1. Direito Penal

O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução

Celso Sanchez Vilardi

Advogado. Professor e Coordenador do Curso de Direito Penal Econômico do Programa de Educação Continuada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

Sumário: 1. Introdução – 2. Do conceito de lavagem de dinheiro – 3. Os tipos penais da Lei 9.613/1998 e o conceito de lavagem: 3.1 A ocultação e a dissimulação; 3.2 Atos que objetivam ocultar ou dissimular a utilização; 3.3 A utilização – 4. Início da execução dos crimes de lavagem – 5. O posicionamento do STF a respeito do momento inicial da execução do crime de lavagem de dinheiro – 6. Crítica ao posicionamento do STF – 7. Conclusões.

Resumo: O autor desenvolve estudo sobre uma das questões de grande complexidade no que tange ao crime de lavagem de capitais – o momento inicial de sua execução – partindo do conceito de lavagem de dinheiro e dos tipos penais fixados pela Lei 9.613/1998 e analisando criticamente o posicionamento do STF a respeito.

Palavras-chave: lavagem de capitais; tipos penais; Lei 9.613/1998; início da execução do crime.

1. Introdução

A importância da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998) cresce, a cada dia, na medida em que se percebe ser a aplicação de seus dispositivos a principal arma no combate à criminalidade organizada.

Muito embora até o presente momento seja decepcionante o número de processos penais – levando o Conselho da Justiça Federal a criar uma comissão mista especial para debater as razões do fracasso e propor soluções[1] –, ninguém duvida que a aplicação concreta dos dispositivos desta lei vai aumentar nos próximos anos.

Uma das questões de grande complexidade a respeito de lavagem de capitais envolve o momento inicial da execução do crime, máxime porque é fundamental diferenciar as conseqüências posteriores da prática do crime antecedente e o crime de lavagem de dinheiro.

Para tanto, parece-me imperioso repisar o conceito de lavagem de dinheiro, fixar os tipos consagrados pela lei à luz deste conceito e, finalmente, estabelecer o melhor critério para verificar o momento inicial da execução do crime de lavagem.

O objetivo do presente texto é demonstrar que o conceito de lavagem de dinheiro estabelecido pela doutrina é fundamental para se entender os tipos penais consagrados e o momento inicial da execução do crime.

2. Do conceito de lavagem de dinheiro

Lavagem de dinheiro é um processo através do qual o criminoso busca introduzir um bem, direito ou valor provindo de um dos crimes antecedentes na atividade econômica legal, com aparência de lícito (reciclagem). Este processo, em regra, é formado por três etapas distintas: a da ocultação, em que o criminoso dis-

1. A comissão foi criada em setembro de 2002, sob a presidência do Min. Gilson Dipp, e apresentou suas conclusões em 26.02.2003.

tancia o bem, direito ou valor da origem criminosa; a etapa da dissimulação, através da qual o objeto da lavagem assume a aparência de lícito, mediante algum tipo de fraude; e a etapa da reintegração: feita a dissimulação, o bem, direito ou valor reúne condições de ser reciclado, ou seja, reintegrado no sistema, como se lícito fosse.

A maioria dos autores adota a citada divisão, com variações terminológicas, seguindo a orientação do Grupo de Ação Financeira Internacional – Gafi:[2] introdução, transformação e integração.[3]

Há autores, porém, que consideram ser o processo de lavagem composto apenas por duas fases: a fase de ocultação e a fase de dissimulação, valendo citar o entendimento de Walter Fanganiello Maierovitch: "A denominada lavagem passa por dois estágios: *money laudering e recycling*", sendo a primeira fase marcada pela preocupação "de apagar a mancha caracterizadora da origem ilícita", enquanto a segunda etapa "consiste no reingresso dos capitais lavados no circuito econômico-financeiro e para emprego em negócios lícitos".[4]

Entendo que a divisão em três fases facilita a compreensão da grande maioria dos processos de lavagem, muito embora, em alguns casos, seja possível compreender perfeitamente o processo a partir de duas fases. É que, na verdade, a fase de reintegração é composta por um ou mais mecanismos de dissimulação, sem os quais não é possível reintegrar o capital ao sistema econômico legal.

2. O Gafi – Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (ou FATF – Financial Action Task Force on Money Laundering) foi criado em 1989 pelo G-7, no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, com a finalidade de examinar medidas, desenvolver políticas e promover ações para combater a lavagem de dinheiro.

