
Lavagem de Dinheiro e Criminologia: uma Análise a partir do Paradigma da Reação Social

Ericson dos Santos Cerqueira

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialização em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central – UNIPLAC.

Resumo: A presente pesquisa tem por escopo fazer uma análise da criminalização da lavagem de dinheiro sob a ótica criminológica da Reação Social. Com tal objetivo, buscar-se-á resgatar o desenvolvimento epistemológico da Criminologia, partindo-se da desconstrução de seu paradigma etiológico, sobretudo com a Criminologia Clássica e o Positivismo Criminológico, para desembocar no paradigma da Reação Social, a partir dos estudos do Labeling Approach. Especificamente sobre a lavagem de dinheiro, explicitar-se-á a atuação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF – órgão de importância ímpar na seleção das condutas que serão levadas aos demais órgãos de controle penal (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário).

Palavras-chave: Criminologia. Reação social. Labeling approach. Lavagem de dinheiro.

Sumário: Introdução. 1 O Paradigma Etiológico-Explicativo da Criminologia. 1.1 A Escola Clássica 1.2 O Positivismo Criminológico. 1.3 A Ideologia da Defesa Social. 2 A Criminologia da Reação Social. 2.1 O Paradigma Criminológico da Reação Social. 2.2 Os Processos de Criminalização. 3 A Lavagem de Capitais. 3.1 Fases ou Procedimento da Lavagem de Capitais. 3.2 Características da Lavagem de Capitais. 4 A Lavagem de Dinheiro e os Processos de Criminalização. 4.1 A Lei n.º 9.613/98 e o processo de Criminalização Primária. 4.2 Criminalização Secundária: a Polícia, o MP, o Judiciário e o COAF. 4.2.1 A Atividade da Polícia. 4.2.2 A Atuação do Ministério Público. 4.2.3 O Poder Judiciário. 4.2.4 Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF. 5 Conclusões. Referências.

Introdução

A lavagem de dinheiro¹ hoje é aceita como um problema mundial e tida como a grande financiadora das grandes redes de criminalidade. As enormes somas de dinheiro geradas pela criminalidade organizada necessitam passar por um processo de depuração que, ao final, dê ares de lícito a ativos, inicialmente, ilícitos.

O narcotráfico e outras atividades ilícitas promovem, no Brasil, uma lavagem de dinheiro anual da ordem de US\$ 15 bilhões (dados de 2001), o que representa três por cento do Produto Interno Bruto (PIB). Em todo o mundo são lavados, anualmente, em torno de US\$ 500 bilhões (quinhentos bilhões de dólares) (FELDENS, 2002, p. 143).

As dificuldades para a efetiva criminalização da lavagem de dinheiro são muitas: a enorme cifra negra dos crimes econômicos, as facilidades advindas da operacionalidade do sistema financeiro, utilizado como “porto seguro” (DUARTE, 2004, p. 197), os entraves da cooperação jurídica e judicial internacional, já que uma das características dos crimes de lavagem de dinheiro, como se verá, é sua internacionalidade, entre outros óbices.

Quase nada se escreve sobre a atividade do controle penal nos crimes de lavagem de capitais. O que se encontra, basicamente, são comentários do texto legal, discussões sobre se a sonegação

¹ Doravante os termos “lavagem de dinheiro”, “lavagem de capitais”, “branqueamento de dinheiro” e “branqueamento de capitais” serão usados como sinônimos, a fim de facilitar a explanação.

fiscal deve ou não figurar na lista de crimes antecedentes ao de lavagem de dinheiro, e sobre a inserção da lavagem de dinheiro na categoria de crimes econômicos.

O que se pretende aqui é estudar o controle penal nos crimes de lavagem de dinheiro, sob uma perspectiva criminológica, estudo que se insere na lacuna de estudos sobre a atuação dos órgãos de controle formal penal, já que, no Brasil, poucas pesquisas são feitas. E, portanto, traz consigo a dificuldade de sua elaboração.

Inicialmente, o desenvolvimento do tema limitar-se-á à atuação dos órgãos penais e não penais (COAF), após a edição da lei que criminalizou a lavagem de capitais no Brasil (Lei n.º 9.613/98).

Também se balizará pela análise da atuação das instâncias formais de controle penal e atividade do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão administrativo, mas que, pelas atribuições que lhe foram dadas pela lei de lavagem de dinheiro, como se verá, exerce de modo decisivo a definição e a seleção desta criminalidade.

