

ALGUNS APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A NOVA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Altair Resende de Alvarenga
Professor de Direito Penal no UNIFOR

Thaís Araújo Carvalho
Aluna do 8º período do Curso de Direito do UNIFOR

RESUMO

Os postulados do crime de lavagem de dinheiro sofreram significativas alterações com o advento da 12.683/12, impondo-se uma análise crítica, sobretudo no que tange à exagerada ampliação do conjunto das infrações antecedentes à lavagem, com a extinção do rol dos crimes antecedentes previstos na lei anterior, instituindo-se perigoso comando a obrigar os advogados a comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro, trazendo, outrossim, nova leitura sobre a delação premiada e o momento para a sua utilização.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Extinção do rol dos crimes antecedentes. Sigilo da advocacia. Ilegalidade. Delação premiada.

SOME CRITICAL NOTES ON THE NEW LAW OF MONEY LAUNDERING

ABSTRACT

The postulates of the crime of money laundering underwent significant changes with the advent of 12.683/12, necessitating a critical analysis, particularly with regard to the excessive expansion of the set of laundering antecedents offenses, with the extinction of the list of predicate offenses provided in the previous law, instituting dangerous command to force lawyers to report suspicious activity of "laundering" of money, but rather should read about the new plea bargaining and the time for its use.

Keywords: Money laundering. Extinction of the list of predicate offenses. Secrecy advocacy. Illegality. Plea bargaining.

1 INTRODUÇÃO

A partir da Convenção de Viena sobre o tráfico de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988, primeiro texto internacional que indicou aos países a criminalização da conduta considerada lavagem de dinheiro, os países signatários da convenção comprometeram-se a tipificar este delito em suas legislações. O Brasil, por ser um país pouco convidativo, naquela época, para a lavagem de capitais, somente cuidou de editar norma sobre o tema em 1998.

São diversos os organismos internacionais preocupados no combate ao delito, entre os quais o GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional), criado pelos países integrantes do G7 em 1989 com o objetivo de desenvolvimento e ascensão de resposta internacional contra a lavagem de dinheiro, podendo-se considerar o cumprimento das 40 Recomendações do GAFI, amplamente reconhecidas em todo mundo, o mínimo essencial.

Em junho de 2011, o GAFI apresentou o relatório da última avaliação do Brasil apontando algumas críticas como pequena variedade de crimes antecedentes, falta de responsabilização civil ou administrativa direta às pessoas jurídicas por crimes de lavagem de dinheiro, a não colocação de advogados, tabeliães e outras profissões jurídicas independentes como “pessoas obrigadas”, poucas condenações finais pelo crime de lavagem de dinheiro, servindo tais anotações de base para edição da Lei 12.683/12, sancionada em 09 de julho deste ano, representando um novo marco no ordenamento jurídico brasileiro.

A nova lei trouxe uma ebulição doutrinária e jurisprudencial, produzindo as mais diferentes leituras, à luz da realidade jurídica brasileira, especialmente no que tange à amplitude dos seus efeitos. Se por um lado a reforma, inegavelmente, avançou ao aprimorar o controle nas áreas mais afetadas pela prática do delito em pauta, como no sistema financeiro nacional, por outro, há dispositivos extremistas que merecem destaque crítico.

Dentro deste contexto, embora a busca de equidade legislativa seja primordial, a receptividade a esta nova realidade não está imune a um alentado pensamento crítico doutrinário, seja no domínio nacional ou fora dele, o que se pretende desenvolver, com as restrições naturais de um artigo, no presente trabalho.

2 A EXTINÇÃO DO ROL DOS DELITOS ANTECEDENTES

Por definição expressa, o crime de lavagem de dinheiro é acessório, vinculado à ocorrência de outra figura típica antecedente, cuja perpetração conduz ao seu aperfeiçoamento. Assim, a configuração do crime de lavagem depende de uma infração penal antecedente.

Antes, apenas bens provenientes de alguns crimes graves taxativamente descritos no artigo 1º da antiga lei de lavagem de capitais eram “laváveis”, como o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, contrabando de armas e extorsão mediante sequestro, não se admitindo extensão a outros delitos que não integravam o rol em *numerus clausus* da lei alterada.