3. Raúl Cervini considera que o processo de lavagem é formado por "fase de colocación u ocultación, fase de control o cobertura y fase de integración o blanqueo propriamente dicho" (CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, Willian Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: RT, 1998. p. 81-82. No mesmo sentido Antônio Sérgio Pitombo, que entende que a lavagem de dinheiro "se subdivide em três fases: ocultação (*placement*), dissimulação (*layering*) e fase da integração (*integration*)" (PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro*. A tipicidade do crime antecedente. São Paulo: RT, 2003. p. 81-86).

4. MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. "As associações criminais transacionais". *Justiça penal 3* – Críticas e sugestões. São Paulo: RT, 1998. p. 81-82.

Para este trabalho importa, além da discussão sobre as fases do processo de lavagem, o fato de a doutrina não divergir sobre o conceito de lavagem, sendo o mesmo pacífico, tanto para os doutrinadores estrangeiros quanto para os brasileiros.

Nesse sentido, o conceito de Fabían Caparrós, que define lavagem de dinheiro como o "proceso tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier genero de conductas ilícitas, con independencia de cual sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad".[5]

Os doutrinadores pátrios não destoam desta posição, valendo citar Luiz Flávio Gomes: "A conduta de lavagem de dinheiro está composta por um complexo de atos, uma pluralidade de comportamentos geralmente intricados e fracionados, direcionados à conversão de valores e bens ilícitos em capitais lícitos e plenamente disponíveis por seus titulares".[6]

De forma geral, a idéia de processo ou conjunto de atos exprime a visão de toda a doutrina,[7] a respeito do conceito de lavagem de dinheiro, sendo que alguns autores valorizam mais a fase de ocultação, enquanto outros dão maior importância à fase de dissimulação.

Contudo, a evolução dos estudos a respeito do tema aponta para a valorização do objetivo final da lavagem de dinheiro, que é a reintrodução dos capitais ilícitos no sistema econômico. A este respeito, Aránges Sánchez ressalta que "ambas perspectivas se hayan estrechamente vinculadas, pues no se puede introducir el bien en la economía legal sin ocultar su ilícita procedencia, y toda

5. CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998. p. 76.

6. Op. cit., p. 320.

7. Segundo Fernandes Godinho, em todas as definições, "está presente a idéia de que o branqueamento de capitais é o processo pelo qual se procura distanciar um bem da sua origem ilícita, conferindo-lhe uma aparência de licitude ou, por outras palavras, dissimulando a sua origem ilícita" (FERNANDES GODINHO, Jorge Alexandre. *Do crime de "branqueamento" de capitais*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 38).

introducción de ese bien en el tráfico económico legal, le otorga una apariencia de legalidad que dificulta la averiguación de su origen e diminuye las posibilidades de decomisarlo".[8]

De fato, não se pode conceber a reintegração do capital lavado na economia legal sem que antes este passe pela fase de ocultação, sem a qual não se pode imaginar a dissimulação.

Como se vê, é pacífica a idéia de que a lavagem é um processo composto por diversos atos, cujo objetivo final é a reintegração do objeto da lavagem no sistema econômico legal. Não importa se este processo é formado por inúmeros ou poucos atos; importa que lavagem se caracteriza por ser um processo.

Feitas estas considerações, é de todo oportuno analisar os principais tipos da Lei de Lavagem, à luz deste conceito pacífico. Isto porque não se mostra cabível conceber os tipos penais distanciados do conceito.

3. Os tipos penais da Lei 9.613/1998 e o conceito de lavagem

Verifica-se que o legislador brasileiro tipificou como lavagem as seguintes condutas: (i) a ocultação e (ii) a dissimulação, previstas no *caput* do art. 1.º ("ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores (...)"); (iii) atos delimitados pelo § 1.º, tendo por objetivo a ocultação ou a dissimulação da utilização ("incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de (...) I – os converte em ativos lícito; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros"); e (iv) a utilização de bens, direitos ou valores, na atividade econômica ou financeira, de bens direitos ou va-

8. ARÁNGUES SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 35.

lores provindos de qualquer dos crimes antecedentes ("utiliza na atividade econômica ou financeira (...)"). Em qualquer destes casos, só é possível praticar o crime se o agente tem conhecimento de que o bem, direito ou valor provém de um dos crimes antecedentes, citados no próprio artigo.