Os dados obtidos constam de relatórios anualmente elaborados pelo COAF a fim de dar publicidade de sua atuação. Entretanto, são poucos os dados e se limitam a fazer uma espécie de “propaganda” da atividade daquele órgão.

O problema teórico básico do trabalho será, assim, como atuam os órgãos de controle penal no controle da lavagem de dinheiro, sob uma perspectiva criminológica da reação social, aprofundando o debate sobre o papel daqueles órgãos no controle da criminalidade.

Objetiva-se saber, por exemplo, quais são esses órgãos e como atuam, que critérios e mecanismos entram em jogo no momento da definição e seleção do que será ou não criminalizado, se a seleção é apenas quantitativa ou também qualitativa, como se deu a criminalização primária da lavagem de capitais no país, qual o papel e a importância do COAF no processo de criminalização da lavagem de dinheiro.

Para a consecução do objetivamente proposto, utilizou-se do instrumental teórico da Criminologia da Reação Social. Tal opção justifica-se pois o interesse teórico desta Criminologia não está nas “causas” do crime, mas sim na reação social da conduta desviada, especialmente no *modus operandi* das instâncias formais de controle penal, pois a Criminologia positivista preocupava-se precipuamente com o delinquente, dando pouca importância aos problemas do controle social, “tampouco critica o concreto funcionamento do sistema, o processo de aplicação de tais definições normativas à realidade” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2002, p. 132).

A Criminologia da reação social inicia-se na década de 1960, a partir da obra de Becker (*Outsiders*, 1963), precursora dos estudos do *labeling approach*, teoria sociológica calcada na tese central de que “a criminalidade não é um atributo ontológico de uma determinada conduta, mas o resultado da reação que a coletividade teve diante dessa conduta. Se não há reação, a pessoa não é um criminoso, o crime inexistente” (CASTILHO, 1998, p. 26).

Com o *labeling approach*, passa-se a analisar os mecanismos de seleção em geral, interessando-se tanto pela seleção dos bens jurídicos a serem criminalizados, o que se denomina criminalização primária, como também pela:

[...] atuação das instâncias, formais e informais, de aplicação da lei e são responsáveis quer pelas cifras negras e conformação definitiva das simbolizações normativas das leis, quer, e sobretudo, pela estigmatização de determinadas pessoas como delinquentes (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 344).

Destarte, o trabalho foi dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo, procurar-se-á descrever o paradigma etiológico da Criminologia, a partir de um primeiro resgate do pensamento clássico e positivista e dos postulados da ideologia que lhes é subjacente – a ideologia da defesa social.

No segundo capítulo tratar-se-á especificamente do paradigma da reação social, iniciado com os estudos do *labeling approach* para, em seguida, debruçar-se sobre o estudo dos processos de criminalização, primária e secundária, pois a partir deles é que se vai efetivamente estudar a atuação das instâncias de controle formal penal.

No terceiro capítulo, será analisada a lavagem de capitais, seu conceito criminológico e normativo, suas características e procedimento da lavagem.

No quarto capítulo, o estudo se voltará à criminalização primária, tratando da lei como uma instância de controle.

Finalmente, tratar-se-á do controle penal nos crimes de lavagem de dinheiro, discorrendo-se sobre a atividade da polícia, do Ministério Público, do Poder Judiciário e, especialmente, do COAF.

1 O Paradigma Etiológico-Explicativo da Criminologia

O paradigma etiológico da Criminologia reúne construções teóricas que concebem o crime e a criminalidade como realidades ontológicas, ou seja, pré-constituídas ao Direito Penal, que buscam explicar as causas desta criminalidade e prever os remédios para combatê-la, e pressupõem um modelo consensual de sociedade, no qual o Direito Penal, como expressão do interesse geral, não é problematizado (ANDRADE, 1996, p. 278).

A Criminologia construída sob a égide deste paradigma, conhecida simplesmente como Criminologia tradicional ou positivista, pretende ser uma “ciência causal explicativa da criminalidade”, dando respostas diversas (biológicas, psicológicas, antropológicas, sociológicas e multifatoriais) à mesma pergunta: quais as causas do crime e da criminalidade? (CASTILHO, 1998, p. 23).

