento às transações com o escopo de dificultar o rastreamento (FERNANDES; ROBINSON, 2019).

De forma simplificada, ao tecer comentários sobre o presente estudo, há de se identificar que houve algumas fases evolutivas do Crime de Lavagem de dinheiro e, pode-se dividir a produção legislativa em 3 (três) gerações.

A primeira fase, inicia-se com a tipificação de lavagem de dinheiro com a tipificação que considerava a conduta delituosa de mascarar a ilicitude sobre produto do crime de tráfico de drogas, isto é, a infração penal antecedente seria o cometimento de tráfico de entorpecentes (crime precedente) para que houvesse o delito de lavagem (crime fim). Era com o intuito de mascarar o proveito auferido, com o fim de encobrir sua origem espúria, criminosa.

A seguinte geração passou a considerar determinados crimes, além do tráfico de drogas, como delito antecedente necessário a consumação da lavagem de dinheiro. Dessa forma, somente eram considerados crimes antecedentes: I – Tráfico Ilícito de substâncias entorpecentes; II – Terrorismo; III – Contrabando ou Tráfico de Armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – Extorsão Mediante Sequestro; V – Contra a administração Pública; VI – Contra o Sistema Financeiro; VII – Praticado por Organização Criminosa; e praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

A terceira geração considerou lavagem de dinheiro as condutas de tornar aparentemente licita a origem do proveito do delito, independentemente da natureza da infração penal antecedente pressuposta. Dessa forma, a infração penal antecedente estará configurada tanto na ocorrência de crime ou contravenção penal,

desde que seja crime produtor, ou seja, aquele que tiver o condão de produzir bens, direitos ou valores que possam efetivamente ser objeto de lavagem.

Em suma, o crime de lavagem de dinheiro, envolve a infração penal antecedente, isto é, é necessário que a respectiva infração seja produtora. Significa dizer que o crime ou contravenção penal, anterior à lavagem de dinheiro, produzam ativos para que assim seja objeto da lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, importante mencionar que a competência será de acordo com a infração praticada, assim se um crime antecessor por praticado em âmbito federal, a competência também será da Justiça Federal para apurar a lavagem de dinheiro, pensamento semelhante ao crime antecessor praticado na seara Estadual.

O crime de lavagem de dinheiro é praticado com o objetivo de impedir que determinada quantia obtida ilegalmente seja rastreada, identificada. Ao contrário, a lavagem do dinheiro propicia dar uma “aparência” legal ao mesmo, associando-o a atividades lícitas.

Como já mencionado, a origem do termo “lavagem de dinheiro”, ou Money laundering, em inglês, é norte-americana, utilizada num processo judicial de 1982 contra um traficante de drogas. O sentido é o de “lavar”, “limpar” o dinheiro de origem ilícita (PITOMBO, 1999, p.33).

1.3. Das Garantias do Direito Penal inerentes ao investigado

Tem-se que os direitos fundamentais, primordialmente assumem as características de direitos subjetivos, uma vez que, apresentam relação entre o cidadão e o Estado.

Notadamente, o dever que recai sobre o estado vai depender da natureza do direito fundamental. Diante de um direito de defesa, espera-se do estado, sendo a principio e uma concepção tradicional, uma mera abstenção, como referencia a que se seja mantido inabalável, sua esfera de autonomia, preservando-se, assim, o bem jurídico liberdade em suas mais diversas manifestações (BROOCKE. 2016).

Em uma visão superficial, a sociedade aponta como violadores dos direitos fundamentais dos cidadãos o direito penal e o processo penal, aos quais a pratica de infrações penais, criam-se o poder-dever de repressão, punir e aplicar a pena,

visto que essas acabam por cercear respectivos direitos fundamentais do condenado, privando sua liberdade, patrimônio e, por vezes pena de multa.

Porém, faz-se necessário evidenciar que a função do direito penal, como previsto constitucionalmente, é a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos contra violações e ameaças.

O Estado, exerce a soberania que tem, delimitando o poder de ditar as regras de convivência e, para isso, pode aprovar normas que tenham por finalidade manter a paz e garantir a proteção aos bens jurídicos considerados relevantes: vida, incolumidade física, honra, saúde pública, patrimônio, fé pública, patrimônio público, meio ambiente, direitos do consumidor etc.

Respectivas normas, de caráter penal, estabelecem anteriormente sanções para os infratores. Assim, no momento em que ela é desrespeitada pela prática concreta do delito, surge para o Estado o direito de punir (*jus puniendi*). Este, entretanto, não pode impor imediata e arbitrariamente uma pena, sem conferir ao acusado as devidas oportunidades de defesa. De forma controversa, faz-se necessário que os órgãos estatais incumbidos da persecução penal obtenham provas da prática do crime e de sua autoria e que as demonstrem perante o Poder Judiciário, que, só ao final, poderá declarar o réu culpado e condená-lo a determinada espécie de pena.

O Estado-Legislator, ao positivar determinadas regras de convívio em sociedade de forma geral e abstrata, realizar-se-á parâmetros de convivência entre cidadãos que pertencem a uma sociedade, com a finalidade de respeitar as normas constitucionais, tornando-se eficazes os direitos fundamentais previstos na Lei Maior.

O poder de império do estado não pode se sobressair à dignidade da pessoa humana, pois estaria dessa forma violando direitos protegidos internacionalmente e, o estado deve atuar de forma a atender os anseios da sociedade em geral, assim o direito penal não poderá ser utilizado como instrumento violador de direitos e garantias.

Em contrapartida, quando vem à tona, direitos de personalidade, tem-se a entender que os mesmos estão cercados pelas relações de caráter patrimonial, o que leva ao surgimento de uma zona de transição, visto que a forma de tutela encontra uma maior proteção em virtude da troca de informação virtual, o que se

gera entre a esfera patrimonial e existencial, na qual se encontram algumas situações subjetivas.

Determinada violação fere vários princípios, dentre eles o da segurança jurídica, legalidade, proporcionalidade/razoabilidade, dignidade da pessoa humana. Entretanto, evidente que o poder judiciário, atua de forma legal quando analisa a legalidade de atos praticados pela administração pública, pois o arcabouço vindo dos primórdios, resta cada vez mais superados em vista do judiciário atuante e na perspectiva do ativismo judicial.

A definição sobre a garantia que o Direito Penal exerce, faz referencia a proteção de bens jurídicos, a qual é a missão precípua, que fundamenta e confere legitimidade ao Direito Penal. Em conformidade com a orientação do Superior Tribunal de Justiça: O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social (RE 460.971/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.^a Turma, j. 13.02.2007).

Assim, entende-se que o Direito Penal é também reservado o controle social ou a preservação da paz pública, que por sua vez, faz referencia a ordem que deve existir em determinada coletividade.

É direcionada a todos os indivíduos, muito embora, nem todos se envolvam com a prática de infrações penais. Divergentemente, somente a minoria envereda pelo caminho da criminalidade, seja por questões morais, seja pelo receio de aplicação da lei penal.

Por mais paradoxal que possa parecer, o Direito Penal tem a função de garantia. De fato, funciona como um escudo aos cidadãos, uma vez que só pode haver punição caso sejam praticados os fatos expressamente previstos em lei como infração penal. Também conhecida como função criadora ou configuradora dos costumes, tem origem na estreita vinculação existente tradicionalmente entre a matéria penal e os valores éticos fundamentais de uma sociedade (MASSON, 2019, p. 79).

De exclusiva proteção aos direitos fundamentais, o direito penal por meio da Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLI, prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

De fato os direitos fundamentais contam com eficácia vertical, em que o Estado-cidadão, seja o centro, mas no mesmo sentido de forma horizontal a dizer, cidadão-cidadão, sendo fundamental o agir estatal. Contudo, tomando-se a história como processo, tem-se que o Estado é cada vez mais exigido como garantidor da eficácia dos direitos fundamentais em sentido horizontal, uma vez que, parte das reminiscências autoritárias pretéritas, restou superada pelo fortalecimento das instituições democráticas.

Nessa seara, pode-se dizer que a proteção constitucional para com os direitos fundamentais como forma vertical, impõe determinadas regras de inviolabilidade as quais devem ser observadas sob pena de nulidade processual entre elas, a inviolabilidade de domicílio, comunicação telefônica e sigilo bancário. Uma vez, desrespeitado os meios de obtenção de provas, ou seja, a falta de autorização judicial torna-a prova ilícita.

Sendo que, as provas obtidas por meio ilícitos são inadmissíveis no processo. Sobre esse princípio, decorre em reciprocidade que as provas derivadas de provas das ilícitas obtidas por meio ilícitos, estarão maculadas pelo vício da ilicitude, portanto, inadmissíveis.

1.4. Respeito à Dignidade

O dever de proteção precede a formação do liame subjetivo entre Estado-cidadão no que se refere à efetividade dos direitos fundamentais, razão pela qual pode ser visto como perspectiva objetiva dessa classe essencial de direitos fundamentais. Porém, registra-se que não se pode tratar a perspectiva objetiva como contraposição a subjetiva. Contudo porque esta, dada a importância conferida à dignidade da pessoa humana, deve prevalecer sobre aquela, uma vez que se afigura como a manifestação primeira e principal dos direitos fundamentais que, pode-se dizer, são direitos individuais na conformação tradicional do conceito de estado democrático de direito.

Notadamente porque a perspectiva objetiva se justifica na medida em que garante a concretização dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos tidos pelo indivíduo em face do Estado, fato este e confere à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais quase que um caráter instrumental.

Dessa forma, o dever de proteção assim tratado pela doutrina e jurisprudência, recai sobre os ombros do Estado que, independente da formação do liame subjetivo entre si e o titular o direito fundamental, deve agir no sentido de resguardar os valores tutelados pelas normas constitucionais que estabelecem os direitos fundamentais.

Como forma de determinação legal, a dignidade da pessoa humana se faz presente com a tutela constitucional, sendo a respectiva uma manifestação não somente que se deve ao conteúdo negativo de abstenção, da interferência positiva nas esferas individuais pelo Estado.

Os chamados direitos de personalidade negativos, retratados em doutrina, envolvem porquanto não somente o direito de discordar de atos que atentem contra a nossa privacidade, mas também de abster-se à devassa da privacidade alheia.

A proteção individual em um dado momento confronta-se entre a existência e extensão do dever de proteção, sendo importante ressaltar que não se pode confundir o dever de proteção ordinário que recai sobre o Estado, sendo este detentor do poder de punir, com o dever de proteção que se manifesta pela perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

A vertente que infere os valores a que ligam os direitos fundamentais, tais como a vida, a honra, a intimidade e a liberdade, são essenciais à manutenção dos controles dos mínimos do conceito de Estado Democrático de Direito, o dever de proteção como desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é pressuposto da existência do próprio Estado que, acaso negligencie o dever em questão, verá ruir a sua razão de ser.

Nessa toada é possível afirmar que o dever de proteção conta com aspecto preventivo, seguindo a linha de pensamento que antes mesmo que se formar a relação entre titulares e destinatários do direito fundamental, o Estado deve agir para que os bens tutelados pela norma constitucional investida de fundamentalidade sejam segurados (SARLET, 2011).

Tem o Estado, o dever de respeitar a dignidade de pessoas eventualmente condenadas pela prática de crimes, conquanto, saber se pessoas investigadas por crimes, ou mesmo criminosos condenados, é titulares do direito fundamental à dignidade humana e, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana é, no contexto das ordens jurídicas democráticas, assegurada como direito de titularidade universal, no

sentido de que, a título de exemplo a “igualdade radical”, assegurada a toda pessoa humana (natural), isto é, todos têm direito à dignidade humana pelo fato simples de ser pessoa.

Nesse sentido, para ser beneficiário a dignidade da pessoa humana, inexistente importância de nacionalidade, idade, amadurecimento intelectual, capacidade de comunicação. Na mesma vertente não é seu pressuposto a capacidade de entendimento ou percepção, uma vez que, tal modo que a consciência de própria dignidade, ou de uma conduta em conformidade com ela, não é condição para ser tratado com dignidade.

A condição de ser humano é suficiente para o respectivo direito, pois, tem dignidade. Assim, no que aqui interessa, não impõem a perda da dignidade nem têm o poder de relativizá-la circunstâncias como insanidade, necessidades especiais ou criminalidade.

De forma individual, a postura que o estado deverá adotar para que se considerem seguros os bens jurídicos, variará da mera abstenção à criminalização de condutas.

Como já mencionado, pertence ao Estado e, somente a ele, o cumprimento do dever de proteção, assim como é dele que o cidadão pode e deve exigir que se concretizem os meios para a aplicação de um direito fundamental.

A função investigativa do Estado tende a respeitar os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal, nesse sentido, são direitos dos envolvidos em crime organizado ligados ao crime de lavagem de dinheiro, quando os envolvidos nesse delito optam pela delação premiada.

Assim é permitido por lei aos delatores usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica, ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados, ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes, participar das audiências sem contato visual com os outros acusados, não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito, cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Na investigação criminal, os tribunais superiores tem afirmado a absoluta ilegitimidade da tortura, do chamado polígrafo (detector de mentiras), ou soro da verdade, como meios de obtenção de prova, isso porque, em todas essas situações,

desconsidera-se a autonomia da vontade como maior expressão de personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Tanto na tortura como no detector ou no chamado soro da verdade o Estado pretende extrair a verdade dos fatos em desconsideração à vontade e à autonomia do indivíduo.

Dispõe o colaborador do programa especial de proteção a vítimas e testemunhas, dessa forma é direito do colaborador o uso fruído de medidas de proteção previstas na lei 9807/99.

Determinada garantia visa ao fim de assegurar que o colaborador não seja vítima de delitos por conta da prestação de declarações tendentes a facilitar a perseguição penal contra coautores.

De outra forma, tem-se que a dignidade da pessoa humana se faz presente com a tutela constitucional, sendo a respectiva uma manifestação não somente que se deve ao conteúdo negativo de abstenção, da interferência positiva nas esferas individuais pelo Estado. Os chamados direitos de personalidade negativos, retratados em doutrina, envolvem porquanto não somente o direito de discordar de atos que atentem contra a nossa privacidade, mas também de abster-se à devassa da privacidade alheia.

Em seu preâmbulo, a respectiva declaração reza que: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros.

1.5. Da Proteção do Direito Penal

É cediço que o direito penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, porquanto, capazes de colocar em risco determinados valores fundamentais para convivência social e, discrimina-los como infrações penais, com as respectivas sanções, outro assim, estabelece as regras complementares e gerais, necessárias a sua justa e correta aplicação.

Incumbe ao direito penal a proteção dos valores fundamentais para a subsistência do corpo social, entre eles a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade, determinados, como bens jurídicos.

Essa guarda é exercida não apenas pela intimidação coletiva, conhecida como prevenção geral e exercida mediante a propagação do temor aos iminentes infratores do risco da sanção penal, mas, sobretudo pela celebração de compromissos éticos envolvendo o Estado e o indivíduo pelos quais se conquista o respeito às normas, não por receio a punição, mas pela convicção de sua necessidade e justiça.

Nesse sentido, o direcionamento do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade, sendo a pena, portanto, simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade.

Segundo Grecco (2011, pg. 02), com o Direito Penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito.

Os valores fundamentais consagrados pela Constituição da República no sentido de direito fundamental de índole individual ou coletiva, ficam a critério do legislador para eleger os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

Nunca é demais lembrar que a função do Direito Penal é a de proteger bens jurídicos, que nada mais são do que valores e interesses de relevância constitucional ligados explicita ou implicitamente aos direitos e deveres fundamentais e, que a intervenção do poder punitivos realizará para evitar comportamentos que neguem ou violem tais valores (STRECK, 2009, p. 40).

As regras e princípios constitucionais são os parâmetros de legitimidade das leis penais e delimitam o âmbito de sua aplicação. O Direito Penal deve se harmonizar com as liberdades, as garantias e os direitos estatuídos pela Constituição Federal, pois nela encontram o seu fundamento de validade. Dessa forma, qualquer lei, penal ou não, elaborada ou aplicada em descompasso com o texto constitucional, não goza de validade. Exemplo: o art. 5.º, XLVII, a, da Constituição Federal proíbe, em situação de normalidade, a pena de morte.

Consequentemente, o Direito Penal não pode criar ou impor a pena capital, seja por apelo da população, seja a pedido do próprio condenado (MASSON, 2019, p 75-76).

Ainda na mesma linha:

O Direito Penal desempenha função complementar das normas constitucionais. Destarte, a tipificação penal do homicídio tem o propósito de resguardar o direito constitucional à vida, o crime de calúnia protege a honra, e assim por diante. Conclui-se, pois, que a definição de condutas criminosas é válida apenas quando alberga valores constitucionalmente consagrados. É o que se convencionou chamar de teoria constitucionalista do delito (MASSON, 2019, p 76).

Lastreia-se no Direito Penal a voluntariedade da conduta humana, atingindo-se a capacidade do homem para atingir um querer final. Assim, o âmbito da normatividade jurídico penal, limita-se às atividades finais humanas.

Nesse sentido, animais por não terem consciência do fim do seu agir, assim como os movimentos corporais causais, como os reflexos, não domináveis pelo homem.

O Direito Penal, nesse sentido, é orientado pelo Estado Democrático de Direito, partindo do princípio da dignidade humana.

((O jurista alemão Claus Roxin (1998, p.76) afirma que o direito penal é composto por dois componentes: I) o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual; e II) o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social, mesmo à custa da liberdade do indivíduo.

Por assim dizer, o brilhante autor, refere-se que o direito penal se ajusta concomitantemente para limitar o poder punitivo estatal e, para combater o crime, com a devida proteção ao indivíduo e simultaneamente a repressão inadequada do Estado, porém tutelando a sociedade e seus membros dos atos atentatórios do indivíduo.

O Direito Penal e, por consequência, a teoria do bem jurídico, ficam inexoravelmente subordinados a materialidade da Constituição, a partir do momento em que ela é responsável por ditar todas as regras de um Estado Democrático de Direito. Desse modo, qualquer lei que venha a criminalizar ou descriminalizar determinada conduta deve passar pelo filtro constitucional. Nada reveste a lei penal de qualquer blindagem contra uma adequada interpretação constitucional (STREECK, 2009, p. 42).

Por assim dizer não existe liberdade absoluta de conformação legislativa, até mesmo na seara penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais.

Isso significa que não existe qualquer blindagem que proteja a norma penal do controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, conclui-se que o legislador não tem liberdade absoluta de definir, como bem queira, as condutas que criminalizará ele está obrigatoriamente vinculado à materialidade da Constituição. Entretanto, caso não seja essa a opção, haverá configurar constitucionalidade um dispositivo de lei que venha a descriminalizar, a título de exemplo, um crime hediondo, tudo em nome do princípio da legalidade em uma nítida confusão entre a vigência e validade de um texto.

Segundo Claus Roxin (2006, p. 7-8) as fronteiras de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal e ação do tudo aquilo que estiver fora desses limites a esse respeito o autor assevera que a função do Direito Penal consiste em garantir uma existência pacífica livre e socialmente segura a todos os cidadãos sempre que essas metas não consigam ser alcançadas com políticas sociais alternativas.