Ao ser abolido o rol taxativo do artigo 1º, houve uma ampliação do conjunto das infrações antecedentes à lavagem, sendo assim, a ocultação e dissimulação de proventos advindos de toda e

qualquer infração penal, por menor que seja, constitui lavagem de dinheiro.¹

Com a inovação legislativa, emergiu uma desproporcionalidade sem precedentes, o que pode conduzir a uma punição com a mesma pena quando o delito de lavagem de dinheiro estiver vinculado ao crime antecedente grave, como associado ao crime antecedente de médio ou pequeno potencial ofensivo. O exemplo clássico que bem ilustra a desproporcionalidade extrai-se da potencial pena imposta pelo crime de lavagem de capital a um traficante de drogas, na mesma medida de um organizador de bingo em quermesse.

O Boletim de nº 237 de agosto deste ano, publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, traz em nota que:

Mais adequado seria estabelecer um parâmetro de gravidade do crime antecedente, como um patamar de pena mínima a partir do qual a infração seria considerada passível de gerar a lavagem de dinheiro, como propõe a Convenção de Palermo.²

Merece nota, outrossim, que, com a extinção do rol dos delitos antecedentes, afigura-se possível a condenação pelo delito da lavagem ser superior à condenação pela infração penal antecedente, o que geraria, para dizer o mínimo, uma disparidade ou quase um “crime de hermenêutica”.

Com a inclusão do termo gênero “infração penal”, a lei passou a admitir como delito antecedente à lavagem de capitais até mesmo qualquer contravenção penal, o que raia o absurdo, por sua natureza de “crime anão”. Para assentar de forma maiúscula a desproporcionalidade, põe-se como exemplo que a prática da contravenção penal de exploração de jogos de azar, cuja pena máxima abstrata é de prisão simples de um ano e multa³, passou, em tese, a ser delito antecedente para o crime de lavagem de dinheiro cuja pena mínima é de três anos de reclusão. Ou seja, o autor será condenado pelo crime de lavagem com a pena substancialmente superior à da infração penal antecedente que serviu de arrimo para lavagem de capitais.

¹ Art. 2º A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

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.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado);

VI - (revogado);

VII - (revogado);

VIII - (revogado).

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. Incluído pela Lei 12.683/12.

² Boletim: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 20, n. 237, ago. 2012.

³ Lei 3.688/41. Art. 50 - Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele: Pena - prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis e objetos de decoração do local.

Vê-se da exposição de motivos da Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/12, a definição de ilícitos como sendo: “de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, direitos e valores (...) crimes graves e com características transnacionais”.⁴

O legislador, à época da promulgação da Lei 9.613/98, prevendo uma possível vulgarização do crime de lavagem, expôs os motivos da definição de um rol taxativo de crimes antecedentes ao dizer que:

(...)sem esse critério de interpretação, o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou ocultação. Assim, o autor do furto de pequeno valor estaria realizando um dos tipos previstos no projeto se ocultasse o valor ou o convertesse em outro bem, como a compra de um relógio por exemplo.⁵

No entanto, a Lei 12.683/12, fazendo tábula rasa de toda uma sólida construção legislativa, introduziu nova regra, abolindo o elenco dos delitos antecedentes, podendo conduzir, inexoravelmente, as contradições apontadas no tópico retro.

2 O PAPEL DO ADVOGADO NA COMUNICAÇÃO DE ATIVIDADE SUSPEITA DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Outra inovação da Lei 12.683/12 foi a ampliação do rol de pessoas obrigadas à manutenção de cadastro e comunicação de atividade suspeita de “lavagem”. Assim, dispõe o art. 9º, parágrafo único, XIV da referida lei, mais precisamente:

Sujeitam-se às obrigações referidas nos art. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (...) Parágrafo único. (...)XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.⁶

⁴ Exposição de Motivos da Lei 9.613-98. Disponível em: <https://www.coaf.fazenda.gov.br>. Acesso em: 5 set. 2012.

⁵ Exposição de Motivos da Lei 9.613-98. Op. cit.

⁶ Art. 9º, parágrafo único, XIV da Lei 12.683/12.