A conduta prevista pela lei no art. 1.º, § 2.º, II, não foi mencionada acima, em face da sua ilegalidade. Como se sabe, de acordo com o art. 29 do CP,[9] a co-autoria exige vínculo psicológico, com propósitos idênticos, além de comportamento relevante e eficaz.[10]

Como já tive oportunidade de salientar, "se o agente participa de um escritório, o qual tem, por exemplo, como atividade secundária a prática dos crimes ora estudados, mas, ao mesmo tempo, nunca participou ele do específico procedimento realizado por seus associados, não poderá ser punido. Por outro lado, mas no mesmo sentido, não possuindo dever de ofício, não poderá ser obrigado a denunciar seus associados, afinal ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Se não há unidade de desígnios, não haverá que se falar em co-autoria ou participação, sendo, pois, inaceitável esta disposição. A prevalecer, significa que alguém poderá ser condenado por pertencer a um escritório, pelo simples fato dos outros integrantes resolverem praticar um crime, o que, nos termos do Código Penal, é inadmissível".[11] Esta regra não tem o condão de invalidar os dispositivos do Código Penal referentes à co-autoria e participação.

9. "Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1.º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2.º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave".

10. Nesse sentido, *RT* 546/342 e *RT* 726/555.

11. VILARDI, Celso Sanchez. "Os crimes de lavagem e reciclagem de capitais". *Aspectos atuais do direito do mercado de capitais*. Vários autores. São Paulo: Dialética, 1999. p. 54.

Pois bem, feita a ressalva acima, cabe estabelecer o conceito de lavagem de capitais consagrado pela lei brasileira e, para tanto, é imperioso relacionar as condutas consagradas no tipo penal e o conceito de lavagem de dinheiro fixado pela doutrina citada acima.

3.1 A ocultação e a dissimulação

Como se demonstrou no início deste trabalho, lavagem de capitais é um processo e, como tal, é constituído pelo conjunto de procedimentos que a compõem.

Lícito concluir, então, que o legislador brasileiro seguiu a trilha da doutrina internacional (até porque, como se sabe, a lei brasileira se aproxima de várias leis alienígenas) e procurou criminalizar o processo pelo qual se lava e recicla um bem, direito ou valor. Daí por que a lei cita ocultação, dissimulação, ocultação da utilização e dissimulação da utilização, entre outras.

Desta forma, o verbo ocultar representa a primeira fase do processo, qual seja, o distanciamento do bem, direito ou valor da origem criminosa, para que se torne apto a ser reintegrado no sistema econômico-financeiro. Na verdade, além do processo de distanciamento da origem criminosa, a ocultação prepara o objeto da lavagem para a fase seguinte, que é a da dissimulação.

Se assim é, o verbo ocultar, consagrado pela lei, pode ser traduzido por "não deixar ver",[12] e deve ser compreendido como não deixar ver a origem criminosa do bem, direito ou valor que será reintroduzido no sistema econômico legal, como se lícito fosse, através da dissimulação. Assim, qualquer procedimento que objetive esconder a origem criminosa deve ser entendido como típico, se houver prova de que este procedimento é parte integrante do processo de lavagem.

12. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa.* 11. ed., 21. tir. Editora Gamma, página que se inicia em *ocaso* e termina em *odontológico.*

Não basta, pois, ocultar ou esconder; é necessário que a ocultação integre o processo de lavagem, daí não se poder aplicar o significado literal do verbo ocultar, para explicar este tipo penal. Nesse sentido, a opinião de César Antonio da Silva, ao afirmar que o crime de lavagem é um crime formal: "Trata-se, pois, de crime formal, porque 'a norma reivindica tão-só que a intenção do agente se enderece à produção de determinado evento, não exigindo, porém, para a consumação do delito, que tal se verifique'. Ao contrário, entendendo-se, ou seja, se o agente oculta, apenas, o ativo proveniente do crime antecedente, guardando-o em lugar seguro, não o introduzindo e nem tendo a intenção de naquele momento introduzi-lo no mercado financeiro, não se terá aí caracterizada a tipificação do crime de 'lavagem de dinheiro'".[13]

Conclui-se que, comprovada a ocultação, será mister comprovar a intenção do agente em reintegrar o bem, direito ou valor ao sistema econômico, mediante fraude ou dissimulação.