Por outro viés Luigi Ferrajoli (2002, p. 377) indica um problema de inadequação na definição da noção de bem jurídico: ou elas são por demais exaustivas ou, pelo contrário, exclusivas.

No Direito Penal moderno, uma característica peculiar se apresenta, sendo essa uma nova finalidade, qual seja, a de reduzir ao mínimo a própria violência estatal, já que a imposição de pena, embora legítima, representa sempre uma agressão aos cidadãos.

Dessa forma, deve-se buscar de forma ininterrupta a incriminação de condutas apenas nos casos estritamente necessários, em homenagem ao direito à liberdade constitucionalmente reservado a todas as pessoas.

Nesse viés, o Direito Penal não deve se preocupar em manter os valores da sociedade em que se insere. Ao revés, destina-se a atuar como instrumento de transformação social.

Em outras palavras, significa dizer que não deve o Direito Penal constituir-se em empecilho ao progresso, e sim em ferramenta que auxilie a maximizar a ordem

social e promover as mudanças estruturais necessárias para a evolução da sociedade.

1.6. O Respeito à Liberdade

Entre os direitos fundamentais, não mais importante, mas de extremo rigor frente à coercibilidade do Estado, está o direito a liberdade. O Estado ao aplicar a legislação em que pese, restringindo direitos, como o de liberdade de comunicação, liberdade de locomoção, liberdade de informação, está agindo em prol da sociedade.

É possível identificar o Estado, como a única entidade dotada de poder soberano, sendo titular exclusivo do direito de punir. Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado apenas delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, uma vez que, confere-lhe o *jus persequendi in judicio*, conservando consigo a exclusividade do *jus puniendi*.

Nesse sentido, o direito de punir, estabelecido pelo Estado, é genérico e impessoal porque não se dirige especificamente contra esta ou aquela pessoa, embora se destine à coletividade como um todo. Seria, aliás, de todo inconstitucional a criação de uma regra, unicamente, para autorizar a punição de determinada pessoa.

Para qualquer espécie de restrição de liberdade, é necessária ordem judicial, sendo a inviolabilidade constitucional constatada a partir da quebra originária da respectiva determinação.

Nessa perspectiva, restringir a liberdade é a *ultima ratio* do Estado, uma vez que, direitos foram proclamados como verdadeiros limites negativos a atuação do Estado, que a *Priore*, não poderia intervir na liberdade das pessoas.

A não intervenção do Estado, afirma-se como uma característica básica dos direitos de 1º geração, que se apresentam como direitos negativos.

O jurista e filósofo, George Jellinek, para explicar a divisão de liberdade do Estado para com o indivíduo, criou a Teoria dos Quatro Status de Jellinek, que indica quatro posições que um indivíduo pode ficar frente ao Estado. São elas: passiva, ativa, negativa e positiva.

Foi a partir destes status que surgiram as espécies de direitos fundamentais mais frequentemente expostas pelos juristas: os direitos de liberdade, ou direitos de

defesa, os direitos a prestações ou direitos cívicos e, para alguns, os direitos de participação.

Deve o Estado respeitar a liberdade do indivíduo, nenhum cerceamento nesse sentido deve ser imposto sem o devido processo legal, ou da mesma forma, um suspeito de envolvimento em infração penal deve ter seu direito ao contraditório e ampla defesa, garantidos pela Constituição da República.

Diante disso, recentemente, a Corte Maior entendeu que a prisão em 2º instância era inconstitucional, pois deveria esgotar todas as instâncias para após houver a restrição de liberdade do indivíduo. Assim, decidiu que o artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo o qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”, está de acordo com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Determinada decisão, em respeito à liberdade, assegurou a existência da prisão antes do esgotamento dos recursos, mas estabelece a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP – para a garantia da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Notadamente que apenas presos que estejam cumprindo pena provisoriamente em razão de uma condenação em segunda instância podem ser beneficiados. A respectiva decisão não tem validade para um preso preventivo ou temporário, ou um preso em flagrante. Se o preso estiver em execução provisória da pena, mas também for alvo de uma preventiva, também não colocado em liberdade.

1.7. Do Princípio da Intrancendência

O princípio em questão tem supedâneo na seara constitucional, de acordo com o inciso XLV do art. 5a da Constituição Federal: “XLV. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do

perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Em virtude do princípio da responsabilidade pessoal, também conhecido como princípio da pessoalidade ou da intranscendência da pena, somente o condenado é que terá de se submeter à sanção que lhe foi aplicada pelo Estado. Já se foi o tempo em que não só o autor do fato respondia pelo delito cometido, como também pessoas ligadas ao seu grupo familiar ou social.

Determinado princípio constitucional indica que, quando a responsabilidade do condenado é penal, apenas ele, e mais ninguém, poderá responder pela infração praticada. Qualquer que seja a natureza da penalidade aplicada - privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa -, somente o condenado é que deverá cumpri-la.

Com a morte do condenado, a pena que lhe foi infligida, mesmo que de natureza pecuniária, não poderá ser aplicada a ninguém, uma vez que o seu caráter personalíssimo, quer dizer, somente o autor do delito é que pode submeter-se às sanções penais a ele aplicadas.

Entretanto, em caso de uma responsabilidade não penal, a obrigação de reparar o dano, é possível, no caso de morte do condenado e tendo havido a transferência de seus bens aos seus sucessores, estes respondam até as forças da herança, conforme preceituam o inciso XLV do art. 5a da Constituição Federal e o art. 1.997, caput, do Código Civil.

Por esse viés, em caso de morte do condenado, o valor correspondente à pena de multa, não deverá a ele ser aplicada e, cobrado de seus herdeiros, uma vez que, neste caso, estar-se-ia infringindo o princípio da responsabilidade pessoal, insculpido no inciso XLV do art. 5a da Constituição Federal, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Importante mencionar, que mesmo considerada legalmente como dívida de valor, a multa é ainda uma das três modalidades de penas previstas pelo art. 32 do Código Penal, motivo em que pelo simples fato de, a partir da vigência da Lei na 9.268/96, ser inscrita como dívida ativa da Fazenda Pública, passível apenas de execução, não sendo mais permitida sua conversão em pena privativa de liberdade, não perdeu ela sua natureza penal e como tal deverá ser tratada, impedindo-se a sua cobrança após a morte do autor da infração.

Por outro lado, observa-se que a culpabilidade é o fundamento e o limite para a pena.

A priori, na análise do crime, funciona como o terceiro elemento para que se possa considerar praticada a infração penal, ensejando condenação.

Por essa razão, após constatar a existência de um fato típico e antijurídico, o Estado-Juiz precisa finalizar sua busca pela formação da culpabilidade, entendida como o juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que este seja considerado imputável, tenha agido com consciência potencial de ilicitude, bem como dentro da esperada exigibilidade de um comportamento conforme o Direito.

No entanto, a culpabilidade – liame entre crime e pena – passa a atuar no processo de fixação da sanção penal. Despe-se, então, dos elementos já avaliados – imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de comportamento jurídico positivo – para adotar outros parâmetros, agora indicados pelo art. 59 do Código Penal.

No julgamento do caso Mensalão, o relator, a época, Ministro Joaquim Barboza, entendeu que “a culpabilidade, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é extremamente elevada, uma vez que JOSÉ DIRCEU, para a consecução dos seus objetivos ilícitos, valeu-se das suas posições de mando e proeminência, tanto no Partido dos Trabalhadores, quanto no Governo Federal, no qual ocupava o estratégico cargo de ministro-chefe da Casa Civil da Presidência da República. Essa posição de força no plano partidário, político e administrativo foi fundamental para a outorga de ‘cobertura’ política aos integrantes da quadrilha. Dela são expressões mais eloquente os telefonemas que lhe eram dirigidos no curso das reuniões com os dirigentes de outros partidos, na busca do seu “de acordo” para as decisões mais importantes concernentes ao apoio político no Congresso, ou ainda a expressão ‘bater o martelo’, que ROBERTO JEFFERSON utilizou-se, referindo a JOSÉ DIRCEU, como signo de ‘palavra final’.” (AP 470, p. 57.904).

Da mesma forma, recentemente o Superior Tribunal Federal entendeu sobre a lavagem de dinheiro frente à reprovabilidade do crime cometido por “homem público” ser maior e firmou o seguinte entendimento: “Se um deputado Federal que exerce mandato há muitos anos é condenado, o órgão julgador poderá aumentar a pena base atribuindo destaque negativo de reprovabilidade. A circunstancia de o réu ser homem de longa vida pública acostumado com regras jurídicas, enseja uma

maior reprobabilidade em sua conduta considerando sua capacidade acentuada de conhecer e compreender a necessidade de observar as normas. STF. 1º Turma. AP 863/SP. Rel Min Edson Fachin, julgado em 23/05/2017 (info 866).

Embora o princípio da responsabilidade penal faça menção a transposição da pena ser proibida, verifica-se que há penas em caráter majorado, quando existe a presença de determinada situação que coloque o indivíduo em patamar diferenciador, ou seja, pessoas ligadas intrinsecamente aos crimes de colarinho branco.

Nesse sentido, importante mencionar a teoria da cegueira deliberada, trata-se de um comportamento humano voltado a iludir elementos probatórios antecedentes. Contudo, seja objeto de reflexão na dogmática penal moderna, a cegueira deliberada também é analisada na perspectiva sociológica das relações humanas.

Sobre o tema, Heffernan (2011) ensina que, a autocolocação a uma situação de cegueira é mais comum do que se imagina, pois, frequentemente, os indivíduos ignoram o óbvio em seu cotidiano, sobretudo nas relações sociais, empresariais e entre advogado e cliente, com a finalidade de se isentarem de certos ônus da vida em coletividade.

Observa-se que deve ser estabelecida uma relação entre o direito penal e o direito constitucional, lançando-se mão de um suposto “princípio da proporcionalidade”, por meio das seguintes etapas: (i) a teoria não será aplicada aos crimes de menor potencialidade lesiva; (ii) deve ser determinado, a partir das circunstâncias do evento delituoso, se tinha o agente condições ou meios de ter conhecimento acerca do caráter antijurídico de sua conduta e que, em razão disso, agiu deliberadamente para dificultar seu próprio entendimento; e (iii) deve o bem jurídico ser penalmente tutelado, guardando pertinência com a ordem constitucional, máxime com os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.

Nesse sentido, é comum que, tratando-se de crime de lavagem de dinheiro, o autor, fingindo desconhecimento, coloca-se em situação de ignorância acerca dos bens, direitos e valores provenientes, direta ou indiretamente, da infração penal antecedente, a fim de se elidir da responsabilidade criminal e não responder pelo crime capitulado no artigo 1º da Lei 9.613/1998, com alteração trazida pela Lei 12.683/2012.

Com a aplicação do princípio em estudo, aplicando a cegueira deliberada, o agente poderia responder por lavagem de dinheiro nesse caso, pois teria assumido o risco de receber o dinheiro proveniente do crime antecedente, ainda que se colocasse em situação de ignorância acerca da procedência ilícita do bem.

Foi o que aconteceu recentemente com o ex-deputado federal e ex-presidente da câmara dos deputados, Eduardo Cunha, há época dos fatos, evidências comprovaram que ele e Cláudia Cruz (sua esposa) se beneficiaram de recursos públicos que foram convertidos em bolsas de luxo, sapatos de grife e outros bens de uso privado, afirmaram os procuradores na denúncia.

Investigações apontaram que Cláudia tinha plena consciência dos crimes que praticava e, é a única controladora da conta em nome da offshore Köpek, na Suíça, por meio da qual pagou despesas de cartão de crédito no exterior em montante superior a US\$ 1 milhão num prazo de sete anos (2008 a 2014), valor totalmente incompatível com os salários e o patrimônio lícito de seu marido.

Diante das evidências, o ex juiz federal, Sergio Moro, em sua decisão, afirmou que a movimentação de vultosos volumes acima dos rendimentos do casal e não declarada à Receita Federal indicam que a mulher do parlamentar afastado teria agido com “cegueira deliberada” ao não procurar saber a origem do dinheiro que abastecia sua conta.

Outra forma de se manifestar a cegueira deliberada no crime de lavagem de dinheiro, a título de exemplo, é quando o agente disponibiliza sua conta corrente, por determinadas vezes, a um agente político e de quem é assessor, a fim de que tivesse condições de receber valores decorrentes de um suposto esquema criminoso em uma empresa. É possível que, em sua defesa, alegar o agente o desconhecimento acerca dos detalhes do plano delituoso.

De todo caso, o fato de ter ele recebido depósitos em sua conta bancária, sem origem identificada ou comprovada, é suficiente para que tivesse desconfiado da origem ilícita dos próprios recursos, incidindo na prática delitiva.

Ainda sobre o tema, a suposição que uma pessoa se dirija a uma loja de veículos com uma mala de dinheiros em espécie, com a intenção de comprar um dos carros ali expostos à venda. Em caso de concretização da venda do automóvel, o vendedor pode ser punido a título de dolo eventual, tendo em vista que deixou de

tomar ciência acerca da procedência daquele dinheiro que, poderia ser produto de crime, mas tal acusação afronta o princípio da inocência e dignidade.

Em agosto de 2005, ladrões conseguiram levar R\$ 164,7 milhões usando um túnel para ter acesso ao caixa-forte do Banco Central, na cidade de Fortaleza (CE). Dois irmãos, donos de uma revenda, onde os ladrões que furtaram o Banco Central (BC) de Fortaleza venderam 11 carros comprados com parte do dinheiro roubado, foram absolvidos por unanimidade pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em Recife.

Condenados por lavagem de dinheiro a três anos de prisão e mais multa de R\$ 380 mil, em primeira instância, pelo juiz da 11ª Vara Federal do Ceará, Danilo Fontenele Sampaio, os empresários haviam recorrido da sentença junto ao TRF, que concluiu que os réus agiram de "boa-fé" ao vender os veículos para integrantes da quadrilha. Respectiva decisão entendeu ser incabível a responsabilização penal objetiva ou por presunção e absolveu os réus, aplicando o princípio *in dubio pro reo*, absolvê-los com base no art. 386, inciso VII do código de Processo Penal.

Como se percebe, existem duas vertentes nessa linha de pesquisa, a primeira aponta a cegueira deliberada quando existe ação omissa referente à origem ilícita do dinheiro, já a segunda o Estado adota a postura que a responsabilização objetiva não pode ser presumida e, assim, aplica o princípio *in dubio pro reo*.

A presente pesquisa não se faz para analisar qual a melhor a ser adotada, entretanto, deve o Estado agir amparado no devido processo legal, com respeito à dignidade da pessoa humana e os princípios dos direitos fundamentais, os quais apontam o direito do contraditório e ampla defesa, entre outros.

CAPITULO 2 – LAVAGEM DE DINHEIRO E FORMAS DE COOPERAÇÃO

2.1. Legislações Pertinentes Internacionais

O fenômeno denominado globalização, ao lado do crescimento populacional e da crise das economias de mercado, trouxe a abertura de fronteiras entre as nações e, de certo modo, o incremento da concorrência operada por vezes de forma canibalesca, provocando, por conseguinte, o aumento exponencial da criminalidade

em nível organizado e transnacional, isso, sem falar dos grandes atentados terroristas (FERNANDES, 209, P.165).

Nesse sentido, a repressão à lavagem de dinheiro ganha nova vertente, sem prejuízo de demais tipificações penais ligada a essa de forma íntima, assim como o tráfico de entorpecentes, a corrupção, o crime organizado, o terrorismo e seu financiamento.

As tratativas internacionais surgem com o propósito de acompanhar o avanço da criminalidade, de forma diversificada, as respectivas tratativas aparecem como forma de combate à prática de lavagem de dinheiro.

A cooperação internacional vai além da seara penal-constitucional, pois existe a soberania dos países e seus limites constitucionais, administrativos, jurisdicionais, sobretudo a atuação de diversos órgãos públicos.

Assim, essas tratativas permitiram concomitantemente unir conceitos para viabilizar a expansão e a celeridade do combate à prática criminosa, trazendo benefícios a toda comunidade internacional, entretanto, de forma antagônica, inviabilizar-se-ia tal desiderato em face da incompatibilidade de métodos tradicionais, ou seja, arcaicos, incompatíveis com a inovação e os ritos requeridos.

Essas tratativas internacionais, operam-se em regra, por meio de locução geral denominada de Cooperação Jurídica Internacional, a qual, entretanto, em sentido estrito, está relacionada apenas à matéria judicial.

Divididas em algumas espécies, como: 1. Cooperação Direta, de forma administrativa, no limite da legislação local e das cláusulas de reserva de afastamento de sigilo por meio do poder judiciário, envolvendo diretamente os órgãos interessados e autoridades dos respectivos países; 2. Auxílio Direto, de forma exclusivamente administrativa ou administrativo-judicial sempre que houver a necessidade de atuação do Poder Judiciário, em qualquer das hipóteses, prevendo-se a tramitação do pleito por intermédio das denominadas “autoridades centrais” dos países envolvidos; 3. Carta Rogatória, Revisão ou Homologação de Sentença Penal Estrangeira, Extradução de Pessoas, Transferência de Execução Penal, Transferência de pessoas condenadas, entre outras, envolvendo, nesses casos, além do poder judiciário, as respectivas representações diplomáticas dos países da chancela e tramitação, em que pesem as inovações admitindo-se celeridade na intermediação por meio das “autoridades centrais” (FERNANDES, 2019, p.167).

Dessa forma, como gênero próprio e específico de Cooperação Jurídica Internacional, ao se falar em Extradução e Transferência da Execução da Pena, a denominada Transferência de Pessoas Condenadas, como forma humanitária, com a finalidade que o recluso cumpra pena em seu país de origem, assim, próximo a seus familiares e do ambiente social, é que faz necessária a intermediação pela autoridade central do seu país de origem.

A cooperação jurídica internacional, atuante, do país interessado, quando este é demandante, ou na sua forma passiva, quando não há o interesse, sendo este demandado.

Neste caso, a cooperação direta é realizada de forma administrativa, envolvendo diretamente órgãos e as entidades interessadas com ausência das vias diplomáticas, judiciais ou autoridades centrais, portanto, mais célere.

Trata-se de cooperações sem muita formalidade, em regra operacionalizando-se por meio de sistemas eletrônicos, ou mesmo missivas eletrônicas (e-mails), ou, ainda, por requisições, ofícios, para a obtenção e troca de dados e conhecimentos por meio das polícias judiciárias diretamente entre estas ou por intermédio da rede “Polícia Internacional” (Interpol) gerida pela polícia judiciária em Portugal e pela Polícia Federal no Brasil, da respectiva rede digital da polícia global (Interpol) I-24/7, da rede de cooperação jurídica e jurídica internacional dos países de língua portuguesa, das unidades de inteligências financeiras dos países como a Unidade de Inteligência Financeira da Polícia Judiciária em Portugal e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) do Ministério da Justiça E Segurança Pública, além do Egmont Group na qualidade de organismo internacional de interligação, no que tange as movimentações financeiras suspeitas ou a existência de ativos em nome dos investigados, sem falar dos próprios serviços de inteligência de Estado ou das demais agências, dos ministérios públicos, dentre outros (FERNANDES, 2019, p.168).