As obrigações de que tratam os artigos 10 e 11 da lei em comento dizem respeito à necessidade de manutenção de cadastro de clientes, identificando e comunicando qualquer atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro ao órgão regulador ou fiscalizador da atividade ou ao COAF, nas formas e prazo estabelecido em lei.

Apesar da Diretiva 2001/97 desobrigar os profissionais forenses independentes, o que inclui o advogado, do dever de identificação de clientes, manutenção de registros e notificação de transações financeiras suspeitas, com base em informações recebidas através de um dos seus clientes, veio a Lei 12.683/12 e, mesmo sem mencionar expressamente os profissionais da área jurídica, obrigar as pessoas físicas que prestem, ainda que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria e aconselhamento de qualquer natureza nas citadas operações financeiras.

Disponha a aludida Diretiva:

(...) a consulta jurídica permanece sujeita à obrigação de segredo profissional, exceto se consultor jurídico participar em atividades de branqueamento de capitais, se a consulta jurídica for prestada para efeitos de branqueamento de capitais ou se o advogado souber que o cliente pede aconselhamento jurídico para efeitos de branqueamento de capitais.⁷

Ora, indubitável a ocorrência de prestação de assessoria e consultoria por parte do advogado, principalmente os tributaristas e empresariais, em todas aquelas operações elencadas no art. 9º, parágrafo único, XIV, não havendo como negar sua abrangência pelo novo artigo.

Dispõe o nobre professor Rodrigo de Grandis que:

A imposição de dever de identificação e comunicação de operação que veicule “lavagem” de dinheiro não é inconstitucional. Dada a enorme gama de atividades desempenhadas pelos advogados e o fato de os Estados terem estabelecido uma clara política-criminal de combate ao delito de branqueamento de capitais (...) ⁸

Todavia, a atribuição do dever de identificação e comunicação de operações suspeitas ao advogado, de modo geral, pode afrontar, no mínimo, quatro preceitos constitucionais, quais sejam: a inviolabilidade do direito à segurança (art. 5º, *caput*); o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, com as devidas qualificações profissionais determinadas em lei (art. 5º, XIII); a inviolabilidade da liberdade sem o devido processo legal (art. 5º, LIV) e ainda o art. 133 que trata sobre a indispensabilidade do advogado à administração da justiça.

Há quem diga haver uma quebra na proteção da atividade advocatícia, a imposição de comunicação de atividades suspeitas à COAF ou à OAB, pois diminuiria a confiança que rege a relação cliente-advogado, ficando a defesa judicial prejudicada, uma vez que os defensores não teriam conhecimento do fato com todas as suas peculiaridades, o que poderia ser extremamente importante na elaboração da defesa.

⁷ Diretiva 2001/97.

⁸ Rodrigo de Grandis. Boletim: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 20, n. 237, ago. 2012.

Seria também bastante prejudicial ao cliente que consulta um advogado sobre a conveniência de realizar algum ato de colaboração em um processo judicial em trâmite, por exemplo, a confissão. A confiança e segurança do cliente com o advogado restariam amplamente afetadas.

De outro lado, quando a consulta jurídica é apenas de ordem tributária e preventiva, o cliente poderá narrar uma situação que, dependendo de algumas circunstâncias, poderia configurar o crime de “lavagem” de capitais ou não, cuja orientação recairia de forma satisfatória. Nestes casos, a imposição do dever de comunicação de atividade suspeita de lavagem, ao advogado, também geraria uma insegurança prejudicial ao cliente, que poderia evitar a prática do delito se a consulta se realizasse.

Rodrigo de Grandis aponta que:

A solução parte, preliminarmente, do alcance outorgado ao segredo profissional: se considerado de modo amplo, quase absoluto, porquanto essencial ao exercício da profissão, ele somente pode ser mitigado em situações específicas. De outro lado, em uma via intermediária, a primazia do segredo profissional apenas seria prestigiada naqueles casos em que o advogado assessora o cliente sobre determinada situação jurídica ou, ainda, quando atua na defesa ou representação desse cliente em um processo judicial, administrativo, de arbitragem ou mediação. Finalmente, ainda seria possível cogitar uma terceira posição, de caráter restritivo, segundo a qual o interesse em comunicar atividade suspeita de “lavagem” de valores prevaleceria em todas as circunstâncias, excetuados os casos de defesa judicial.⁹