A dissimulação, do verbo dissimular, segunda conduta tipificada, que o dicionário define como "encobrimento dos próprios desígnios" e "ocultar com astúcia",[14] pode ser conceituada como o meio pelo qual se dá ao bem, direito ou valor a aparência de legalidade, que lhe permite ser reintegrado ao sistema financeiro. Só pode ocorrer através de meios fraudulentos, aptos a produzir o resultado final: a aparência de legalidade do bem, direito ou valor, provindo de um dos crimes antecedentes.

Desta forma, o verbo dissimular, previsto na lei, deve ser compreendido como esconder, através de um ardil, a origem criminosa. Tal conduta tem um *plus* em relação à mera ocultação: através do ardil, o objeto da lavagem possui uma aparência de legalidade, daí por que pode ser considerado "lavado".

13. SILVA, Cesar Antonio da. *Lavagem de dinheiro.* Uma nova perspectiva penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 80.

14. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Op. cit., página que se inicia em *disponível* e termina em *distribuir*.

3.2 *Atos que objetivam ocultar ou dissimular a utilização*

A terceira conduta tipificada (§ 1.º do art. 1.º) se refere a atos que objetivam a ocultação ou dissimulação da utilização de bens, direitos ou valores provenientes dos crimes antecedentes, ou seja, são exemplos de procedimentos que formam o processo final da lavagem. Tais atos estariam na fase chamada por Pitombo, em sua excelente obra, de "integração (*integration*)".[15] Equivale dizer: depois de ocultada a origem e durante a fase de reintegração do capital ao sistema econômico legal é que o criminoso necessita ocultar ou dissimular a utilização.

É por esta razão que o legislador, ao se referir aos capitais lavados, consagra como conduta quem "os converte em ativos lícitos" (quando o correto seria em ativos aparentemente lícitos). Ora, a conversão em ativo aparentemente lícito, assim como as outras formas especificadas nos incs. II e III do § 1.º do art. 1.º, se referem ao momento final do processo, quando o agente necessita utilizar o produto da lavagem, ou seja, quando precisa reintegrá-lo ao sistema econômico.

Importa consignar que as condutas previstas no § 1.º do art. 1.º não se confundem com a tentativa. Na verdade, o crime será tentado quando o agente, por exemplo, tentar transferir ou ter em depósito determinado bem, e não conseguir por circunstâncias alheias à sua vontade. Isto significa que se o agente praticar uma das condutas deste parágrafo com o objetivo de ocultar e dissimular a utilização, o crime estará consumado, o que se explica exatamente pelo caráter de processo que possui a lavagem, tendo o legislador optado por punir cada fase de toda a operação com pena idêntica à aplicada ao processo concluído.

Neste ponto, acertou o legislador, tendo em vista que, via de regra, várias pessoas participaram dos diferentes procedimentos que formam o processo de lavagem.

15. Op. cit., p. 86.

Isto não significa, porém, que um ato isolado possa ser punido como lavagem, a não ser que se comprove que este ato, além de hábil a produzir o resultado *ocultação e dissimulação* ou *ocultação ou dissimulação da utilização*, está integrado a um processo, sendo parte integrante dele.

3.3 A utilização

Por fim, no que tange à última conduta, ousamos dissentir de Marco Antonio de Barros, o qual, ao analisar o dispositivo, entende que "a mera utilização, sem ter por objetivo a ocultação ou a dissimulação da origem dos bens, direitos ou valores, pode submeter o agente à expiação da pena prevista nesta lei".[16]

No meu entender, a utilização tratada pelo parágrafo é a utilização do bem, direito ou valor, depois de passar pelas fases da ocultação e dissimulação, ou seja, a simples utilização do bem, direito ou valor que esteja inserido no sistema econômico legal como se lícito fosse não configura o tipo deste parágrafo.

Não fosse assim, chegaríamos à conclusão de que todas as outras condutas deste artigo (condutas do *caput* e do § 1.º) seriam inúteis, já que não é necessário punir quem oculta ou dissimula o objeto da lavagem ou quem oculta ou dissimula a utilização deste mesmo objeto, tendo em vista que se pune quem o utiliza. Ora, utilizar é "fazer uso de; servir-se"[17] e, então, qualquer uso que o criminoso viesse a fazer do proveito econômico, obtido através do crime anterior, seria, por si, considerado lavagem.

A vingar esta tese, não se está punindo o processo de lavagem de dinheiro, mas o uso do bem, direito ou valor, obtido através do crime antecedente. E, como se sabe, tal não é possível, já que esta utilização pode ser um ato posterior ao co-

16. BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de dinheiro*. Implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 42.

17. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Op. cit., página que se inicia em *usureiro* e termina em *uzífuro*.

metimento do crime, ato este, diga-se, não punível; muitas vezes, não chega a ser nem o exaurimento da infração penal.[18]

Com razão, portanto, Pitombo, ao consignar que "ao penalista incumbe distinguir as condutas voltadas a conseguir proveito do crime daquelas destinadas a ocultar e dissimular a origem ilícita dos bens. Pois muito embora o produto da lavagem seja proveito do crime antecedente, nem todo comportamento econômico do delinqüente que dá causa a proveito da infração penal anterior constitui o crime de lavagem de dinheiro".[19]

Desta forma, o verbo utilizar, a meu ver, deve ser compreendido como fazer uso do objeto da lavagem, depois que este assumiu a aparência de legalidade.

4. Início da execução dos crimes de lavagem

Determinar o início da execução do crime de lavagem é tarefa árdua, diante da ausência de critérios específicos.

As diversas fórmulas para se individualizar o ato inicial da execução do crime de lavagem foram elencadas por Palma Herrera e podem assim ser resumidas: – pela teoria de Frank "hay que entender como principio de ejecución todos aquellos actos que, por su necesaria pertenencia a la acción típica según la concepción natural, aparecen como partes integrantes de ésta"; – pela teoria de Rodrigues Mourillo, deve-se combinar a teoria de Frank com elementos das teorias subjetivas, salientando a "necesidad de tener en cuenta el plan del autor" e a "necesidad de la puesta en peligro del bien jurídico para que un acto pueda considerarse ya ejecutivo"; – pela teoria de Cobo de Rosal y Vives Antón é necessário ter em conta a idoneidade do ato praticado, para a produção do resultado; e

18. Segundo Aníbal Bruno, o exaurimento do crime ocorre "quando realmente ocorreu todo o dano que poderia resultar do fato praticado pelo autor" (BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 255).

19. Op. cit., p. 108.

pela teoria de Gimbernat Ordeig e Mir Puig o critério está ligado à "inmediatez temporal con el fin de aproximar los actos ejecutivos al tipo".[20]

Como se vê, o rol inclui exemplos de teorias objetivas, para as quais a execução se inicia com a mera prática do ato descrito no tipo penal, e exemplos de teorias subjetivas, para as quais é necessário se verificar a intenção do autor do fato.

O próprio Palma Herrera, contudo, reconhece ser ineficaz a aplicação de critérios isolados, no que tange à lavagem de dinheiro: "Estos criterios junto a otros que también deben ser tenidos en cuenta como el de la univocidad – es indicativo de comienzo de la ejecución que el acto esté inequívocamente dirigido a cometer el delito –, no permiten, sin embargo, sentar unas conclusiones válidas con carácter general para todas las técnicas de blanqueo de capitales".[21] Defende, assim, a aplicação de uma teoria mista, que mescle critérios objetivos e subjetivos.

De fato, não se ignora a importância dos critérios acima citados, todos necessários à análise do caso concreto. Em especial, há de se verificar se o meio empregado é hábil para produzir o resultado e se a conduta do agente teve o condão de atingir o bem juridicamente tutelado, entre outros critérios citados.

Mas mesmo estes dois critérios – que me parecem essenciais – deverão ser analisados em conjunto com o conceito de lavagem de dinheiro. Em outras palavras, além da idoneidade do meio empregado e da verificação do abalo ao bem juridicamente tutelado, há que se identificar o ato como integrante do processo, ou do plano criminoso, seja através do conhecimento do plano do autor, seja através do conhecimento do processo de lavagem utilizado.

Dir-se-á que não se pode deixar de punir o agente, porque não se conheceu seu verdadeiro plano de ação. É verdade, e eis por que não defendo a aplicação deste critério isolado. Não menos certo, porém, é que não se pode punir, como

20. PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa, 2000. p. 650-651.

21. Op. cit., p. 651.

lavagem, a mera ocultação ou a mera utilização, sob pena de se pretender punir, através da Lei de Lavagem, o agente que se vale do proveito da infração.[22]

Realmente, ocultar o produto do crime contra a Administração Pública não é, por si, um ato executivo de lavagem de dinheiro, da mesma forma que comprar um imóvel com o dinheiro do tráfico também não é, por si, lavagem de dinheiro.