Outro parâmetro com as legislações internacionais frente à lavagem de dinheiro são as penas, nesse patamar existe uma variação entre os demais países.

Destarte, o crime de lavagem de dinheiro em Portugal, está na legislação lusitana previstos de dois a doze anos (CP, artigo 368, 3), sendo agravada de um terço da pena se houver habitualidade (CP, artigo 368, 6) e atenuada se houver reparação integral ou parcial do dano praticado ao ofendido pela conduta

antecedente (CP, artigo 368, 7). Para assegurar a proporcionalidade, ainda prevê o legislador lusitano que a pena da lavagem de dinheiro — mesmo com agravantes — não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada entre as previstas para as infrações antecedentes (CP, artigo 368, 10).

Por outro viés, na Itália, o legislador previu pena de quatro a doze anos, e multa (CP, artigo 648-bis), sendo aumentada em casos de lavagem de dinheiro como parte do exercício de uma atividade profissional, e diminuída quando os valores ocultados são provenientes de delitos para os quais é prevista pena máxima inferior a cinco anos. Já nos casos de autolavagem (quando o agente que oculta o patrimônio é o mesmo que pratica o delito antecedente) a pena é menor (CP artigo 648-ter), sendo a conduta impunível quando os valores são usados para consumo pessoal.

Nesse paradoxo, ao ser analisado o respectivo crime em estudo, na Alemanha a pena da lavagem de dinheiro varia de três meses a cinco anos, existindo uma forma qualificada do delito com pena entre seis meses a dez anos quando o crime for praticado de maneira profissional ou por meio de um grupo criminoso (CP, § 261, 4). Entretanto, aquele que voluntariamente reporta o crime à autoridade antes de sua descoberta está isento de pena (CP, § 261, 9).

Na Espanha a pena é de seis meses a seis anos e multa (CP, artigo 301, 1), devendo ser aplicada em patamar maior quando os recursos são provenientes de delitos relacionados com o tráfico de drogas ou outros especificados em lei, ou quando o crime é praticado por meio de organização criminosa (CP, artigo 302).

Já na Argentina, ao se deparar com o crime de lavagem de dinheiro, o legislador argentino prevê pena de seis meses a três anos para a lavagem de dinheiro (CP, artigo 277), que pode ser aumentada até o dobro nos casos de crime antecedente de especial gravidade ou quando houver ânimo de lucro, habitualidade ou o autor for funcionário público.

Ainda nesse sentido, no México, pune-se a lavagem de dinheiro com cinco a 15 anos de prisão e de mil a cinco mil dias de multa. A pena é aumentada de um terço a metade quando o agente do delito é conselheiro, administrador, funcionário, empregado, ou prestador de serviços de qualquer pessoa obrigada a medidas de prevenção de lavagem de dinheiro, e duplicada quando o agente é funcionário

público, ou encarregado de prevenir, detectar, denunciar, investigar ou julgar tais delitos ou executar suas penas (CP, 400, bis, I).

Por derradeiro, a Colômbia em sua legislação especial, prevê penas de dez a 30 anos de prisão e multa de mil a 50 mil salários mínimos para a lavagem de dinheiro (CP, artigo 323). A sanção é aumentada de um terço a metade quando o delito envolver operação de câmbio, de comércio exterior, ou forem introduzidas mercadorias estrangeiras no território nacional (CP, artigo 323). O mesmo aumento é previsto quando a conduta é praticada por membro de pessoa jurídica, sociedade ou organização dedicada à lavagem de dinheiro. Por outro lado, a pena é aumentada de metade a três quartos quando a conduta é praticada pelos chefes, administradores ou encarregados de tais pessoas jurídicas, sociedades ou organizações (CP, artigo 324).

Uma forma peculiar entre os países acima citados no combate a lavagem de dinheiro é conhecer o direito comparado, as diversas formas e tradições para o enfrentamento do crime organizado, torna-se importante para a reforma da lei nacional.

De forma clara e precisa, faz-se que a incorporação de práticas e ideias estrangeiras deve ser precedida de reflexão sobre sua oportunidade, compatibilidade com o sistema jurídico pátrio, e de uma análise acurada sobre seus efeitos benéficos ou prejudiciais, em termos de política criminal e de respeito a garantias e direitos fundamentais. Porém, qualquer trabalho legislativo andarás no escuro se deixar de ao menos olhar para outras experiências, nem que seja apenas para identificar problemas e os caminhos pelos quais não se deve seguir.

Importante mencionar que a respeito da definição e da existência da Autoridade Central na prática da Cooperação Jurídica Internacional, tem-se que a Autoridade Central, conforme definição da Secretaria Nacional da Justiça Brasileira, “do órgão responsável pela boa condução da cooperação jurídica que cada Estado realiza com os demais países”.

Nesse sentido, é de responsabilidade à autoridade central receber, analisar, adequar, transmitir e acompanhar o cumprimento dos pedidos de cooperação.

Os requisitos, como não são homogêneos, exigem uma observação diferenciada, de acordo com o que solicita o país ou o tratado de origem. Entretanto e, prezando pela celeridade processual, é de suma importância que os que formam

à Autoridade Central estejam aptos a resolver às peculiaridades específicas que cada um dos tratados está a trazer, adaptando, o pedido à realidade nacional.

Dessa forma, dentre as mais variadas funções que a Autoridade Central pode realizar, as principais delas são: a execução da Cooperação Jurídica Internacional requerida a seu país; e a procura conjunta (junto à comunidade internacional) de aprimoramento na organização da cooperação jurídica entre os Estados.

Destarte, a partir do conhecimento dessas informações iniciais, as seções a seguir atear-se-ão, especificamente, à Cooperação Jurídica Internacional no âmbito penal e como ocorre o combate aos crimes de lavagem de dinheiro nos dias atuais.

2.1.2. Da Cooperação Penal Internacional

Antes de tudo, é necessário entender as ideias indissociáveis que fundamentam tal interação, a saber: a existência dos princípios da voluntariedade e reciprocidade e suas correlações com os acordos bilaterais e multilaterais que necessariamente devem existir entre os países cooperados.

Nessa linha, entende-se que esse tipo de cooperação, no Brasil, tem respaldo na Constituição Federal (art. 5º, LIV), no Código de Processo Penal Brasileiro e nas diretrizes alicerçadas nos Direitos Humanos. Nesse sentido, Weber (2011) ensina acerca da mútua eficácia que deve existir nesse processo. Segundo Weber, a fim de garantir a soberania e a independência nacional, sem fragilizar, a realização da Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal deve contar com a análise, por parte da Autoridade Central, do pedido requerido ao Estado Nacional Brasileiro. Dessa forma, haverá uma prévia deliberação observando se o que foi solicitado está em harmonia tanto com a legislação do país de origem, quanto com a legislação brasileira, que haverá de recepcionar a decisão com o intuito de prover-lhe à eficácia necessária.

Ao mencionar a Cooperação Penal Internacional sem levar em consideração a confiança recíproca que deve haver entre os Estados, é fadar à falência a obrigatoriedade arraigada ao dever dos Estados de prestar atividade jurisdicional. Assim e, para evitar tal situação, é comum a adesão contemporânea que muitos países realizam aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

A ideia central é que, ao ratificar tais tratados, diretrizes homogêneas são dadas, de maneira que exista compatibilidade entre os vários Estados que assinam e executam a matéria neles inserida, e se desenvolva, de fato, a Cooperação Penal Internacional tão almejada.

Ao se referir o Código de Processo Penal, princípios como a manutenção da paz social, a atuação dos órgãos estatais e a tranquilidade pública, percebe-se que a ideia matriz por traz dele está, na verdade, explanada desde o estado de natureza de Hobbes e nada mais é do que a segurança.

Assim, a junção da segurança e da confiança que viabilizam não apenas a proteção das garantias individuais, como também as “garantias processuais que definem o modelo e os limites da atuação estatal” (BECHARA, 2011, p.53).

De acordo com o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional brasileiro, o Brasil sempre procura levar em consideração essa relação de respeito, confiança e segurança. Isso ocorre, justamente, em razão da necessidade de cooperação que o Brasil possui por parte dos outros países.

2.1.3. A Aplicação da Lei em âmbito Nacional

No patamar nacional, tem-se observado o significado das mudanças macroeconômicas que estão sendo levadas adiante pelas nações no final desse século, e de acordo com a toada internacional, vem analisando nos últimos anos profundas e gradativas modificações, fruto de um protagonismo adquirido por esse ramo do Direito Penal.

Nesse viés, tanto a produção legislativa em matéria penal quanto à própria postura estatal estão sofrendo acentuada tendência de mudança, determinando o surgimento de um novo tratamento jurídico de problemas até o momento pouco explorados pelo sistema jurídico e dogmática tradicionais.

Dessa forma, na seara jurídica o crime organizado, a lavagem de dinheiro e a corrupção em diferentes níveis são elementos de grande atualidade, pautando as políticas públicas da maioria das nações e inserindo-se entre temas grande destaque na construção da dogmática e da política criminal do futuro.

No caso do presente estudo, a moderna realidade social (com suas demandas e problemas característicos) novamente surge como um importante fator

de produção legislativa, ao determinar formação de uma política criminal em relação ao problema da criminalidade organizada, e a conseqüente construção de um sistema de normas para seu controle.

O presente cenário da sociedade, caracterizada por princípios de incremento tecnológico e organização sistemática, o que tem constatado com perplexidade o rápido surgimento de alguns fenômenos provocadores de grandes mudanças, dentre eles as novas formas de delinquência (como a econômica, a informática e a relacionada aos últimos avanços científicos no campo da genética) o que coloca o estado Democrático e de Direito em posição perplexa, ante a constante exigência de posturas e respostas, sobretudo no âmbito penal.

De forma evidente, o grande desenvolvimento experimentado pelas organizações criminais relacionadas com o narcotráfico e com os delitos econômicos, assim como sua forte influência econômica e política sobre o destino das sociedades modernas, acentuando ainda mais as diferenças sócio-econômicas entre as nações e causando um verdadeiro desequilíbrio de forças no mercado financeiro.

Diante desse quadro, a preocupação do aumento da criminalidade no cenário internacional como o nacional, fez com que o legislador brasileiro passasse a demonstrar sua preocupação frente ao tema, emitindo regulamentações e recomendações para um efetivo combate desse tipo de criminalidade.

No tocante ao cenário nacional, nos últimos anos, tornou-se pública a insuficiência estrutural dos poderes públicos e do sistema legislativo para o combate do crime organizado.

Com o aumento diário de notícias sobre grandes casos de corrupção pública, movimentações ilícitas de capitais, utilização indevida de verbas públicas e fundos de campanhas políticas, nesse sentido foi criada a Lei 9.613 de 1º de março de 1998, buscando a punição específica da conduta de "lavagem de dinheiro", e inaugurando todo um sistema de controle de operações financeiras e de fiscalização da movimentação de capitais.

Ainda nesse sentido, para dar mais ênfase à persecução penal, a lei 12.683/12, foi editada para tornar mais eficiente à eficácia penal dos crimes de "lavagem de dinheiro".

Na redação original da Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998, para a configuração do crime de “lavagem”, se exigia a ocorrência de crime antecedente, que deveria encontrar-se listado no rol exaustivo previsto em seu artigo 1º. A Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012, rompe com este paradigma, ao revogar expressamente todos os incisos que compunham o elenco taxativo que era previsto neste artigo (incisos I ao VIII).

Assim, passou a ser definida do seguinte modo: “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”. A respectiva lei considera que crime como complexo, vez que a objetividade jurídica tutelada pela norma penal incriminadora, como bem a ordem econômica, o sistema financeiro, a ordem tributária, a paz pública e a administração da justiça.

O Estado, entendido como a pessoa jurídica de direito público titular dos bens jurídicos tutelados pela norma penal, e responsável pela ordem econômica, sistema financeiro, ordem tributária, paz pública e administração da justiça.

Para o estado punir pelo respectivo crime, tem-se que o mesmo se consuma com a ocorrência do “branqueamento” ou “lavagem”, ou seja, com a efetiva ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal (crime material). A tentativa é tecnicamente admitida, vez que se trata de um crime comissivo (praticado por ação) e plurissubsistente (a conduta é composta de diversos atos).

Como observado nessa breve síntese, o crime tem repercussão global e, tal investigação pelas autoridades se faz necessária. Existe a colaboração entre órgãos internacionais no respectivo combate, mas a intervenção do Estado é primordial para o combate e este mal que se enraíza por toda parte.

Existem vários meios de intervenção, a título de exemplo no Brasil, por meio do COAF (conselho de controle de atividades financeiras), o qual é responsável por adotar medidas preventivas contra a lavagem de dinheiro e gera um diagnóstico da respectiva lavagem de dinheiro.

Tem por legitimidade a centralização das informações e registros de transações financeiras realizadas dentro do Brasil e também as oriundas do exterior, possibilitando a autoridade policial o acesso direto a essas transações em

investigações, sem que se configure quebra de sigilo financeiro, não sendo necessária autorização judicial.

Sendo este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em nosso ordenamento jurídico.

O crime de lavagem de dinheiro difere do crime de evasão de divisas, primeiramente, porque depende da prática de um crime antecedente produtor, ou seja, crime gerador de vantagens (pecuniárias ou não).

Nesse sentido, divergem-se na objetividade jurídica. Porquanto, no crime de evasão de divisas, tutela-se a regular execução da política cambial, entretanto, no crime de lavagem de dinheiro o bem jurídico penalmente protegido é a administração da justiça, entendimento majoritário doutrinário esse, no sentido de ser a ordem econômica o bem jurídico protegido.

Existe outra divergência quanto a pena privativa de liberdade cominada, pois também é distinta. No crime de lavagem de dinheiro a pena é de três a dez anos de reclusão, assim, bem maior que a pena prevista no artigo 22, da Lei nº 7.492/86 (dois a seis anos de reclusão).

Seguindo análise de campo doutrinário, com o objetivo investigativo, a hipótese é que não é possível admitir a incidência das regras do concurso aparente de normas quando o agente visou lesar, simultaneamente, dois bens jurídicos distintos, devendo ser aplicada a solução preconizada pelo artigo 70, do Código Penal, ou seja, deverá responder o agente pela prática dos dois crimes em concurso formal, aumentando-se a pena mais grave de um sexto até a metade (exasperação da pena).

Porém, caso o agente apenas tem a finalidade de remeter recursos para o exterior, sem fins de ocultar sua origem, incidirá somente nas penas previstas no artigo 22, da Lei nº 7.492/86.

2.2. Documentos Normativos Transnacionais ao Combate à Lavagem de Dinheiro

Diversos documentos normativos de caráter transnacional foram editados, objetivando o combate à lavagem de dinheiro. Sendo que a relação com esse delito

é próxima com os outros tratados sobre o tema relacionado, a exemplo dos que cuidam de problemas e tráfico de drogas e de criminalidade organizada.

Dentre tais instrumentos convencionais, o Brasil ratificou três deles, incorporando-os ao seu ordenamento interno.

2.2.1. Da Convenção de Viena

A Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas também conhecida como Convenção De Viena, assinada em 20 de dezembro de 1988, objeto do decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, teve como objeto reconhecer a existência de vínculos entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, relacionando-se a eles, bem como que estes teriam o poder de minar as economias lícitas, ameaçando a estabilidade, bem como a segurança e soberania dos Estados.

O tráfico ilícito foi compreendido, nos exatos termos ali consignados, sendo uma atividade criminosa internacional, cujo dever de supressão foi classificado como urgente e de alta prioridade.

O tráfico era responsável por aglomeração de rendimentos financeiros consideráveis e acumulação de grandes fortunas que, por sua vez, teria a função de permitir as organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, suas atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.

Das cláusulas estampadas na respectiva convenção, existem as que priorizam o dever do Estado Parte tipificar como delito condutas equivalentes ao crime de lavagem de bens, direitos e valores, máxime as previsões constantes do art. 3, item 1, alíneas “b” e “c”.

Desta feita, obrigou-se o Brasil, a considerar delito o comportamento consistente em ocultar ou encobrir natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns delitos capitulados como tráfico de entorpecentes.

Assim, por meio de instrumento internacional voltado ao enfrentamento de problemas relacionados ao tráfico de drogas, o Brasil também se comprometeu a

tipificar como ilícito penal a lavagem de bens, direitos e valores, decorrentes de proveito da origem criminosa daquelas infrações penais.

2.2.2. Da Convenção de Palermo

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, assinada em 15 de novembro de 2000, objeto do decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004, teve como objeto a finalidade promover a cooperação para prevenir e combater de forma mais eficaz a criminalidade organizada transnacional.

A convenção de Palermo firmou marco importante para o controle de comportamento considerado como lavagem de dinheiro, de forma específica, preveniu a criminalização da lavagem do produto do crime.

Nessa seara, cada estado signatário, respeitando-se os princípios fundamentais do seu direito interno, compeliu a adotar medidas legislativas ou outras entendidas como necessárias a fim de caracterizar como infração penal dolo as condutas relacionadas a converter ou transferir bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são oriundos de origem ilícita, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou auxiliar qualquer indivíduo envolvido na prática de infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos.

Com a respectiva cobertura, ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, também foi objeto de proteção, desde que o autor tenha conhecimento que os ditos bens são produto do crime.

Da mesma forma, sob reserva dos conceitos fundamentais do ordenamento jurídico do País subscrevente, ordenou capitular outras condutas como infração penal na lavagem de dinheiro.

Percebe-se a distinção entre a primeira previsão e está sendo que aquela assegura o respeito aos princípios fundamentais, basilares do direito interno, assim como os fundamentos da República e suas disposições constitucionais fundamentais pétreas, assim como os direitos e garantias fundamentais.

A segunda previsão imputa a reserva de conceitos fundamentais do ordenamento jurídico como um todo, pelo que o Estado-parte tem o poder de fazer

valer disposições infraconstitucionais para o fim de aplicar a legislação sobre branqueamento de capitais nesta parte, assim como os conceitos entabulados na parte geral do Código Penal.

Com referência a essas, estipulou a tipificação das ações de adquirir, possuir ou utilizar bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no mento da recepção, que são produtos do crime, tal como, participar na prática de uma das infrações enunciadas acima, assim como colaborar para qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido de sua prática.

Voltado a tipificar a criminalidade organizada em especial, este tratado internacional, findou por reconhecer a ligação desse ilícito com crimes de lavagem de dinheiro provenientes daquela empreitada criminosa.

2.2.3. Da Convenção de Mérita

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérita, de 31 de outubro de 2003, teve como objeto o decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006, o qual por meio de ratificação, o Brasil inseriu em seu direito interno novas regras que reconhecem a aproximação entre delitos de corrupção e os de branqueamento de capitais, ou seja, de lavagem de dinheiro.

Como forma de justificativa para sua assinatura, os Estados Partes externaram a preocupação com a gravidade dos problemas decorrentes da corrupção, considerando que ela a seria uma ameaça à estabilidade e à segurança das sociedades.