Sobrelevadas tais anotações, o primeiro raciocínio previsível seria que os afetados viessem a provocar o STF sobre a manifesta inconstitucionalidade da nova regra. E, de fato, a óbvia previsão se concretizou, pois a Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF. A Adin nº 4.841 foi distribuída, por sorteio, ao ministro Celso de Mello que será o relator do caso.¹⁰

3 DELAÇÃO PREMIADA

Hodiernamente, as leis brasileiras estão cada vez mais dando lugar à delação premiada, podendo-se traduzir como colaboração à justiça eficaz. Isso se deve ao avanço significativo da criminalidade, sendo corolário para a redução da competência reativa do Estado.

Destarte, o incentivo à colaboração do acusado na investigação do delito se revela na busca da eficiência persecutória, de forma mais célere.

⁹ Rodrigo de Grandis. Op. cit.

¹⁰ Disponível em:

http://www.revistavoto.com.br/site/noticias_interna.php?id=3597&t=STF_julga_ADIN_contra_nova_lei_da_lavagem_de_dinheiro. Acesso em: 24 set. 2012.

E, assim, veio a nova lei de lavagem para aumentar as possibilidades de “agraciamento” aos infratores que colaboram com a Justiça.

Dispõe a nova lei:

§ 5º 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.¹¹

Pode-se retirar três mudanças no novo artigo, em paralelo com a lei anterior: 1. a inclusão do regime semiaberto como regime inicial mais gravoso para cumprimento da pena; 2. a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em qualquer tempo e 3. aumento da possibilidade da aplicação da delação premiada ao retirar a partícula aditiva “e” que unia a apuração da infração à identificação dos participantes. Assim, com a colaboração na apuração das infrações penais “ou” identificação dos autores, coautores e partícipes, poderá haver aplicação da delação premiada.

Em relação à primeira modificação, qual seja, a inclusão do regime inicial semiaberto, registre-se que foi mais prejudicial ao acusado, pois antes a Lei 9.613/98 previa somente o regime aberto. Desse modo, a teor do princípio da irretroatividade da lei penal, aplicar-se-á a lei antiga para os crimes cometidos antes do início de vigência da Lei 12.683/12, por ser mais benéfica ao réu, ainda que julgado posteriormente, com base no salutar princípio da ultratividade da lei penal.

Já a segunda e terceira modificações beneficiam o agente, logo, será aplicada a nova lei de lavagem mesmo se o crime ocorreu em data anterior a sua vigência, conforme disposto no parágrafo único do art. 2º do Código Penal Brasileiro, dando forma à retroatividade benéfica que tem, inclusive, assento constitucional (art. 5º, XL, da CR/88).

Quanto ao acréscimo da frase “a qualquer tempo”, significa dizer que, ainda que o condenado pratique algum ato de colaboração dentre os previstos na lei, na fase executiva, poderá ser aplicada a delação premiada que alcançara inclusive a coisa julgada, não havendo limitação temporal em nenhuma etapa processual para o seu reconhecimento.

Na terceira modificação, com a retirada do termo aditivo “e” da lei, caso o agente não tenha sido agraciado com a delação por não cumprir com os dois primeiros objetivos simultaneamente, como estabelecia a antiga lei de lavagem, poderá ser contemplado pela nova lei, já que ela retroagirá para alcançar o delito praticado antes do seu império, consoante se anotou precedentemente.

O acatado professor Luiz Flávio Gomes tece importantes críticas acerca da delação premiada, merecendo ser colacionadas:

Há uma série de cuidados e providências que devem cercar a delação, porque ela pode dar ensejo a abusos ou incriminações gratuitas ou infundadas. Urgentemente necessitamos de uma regulamentação que cuide da veracidade das informações prestadas, da exigência de checagem minuciosa dessa veracidade, da eficácia prática da delação, segurança e proteção para o delator e, eventualmente, sua família, possibilidade da delação inclusive após a sentença de primeiro grau, aliás, até mesmo após o trânsito em julgado, prêmios proporcionais, envolvimento do Ministério Público e da Magistratura, transformação do instituto da delação em espécie de acordo criminal (*plea bargaining*) etc.