Desta forma, para que a mera ocultação do produto do crime antecedente seja considerada como ato executivo inicial do processo de lavagem, deve-se verificar se esta mera ocultação está inserida no processo de lavagem e se é apta a produzir o resultado desejado, pois, assim, poderá se dizer que o bem juridicamente tutelado foi atingido.

5. O posicionamento do STF a respeito do momento inicial da execução do crime de lavagem de dinheiro

O primeiro – e talvez único – caso analisado pelo STF, a respeito da lavagem de dinheiro, tratou de recurso ordinário em *habeas corpus*[23] impetrado contra denúncia que imputava ao paciente a seguinte conduta:

"No período (...), para dissimular a origem, a movimentação, a propriedade e a utilização de valores provenientes de crimes praticados contra a Administração Pública (concussão – art. 316 do CP) (...) agindo de forma habitual, converteu-os em ativos lícitos através da inclusão do dinheiro sujo no sistema financeiro, de modo a disfarçar sua origem criminosa, para poder posteriormente reinvesti-lo como capital limpo e insuspeito. Assim procedeu utilizando as seguintes contas correntes (...)

22. Pitombo, citando seu saudoso pai, Sergio Marcos de Moraes Pitombo, define o proveito da infração: "Já, ao produto indireto, provento ou proveito da infração (*fructus sceleris*) 'corresponde o resultado útil mediato da operação delinqüencial: o ganho, o lucro, o benefício que ao delinqüente adveio da utilização econômica do produto direto do crime ou da contravenção'. A título de exemplo, referem-se: o numerário obtido com a venda do objeto furtado; o imóvel adquirido com o dinheiro oriundo do tráfico de entorpecentes" (PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Op. cit., p. 107).

23. RHC 80.816-6-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 18.06.2001.

O *modus operandi* adotado pelo denunciado implica, na verdade, a forma mais comum e mais simples da lavagem de dinheiro. Uma vez em poder da parte que lhe cabia do dinheiro ilicitamente obtido X depositava os valores na conta corrente Y do Banco Z, da empresa A, de sua propriedade, e na conta corrente B, da empresa C, de propriedade de seu cunhado D. Dessa forma, o dinheiro obtido ilicitamente pelo denunciado era misturado aos recursos legítimos das empresas referidas, de modo a torná-lo apto para posteriores investimentos e reinvestimentos".

Depreende-se do trecho acima citado que ao paciente foi imputada a conduta prevista no art. 1.º, § 1.º, I ("converter em ativos lícitos" com o objetivo de "ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes").

A defesa do paciente, capitaneada pelo ilustre Dr. Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, protestou, alegando que o simples depósito em sua própria conta e de seu cunhado não é meio hábil para a prática de lavagem, posto que qualquer extrato da conta poderia desvendar o chamado dinheiro sujo e que o "autor de concussão, como autor da extorsão, do roubo, do estelionato, caso o produto do crime seja dinheiro em espécie, irá gastá-lo livremente. E esta conduta não configurará um novo crime. Não se trata nem do chamado exaurimento. É um irrelevante penal".

A decisão da Excelsa Corte foi a de denegar a ordem pleiteada, tendo o culto e ilustre Min. Sepúlveda Pertence afastado a conduta descrita na inicial ("ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo. I – os converte em ativos lícitos"), entendendo, a exemplo do que foi sustentado acima, que esta conduta só pode ser praticada na fase mais adiantada do processo de lavagem de dinheiro; no entanto, manteve a denúncia porque, segundo seu entender, deu-se a ocultação do bem ou, no mínimo, a tentativa de ocultação. Do bojo do v. acórdão, destaco alguns trechos que ilustram a decisão:

"O tipo do art. 1.º, *caput*, recorde-se, é 'ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente', de um dos crimes enumerados nos seus diversos incisos.

Para mim, é evidente que o depósito dos cheques, nas circunstâncias do fato imputado, implicou ocultação da origem, da localização e da propriedade de valores oriundos de concussão – vale dizer, de crime contra a Administração Pública – que basta à concretização do tipo do art. 1.º, V, do Diploma Especial.

Redargüi a impetração que 'não é esta a 'lavagem' prevista pelo legislador'.

'Até porque' – aduzem os ilustres advogados – 'a alegada 'mistura' só existe no saldo final da conta corrente e não resiste a uma singela análise contábil que individualiza a entrada do capital. O dinheiro sujo que entrou na conta corrente continuará a não ter causa que o justifique. Um simples extrato é suficiente para separar, distinguir, individualizar depósitos'.