Os respectivos países signatários apontaram que há vínculos entre a corrupção e outras formas de criminalidade, notadamente a organizada e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro.

Nessa seara, declaram que a corrupção tem penetração em vários setores da sociedade, comprometendo uma proporção relevante dos recursos dos estados e ameaçando a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável.

Existe um marco declaratório na respectiva convenção, este se dá com o combate a corrupção transnacional, impondo cooperação internacional para preveni-la e para instaurar persecução criminal. Nesse sentido, ficou apontada a nocividade

do enriquecimento ilícito pessoal, bem como o compromisso de prevenir, detectar e dissuadir com maior eficácia as transferências internacionais de ativos adquiridos ilicitamente e de fortalecer a cooperação internacional para a recuperação destes ativos.

Os países signatários, apesar de intencionarem o combate e a luta contra a corrupção na lavagem de dinheiro, reconhecem de forma expressa os princípios fundamentais do devido processo nos processos penais e nos procedimentos civis ou administrativos sobre direitos de propriedade.

As garantias fundamentais primordialmente estão à frente do combate e luta contra a corrupção, previstos na clausula do devido processo legal.

No bojo desse instrumento internacional, ficaram marcadas medidas de prevenção à lavagem de dinheiro. Dentre essas medidas, o seu art. 23, item 1, alínea “a”, preconizou que cada Estado Parte deverá estabelecer um amplo regimento interno de regulamentação e supervisão dos bancos e instituições financeiras não bancárias, incluídas as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços oficiais ou oficiosos de transferência de dinheiro ou valores e, quando proceder, outros órgãos situados dentro de sua jurisdição que sejam particularmente suspeitos de utilização de lavagem de dinheiro, a fim de prevenir e detectar todas as formas de lavagem de dinheiro, em que tal regimento a de se apoiar nos requisitos relacionados a identificação do cliente e, quando proceder, do beneficiário final, ao estabelecimento de registros e à denúncia das transações suspeitas.

Referente a operações suspeita de lavagem de dinheiro, o COAF trabalha com compartilhamento de informações entre os envolvidos, como o Banco Central do Brasil e o Departamento de Polícia Federal, efetivando política de Know Your Customs (conheça seu cliente).

O compartilhamento de informação deve observar o direito ao sigilo assegurado a determinadas espécies de dados.

2.3. Dos Direitos Fundamentais e sua Proteção

Muito embora exista uma conexão e, confusão entre as diversas formas de expressões acerca dos direitos fundamentais é incontroverso que existem diferenças, sendo melhor a utilização do termo direitos fundamentais para designar,

por sua vez, a posição jurídica dos indivíduos frente ao Estado, de modo a poder estabelecer uma ação ou omissão do poder Estatal, prevista em no ordenamento jurídico com força suprema na esfera estatal interna.

Assim, sem ignorar a história e a relevância de documentos jurídicos e ideias anteriores às condições necessárias para se falar em direitos fundamentais, é necessário apontar o início de um ponto de corte para análise de sua evolução.

Nesse sentido, far-se-á de suma importância uma análise a partir desse ponto, a qual terá consequências na própria definição de um conceito de direitos fundamentais, sendo que, as diversas terminologias utilizadas, sem rigor, para tratar do respectivo assunto que se referem a objetos distintos.

Implica em dizer que só se pode falar em direitos fundamentais quando presentes o Estado, o indivíduo e um documento jurídico supremo que regule a relação recíproca, sem a pretensão de esvaziar os conteúdos históricos, políticos, filosóficos, axiológicos.

Efetivamente de elementos que não estejam elencados neste universo sugerido, o exame histórico deve ficar restrito ao momento do surgimento do Constitucionalismo moderno e o advento do Estado de Direito, que permeiam e se misturam com a instituição dos direitos fundamentais, moldando-se em seu moderno conceito de direito com força formal constitucional.

De forma brilhante, ensina o mestre José Afonso da Silva:

Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram:

(a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão dos poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; c) enunciado e garantia dos direitos individuais. (SILVA, 2013, pp. 114-115).

Diante do acima exposto, conclui-se que os direitos fundamentais são, porquanto, em virtude do Estado de Direito, consistentes em instrumentos para a limitação do poder estatal, de modo a conferir autonomia e liberdade aos indivíduos

que se encontram, amplamente subordinadas aos desmandos, crueldades e decisões aleatórias dos detentores do poder político.

Nesse patamar, diante dos direitos fundamentais, surge o Direito Penal para proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade, ou seja, o pensamento jurídico moderno reconhecendo que o escopo imediato e primordial do Direito Penal urge na proteção de bens jurídicos, necessários e essenciais ao indivíduo e à comunidade.

Significa dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena, que nesse viés, apresenta-se como simples instrumento de proteção de que se vale o direito penal para resguardá-la os bens, valores e interesses mais significativos de toda a sociedade.

Com o devido respeito aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, tal proteção se dá em virtude de o direito penal objetivar-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito.

Portanto e, nessa linha, a Constituição Federal de 1988 reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento de nossa República, conforme ressalta Ingo Sarlet:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal (SARLET, 2011, p. 79-80).

Assim, todavia nem sempre direto, a vertente entre dignidade e direitos fundamentais é clara, sendo certo que estes devem ser vistos como concretizações daquela.

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos

fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), muito embora – importa repisar – nem todos os direitos fundamentais (pelo menos no que diz com os direitos expressamente positivados na Constituição Federal de 1988) tenham um fundamento direito na dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2011, p. 101-102).

Importante mencionar o que ocorre quando o ordenamento jurídico se depara com a concorrência de proteção dos direitos fundamentais. Dessa análise, entende-se que o fenômeno da concorrência diverge da colisão, trata-se então de situação na qual a conduta de um titular de determinado direito fundamental pode ser considerada como pertencente ao âmbito de proteção de mais de um direito fundamental.

Nos ensinamentos de Canotilho:

A concorrência de direitos fundamentais existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os “pressupostos de facto” (“Tatbestände”) de vários direitos fundamentais. Por outras palavras, que colhemos em trabalho recente: existe concorrência de direitos fundamentais quando “a mesma pretensão subjetiva ou o mesmo comportamento individual, apresentando-se enquanto procedimentos de vida unitários são simultaneamente subsumíveis em duas ou mais normas de direitos fundamentais, na medida em que, na sua totalidade ou em algum dos seus segmentos, preencham, indiferentemente, os pressupostos das respectivas previsões normativas”. (CANOTILHO, 2003, p. 1268).

Seguindo o respectivo viés, Canotilho ensina as formas de concorrência entre direitos: a de cruzamento de direitos fundamentais e a de acumulação de direitos:

Uma das formas de concorrência de direitos é, precisamente, aquela resulta do cruzamento de direitos fundamentais: o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. O conteúdo destes direitos tem, em certa medida e em certos sectores limitados, uma “cobertura” normativa igual. (CANOTILHO, 2003, p. 1268).

E prossegue:

Outro modo de concorrência de direitos verifica-se com a acumulação de direitos: aqui não é um comportamento que pode ser subsumido no âmbito de vários direitos que se entrecruzam entre si; um determinado “bem jurídico” leva à

acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2003, p. 1268-1269).

2.3.1. Princípio da Proteção Deficiente

A aplicação do ordenamento jurídico penal originou-se em uma realidade de primazia da valorização das regras jurídicas, influenciada pela corrente positivista jurídica, com ideal de justiça atrelada a validade. Porquanto, uma regra válida e posta no mundo jurídico, seria suficiente para ser aplicada em um caso concreto.

Em clássica lição sobre princípios, manifesta o mestre Celso Antônio:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”. (MELLO, 2004, p. 451).

Na atualidade, a prática jurídica, encontra-se atrelada em conflitos individuais, que exigem do aplicador do direito o entendimento e, aplicação de métodos hermenêuticos jurídicos, por uma análise pormenorizada humanística, frente o conflito apresentado, assim como da consideração de decisões estruturantes na resolução de problemas.

Em virtude da existência de conflitos entre a norma positiva e demandas da prática jurídica, é o que apresenta os princípios ora em estudo. A procura pela melhor forma de equilibrar direitos e garantias com o intuito de atingir soluções adequadas, fez que doutrinadores e juristas, analisassem mais profundamente princípios, assim como a sua importância no ordenamento pátrio.

Por assim dizer, conclui-se que o dever de proteção está ligado normativamente ao direito fundamental, em virtude de não depender de qualquer análise do mundo dos fatos, sejam esses passíveis de ocorrer ou já ocorridos.

Para a existência da tutela é imprescindível que determinadas circunstâncias de fato, que primordialmente, firam um direito fundamental tornando a atuação do Estado com o fim de resguardar o bem jurídico tutelado pela norma fundamental de direito.

Todavia, existem casos em que o imperativo da tutela fara emergir de forma evidente o caráter subjetivo do direito fundamental, havendo exceções em que a tutela se impõe ao Estado com a criação de leis. Nesse sentido, estar-se-ia perante uma manifestação do dever de proteção.

Deve o legislador infraconstitucional lançar mão de informações obtidas da realidade social, assim como de critérios encontrados no ordenamento jurídico. Por oportuno, a saúde, a vida e a segurança, introduzidas no caput do artigo 6º, e a vida, no caput do artigo 5º da Constituição Federal, são direitos fundamentais, bastando-se da existência desses respectivos direitos no ordenamento jurídico constitucional a sua proteção recai sobre o Estado.

O Estado, quanto Legislador, deve atuar no sentido de tutelar, através de uma lei que inclua a demanda normativa do comando constitucional, para resguardar a proteção do bem jurídico garantido pelo direito fundamental. Essa premissa proporciona certa discricionariedade na tarefa de aferir como se dará a tutela dos bens jurídicos referidos nos direitos fundamentais, com obediência as balizas constitucionais em sua atuação, assim como os limites ensejadores da proporcionalidade, de forma a manter o equilíbrio entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

Por outro lado, o Estado-Administração, assim como o legislador, também pode se ver diante de um problema em que lhe seja exigida a atuação para tutelar um bem jurídico objeto de um direito fundamental. Nasce assim, o dever de proteção, por um viés, que impulsiona o Estado-Administração a tarefa de implementar de forma preventiva de políticas públicas direcionadas aos direitos fundamentais, entretanto, uma segunda política pública pode ser adotada como tutela imperiosa ao administrador, a título de exemplo à alfabetização de adultos, como forma de emprestar concretude ao direito fundamental à educação (BROOKE, 2016).

De certa forma a discricionariedade para definição e implementação as políticas públicas de que infere o administrador não faz referência ao legislador.

É de se destacar o ponto que confere as normas de direito penal o fato de serem inseridas no ordenamento jurídico como meio de ampliação da margem de ação de indivíduos, gera de forma controversa necessária a diminuição da esfera de atuação de todos os demais indivíduos.

Ao gerar uma proibição, seja ela de cunho penal ou não, tem-se que de um lado se protege a liberdade, sendo que oposto à respectiva liberdade existe uma restrição a ela, no sentido de um terceiro atuar sobre a mesma. Assim, reduz os meios de competência, enquanto que da mesma forma, será reduzido o espaço permissionário.

Ainda que, com a criminalização, acabe se instituindo um gráfico limite a esfera de autonomia do cidadão, posto que a vedação legal estará escorada em coerção corporal, não se pode negar que a tipificação de condutas, em uma variedade de circunstâncias, será a única via de proteção eficaz de certos direitos fundamentais. É mesmo possível afirmar que, na própria Constituição Federal, há verdadeiros mandados de criminalização, os quais a caso não atendidos pelo Estado-legislador, ou desvirtuados pelo Estado-Juiz, redundarão em nítida antinomia constitucional por serem atentatórios a proibição da proteção deficiente (BROOCKE, 2016, P. 45).

Na mesma linha, assim como já mencionado, a preponderância de um ou de outro modelo, é questão do respaldo no exercício de verificação da adequação da proteção ao objeto dos direitos fundamentais.

Ainda nesse mesmo sentido, Broocke (2016) ensina que:

O reconhecimento de competências as normas concessivas de prestações positivas e as normas proibitivas de condutas serão o conteúdo do agir do Estado legislador e em circunstâncias especiais já mencionadas do Estado administração ou do estado-juiz no intuito de dar cumprimento aos imperativos de tutela cada qual no desempenho de suas atribuições constitucionais as quais já foram alvo de análise e adequação de agir como minerar na conclusão de que a proteção do direito fundamental no que toca ao seu objeto é eficiente e, portanto constitucional.

Assim, o princípio da proteção deficiente, é um critério de verificação de constitucionalidade, além de ser, ao lado da proibição do excesso um componente do conceito de proporcionalidade.

Do exposto, pode-se afirmar que a proibição da proteção deficiente assume uma natureza instrumental no que diz respeito à aplicação das normas constitucionais e, principalmente, no tocante aos direitos fundamentais (BROOCKE, 2016).

2.3.2. Princípio da Legalidade

Nesse viés, se faz necessário para proteção deficiente do Estado que os órgãos incumbidos da persecução penal não podem possuir poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade da instauração do processo ou do inquérito.

Porquanto, em caso de infrações penais insignificantes, não pode ser aplicado o princípio mínima non curat praetor, pois este decorre do princípio da oportunidade, estranho ao processo penal. Assim, a autoridade policial, nos crimes de ação pública, é obrigada a proceder às investigações preliminares, e o órgão do Ministério Público é obrigado a apresentar a respectiva denúncia, desde que se verifique um fato aparentemente delituoso.

No mesmo fundamento, justifica-se que o pedido de arquivamento deve sempre ser fundamentado, pois o representante ministerial, possuidor do dever de denunciar, precisa justificar por que não está dando início ao processo (cf. art. 28 do CPP: "... o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas...").

De todo modo, o juiz poderá rejeitar as razões invocadas pelo promotor de justiça, devendo remeter os autos ao procurador-geral. Se este ratificar o arquivamento, o juiz não terá alternativa senão acatar a manifestação, o que implica certa mitigação do princípio em tela, em favor, contudo, do princípio acusatório.

Como dantes salientado, exceções ao princípio são os crimes de ação penal pública condicionada e de ação penal privada, vigorando, quanto aos últimos, o princípio diametralmente oposto: o da oportunidade, segundo o qual o Estado confere ao titular da ação penal dada parcela de discricionariedade para instaurar ou não o processo penal, conforme suas conveniências e oportunidades.

Ainda nesse sentido, em matéria de legalidade, entende-se que o poder regulamentar do Coaf (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) constitui importante ferramenta para disciplinar as obrigações administrativas de pessoas físicas ou jurídicas que executem atividades abrangidas pelas áreas de interesse dos órgãos de fiscalização do Estado, especialmente os que atuam no combate à lavagem de dinheiro.

Do seu nascimento até a presente data, o Coaf emitiu importantes resoluções a respeito, com disciplina acerca dos atos de comunicação e sanções em caso de descumprimento.

É necessário uma interpretação de determinadas normas e sua coerência.

Nesse sentido, interpretar pode ser entendido como a busca do real sentido de algo, da razão de sua existência e, no caso jurídico, da finalidade social, ou seja, constitui uma atividade de conhecimento e não de criação (SANTOS, 2017, p. 25).

As respectivas normas disciplinam diferentes ramos de atividades e profissões.

Assim dizendo, as resoluções, portanto, detalham a forma de cumprimento das obrigações estabelecidas em lei, de modo que o cumprimento das obrigações delas decorrentes é fundamental para preservar os dirigentes de qualquer responsabilidade administrativa ou criminal, baseadas no princípio da legalidade.

2.4. Da Política de Modernização

Diante do que se verificou até o momento, pode-se falar realmente de criminalização, no sentido de ingresso de um comportamento na rede penal, com os novos ditames legais relativos à lavagem de dinheiro.

A maioria dos crimes voltados à lavagem de dinheiro fazem referência a organização criminosa e corrupção. Nessa linha, tem-se que todos os crimes antecedentes geradores, são objeto do crime de lavagem de dinheiro.

Recentemente o chefe do Departamento de Regulação do Sistema Financeiro do Banco Central afirmou que a Circular nº 3.978 busca modernizar os procedimentos de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento ao Terrorismo (PLDFT) no Brasil.

Nesse sentido, os bancos terão que construir uma política de prevenção à lavagem e combate ao terrorismo, seguindo parâmetros do Banco Central. Assim, a avaliação interna de risco dos bancos vai ter que considerar o perfil de risco do cliente.

Consistem na qualificação do cliente pelas instituições financeiras, seguido de monitoramento, a seleção e a análise de situações que podem ser consideradas

atípicas. No limite, há comunicação ao Coaf (Conselho de Controle de Atividades Financeiras).

Ligado hoje ao Banco Central, o Coaf é o órgão no Brasil responsável por receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas de atividade ilícita. É o conselho que comunica às autoridades competentes, como o Ministério Público, se algo for suspeito, para instauração de procedimentos.

A respectiva mudança exigirá que as instituições financeiras indiquem um diretor responsável pela área de prevenção à lavagem e ao terrorismo. Além disso, será preciso ter uma estrutura de compliance sobre o tema, inclusive no Brasil. Portanto, os bancos estrangeiros que hoje mantêm a análise de operações suspeitas no exterior precisarão construir uma estrutura no Brasil. Será obrigatório ter o diretor e a análise no País.

No presente ano o Brasil passará por uma avaliação do Grupo Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento ao Terrorismo (Gafi) - entidade internacional que elabora políticas na área de prevenção, porquanto a nova política de prevenção possui padrões e diretrizes internacionais.

Estas novas diretrizes trazem todos estes aspectos e será bastante positiva na avaliação do Gafi.

Embora a lógica penal continue dominante (e domine o recurso ao encarceramento para punir as operações financeiras ilícitas, ditas de lavagem de dinheiro), ela se acha associada a uma lógica econômica de modelo disciplinar “que consiste em suscitar uma colaboração ativa das instituições financeiras e, de maneira mais geral, de todos os profissionais que controlam ou mantem os capitais” (DELTAS-MARTY, 2004, p. 381).

CAPITULO 3. INTERVENÇÃO PENAL: MEIOS DE COMBATE E REPRESSÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

3.1. Repressão ao Crime

No crime de lavagem de dinheiro, observa-se a função da lei na repreensão e combate frente ao crime. Algumas formas cotidianas de lavagem versam garantir a aplicação da respectiva lei e a segurança jurídica.

Nesse sentido, devido à globalização e avanço da tecnologia de informação, estão conexos entre os crimes as formas virtuais de lavagem de dinheiro, assim como os meios de prevenção para evitar o ilícito, fruto do respectivo crime.

Nesse sentido, as formas de investigação e prevenção no âmbito nacional, em colaboração com os demais entes federados formam ferramentas importantes no combate e repreensão.

3.1.1. O Direito Penal como Proteção ao Bem Jurídico

Como já mencionado, a função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos, assim, aqueles considerados com relevância e interesse constitucional, ligados explicita ou implicitamente aos direitos fundamentais.

Nessa seara, verifica-se uma enorme controvérsia acerca da extensão e da função do bem jurídico com início das oposições entre duas escolas penais: a liberal, com o viés de proteção da função limitadora do conceito e, a de orientação comunitarista, posicionando-se de forma a defender uma função organizativa, interventiva e de olho nas demandas sociais.