Claro que o correto é o Estado se aparelhar cada vez mais para não necessitar da delação ou da colaboração. Mas enquanto isso não acontece, a prioridade deve ser um detalhado regramento desse instituto, para se evitar denúncias irresponsáveis, o sensacionalismo da mídia, o vedetismo das CPIs, o afoitamento de autoridades da Polícia e da Justiça etc. O que não parece suportável é o atual nível de insegurança jurídica gerada pelas delações que têm produzido efeitos muito mais midiáticos que práticos.¹²

De ver-se que o instituto da delação premiada está tão na ordem do dia que o Pretório Excelso, no maior julgamento de sua história, nos autos da famosa Ação Penal 470, versando sobre o conjunto de delitos batizados midiaticamente de “mensalão”, cogita de conceder, de ofício, o instituto ao ex Deputado Federal e presidente do PTB Roberto Jefferson, que a par de ser réu no processo denunciou todos os meandros da intrincada atividade criminosa do grupo, podendo reduzir as penas impostas ao delator em até 2/3 ou até mesmo conceder o perdão judicial, hipótese menos provável de ser adotada.

5 CONCLUSÃO

A Lei 12.683/12 se traduz em mais uma resposta ao expansionismo penal no intuito de combater a ampla criminalidade, tendo em vista que o combate à lavagem de capitais tem relação direta com o crime organizado, cada vez mais crescente no âmbito nacional e fora dele, sendo extremamente necessárias as novas disposições, atendidas as determinações da COAF.

Em que pese às críticas no sentido de exagero à amplitude da norma punitiva, bem como de perturbação do normal exercício de determinadas atividades, é forçoso reconhecer que as investigações ficarão mais céleres uma vez que a polícia poderá requerer informações cadastrais de investigados, a bancos e operadoras, sem a necessidade de autorização judicial, sendo este um dos aspectos positivos, se exercido com parcimônia e responsabilidade.

Para sistemas que hostilizam os crimes de lavagem de dinheiro, a Lei 12.683/12 é um progresso. No entanto, o Brasil ainda precisa aprimorar os métodos investigativos para combater os grupos organizados que são especialistas na ocultação da origem ilícita do patrimônio, tendo em

¹¹ Art. 5º da Lei 12.683/12.

¹² Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/07/19/lavagem-de-dinheiro-sujo-e-delacao-premiada/>
Acesso em: 15 set. 2012.

vista que os mecanismos utilizados apresentam resultados bem inferiores aos dos outros países com melhor suporte.

O fato é que a edição da nova lei de lavagem de dinheiro, como qualquer outra lei, traz muitas críticas e incertezas, cabendo, à doutrina e à jurisprudência, colmatar as imperfeições na aplicabilidade ao caso concreto e, aos tribunais, eliminar, no sistema de controle difuso ou concentrado, eventuais inconstitucionalidades.

A realidade jurídica tem dado mostras de que, talvez por um contingente trabalho técnico-legislativo, a maior parte das leis que nascem no ordenamento jurídico brasileiro acaba passando por um aperfeiçoamento caso a caso. É como se fosse uma matéria-prima para a qual torna-se necessária uma lapidação doutrinária e jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

BARROS, M. A. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

BOLETIM: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 20, n. 237, ago. 2012.

BOTINI, P. C. Sobre a nova Lei de Lavagem de dinheiro. **O Estado de São Paulo**, 27 jun. 2012, Seção B2.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei 12.683 de 09 de julho de 2012**. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.688 de 03 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais.

CORDEIRO, I. B. **El delito de blanqueo de capitales**. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2002.

GOMES, L. F. **Lavagem de dinheiro sujo e delação premiada**. 2012. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/07/19/lavagem-de-dinheiro-sujo-e-delacao-premiada/>

GOMES, L. F.; CERVINI, R.; OLIVEIRA W. T. de. **Lei de Lavagem de Capitais e obrigações civis correlatas**: comentários à Lei 9.613/98. São Paulo: RT, 1998.

Exposição de Motivos da Lei 9.613-98. Disponível em: <https://www.coaf.fazenda.gov.br>.

MORO, S. F. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VADE MECUM. Obra coletiva de autoria da editora saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.