Não me convenci, entretanto, de que a realização do tipo, na modalidade inicial considerada, fique a depender da maior ou menor eficiência técnica da ocultação dos títulos, como no caso concreto.

(...)

A lavagem de valores que acaso lograsse ocultar-lhe de modo tão requintado a natureza e a origem, que se tornasse insusceptível de ser desmascarada em qualquer das fases do processo, seria o 'crime perfeito'. E a incriminação legal de um delito que, para consumar-se, teria de materializar um 'crime perfeito' – isto é, insusceptível de ser descoberto – constituiria rematado contra-senso (...)

Claro, a ocultação, do art. 1.º, *caput*, não é um crime formal, ou de mera conduta.

Por isso, o tipo admite tentativa: assim, no episódio considerado, se o agente fosse obstado por terceiro de alcançar o depósito bancário dos cheques extorquidos na conta de empresas ou a liquidação e o crédito das quantias correspondentes.

A ocultação, que aperfeiçoa o tipo e realiza o crime, não é, porém, a ocultação absoluta, insusceptível de ser desvelada, nem a essa hipótese, quase de fixação policial, terá Jobim querido referir-se.

(...)

O que importa, contudo, é que, a ele e a mim, nos basta – como, de certo, também ao Min. Jobim – a ocultação que o escritor chamou de relativa.

E essa se realiza – seja embora sob a técnica mais elementar – com o depósito dos valores produtos da extorsão em contas correntes alheias, dos quais as circunstâncias permitem inferir que o agente pretendia poder usufruir adiante.

Na melhor das hipóteses para o acusado – se acaso entende que a consumação do delito reclamaria lograsse o agente fase mais avançada do processo de reciclagem dos valores de origem criminosa – seria induvidoso que o depósito efetivado constituiria início de sua execução, de modo a caracterizar a tentativa do crime.

Esse o quadro, entendo configurada em tese a tipicidade da conduta imputada ao paciente e nego provimento ao recurso: é o meu voto".

Como se vê, o Pretório Excelso entendeu que o mero depósito na conta corrente do suposto autor da infração do crime anterior, bem como o depósito na conta de seu cunhado, consumam o delito de ocultação ou, na melhor das hipóteses, configuram o início da execução deste crime.

6. Crítica ao posicionamento do STF

De início, ressalto que a crítica se refere ao simples texto do v. acórdão, mas é de reconhecer a limitação do *habeas corpus* em relação à análise de provas e o fato não ter tido contato com o processo crime em questão, o que poderá gerar qualquer imprecisão.

De toda forma, pareceu-me correta a posição do Pretório Excelso, ao fixar que a conduta do § 1.º, 1, do art. 1.º, da Lei de Lavagem está situada em momen-

to muito posterior ao início do processo de lavagem, o qual se inicia, repita-se, pela ocultação.

De fato, o mero depósito de quantia provinda de crime antecedente em conta corrente não tem o condão de converter a mesma em ativo aparentemente lícito. Nem se relaciona com a ocultação ou dissimulação da utilização do produto da lavagem, conforme acima explanado.

Por outro lado, ouso divergir da decisão do Supremo, no que tange à interpretação de que o mero depósito em conta corrente do suposto criminoso ou de seu cunhado pode ser encarado como ocultação ou o primeiro ato de execução do crime de lavagem.

Isto porque, como muito bem salientado pelo Dr. Mariz de Oliveira, quem pratica um crime e obtém, através dele, determinada quantia em dinheiro, obviamente vai gastar, comprando o que melhor lhe aprouver. Para tanto, é natural, nos dias de hoje, que deposite em conta corrente o produto ou proveito da infração anterior.

Este depósito, por si, não pode ser considerado, a meu ver, como o início do processo de lavagem: primeiro, e principalmente, porque a denúncia deixou de descrever este ato como parte integrante do processo (e quando o fez, descreveu a conduta final do processo que, a toda evidência, não se aplica); segundo, porque o meio eleito pelo autor para a prática do crime há de ser hábil a produzir o resultado desejado, qual seja, ocultação.

Na verdade, ouso dissentir da postura do eminente Min. Sepúlveda Pertence – a quem, apesar da discordância, rendo minhas homenagens e declaro minha admiração – quando assevera: "É evidente que o depósito de cheques, nas circunstâncias do fato imputado, implicou ocultação da origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de um dos crimes enumerados nos seus diversos incisos".