Ao que parece, essa é uma forma de vetar o objetivo constitucional, seria dizer de forma simples que se aceita somente o garantismo penal em sua forma negativa, ou seja, defender o indivíduo contra as barbáries de um Estado perverso. Entretanto, ao aceitar essa condição acaba por reconhecer o outro lado garantista, que significa aquele de efetivar garantias fundamentais, assim, entendidas, constitucionais para toda a sociedade.

O Direito Penal e a teoria do bem jurídico ficam inexoravelmente subordinados a materialidade da Constituição, a partir do momento que ela é responsável por ditar toda a regra de um Estado Democrático de Direito. Essa forma, qualquer lei que venha a criminalizar ou de certa forma, descriminalizar determinada conduta, deve se submeter ao controle constitucional (STRECK, 2009, p. 42).

De forma prática se observa que a tipificação de uma conduta, na maioria das vezes, implicará uma intervenção nos direitos fundamentais. Porém, cabe ao Estado Legislador estabelecer se as intervenções serão válidas, ou de forma antagônica mais prejudiciais aos respectivos direitos.

Dado a isso, uma intervenção poderá ser constitucional ou inconstitucional.

Nesse sentido, é de suma importância observar que a teoria do bem jurídico tem como consequência diversas alterações, especialmente voltada ao século XX.

O bem jurídico pode ser tido como um valor sedimentado a partir do reconhecimento no processo democrático de interesses pessoais e conseqüentemente acha-se inserido no amplo aspecto da finalidade do conjunto do ordenamento jurídico. Nesse contexto normativo cumpre a função de proteção não de si mesmo, mas sim da pessoa humana, que é o objeto final de proteção de toda a ordem jurídica (JUAREZ, 2020, p. 31).

Com o início do Estado democrático de direito surgiram para o direito novos desafios, assim como a de proteger bens jurídicos que transcendem a concepção Liberal individualista.

As diversas garantias conquistadas nesse modelo, em que o estado parece não deixar dúvidas, com relação aos bens a ganhar determinada proteção, nesse sentido além dos bens jurídicos individuais, guarnecem a respectiva proteção efetiva, os bens supra individuais, também conhecidos como transindividuais.

Assim, a Constituição não venha ser mera norma, a falta de cumprimento das diretrizes constitucionais, pode ocasionar o enfraquecimento da Constituição, sempre havendo risco de causar lesão aos destinatários do contrato social.

A partir de 1988, os direitos fundamentais, passaram a integrar a essência do Estado constitucional, sendo, portanto, condição de possibilidade para sua existência. Desse modo, concretizá-los passou a ser uma tarefa permanente e indispensável (STRECK, 2009, p. 55).

Através de um longo processo, o direito penal tem assumido a guarda de bens jurídicos coletivos como uma forma de solucionar os novos conflitos surgidos a partir do novo modelo de Estado Democrático de Direito.

Essa nova tendência, diz respeito à criminalização de condutas, demonstrando as demandas de uma sociedade democrática, que não podem mais se contentar com bens jurídicos que apenas protegem o interesse de uma pequena parcela da população e, sim, voltados a toda coletividade.

Importante destacar que os direitos fundamentais, nessa seara, não podem mais ser encarados aos olhos de um modelo liberal-individualista, época em que sua eficácia era restringida a um plano somente negativo, ou seja, abreviado a direitos de defesa ou de omissão do indivíduo frente ao estado (STRECK, 2009, p. 57).

É cediço que, a ideia de Direito Penal e direitos fundamentais, não pode ser separada. Entretanto, a curta ligação ocorre a partir do momento em que os direitos fundamentais passam a limitar a escolha dos bens jurídicos penais resguardados pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, torna-se paradigma para o abrigo constitucional, ou em outras palavras, basta ver que o Estado Legislador Penal se encontra ligado à Constituição no sentido da matéria.

Toda lei penal representa medida estatal dotada de proteção aos direitos fundamentais. Todavia, como os demais bens jurídicos, observa-se a medida em que existe uma mudança no modelo estatal, existirá de forma conjunta, uma alteração na forma de proteção dos direitos fundamentais.

Nessa toada, tem-se que apenas os interesses mais relevantes são protegidos à categoria de bens jurídicos penais, em face do caráter fragmentário e da subsidiariedade do Direito Penal.

O Estado - Legislador seleciona, em um Estado Democrático de Direito, os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores da tutela penal. Assim, a noção de bem jurídico acarreta na realização de um juízo de valor positivo acerca de determinado objeto ou situação social e de sua importância para o desenvolvimento do ser humano.

Diante disso, com o intuito de coibir e reprimir as condutas lesivas ou perigosas a bens jurídicos fundamentais, a lei penal se utiliza de rigorosas formas de reação, quais sejam, penas e medidas de segurança.

Ainda nessa linha, pode-se dizer que o bem jurídico-penal protegido pelo crime de lavagem de dinheiro seria o mesmo bem jurídico-penal protegido pelo crime antecedente, desde que esse seja gerador, porquanto, bem jurídico-penal esse que estaria, no momento da realização da conduta de lavagem, sendo “novamente ou mais intensamente lesado com a prática da lavagem”.

Evidente, entretanto, que essa proteção em paralelo do bem jurídico-penal presente no crime antecedente permitiria uma maior proteção ao bem jurídico do crime antecedente.

Importante mencionar que esse entendimento a respeito do bem jurídico-penal protegido pelo crime de lavagem de dinheiro, apenas encontraria algum sentido no momento inicial da repressão jurídico-penal da lavagem.

Assim, uma breve leitura realizada, somente encontra alguma razão de ser quando necessariamente ligada às denominadas leis de primeira geração, nas quais o crime antecedente previsto era unicamente o tráfico de drogas, justamente pelo fato de que a lavagem de dinheiro era colocada como verdadeiro instrumento de combate ao tráfico de drogas.

Por essa razão, o crime de lavagem de dinheiro acabava por ser interpretado, como um crime que tutelava somente a saúde pública, mesmo que tivesse por objetivo manifesto e declarado a coerção do braço econômico do tráfico de drogas.

Frisa-se que, nesse viés, entendimento se encontra superado nesse sentido, uma vez que, tanto em razão da ampliação do espectro de atuação que o crime de lavagem de dinheiro claramente assume hoje quanto em relação à absoluta incongruência que a identificação do bem jurídico-penal saúde pública representa para o crime de lavagem de dinheiro.

A respectiva situação acontece, especialmente, por ser nos dias atuais, no cenário nacional, a noção de infração penal antecedente ao crime de lavagem de dinheiro acabam por englobar ofensas aos mais diversos bens jurídico-penais protegidos, sem qualquer relação necessária com o tráfico ilícito de drogas, apenas.

Porquanto, necessariamente, percebe-se que é possível notar, mais do que um instrumento de repressão ao tráfico de entorpecentes, em seu viés econômico, o crime de lavagem de dinheiro acaba por ser um crime voltado à coerção tanto de crimes dotados de caráter econômico, quanto de crimes relacionados ao financiamento do terrorismo, de uma forma geral, todos os crimes que apresentam um fator gerador.

Ainda nesse mesmo sentido, um entendimento semelhante é de reconhecer que o crime de lavagem de dinheiro protege o mesmo bem jurídico-penal presente respectivamente no anterior rol de crimes antecedentes elencados pelo legislador como sendo pressuposto para o crime de lavagem de dinheiro e encontrada nas, assim conhecidas, leis de segunda geração.

Dessa análise, o pensamento apresentado é idêntico, uma vez que, não será possível identificar uma nova ofensa ao mesmo bem jurídico-penal protegido pelo crime antecedente. Assim, não se consegue, nesse caso, especificar, uma nova ofensa aos bens jurídico-penais protegidos pelo crime de extorsão mediante

sequestro, previsto no Código Penal (art.159), no momento em que um indivíduo pratica alguma conduta voltada à lavagem do dinheiro obtido por meio desse crime.

Contudo, pode-se ainda acrescentar que essa maior proteção ao bem jurídico-penal tutelado pelo crime antecedente acaba por remeter a uma condição dogmática. Evidencia-se, tal situação, em virtude de estar reconhecendo legitimidade para permitir a punição autônoma de uma situação envolvendo o exaurimento do crime antecedente.

Logicamente, partindo da premissa que até esse momento nada há demais, pois há como possível a criação de novos crimes a partir da consolidação de outra infração penal que torne possível o reconhecimento de um novo, autônomo e diverso prejuízo. Entretanto, a punição, no respectivo caso, que envolveria punir o exaurimento do crime antecedente, reconhecendo nesse novo crime uma nova ofensa ao mesmo bem jurídico-penal tutelado pelo crime antecessor, encontraria fundamento, não em razão de este exaurimento representar uma ofensa a outro bem jurídico-penal, porém pela razão do fato de a conduta de lavagem de dinheiro ofenderem o mesmo bem jurídico-penal da infração penal antecedente.

Determinada situação, por assim dizer, acaba por colocar uma forma dogmaticamente relevante quando se trata de encontrar de forma precisa o momento consumativo do crime antecedente e o início da execução do crime de lavagem de dinheiro que, necessariamente, é punido na sua forma tentada, além da observância do princípio da proporcionalidade em referência as penas imputadas ao crime antecedente e ao crime de lavagem de dinheiro, tanto por parte do legislador quanto por parte do magistrado no momento da dosimetria da pena.

Sobre esse percurso, a identificação do respectivo bem jurídico-penal protegido no crime antecedente e no crime de lavagem determina, por parte do Estado-legislador, uma atenção maior em relação à tipificação do crime antecedente e, da nessa toada, em relação à determinação do crime de lavagem de dinheiro.

Assim, uma cautela nesse sentido, se faz necessária, pois, não pode se identificar, especialmente levando em conta o contexto do direito penal brasileiro e a forma ampla com que o tipo penal de lavagem de dinheiro resta estabelecido pelo legislador. Por outro lado, no caso de o agente público, em razão da função, que recebe vantagem indevida utilizando-se de algum expediente de ocultação, há somente corrupção passiva e não lavagem de dinheiro respectivamente.

Nessa linha, o entendimento vai ao sentido de que a violação do bem jurídico pela produção de dano ou perigo constitui pressuposto de qualquer delito e, também está claro, do crime de lavagem de dinheiro. O bem jurídico deve funcionar, assim, como um elemento indispensável à delimitação da norma criminalizadora.

De forma correlata nas diversas concepções doutrinárias, o bem jurídico pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, entretanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem se referir à ação típica e todos os seus demais componentes, inclusive o processo de imputação.

O bem jurídico, nesse viés, deixa de ser tratado, porquanto, como mero objeto de proteção para assumir a posição de objeto de preferência necessário da incriminação.

Como valor e, portanto, como objeto de preferência real, e não simplesmente ideal ou funcional do sujeito, o bem jurídico condiciona a validade da norma e ao mesmo tempo subordina sua eficácia a demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo. O tipo não é apenas uma norma de reconhecimento, pelo qual se afirma a legitimidade da incriminação, mas, também uma norma de conduta, razão pela qual deve estar associada à determinada finalidade: delimitação do poder de intervenção do Estado, que não pode ser alcançada sem um pressuposto material que lhe trace os contornos de estabilidade (TAVAREZ, 2020, p. 33).

Para além de uma referência para a conduta, no entanto, a criminalização primária e o bem jurídico ao título de preferência, na medida em que se supõe que tais bens existam previamente ao direito penal. Quer dizer, o bem jurídico, além de ser necessariamente referido por um tipo, há que possuir substância autônoma, ou seja, não pode ser “criado” pelo mero ato legislativo. Isto porque, se a parte da necessidade de conter o poder de punir, é necessário que a própria atividade criminalizante esteja sujeita a barreiras e limites, sem os quais qualquer proibição estaria desde já autorizada (TAVAREZ, 2020, p.35).

Diante disso, o entendimento da suprema corte quando deu entendimento no caso mensalão (Ação Penal 470/DF), estabelecendo que, nesse caso, estaria configurada apenas corrupção passiva, em razão da aplicação do princípio da consunção.

Nesse caso em específico que serviu de paradigma, o agente público que recebe o numerário por interpostas pessoas (parentes, laranjas ou testas de ferro), hipótese clássica de ocultação, que, por remansosa jurisprudência, configura o delito de lavagem de ativos.

Entretanto, tenha havido certa heterogeneidade de argumentos ao longo do julgamento, a ministra Rosa Weber que bem resumem a ratio decidendi da jurisprudência firmada:

“O só recebimento maquiado, escamoteado, clandestino de vantagem indevida — maquiagem, fantasia ou dissimulação que pode ocorrer via interposta pessoa —, seja por integrar a própria fase consumativa da corrupção passiva, seja por traduzir mero exaurimento do crime, não configura lavagem de dinheiro. E isso justamente porque o também chamado branqueamento de capitais consiste justamente em ocultar ou dissimular a origem criminosa do objeto da lavagem”.

Ao longo do tempo, algumas decisões de primeira instância e de tribunais, buscaram realizar certo padrão nesse entendimento jurisprudencial. A priori, as decisões buscaram excluir do âmbito da jurisprudência as hipóteses em que o recebimento de forma oculta se dá em tipologias supostamente mais complexas de ocultação que a simples interposição de pessoas (empresas de fachada, offshores ou outras estruturas jurídicas no exterior).

Observou-se, ainda, que a lavagem de dinheiro deveria ser, em todo caso, punida por proteger bem jurídico diverso daquele protegido pelo crime de corrupção.

O foco da questão está localizada na aplicação do princípio da consunção. Trata-se, assim, de um instituto de política criminal que evidencia a vedação ao bis in idem.

Nesse sentido, existe uma relação de causalidade, de meio e fim entre os tipos penais. O que propicia a reunião entre o crime de lavagem de dinheiro ao que seria seu crime antecedente (corrupção passiva), mais que instrumentalidade, assume contornos de verdadeira pertinência.

Significa que um dos crimes se insere no contexto do outro, mais relevante e, com mera fase dele se confunde, o que torna descabido imputar os dois crimes ao indivíduo.

Como bem ensina Nelson Hungria (1980, p. 147-148) que resume com seu brilhantismo o referido princípio:

“Uma norma se deve reconhecer consumida por outra quando o crime previsto por aquela não passa de uma fase de realização do crime previsto por esta, ou é necessária ou normal forma de transição para o último (crime progressivo). O crime previsto pela norma consuntiva representa a etapa mais avançada da efetuação do malefício, aplicando-se, então, o princípio que major absorbet minorem. Os fatos, aqui, também não se acham em relação de species a genus, mas de minus a plus, de parte a todo, de meio a fim”.

É evidente, a partir mesmo da dogmática penal mais tradicional, que a determinação das condutas compreendidas pelo delito de lavagem de dinheiro, bem assim a definição dos limites entre autoria e participação ou entre tentativa e consumação dependem da clara identificação do bem jurídico contido no tipo penal incriminador (TAVARES, 2020, p. 47).

Porquanto, ao citar o artigo 317 do Código Penal (crime mais severamente apenado que a lavagem de ativos), o meio de recebimento é o ato típico determinante da corrupção passiva. Todavia, o ato do recebimento não permite a dupla punição, ainda que realizado por meio de expediente complexo.

Por assim dizer, o meio de realização do crime de corrupção (o recebimento da propina) está, objetivamente, intrinsecamente ligado nesse delito, seja qual for o meio utilizado. Torna-se irrelevante, portanto, o nível de complexidade do meio de ocultação, se por meio de pessoa interposta ou por meio de uma estrutura jurídica no exterior.

Entretanto, a consunção, em qualquer dessas premissas, alcançará o próprio ato de recebimento. Todavia, é importante registrar que eventuais transações posteriores, realizadas com o objetivo de ocultar ainda mais ou dissimular o produto do crime, não estarão exauridas.

Ademais, o ato de recebimento não poderá sofrer sanção de forma dúplice, qualquer que seja o nível de complexidade do meio de ocultação. Assim, apenas atos posteriores ao recebimento é que poderiam ser punidos pela lavagem de ativos.

A mesma problemática pode ser arguida nas decisões inferiores e pela Procuradoria-Geral da República, no âmbito da suprema corte é o de que a corrupção passiva e a lavagem de ativos protegem bens jurídicos diferentes.

Porém, importante mencionar que a teoria dos bens jurídicos também não socorre aos que a alegam.

Existe uma controvérsia nesse sentido, segundo a qual a tese de que a consunção não deve ser aplicada entre a lavagem e a corrupção por protegerem bens jurídicos distintos foi questionada ao analisar artigo dos professores André Luís Callegari e Ariel Barazzetti Weber, cujo trecho assim estabelece: No tocante ao bem jurídico protegido pela lei de lavagem de dinheiro, em que pese nosso entendimento no sentido de que o bem jurídico protegido no delito de lavagem de dinheiro seja a ordem socioeconômica nacional, a doutrina nacional não é uníssona nesse ponto, pendendo para a administração da Justiça como bem jurídico tutelado pela legislação antilavagem. Assim, constata-se a impossibilidade de concurso material entre os delitos de lavagem de dinheiro e corrupção passiva, eis que ambos protegem o mesmo bem, qual seja a administração pública em sentido amplo, conforme previsão expressa no Título XI do Código Penal brasileiro.

Significa, nas palavras do trecho transcrito que a ofensa à administração pública está no desiderato de ambos os tipos penais, o que torna incompreensível a argumentação tecida de que os delitos ofendem bens jurídicos diferentes.

Com efeito, o delito de lavagem de dinheiro, desde sua inserção na seara jurídica brasileira, tem sofrido diversas tentativas de cerceamento no âmbito material do tipo incriminador fundamental, a partir do conteúdo dos tratados internacionais, doutrina e jurisprudência.

Apesar da multidisciplinidade de fontes de inspiração desse esforço de identificação do bem jurídico, pode-se perceber, sem dificuldade, que as tentativas de construção de um sentido normativo preciso de lavagem de dinheiro não lograram êxito em satisfazer a exigência da taxatividade penal, permanecendo absolutamente indeterminado o bem jurídico violado, sendo, desse modo, impossível verificar empiricamente quais condutas o podem afetar. Esse problema fica bastante evidente quando nos aproximamos dos poucos critérios sugeridos pontualmente pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Superior Tribunal Federal para definir base material da incriminação, que reside precisamente na demonstração da lesão ou da probabilidade concreta de lesão do bem jurídico (TAVARES, 2020, p. 48).

3.1.2. Da Segurança Jurídica

Faz parte da ideia central em um Estado Democrático de Direito a segurança jurídica. Todavia, não ser de outra forma. A própria ideia de Direito se confunde com a necessidade de segurança.

Impera uma necessidade de dar estabilidade e clareza às relações sociais e jurídicas, de uma maneira que permita ao homem estabelecer ordem na vida social, é um dos escopos primordiais do Direito.

Dessa forma, evidencia-se que esta necessidade está, inclusive, acima de outros valores também encampados pelo Direito. Isso porque não é possível imaginar a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a democracia, a justiça, perante uma sociedade onde o caos impera.

Não menos importantes, mas dotados de valores essenciais, esses respectivos direitos são considerados como fundamentais. Contudo, eles perdem seus valores se em uma determinada sociedade não houver um grau de segurança nas relações humanas sociais.

O princípio da Segurança Jurídica impõe ao Estado - legislador o cuidado na elaboração dos textos normativos. Aparentemente uma norma deve ser redigida de tal forma que seu comando seja claramente percebido por seus destinatários.

De grande dificuldade ao indivíduo seria, perceber qualquer noção de segurança se uma determinada lei não lhe permite saber, inicialmente, se seu comportamento é lícito ou não.

Assim como ensina o professor Teófilo (2017, p.241), o sistema jurídico deve ser compreendido como aquele que as pessoas devem reivindicar seus direitos e/ou solucionar seus litígios sob os auspícios do Estado. Qualquer pessoa tem o direito subjetivo de provocar o judiciário, o qual se faz por meio do instituto cognominado de acesso a justiça.

Existe um dilema quanto à consumação no crime de Lavagem de dinheiro e, esse, pode determinar prejuízos à segurança jurídica. A fixação do momento da consumação da lavagem de dinheiro merece atenção e destaque no quesito que se refere sobre flagrante, prescrição e incidência de nova lei penal in pejus, que possam ser enfrentadas de forma coerente e precisa.

Assim, definir a lavagem de dinheiro como crime instantâneo ou permanente é essencial para identificar o momento de consumação do crime. Não se trata de uma questão sem relevância prática, mas de controvérsia importante para fixar a

possibilidade de prisão em flagrante e do termo inicial de contagem do prazo prescricional.

Nesse sentido, faz-se necessário esclarecer que a lei brasileira não tipifica uma modalidade de lavagem de dinheiro, mas diversas formas da prática delitiva, cada qual com suas especificidades e peculiaridades. Porquanto, a análise da natureza do crime, se permanente ou instantâneo, exige o estudo de cada uma das diferentes práticas.

Conforme observado, no crime de lavagem de dinheiro, basta a ocultação para que o delito esteja consumado. Não se faz necessário o acompanhamento ou a manutenção do mascaramento, ou mesmo sua reinserção na econômica.

Partindo dessa análise, os atos de ocultação e dissimulação criam um estado de coisas que se desliga do ato inicial, nesse sentido, para sua manutenção não é necessário um esforço, um gasto de energia adicional, porquanto ele possa ocorrer em determinados casos.

3.1.3. Dos meios de Prova

Para que seja legítima a prova, é necessário determinados requisitos, nessa seara o conceito de provas se divide em duas formas, sendo que provas podem ser legais ou ilegais.

Dessa forma, estas últimas advêm da obtenção de fatos ou alegações probatórias que ferem normas positivadas ou princípios gerais do ordenamento pátrio, quer sejam processuais, quer sejam materiais e classificam-se, ainda, em duas "espécies": ilícitas ou ilegítimas.

Com efeito, as provas ilícitas constituem-se uma violação ao direito material e ocorrem no instante de sua colheita. As provas ilegítimas, por outro lado, infringem normas de direito processual e a violação se dá no exato momento em que são introduzidas ao processo.

Geralmente, surgem na ocasião em que são produzidas no processo e, por isso, são chamadas de endo ou intra-processual.

A exegese que deflui do Art. 5º, LVI da CF/88 é explícita ao asseverar a inadmissibilidade de provas colhidas de modo ilícito no processo. In verbis:

"São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos."

Por serem consideradas nulas, as provas ilegítimas devem assim ser declaradas pelo Magistrado (fulcro no Art. 573 do CPP). A título de informação citam-se os casos de interrogatório feito sem a presença de advogado do acusado/réu e de substituição de prova testemunhal (com as testemunhas fisicamente presentes) por suas meras declarações por escrito.

Todavia, perante o imperativo da inadmissibilidade, as provas ilícitas (infringidoras dos ditames normativos materiais) devem ser excluídas dos autos desde logo - exclusão a priori ou imediata (Art. 157 CPP), ao passo que as ilegítimas precisam ser declaradas nulas e excluídas a posteriori.

No ordenamento pátrio é adotada a teoria dos frutos da árvore envenenada, que nada mais é do que as provas ilícitas por derivação. Assim, Originária da Suprema Corte Americana com a denominação *Fruits of the Poisonus Tree* na década de 1920, esse instituto segue uma lógica jurídica que foi formada a partir de uma inspiração bíblica.

No Brasil, tal teoria foi adotada pelo Plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal em 1996 e foi inserida ao Código de Processo Penal (Art. 157, ss 1º) por intermédio da Lei n. 11.690/08.

Provas é um tema de suma importância à ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

Nesse sentido, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.

Respectivas provas não serão admitidas no processo penal. Assim, por exemplo, um excludente por tipicidade de um crime anterior visto a sua aplicação na Lei de Lavagem de dinheiro, um confissão obtida com emprego de tortura (Lei n. 9.455/97), uma apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio (CP, art. 150), a captação de uma conversa por meio do crime de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96, art. 10) e assim por diante.

Como visto, caso a prova não seja obtida por meio da realização de infração penal, considere-se, entretanto, ilícita por afronta a princípio constitucional, assim é o

caso da gravação de conversa telefônica que exponha o interlocutor a vexame insuportável, colidindo com o resguardo da imagem, da intimidade e da vida privada das pessoas (CF, art. 5º, X).

Da mesma forma, é possível também ocorrer as duas coisas ao mesmo tempo: a prova ilícita caracterizar infração penal e ferir princípio da Constituição Federal. É a hipótese da violação do domicílio (art. 5º, XI), do sigilo das comunicações (art. 5º, XII), da proteção contra tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) e do respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), dentre outros.

Em certos casos concretos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer.

Nessa seara, em um determinado caso em específico, utilizando o princípio da razoabilidade, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, quando esta for a única prova que o réu tem em seu favor, assim como para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais.

Nesse mister, ou seja, quando a prova ilícita for a única a qual o réu sustenta sua defesa, o direito à liberdade e o direito à segurança, à proteção da vida, do patrimônio, por si, consagram a proteção dos direitos fundamentais.

Como forma de proteção do direito fundamental, seu confronto não pode ser restringido pela prevalência do direito à intimidade (no caso das interceptações telefônicas e das gravações clandestinas) e pelo princípio da proibição das demais provas ilícitas.

Sob a proteção que o Estado deve garantir, visto o direitos fundamentais, surge neste caso à guarda sustentada pelo princípio da proporcionalidade/razoabilidade, segundo o qual não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais.

No caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social.

Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.

Uma fonte de prova lícita e, utilizada no crime de lavagem de dinheiro é a delação, não somente a minoração da pena se torna beneficente ao agente delituoso, mas o benefício máximo também roga em seu favor, ou seja, o perdão judicial:

Art. 1º (...) § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Nota-se que a Lei nº 12.683/2012 alterou a redação desse artigo, apenas tornando certa a possibilidade de incidir o favor a qualquer tempo, quando cumpridos os resultados legalmente esperados. Não representa assim, alteração relevante.

Nessa mesma linha, inova a lei ao acrescentar a substituição por regime penal mais brando, a ser cumprido desde o início da pena, além da substituição por penas restritivas de direitos – em situações que evidentemente não seriam devidas, pois favores ao colaborador.

Assim, tem-se que o delator necessariamente terá participação (autor, coautor ou partícipe) no crime de lavagem de dinheiro perseguido – inserindo-se a limitação da utilidade aos fatos do processo.

Obviamente que se espera o resultado seguido alternativamente à apuração das infrações penais e sua autoria, ou a localização do patrimônio do crime de lavagem de dinheiro, seja pela revelação direta do colaborador, seja por auxílio seu às investigações.

O intento legal é facilitar a descoberta da lavagem de dinheiro, com a indicação por corréu de detalhes do crime ocorrido, do modo de sua realização, da estrutura bancária ou comercial para o mascaramento do dinheiro, das circunstâncias em que ocorreu o branqueamento e das pessoas nele envolvidas.

A hipótese de obtenção do resultado por “esclarecimentos que conduzam à apuração” acaba por premiar o colaborador por atos iniciais, já que a apuração dependerá da eficiência estatal.

O segundo resultado de eficácia prevista na lei é a localização do patrimônio do crime, que surge em inovação na legislação nacional, pois antes se premiavam apenas revelações de crimes do corrêu (ou salvamento da vítima).

Atualmente a reparação integral do crime, com a recuperação de seu produto, passa a ter relevância penal a ponto de ser premiado o colaborador que isso obtenha.

Além do mais, sobre o respectivo crime em estudo é natural que a persecução criminal tenha a recuperação dos valores como aspecto relevante. A recuperação do dinheiro lavado auxilia a prova do crime, causa relevante prejuízo ao grupo criminoso pela fundamental perda de seu capital e beneficia o interesse social na satisfação dos danos causados pelo delito. Dessa forma, busca-se localizar e redestinar o próprio dinheiro do crime ou os bens economicamente apreciáveis em que transmutado na lavagem de dinheiro.

3.1.4. Da Recuperação Judicial frente à Lavagem de dinheiro

Em tempos primórdios, o termo Concordata era empregado para empresas que não conseguiam arcar com suas dívidas, essa terminologia ainda é reconhecida na linguagem popular de empresários que já estavam ativos antes de 2005 e certamente causava arrepio aos que antes pretendiam fazer uso do recurso.

Após junho de 2005, houve uma alteração e o respectivo termo passou a se chamar de Recuperação Judicial, que em seu teor significa a reorganização econômica, administrativa e financeira de uma empresa, feita com a intermediação da Justiça, para evitar a sua falência.

De forma simplificada, entende-se que uma empresa precisa passar por um processo de recuperação quando está endividada e não consegue gerar lucro suficiente para cumprir suas obrigações, como pagar seus credores, fornecedores, funcionários e impostos.

Na atualidade, a nova nomenclatura faz jus com a realidade em que se encontra a empresa. Entretanto o auge desta mudança foi à promulgação da Lei de

Falências e Recuperação Judicial de Empresas nº11.101/2005 que completou 15 anos de vigência este ano e regula agora a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Nesse sentido, a negociação de um plano de recuperação interessa não apenas ao devedor que deseja evitar a falência, mas também às partes com as quais a empresa está em dívida, uma vez que, a recuperação é uma forma de garantir os interesses dos credores e dos empregados, graças à possibilidade de recuperação dos créditos e de manutenção dos empregos.

Essa forma de controle, econômico-jurídico, tem o ideal de conservar a atividade empresarial a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego e dos interesses dos credores, sendo que, não é um mecanismo indiscriminado de conservação de qualquer empresa.

Para fazer uso do procedimento, as empresas que precisam passar por um processo de recuperação costumam reunir uma ou mais das seguintes características: i) Estado de insolvência já instalado ou próximo; ii) Desordem administrativo-financeira; iii) Funcionários desmotivados; iv) Problemas tributários e fiscais; v) Incapacidade de gerar valor.

A fase de recuperação judicial é dividida em três etapas, assim pode ser classificada em: i) Fase postulatória, a qual o devedor entra com a ação pedindo sua recuperação judicial, devendo apresentar as razões de sua crise, a contabilidade dos últimos três anos, as dívidas que possui a relação dos bens particulares dos proprietários da empresa, dentre outros documentos; ii) Fase deliberativa, em que será decidido se a empresa poderá ter direito à recuperação judicial ou não, nesse caso, se o empresário cumprir os requisitos para ter direito ao pedido e a documentação estiver em ordem, o representante do poder judiciário (magistrado) dará início ao processamento do pedido do devedor; iii) Fase de execução, em que pese, havendo o aval da assembleia de credores terá início à fase de execução, quando o plano aprovado será colocado em prática até que o credor cumpra todas as obrigações previstas no respectivo acordo.

Após o reconhecimento da Recuperação Judicial, se o credor conseguir pagar todas as dívidas e cumprir todas as obrigações nos prazos estipulados no acordo, a Justiça decretará o encerramento da medida judicial. Porém, se durante o

período de recuperação houver qualquer descumprimento por parte do devedor, será decretada sua falência.

Partindo da análise sobre o tema, evidencia-se que uma das principais vantagens da recuperação judicial é a possibilidade de renegociar, postergar e alterar condições de dívidas, dando ao negócio o fôlego necessário para restauração de suas forças.

Após a devida explanação sobre a Recuperação Judicial, faz-se necessário fundamentar como uma organização criminosa utiliza determinado meio judicial e, legal, para burlar o judiciário e realizar a lavagem de dinheiro.

Para este entendimento, é importante mencionar que sonegar omitir e prestar informações falsificadas e, ainda, utilizar pessoas e empresas de fachadas para desviar o dinheiro e arrematar os bens das empresas com Recuperação Judicial por meio de fraudes, são os meios que as organizações criminosas atuam.

Além disso, a ocultação e o mascaramento da movimentação dos valores obtidos por meio de fraude contra os credores e, respectivamente o dificultar do rastreamento do dinheiro ilícito e a localização dos acusados, aperfeiçoam a prática delituosa.

Sobre a ocultação, previsto no art. da Lei 9.613/98, quando praticado na modalidade de ocultação, tem natureza de crime permanente. A característica básica dos delitos permanentes está na circunstância de que a execução desses crimes não se dá em um momento definido e específico, mas em um alongar temporal.

O agente que oculta e mantém oculto algo prolonga a ação até que o fato se torne conhecido. Portanto, o prazo prescricional somente tem início quando as autoridades tomam conhecimento da conduta do agente.

Assim, o grupo criminoso já sabendo dos tramites legais, por meio do judiciário, pleiteia a Recuperação Judicial, utilizando-se de fundamentos, os quais norteiam dívidas e a falta de oportunidade de gerar lucro suficiente para cumprir suas obrigações, como pagar seus credores, fornecedores, funcionários e impostos.

Dessa forma, deixam de pagar seus credores e, começa a lapidar o próprio patrimônio com a intenção de aplicar o mesmo em outros bens em nome de pessoas distintas.

Recentemente foi recebida na Vara dos Feitos Relativos a Delitos praticados por Organização Criminosa e de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores a denúncia do Ministério Público de Goiás (MP-GO) contra 14 pessoas envolvidas no esquema de fraude de recuperação judicial do grupo Borges Landeiro.

A decisão é da titular da Vara, juíza Placidina Pires. O esquema criminoso foi desvendado pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado, com início da Operação Máfia das Falências, deflagrada em 2019. Já naquela época, foi decretado o bloqueio de bens dos denunciados, num total de R\$ 500 milhões.

Das investigações e medidas judiciais, restaram aos denunciados a prática de crimes de organização criminosa, lavagem de dinheiro, crimes falimentares relacionados ao procedimento de recuperação judicial do grupo empresarial, de acordo com a participação dos denunciados.

Na denúncia, restou evidenciado que o grupo criminoso teria sonegado omitido e prestado informações falsas, bem como ocultado patrimônio do respectivo grupo, valendo-se de pessoas físicas e jurídicas de fachada para desviar e deter valores, bem como para arrematar os próprios bens das empresas, forjadamente submetidos a procedimento de recuperação judicial, por meio da prática de atos fraudulentos.

3.1.5. Lavagem de dinheiro e a Sonegação Fiscal

Com a finalidade de diferenciar as infrações tributárias definidas e punidas pelo Direito Tributário daquelas configuradas e sancionadas pelo Direito Penal, parte da doutrina costuma referencia-se ao Direito Tributário Penal e ao Direito Penal Tributário.

Nesse sentido, a determinação da existência da obrigação tributária principal, e identificação do tributo devido por determinada pessoa física ou jurídica, existe uma finalidade de se realizar um juízo de adequação (tipicidade) entre um determinado fato.

Partindo da ideia central que o que outorga autonomia aos crimes contra a ordem tributária é o fato de que eles não representam meras infrações à norma

tributária, porém comportamentos que afetam um bem jurídico digno de proteção penal.

Analisa-se o exposto por Cezar Roberto Bitencourt e Luciana de Oliveira Monteiro (2013, p. 28-29) que fundamentam dois fatores para diferenciar o crime tributário da infração fiscal: i) materialmente, o crime tributário deve representar uma ofensa a um determinado bem jurídico, e não uma mera infração das normas impostas pelo Direito Tributário, porquanto não se pode admitir a criminalização de condutas constitutivas de mera infração de dever; ii) não obstante a antijuridicidade ser uma categoria comum a todos os ramos do Direito, a persecução de delitos, dentre eles os crimes tributários, atende a princípios e regras de imputação específicos, propriamente penais, do que se conclui que a constatação da responsabilidade penal objetiva e subjetiva e a declaração de culpabilidade constituem pressupostos necessários e irrenunciáveis para a aplicação da pena.

Assim, estão presentes os requisitos para que se identifique determinada sonegação fiscal.

Para enfatizar melhor, Renato Brasileiro (2020, p. 216) ensina a diferenciação entre Evasão fiscal e Elisão Fiscal. Assim, não sinônimos as respectivas. Aquela consiste no inadimplemento total ou parcial da obrigação tributária mediante o emprego de fraude. A elisão fiscal, por sua vez, deve ser compreendida como uma espécie de planejamento tributário, tido como prática legítima do contribuinte objetivando evitar a ocorrência do fato gerador do tributo ou pelo menos para fins de diminuir o seu valor, sem o emprego da fraude.

Na elisão, o contribuinte opta por um caminho benéfico, sem praticar qualquer tipo de fraude, agindo dentro da licitude do Direito Tributário. Se a elisão, todavia, for praticada com algum tipo de artifício para mascarar a realidade, restará caracterizada a sonegação fiscal.

Partindo dessa premissa, com a entrada da Lei 12.683/12, tem-se que a respectiva trouxe uma certa preocupação a classe empresaria, visto que, passou a ser perfeitamente possível a existência do delito de lavagem de dinheiro quando o delito antecedente se tratar de Sonegação Fiscal, ao trazer a seguinte redação em seu artigo 1º – Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Portanto, qualquer infração penal que gere benefício econômico a quem o praticou, poderá figurar como delito antecedente ao Crime de Lavagem de Dinheiro.

Desse modo, tanto um simples furto, quanto um esquema de Sonegação Fiscal, poderão figurar no rol dos delitos antecedentes à Lavagem de Dinheiro, uma vez que o rol dos delitos antecedentes passou a inexistir, admitindo-se qualquer infração penal que acarrete em vantagem econômica.

Nesse viés, todas as empresas que incorrerem em Sonegação Fiscal, poderão responder pelo delito de Lavagem de dinheiro, se houver comprovação da vontade do agente de dar aparência lícita ao dinheiro ilícito, previsto na Lei 12.683/12, uma vez que obtiveram vantagem econômica de forma indevida.

De forma evidente e preventivamente, as condutas adotadas no âmbito empresarial, buscando uma melhora em sua carga tributária, deve ser sempre, em todas as hipóteses, acompanhadas de profissionais qualificados, para que não haja o risco de incorrer no Delito de Lavagem de dinheiro, crimes demasiadamente mais graves do que a Sonegação Fiscal, e que acarreta maiores consequências àqueles que o praticam.