Explico a razão da divergência: não me parece correto o entendimento segundo o qual o depósito em conta, isoladamente, se traduz no início do crime

de lavagem, sem qualquer outro elemento a reforçar esta tese. Trata-se, partindo-se por esta via, da consagração absoluta da doutrina objetiva sobre o início da execução do crime de lavagem, que não me parece ser a melhor escolha.

É de todo oportuno asseverar que o simples depósito pode até constituir o início da execução do crime, desde que fique comprovado que este ato integra um processo. Esta a posição do citado Palma Herrera.[24]

Merece destaque a lição de Fernández Godinho: "A ocultação/dissimulação não referencia condutas de apreensão mais ou menos fáceis, mas sim uma valoração de condutas. É algo que só se poderá afirmar após uma análise em que se tome em considerações que acções foram desenvolvidas e em que medida é que o agente conseguiu efectivamente obscurecer as qualidades do bem. (...) Tome-se o exemplo do depósito de fundos de origem ilícita numa conta bancária (...) Se um traficante de droga, por exemplo, habitualmente entrega os proventos à sua companheira, para que os deposite na sua conta bancária e posteriormente o gaste nas despesas comuns, não há branqueamento de capitais".[25]

Para utilizar as palavras do Ministro, "a ocultação, que aperfeiçoa o tipo e realiza o crime, não é, porém, a ocultação absoluta, insusceptível de ser desvelada, nem a essa hipótese, quase de ficção policial, terá Jobim querido referir-se. (...) Certo, a meu ver, ainda que relativa é, por isso, às vezes, desvelada sem maior dificuldade – a ocultação é um evento ou resultado exterior à conduta de ocultar". E isto porque, como o próprio Ministro advertiu, a "lavagem de valores que acaso lograsse ocultar-lhe de modo tão requintado a natureza e a origem, que se tornasse insusceptível de ser desmascarada e, qualquer das fases do processo, seria o 'crime perfeito'. E a incriminação legal de um delito que, para consumar-se, teria de

24. O mencionado autor até admite o mero depósito de quantia como ato executivo do processo de lavagem, desde que comprovados que "se encuentran directa e inequívocamente dirigidos – 'univocidad'" (op. cit., p. 651).

25. Op. cit., p. 195 e nota 456.

materializar um 'crime perfeito' – isto é, insusceptível de ser descoberto – constituiria um rematado contra-senso (...)".

Realmente, a ocultação absoluta não é a insusceptível de ser desvelada, mas é aquela que oferece condições ao objeto da lavagem de passar pelo processo de dissimulação, sem gerar suspeitas a respeito da origem. Esta é a ocultação consumada, que pode ser desvendada a partir de uma investigação, pois não se confunde com um "crime perfeito", sendo hábil apenas a passar pela fase da dissimulação, o que não significa que não possa ser descoberta.

Daí por que defendo a importância de não perder de vista o conceito, seja para interpretar as condutas, seja para definir o momento inicial da execução do crime de lavagem.

E não basta isto: é necessário, além da verificação da ocultação, verificar se o meio utilizado é idôneo e se, repita-se, o ato integra o processo.

7. Conclusões

Diante de todo o exposto, é possível chegar às seguintes conclusões:

- A lavagem de dinheiro é o processo pelo qual o agente, depois de esconder a origem criminosa do objeto a ser lavado, pratica algum tipo de fraude para reintegrá-lo no sistema econômico-financeiro legal;
- Todas as condutas incriminadas devem ser analisadas à luz deste conceito, ou seja, a ocultação, a dissimulação, a ocultação e dissimulação da utilização e a própria utilização devem ser vistas como partes integrantes do processo de lavagem;
- Entre as diversas teorias a respeito do momento inicial da execução do crime de lavagem, deve se preferir as chamadas teorias mistas, as quais mesclam critérios das teorias objetivas e subjetivas;
- Assim é que o ato inicial da execução do crime de lavagem de dinheiro deve ser analisado de acordo com o conceito acima reproduzido, para se verificar se o ato está integrado ao processo;

• Além desta verificação, é imperioso aferir se o meio empregado é hábil a produzir o resultado desejado, pois desta forma restará atingido o bem juridicamente tutelado; e

• Aplicando este critério, poder-se-á evitar a punição de agentes que não estão praticando o crime de lavagem de dinheiro, mas usufruindo o produto ou o proveito da infração anterior.