Importante mencionar que as empresas que atualmente respondem à processos por Sonegação Fiscal, que tenha ocorrido antes da entrada em vigor da Nova Lei de Lavagem de Dinheiro, não poderão, em nenhuma hipótese, serem processadas respectivamente pelo delito de Lavagem de Dinheiro, uma vez que a legislação anterior não descrevia tipicidade de delito antecedente a figura da Sonegação Fiscal.

Vale ainda, ressaltar, que qualquer ato investigatório/administrativo ou ação penal em trâmite nesse sentido, deverá ser imediatamente declarado nulo ou inválido pelo Poder Judiciário, pois estar-se-á diante de ato revestido da mais absoluta ilegalidade.

Recentemente, a empresa Ricardo Eletro, por meio de sonegação fiscal, praticou supostamente o crime de lavagem de dinheiro, sendo que, os valores sonegados foram utilizados para adquirir bens em nome de terceiros, o que caracteriza o mascaramento e enriquecimento ilícito.

Segundo as investigações, a empresa cobrava o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) dos consumidores, comprovado pelas notas

fiscais devidamente emitidas, porém não repassava esses valores ao Estado. Ao longo de dez anos ela se portou dessa forma.

Assim, o investigado mantinha conduta, de forma reiterada, para omissão do pagamento, se apropriando do ICMS não recolhido. Por outro lado, o seu patrimônio, das empresas patrimoniais em nome da filha e da mãe, só crescia. A partir desse momento, de uma ocultação do dinheiro sonegado, representamos ao Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, pelo sequestro dos bens patrimoniais, sendo deferido em torno de R\$ 60 milhões, visando ressarcir os cofres do Estado.

Essa é uma forma de sonegar imposto e por meio de mascaramento, adquirir, reformar, investir dinheiro que seria utilizado para pagar o fisco.

Nesse caso em específico, ficou demonstrado com as investigações que o empresário recolhia o tributo por meio das notas fiscais, mas não o repassavam as autoridades responsáveis, ficando evidente a Lavagem de dinheiro a partir do momento que utilizava o mesmo para fins de caráter pessoal.

3.1.6. Laboratório de Tecnologia Contra a Lavagem de Dinheiro

De forma estratégica, o Laboratório de Tecnologia é uma ferramenta e serve de escopo na atuação o uso intensivo de tecnologia aplicada na coleta, tratamento e análise de elementos evidenciais obtidos durante o processo investigativo, tanto no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, quanto em seus reflexos no âmbito tributário e aduaneiro.

Nesse viés, por meio do estudo e do desenvolvimento de técnicas e metodologias para a produção de informações estratégicas, com foco na produção de provas de alto valor agregado, o Laboratório se torna um centro de tecnologia capaz de responder com eficácia ao tratamento massivo de grandes volumes de informação.

Nesse contexto, a equipe de investigação contará com servidores de perfil interdisciplinar e multidisciplinar, com formação acadêmica ou experiência profissional nas áreas de estatística, ciência da computação, economia e ciências contábeis, bem como com afinidade em tecnologias de análise e mineração de dados ou com softwares e equipamentos para realização de análise forense computacional.

3.2. Das Medidas Assecuratórias

De suma importância da seara jurídica, estão presentes as medidas assecuratórias, conhecidas também por medidas cautelares reais, encontram guarida jurídica dentro do Código de Processo Penal – CPP – (BRASIL, 1941) nos artigos 125 a 144, sendo elas, de maneira geral, o sequestro, a hipoteca legal e o arresto.

As respectivas medidas assecuratórias no âmbito processual penal possuem importante papel no que concerne à reparação de danos. Elas são, nas palavras de Luiz Cláudio Silva e Franklyn Roger Alves Silva (2013, p. 199):

As medidas assecuratórias são também chamadas de medidas cautelares de natureza real, as quais visam a arrecadar e preservar bens móveis e imóveis adquiridos, ainda que em nome de terceiro, com os proventos da infração penal, ou para garantir futura indenização e conseqüente reparação de dano de qualquer natureza causado à vítima em razão do ilícito penal.

Dessa forma, essas são cabíveis, tanto para retirar o bem adquirido com proveitos ilícitos da esfera patrimonial do acusado, quanto para assegurar indenização pelo dano causado à vítima.

Nesse sentido, são reconhecidas como medidas cautelares reais, pois, como refere Lopes Junior (2009, p. 185):

[...] buscam a tutela do processo (assegurando a prova) e, ainda, desempenham uma importante função de tutela do interesse econômico da vítima, resguardando bens para uma futura ação civil ex delicti [...] e também do Estado, no que se refere à garantia do pagamento da pena pecuniária e custas processuais. É evidente, portanto, seu caráter cautelar.

Sobre a supramencionada ação civil ex delicti, é a maneira pela qual será buscada a reparação civil do dano moral ou material, onde já tenha sido reconhecida a responsabilidade do agente na esfera penal (MIRABETE, 2002).

O amparo legal desta ação está no artigo 63 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), senão vejamos: “Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”.

Seguindo o mesmo viés, Lima (2015, p. 1124) ensina que o objetivo é “assegurar o confisco como efeito da condenação, garantir a futura indenização ou reparação à vítima da infração penal, o pagamento das despesas processuais ou das penas pecuniárias ao Estado”, concluindo que também serve para a finalidade de impedir que o acusado enriqueça através do delito.

3.2.1. Do Sequestro de Bens

Sobre os bens que recaem as medidas cautelares, ensina Renato Brasileiro (2020, p. 718) que o sequestro pode ser compreendido como uma medida cautelar de natureza patrimonial, fundada, precipuamente, no interesse público consubstanciado no ulterior perdimento de bens como efeito da condenação (confisco), e, secundariamente, no interesse privado do ofendido na reparação do dano causado pela infração penal, que recai sobre bens ou valores adquiridos pelo investigado ou acusados com os proventos da infração, podendo incidir sobre bens móveis e imóveis, ainda que em poder de terceiros, valendo ressaltar que, na hipótese de o produto ou proveito do crime não ser encontrado ou se localizar no exterior, também poderá recair sobre bens ou valores equivalentes de origem lícita (CP, art. 91, §§ 1º e 2º, com redação dada pela Lei nº 12.694/12).

Trata-se de competência penal, que visa medida assecuratória, que objetiva assegurar a indisponibilidade dos bens imóveis ou móveis adquiridos pelo indivíduo delituoso com o proveito extraído da infração penal, permitindo, assim, a operacionalização dos dois efeitos extrapenais da sentença condenatória transitada em julgado: reparação do dano causado pelo delito e perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (CP, art. 91, I e II, "b").

Ainda nessa linha, a terminologia sequestro não é utilizada pelo Código de Processo Penal em seu sentido específico, o qual se destina a retenção de coisa litigiosa até que se descubra seu verdadeiro proprietário.

Acerca do processual penal, o sequestro é utilizado apreender os frutos provenientes do crime, assim, o proveito obtido pelo criminoso como resultado da utilização econômica do produto direto da infração penal (v.g., dinheiro obtido com a venda do objeto furtado, veículos ou imóveis adquiridos com o dinheiro obtido com a

venda de drogas etc.), com o intuito de impedir que o agente aufera qualquer tipo de vantagem com a prática delituosa, assim como indenizar a parte lesada.

Quanto a esse ponto, cabe analisar que se tratando de bens móveis ou imóveis adquiridos pelo agente com o proveito obtido pela infração penal, a medida assecuratória a ser utilizada será o sequestro. Em se tratando de provento do crime, ou seja, de coisas adquiridas pelo rendimento que a prática delituosa proporcionou ao agente, deve ser aplicado o sequestro previsto no art. 132 do CPP, já que incabível a apreensão. No entanto, na hipótese de se tratar de bem móvel, sendo ele próprio o produto direto da infração, a medida assecuratória a ser utilizada será a apreensão, prevista no art. 240, § 1º, b, do CPP (BRASILEIRO, 2020, p.719).

Com o intuito de assegurar a reparação do dano e, concomitantemente, cessar a conduta delituosa do agente que possa usufruir as vantagens patrimoniais ilicitamente obtidas por meio da prática delituosa, deve o sequestro recair sobre os proventos do delito, nos exatos termos dos arts. 125 e 132 do CPP. Porém, não basta que recaia sobre o proveito de qualquer infração penal.

O sequestro, como toda medida cautelar, um instrumento destinado a assegurar a utilidade e a eficácia de uma provável sentença penal condenatória, somente poderá incidir sobre bens que tenham relação com o próprio crime objeto da investigação ou da ação penal. Caso contrário, não haverá referibilidade, o que é uma nota característica das medidas cautelares. Não se podem sequestrar bens que integrem o patrimônio ilícito do acusado, mas que tenham sido obtidos pela prática de um crime diverso daquele que é objeto do inquérito policial ou da ação penal em que se requereu a medida cautelar (BADARÓ, 2008, p. 179).

É relevante expor essencialmente em relação ao crime de lavagem de dinheiro, o art. 4º, caput, da Lei nº 9.613/98 com redação dada pela Lei nº 12.683/12, ensina que essa referibilidade é dupla, pois alcança tanto o proveito da lavagem de dinheiro quanto o da infração antecedente.

Nos ensinamentos de Renato Brasileiro (2020, p.719), extrai-se que até bem pouco tempo atrás, só era possível que o sequestro recaísse sobre o produto indireto da infração penal, especial atenção deve ser dispensada às mudanças produzidas pela Lei nº 12.694/12. Doravante, poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior (CP, art. 91, § 1º). Neste caso, as

medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda (CP, art. 91, § 2º).

Dessa forma, basta a auferir os proventos da infração como o lucro advindo pelo produto direto do crime, é de se concluir que o sequestro pode recair sobre bens imóveis (CPP, arts. 125 a 131) e sobre bens móveis (CPP, art. 132).

Existe nesse sentido, uma oposição entre eles, é que o sequestro de bens móveis tem um requisito negativo de não ser cabível a apreensão da coisa sequestrada, o qual, à evidência, torna-se inaplicável ao sequestro de imóveis.

Situação interessante recai quando o bem imóvel a ser sequestrado, é bem de família, pois as restrições consagradas na Lei nº 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, não se aplicam ao sequestro.

Determinada restrição encontra escudo porque, segundo o art. 3º, VI, da Lei nº 8.009/90, a impenhorabilidade é proibida em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, com ressalva se movido por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

Dito isso, torna-se totalmente possível o sequestro do único bem imóvel residencial pertencente ao acusado.

Importante mencionar, situação peculiar quando o bem a ser sequestrado for adquirido por terceiro, pois nos termos do art. 125 do CPP, caberá o sequestro dos bens imóveis adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

Nessa situação, o terceiro somente conseguirá afastar a medida cautelar se demonstrar que a aquisição se deu a título oneroso e de boa-fé (CPP, art. 130, II). Portanto, se esse terceiro tiver recebido o bem de maneira dúbia, com a intenção de ocultar sua procedência ilícita, não será possível o afastamento da constrição.

Tratando-se de sequestro de bens móveis, é evidente que não há falar em inscrição da medida no Registro de Imóveis. Isso, no entanto, não impede que a medida constritiva seja registrada em órgãos próprios de registro, tal qual se dá com veículos automotores, em que a inscrição pode ser feita junto ao Detran. Ademais, nada impede que o juiz determine o depósito do referido bem, quer na pessoa do próprio proprietário, quer na pessoa de terceiro, que assim ficará obrigado a zelar

pelo material e a prestar constas, sob pena de sofrer as penalidades destinadas ao depositário infiel, que não mais abrangem a prisão civil, tal qual disposto na súmula vinculante nº 25 do STF (LIMA, 2020, p. 720).

Por oportuno, nas varias classes de crimes pertencentes à lavagem de dinheiro, quando as circunstâncias o aconselharem, o magistrado, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso (Lei nº 9.613/98, art. 5º, com redação dada pela Lei nº 12.683/12).

Essa medida, não tem o condão de retirar a propriedade do acusado, apenas a gestão dos bens, que é transferida a um órgão de auxilio do juízo, com o objetivo de acompanhar os frutos e rendimentos decorrentes do bem, atendendo ao interesse particular do acusado, se acaso vier a ser absolvido ao final do processo, e também ao interesse público de manter o valor e os rendimentos dos bens.

Assim, por direito, esse administrador ganhará uma remuneração, fixada pelo juiz, que será realizada com o produto dos bens objeto da administração, com a respectiva prestação, por determinação judicial, de informações periódicas da situação dos bens sob sua administração, bem como explicações e demais pareceres sobre investimentos e seus frutos realizados.

Quanto à decretação da medida durante a fase investigatória, sendo o inquérito policial peça dispensável ao oferecimento da peça acusatória, desde que a justa causa necessária à deflagração da ação penal esteja respaldada por outros elementos de convicção (CPP, art. 39, § 5º), não sendo a função investigatória uma atribuição exclusiva da Polícia Judiciária (CPP, art. 4º, parágrafo único), a prévia instauração de inquérito policial não é condição sine qua non para a decretação do sequestro. Na verdade, o que interessa é a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Se tais pressupostos estiverem evidenciados a partir de procedimento investigatório diverso (v.g., comissão parlamentar de inquérito, procedimento investigatório criminal presidido pelo órgão do Ministério Público, etc.), será plenamente possível a decretação da referida medida cautelar (BRASILEIRO, 2020, p 721).

Quando a lavagem de dinheiro é fruto do erário publico, ou seja, envolve Improbidade Administrativa o *periculum in mora*, na indisponibilidade de bens, é

“presumido” ou, para ser mais preciso dispensado ou simplesmente não exigido pela lei, em consonância com peremptória disposição inserta no art. 37, § 4º, da Constituição: “Os atos de improbidade administrativa importarão [...] a indisponibilidade de bens”.

Não é difícil perceber que o intento do Constituinte de 1988 foi tornar, em caso de improbidade administrativa, mais efetivo o ressarcimento ao patrimônio público, em reconhecimento ostensivo de que é imensa a responsabilidade da corrupção pelas mazelas da sociedade brasileira.

Com referência a desoneração dos bens, o exigir que o acusado comprove a origem lícita dos bens para obter a respectiva medida, os arts. 130, I, do CPP, e 4º, § 2º, da Lei nº 9.613/98, não violam a regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência.

Em verdade, deverá existir uma interpretação conforme a Constituição para que se entenda que, na hipótese de o pedido de restituição ser formulado antes da sentença condenatória, recai sobre o acusado o ônus de comprovar a licitude da origem dos bens.

Entretanto, em virtude da sentença condenatória, o ônus da prova quanto à demonstração da ilicitude da origem dos bens volta a recair sobre o Ministério Público, que deverá comprovar a origem ilícita dos bens sequestrados, sob pena de conseqüente desoneração dos bens constrictos.

Assim, para a possibilidade da aplicação do efeito da condenação consistente na perda do produto ou proveito do crime (CP, art. 91, II, "b", c/c art. 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/98), deve a acusação demonstrar nos autos prova plena de que se trata de produto ou proveito da infração antecedente.

Por assim dizer, tem-se que a esse respeito, infração antecedente de crime gerador, ou seja, crime que produz resultado material, assim como dinheiro, vantagens e demais resultados seguindo essa linha. Entretanto crimes não geradores, não são passíveis de lavagem de dinheiro, a título de exemplo o crime de prevaricação, art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Como se percebe, não existe fator gerador para ocasionar a lavagem de dinheiro.

Ainda sobre o sequestro, caso não ocorrer o levantamento do sequestro no curso do processo penal, ao ocorrer sentença condenatória, a medida cautelar será absorvida por essa decisão.

Entendimento peculiar apresenta o crime de corrupção passiva, sendo que o recebimento da vantagem indevida pode se dar de forma direta ou indireta. Quando direta, o próprio agente recebe a vantagem indevida. Quando indireta, o recebimento se dá por terceiros, por interpostas pessoas, físicas ou jurídicas. Assim, se um funcionário público recebe vantagens indevidas por intermediários, há corrupção passiva consumada.

Mas não há lavagem de dinheiro. Nesse caso, a ocultação mediante o recebimento de valores por interposta pessoa ou interposta empresa já é prevista no tipo penal da corrupção, está contida no tipo penal da corrupção através da expressão “receber indiretamente”. Entender esse recebimento indireto como lavagem de dinheiro também seria punir duas vezes alguém pelo mesmo fato.

A corte maior entendeu nesse caso existir o mero exaurimento da conduta.

Sobre o sequestro, para melhor elucidar, o art. 387, § 1º, do CPP, dispõe que, na sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação.

No entanto, por viés de sentença condenatória, incumbe ao magistrado fazer menção ao destino a ser dado aos bens sequestrados.

Com o Transito em Julgado da respectiva sentença condenatória, dispõe o art. 133, caput, do CPP, com redação determinada pelo novo Pacote Anticrime, que o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público cujo perdimento tenha sido decretado, o que deve ser feito pelo próprio juízo penal. Não há a possibilidade de intervenção do juízo civil, uma vez que, este não atuou anteriormente.

O dinheiro obtido com a venda dos bens será utilizado para o ressarcimento do dano causado a vítima da infração penal, sendo o restante recolhido aos cofres públicos, consoante disposto no art. 133, §1º, do CPP, incluído pelo Pacote Anticrime. Como se vê, há prioridade de reparação do dano em face do pagamento da multa, das custas processuais e da realização do confisco. Na mesma linha, o art. 140 do CPP preceitua que as garantias do ressarcimento do dano alcançarão

também as despesas processuais e as penas pecuniárias, tendo preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido (BRASILEIRO, 2020, p. 728).

Conforme observado, a função do confisco enseja efeito patrimonial da condenação subsidiário à reparação do dano. Assim, os bens apreendidos ou sequestrados durante a instrução se destinam prioritariamente à reparação do dano e ao cumprimento das penas pecuniárias.

Por essa razão, o confisco dos bens apenas ocorrerá quando os bens apreendidos ou sequestrados tiverem valor maior do que a soma do dano a ser reparado e das penas pecuniárias propriamente ditas.

Em uma suposição de sentença condenatória ter arbitrado um valor mínimo a título de reparação pelos danos causados pela infração penal (CPP, art. 387, IV, com redação determinada pela Lei nº 11.719/08), caso seja realizada a venda judicial dos bens sequestrados, poderá ser feito o imediato repasse do valor correspondente a vítima, sem prejuízo de posterior liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

3.2.2. Destinação dos Bens

Na lei de lavagem de dinheiro está presente a figura da alienação antecipada, cuida-se de medida salutar, com o objetivo de preservação do valor dos bens que estiverem sujeitos a qualquer tipo de deterioração, depreciação ou dificuldade para sua manutenção.

No tocante a revogação da medida assecuratória, o respectivo diploma legal preconiza que o juiz determinara a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, podendo-se nesse caso manter a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

Nesse sentido, a doutrina majoritária fala em inversão do ônus da prova no processo penal, entretanto defende, porque, para que exista a liberação dos bens, deve ser comprovada a origem lícita dos bens.

Diante da especialidade da lei em comento, forçosa concluir que o aludido art. 130, do código penal não se aplica ao pedido de liberação de bens constritos com base na lei nº 9.613/98.

Não se faz necessário o aguardo do transito em julgado de sentença condenatória para liberação de bem restringindo nos autos de processo crime por lavagem de dinheiro, da mesma forma sobre os crimes antecedentes. Ao final do processo, sendo condenatória a sentença com transito em julgado, só será admissível a decretação de perda do produto ou proveito do crime, a título de efeito da condenação, caso exista prova plena.

No art. 7º da lei de lavagem de dinheiro, assevera que como efeitos da condenação a perda, em favor da União e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, a pratica dos crimes previstos nessa lei, inclusive aqueles utilizados para prestar fiança, ressaltando-se nesse caso o direito do terceiro ou lesado de boa-fé.

Por outro viés, o art. 91 (incisos I e II), do Código Penal, preconiza a perda em favor da União, ressaltando-se o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, assim a perda recai exclusivamente sobre o produto do crime ou sobre o proveito auferido pelo agente com a pratica do evento criminoso.

Sem embargo, a lei 12.694/12 incluiu dois parágrafos àquele art. 91, do Código Penal, em senda idêntica a doutrina que objetiva a repatriação de ativos financeiros desviados com a pratica delitativa. Dessa forma, nos termos do seu parágrafo primeiro, poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

Importante mencionar que o fato da lei ser mais gravosa, somente se aplica aos fatos ocorridos após sua vigência.

3.3. Crimes cibernéticos e branqueamento de capitais

O conceito de criptomoedas também conhecidas como Bitcoins, é no sentido de dizer que o dinheiro ora em questão são moedas digitais. Dessa forma,

significa que elas não existem fisicamente, estão presentes apenas no ambiente virtual.

Na atualidade existem cerca de três mil criptomoedas diferentes, diversificando cada uma com um propósito diferente, mas todas com o objetivo de melhorar a segurança e a eficiência na troca de ativos financeiros, e democratizar a distribuição e produção de dinheiro no mundo.

Na legislação pátria, as criptomoedas são classificadas como bens, mas não como moeda.

Assim, há cobrança de imposto em cima do valor informado na declaração anual do Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF)..

A Biticoin é uma criptomoeda descentralizada, sendo um meio de dinheiro eletrônico para transações diretas ponto-a-ponto (peer-to-peer, ou P2P), realizadas sem intermediários, e que são gravadas em um banco de dados distribuído e público denominado blockchain.

A vulnerabilidade desse meio está na forma da rede descentralizada, que com a ausência da autoridade administradora central, garante a obscuridade de ingerência de autoridades financeiras ou governamentais quanto à emissão e valoração das moedas digitais.

O ponto de partida para o crime organizado se beneficiar com a emissão das moedas digitais é o fato dela ser criada e transacionada sem a necessidade de intermediários. As transações podem ser feitas diretamente entre adquirente e vendedor no que se denomina P2P, são então verificadas por todos os usuários e inscritas em um banco de dados público, o blockchain.

Assim a Lavagem de dinheiro ou branqueamento de Capitais, torna-se um alvo fácil para o crime organizado, pois diante da falta de fiscalização estatal tal moeda pode ser utilizada como meio de pagamento e de difícil rastreamento por autoridades competentes.

A facilidade nas transações está desde o momento da pessoa abrir uma “conta”, o beneficiário não tem de se identificar e basta o acesso à internet e a um cliente de Biticoin para gerar um par de chaves e um endereço e ter acesso a transações. Ademais, uma mesma pessoa pode ter diversos endereços, pois a capacidade de criação de endereços pela wallet a partir do par de chaves é ilimitado. Isso agrega maior privacidade às transações.

Recentemente dados vazados ao The Intercept, apurados na Operação Spoofing, investiga-se se os hackers teriam recebido pagamentos em Bitcoins pela invasão dos sistemas de terceiros. Há também casos de pirâmides financeiras, como o descoberto na Operação Egypto, cujos aportes foram realizados pelas vítimas em Bitcoins.

Mais recente ainda, em uma execução de busca e apreensão na residência de um conhecido empresário brasileiro, foram descobertas anotações à mão contendo o login e a senha para uma conta em uma exchange de criptomoedas.

Dessa forma evidente que a lavagem de dinheiro com criptomoedas, como a Bitcoins, é possível em virtude da globalização, que permite a movimentação dos valores de forma extremamente rápida ao redor do mundo. Estes desafios indicam a necessidade de uma intensa e eficaz cooperação internacional em matéria financeira e penal.

3.3.1. Meios de Investigação

A repressão da lavagem de dinheiro no sistema de justiça criminal opera-se por intermédio da atuação das polícias judiciárias ou criminais, mormente na primeira fase da persecução penal, isto é, na etapa cognitiva da prática delitiva voltada a apuração da autoria, materialidade e circunstância em que o crime ocorreu e, ainda, mediante o papel exercido pelos ministérios públicos na titularidade da ação penal em busca da satisfação da persecução penal, concretizada e finalizada pela decisão amparada em posicionamento imparcial do poder judiciário (FERNADES, 2019, p.109).

Assim, tem-se que a ação controlada é uma técnica de investigação policial também conhecida como Flagrante Retardado, Prorrogado ou Diferido, e foi inserida no ordenamento jurídico por meio do artigo 2º da Lei Federal 9.034/95, lei de combate ao Crime Organizado, conforme segue:

“Artigo 2º Em qualquer fase da persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...).

II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculados, desde que mantida sob observação e

acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.”.

Destarte, essa técnica consiste no retardamento da atuação policial no momento da repressão a um flagrante delito, com o intuito de aguardar o momento mais propício para a intervenção e a prisão de criminosos. Diz-se flagrante retardado, pois o flagrante não ocorre no momento da execução de um crime, esperando o melhor momento para atuação com o objetivo de prender uma maior quantidade de pessoas, além de conseguir apreender e recuperar uma maior quantidade de ativos que foram “lavados”.

A ação controlada é uma técnica de investigação policial também conhecida como Flagrante Retardado, Prorrogado ou Diferido, e foi inserida no ordenamento jurídico por meio do artigo 2º da Lei Federal 9.034/95, lei de combate ao Crime Organizado, conforme segue:

“Artigo 2º Em qualquer fase da persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...).

II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculados, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações. “

Essa técnica consiste no retardamento da atuação policial no momento da repressão a um flagrante delito, com o intuito de aguardar o momento mais propício para a intervenção e a prisão de criminosos. Diz-se flagrante retardado, pois o flagrante não ocorre no momento da execução de um crime, esperando o melhor momento para atuação com o objetivo de prender uma maior quantidade de pessoas, além de conseguir apreender e recuperar uma maior quantidade de ativos que foram “lavados”.

No artigo 4º-B da Lei 12.638/2012, que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro, no seu caput, tem-se a seguinte redação:

“Artigo 4º-B. – A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos e valores, poderão ser suspensas

pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a execução imediata possa comprometer as investigações. ”

Nesse sentido, a presente legislação em estudo, reza que os agentes policiais podem permitir que bens de origem ilícita ou suspeita sejam introduzidos ou saiam do território nacional, com o conhecimento e sob a supervisão das autoridades competentes, com o objetivo de identificar as pessoas envolvidas com o cometimento de delitos sob investigação, no país de origem, de trânsito ou de destino.

Nesse viés, esse procedimento policial nos crimes de lavagem de dinheiro de praxe é executado quando há um agente infiltrado na organização criminosa, uma vez que a execução da lavagem de dinheiro ocorre principalmente por meios eletrônicos.

A Infiltração Policial é uma técnica especial de investigação policial que consiste na infiltração de um agente da polícia em uma organização delitiva por meio da assunção de uma identidade fictícia, com o fim de obter evidências e informações relacionadas ao crime de lavagem de dinheiro.

Outro instituto importante nas técnicas de investigação é a colaboração premiada, pois, refere-se ao oferecimento de benesses ou prêmios legais aos criminosos que auxiliarem os órgãos policiais através de informações relevantes prestadas sobre o fato delituoso.

Essa colaboração difere do instituto da delação premiada, pois esta é uma espécie de colaboração na qual um terceiro é incriminado, ou seja, o acusado delata a existência da organização criminosa na qual atuava, possibilitando o seu desmantelamento.

No artigo 1º da Lei 12.638/2012, que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro, em seu parágrafo 5º, tem-se a seguinte redação:

“Artigo 1º [...]

§ 5.º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. “

Importante ressaltar que a colaboração premiada é um dispositivo hábil, entretanto o criminoso deve cooperar de maneira voluntária e oportuna, e as informações prestadas devem ser necessárias ao desmantelamento da organização delitiva. O colaborador deve apresentar dados, nomes, datas, locais, relatórios ou quaisquer outros documentos comprobatórios que possam levar à apuração do delito de lavagem de dinheiro.

Outra importante medida a respeito das formas de investigação do crime de lavagem de dinheiro é a quebra do sigilo telefônico, bancário, financeiro e eleitoral, referindo-se à obtenção desses dados pela polícia, com a finalidade de colher informações e provas a respeito da prática dos delitos sob investigação.

A lei que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro não trouxe previsão legal para a quebra dos sigilos, mas tal previsão foi inserida no ordenamento jurídico por meio do artigo 2º da Lei Federal 9.034/95, lei de combate ao Crime Organizado, conforme segue:

“Artigo 2º Em qualquer fase da persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...).
III – o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais;”.

De forma antagônica, a Constituição Federal, no seu artigo 5º inciso X, assegura aos cidadãos o direito à intimidade e à vida privada, significando que o Estado não está autorizado a fiscalizar a vida da população. Mas, as infrações praticadas por organizações criminosas, que é o caso de quase a totalidade dos crimes de lavagem de dinheiro (pela sua complexidade), requerem técnicas especiais de investigação para apuração de sua materialidade e para identificar o maior número possível de autores.

Por fim, é viável que o magistrado determine com base na referida lei, a quebra do sigilo das informações dos criminosos para buscar dados telefônicos (conta telefônica do autor identificando as chamadas e mensagens efetuadas e recebidas), documentos (qualquer documento oficial que comprove os crimes, tipo notas fiscais, contratos sociais, estatutos, entre outros), informações fiscais (imposto de renda, informações junto ao Fisco), bancárias (dados referentes às contas

bancárias, como aplicações financeiras, saldos, extratos, entre outros) e eleitorais (informações mantidas no cadastro dos tribunais eleitorais, tais como endereço, telefone).

3.3.2. Formas de prevenção

A prevenção da prática de lavagem de dinheiro tem se operado por meio da ampla gama de organismos reguladores do mercado e do sistema financeiro de cada país, ao abrigo de regulamentos afetos a atividade regulatória (FERNANDES, 2019, p.93).

Sendo essas formas mais corriqueiras de prevenção se operando por meio de atos administrativos, editados, revogados e atualizados quase na mesma dinâmica de mercados.

Trata-se de normas em geral produzidas pelos órgãos reguladores e supervisores ou que possuam alguma atribuição na referida seara, dentre os chamados bancos centrais ou nacionais, a administração financeira ou tributária, as comissões de valores mobiliários, as superintendências dos seguros privados, as unidades de inteligência financeira e outros congêneres (FERNANDES, 2019, p. 93).

Uma das formas preventivas da atividade regulatória é a política de conhecer o cliente, os fornecedores, parceiros comerciais e os colaboradores, o dever de manter previamente as tratativas comerciais, na busca da vida pregressa das pessoas e das organizações, valendo-se da rede mundial de computadores e suas respectivas redes sociais, da mídia e banco de dados reputacionais.

A prevenção se efetiva por meio da conscientização, do monitoramento constante e repasse de informações suspeitas as autoridades competentes sobre as transações e atividades suspeitas, em conjunto com a fiscalização e da adoção de medidas sancionatórias quando descumpridos os comandos normativos.

O fato de uma pessoa ter adquirido bens ou realizado depósito em suas contas e declarado a Receita pode ser um indicativo de que se trata de ativos lícitos, mas não é suficiente para que se conclua nesse sentido. Por vezes, inclusive, revelará a própria evolução patrimonial a descoberto, ou seja, a aquisição de bens sem renda líquida correspondente (PAULSEN, 2017, p.276).

A prevenção versa em investigar os meios pelos quais o agente adquire o patrimônio, ou seja, não basta à compra ser licita se a fonte de renda não permite a respectiva aquisição.

Nessa tipologia, o produto do crime não é ocultado em nome de pessoas interpostas ou identidade falsas. O criminoso não oculta a titularidade dos bens, direitos e valores provenientes do crime, mas dissimula a origem criminosa destes mediante a falsificação de fontes de rendimentos licitas, como heranças, ganhos em jogos, doações, financiamentos, empréstimos, etc (MORO, 2010, p. 49).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, como assim analisado no presente estudo, o crime de lavagem de dinheiro apresenta diversas formas de consumação e, por meio do crime antecedente a competência será imputada a seara Federal ou Estadual.

Na atualidade o respectivo crime encontra enraizado pelos mais diversos setores, pois não é necessário um valor vultoso para se caracterizar, assim, pequenos delitos de formas constante também ensejam a proteção jurídica do Estado. Diversas são as formas da prática, quando se remete a pequenos valores, tem-se o que a doutrina chama de “smurph”, fazendo referência ao desenho animado de pequenas criaturas semelhantes, isto é, formas de lavar o dinheiro sem chamar a atenção das autoridades fiscalizadoras.

Da mesma forma, os valores vultosos também carecem de fiscalização pelas autoridades, pois a corrupção no cenário político é fortemente relacionada ao crime organizado, digam-se crimes do colarinho branco, sendo estes praticados por pessoas com habilidade e conhecimento e, na maioria das vezes com forte influência no poder econômico nacional.

Nesse diapasão, compete ao poder legislativo realizar um trabalho junto às autoridades responsáveis com a finalidade de combater e dar respaldo a sociedade, pois a quem cabe investigar e imputar a respectiva prática delitiva, por vezes são cerceados os meios de prova pela falta expressa de leis que impedem ou procrastinam as autoridades e responsáveis em combater e punir os infratores, entretanto a celeridade processual ganha um respaldo a mais em virtude do ativismo judicial.

Existe uma participação mais incisiva, ampla e intensa do poder judiciário, que vai além do poder legislativo, isso com fulcro na concretização dos valores e dos fins constitucionais, promovendo a aplicação direta da constituição a situações expressamente não contempladas em seu texto, independente de manifestação do legislador originário.

Como já mencionado, o crime de lavagem de dinheiro, por sua vez, vai além das fronteiras nacionais, dessa forma a cooperação jurídica internacional é forma fundamental de apoio e combate. Assim, as autoridades de maneira uniforme, cooperam entre si para investigar e punir as infrações desse tipo, ora em estudo, que deixa rastros e vestígios por onde passa, sendo tal cooperação de suma importância para a repressão estatal.

As autoridades responsáveis, como já dito, enfrentam barreiras cotidianas no quesito, poder de investigar, entretanto, diversas formas de consumação do crime, abrangem o cenário investigativo, nesse sentido ainda a expressão “follow the Money”, ou seja, siga o dinheiro, por mais arcaica que seja, ainda é uma referência na investigação.

Há que ainda dissimule a origem ilícita do proveito do crime, a doutrina e a jurisprudência em determinados crimes quando existe a ocultação e o agente, nega veemente saber sobre o respectivo crime, nomeia a prática como a Teoria da Cegueira Deliberada, ou seja, o agente delituoso diante de todas as evidências finge não saber a origem ilícita, tal prática gerou o afastamento e cassação, seguida de prisão do então presidente da Câmara dos Deputados Federais, Eduardo Cunha.

Destarte, a prática de lavagem de dinheiro ganha novos horizontes a cada dia, pois a informatização está em constante evolução e, a inovação tecnológica é alvo predestinado de diversas organizações criminosas, assim cabe ao poder estatal investigar e punir as formas diversificadas das atividades delituosas, por seus agentes de inteligência voltados ao combate do respectivo crime.

REFERÊNCIAS

1. Bibliografia (utilizada para a redação do projeto e apresentada de acordo com as normas da ABNT)

Ação Penal 470/DF, DJe 22/4/2013, fls. 52.885/52.886

ALENCAR, Rosmar Rodrigues, ROQUE, Fabio; TÁVORA, Nestor. Legislação criminal. 1ª ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique . Medidas cautelares patrimoniais no processo penal, in Direito Penal Econômico - Crimes econômicos e Processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: Aspectos penais e processos penais. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional.28ªed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONACCORSI, Daniela Villani. Lavagem de Dinheiro e Imputação: Seus limites e possibilidades no estado democrático de direito -Volume 1, Belo Horizonte: Editora D Placido, 2017.

BROOKE, Alexandre Moreira Van Der. Direitos fundamentais e proibição da proteção deficiente. Curitiba: Crv, 2016.

CF. HEFFERNAN, Margaret. Willful Blindness: Why we ignore the obvious at our peril. London: Simon & Schuster UK, 2011.

CANOTILHO, J.J Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. [S. l.]: Almedina, 2003.

CAVALCANTE, Marcio André Lopes. Vademecum de jurisprudencia. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral. 4º ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille. Os grandes sistemas de politica criminal. Barueri, SP: Manole, 2004.

FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES Robinson. Lavagem de Dinheiro, aspectos investigativos, jurídicos, penais e constitucionais, SP: Quartier Latin, 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Pela não bagatelarização da lavagem de dinheiro sujo. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.13, n.76 , 2012.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 13°. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, Forense, 1980.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. (orgs.) Crime e Política. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3. ed. Salvador: Jus Podivm. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Crinimal Especial comentada. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOBATO, José Danilo Tavares, MARTINELLI, José Danilo Tavares, SANTOS, Humberto Souza, Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro, 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D Placido, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 13. ed. São Paulo: Atlas. 2002.

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

PALSEN, Leandro. Crimes Federais. São Paulo: Saraiva, 2017.

PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de Dinheiro: a tipicidade do crime antecedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIROZ, Paulo. Funções do direito penal: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3ªed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2008.

SANTOS, Jose Eduardo Lourenço dos. A Derrotabilidade como Mecanismo par um Direito Penal Mínimo: Em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito. 1º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SARAIVA, Wellington. Medidas cautelares e processo por crime de lavagem de bens in comentários pontuais as reformas Processual Civil e Penal. AFRANIO, Silva, AMORIM, Pierre Solto Maior Coutinho. 1 Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011

SILVA, Jose Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Franklyn Roger Alves; SILVA, Luiz Cláudio. Manual de Processo e Prática Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

STRECK, Maria Luiza Schafer. Direito Penal e Constitucional: a fase oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2009.

TAVARES, Juarez. Lavagem de dinheiro: fundamentos e controvérsias. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo penal. 11' ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

RE 460.971/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.^a Turma, j. 13.02.2007.

RIBEIRO, Rodrigo Calzavara de Queiroz. O princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente. 1º ed. Porto Alegre: Simplíssimo, 2019.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006.

WEBER, Ariel Barazzetti; CALLEGARI, André Luiz. "Impossibilidade de concurso material entre corrupção passiva e lavagem de dinheiro". Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-22/concurso-material-entre-corrupcao-passiva-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 14 jan. 2020.