Assim, reúnem-se neste paradigma desde as construções da Escola Clássica, passando pelo positivismo criminológico, o qual buscou dar um caráter de “ciência” à Criminologia, até as várias teorias psicológicas e sociológico-criminais que se sucederam ao positivismo, só vindo a romper com este paradigma na década de 60 do século passado.

1.1 A Escola Clássica

O que se costuma reunir sob o denominativo de “Escola Clássica” é uma diversidade de teorias e de representantes que, por possuírem determinada unidade metodológica e ideológica, podem ser agrupados sob um designativo comum.

Esta Escola surge em contraposição ao sistema jurídico-penal do Antigo Regime. Os primeiros estudos remontam de meados do século XVIII e se estendem até meados do século XIX. Para Molina (2002, p. 176), a Escola Clássica assume o legado liberal, racionalista e humanista do Iluminismo, especialmente sua orientação *iusnaturalista*.

Postando-se com discurso crítico sobre o sistema penal vigente, buscou orientar a política criminal por novos princípios, como o da humanidade, da legalidade e da utilidade.

Dois princípios são fundamentais na Escola Clássica: a) o principal objeto do direito e da ciência penal é prevenir os abusos das autoridades; e b) que o crime não é uma entidade de fato, mas sim, de direito (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 7-8).

O delito é concebido como uma violação do contrato social, arcabouço do Estado e do direito. O delinquente age por sua livre vontade, seguindo seu livre arbítrio, e não impelido por causas patológicas e, portanto, nas palavras de Baratta (2002, p. 31), não era um *diferente*.

Percebe-se que não há nenhuma referência à personalidade do autor ou à realidade social na qual está inserido para a compreensão do delito. O que importa é o fato e não o autor.

Para os clássicos, o direito penal e a pena são instrumentos da sociedade para sua própria defesa do crime. A pena, sua duração e modalidades são, agora, influenciadas pelos princípios da utilidade e da necessidade e também pelo princípio da legalidade:

El *fundamento* de la pena se halla en la culpabilidad del sujeto, que ha utilizado su libertad para violar el derecho de otro. El *fin* de la pena se reduce a impedir en el futuro la violación de la ley por parte del delincuente y sobre todo, por parte de los demás ciudadanos. La medida de la pena habrá de ser pues, la proporcionalidad con el daño causado y su utilidad para lograr la intimidación de los individuos (GONZÁLEZ ZORRILLA, 1994, p. 8).

Considerado o primeiro representante da Escola Clássica, Cesare Beccaria, escreve *Dos delitos e das penas*, obra publicada em 1764. Tal obra, contudo, já se disse, é “[...] menos uma obra original de uma genial personalidade do que a expressão de todo um movimento de pensamento, em que conflui toda a filosofia política do Iluminismo europeu e, especialmente, o francês” (BARATTA, 2002, p. 33).

O importante em Beccaria é seu intento em fundamentar a legitimidade do direito de punir, e definir os critérios de sua utilidade, baseado no contrato social (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 8).

Outro representante dos clássicos é Francesco Carrara. Sua obra, de 1859, é de grande relevância por “haver posto a base lógica para uma construção jurídica coerente do sistema penal” (BARATTA, 2002, p. 35-36).

Ainda que se possa dizer que a Escola Clássica se situe em etapa pré-científica da Criminologia (GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2002, p. 175), seu relevo está em buscar fundamentação filosófica para o direito penal, e não fazer uma filosofia do direito penal. Parte-se de uma “concepção filosófica para uma concepção jurídica, mas filosoficamente fundada, dos conceitos de delito, de responsabilidade penal, de pena” (BARATTA, 2002, p. 33).

1.2 O Positivismo Criminológico

Se a Escola Clássica, como ficou dito, situa-se em período pré-científico da criminologia, é sob bases positivistas que esta adquire autonomia como disciplina científica, tomando consciência de si e se autodefinindo como estudo etiológico-explicativo do crime (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 5).

Para galgar o posto de ciência, buscou adequar-se às exigências fundamentais do positivismo, quais sejam:

[...] negação do livre-arbítrio e a crença no determinismo e no postulado da previsibilidade dos fenômenos humanos, recondutíveis a “leis”; a separação entre ciência e moral e a reivindicação da neutralidade axiológica da ciência; a unidade do método, como método indutivo-quantitativo (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 12).

Foi com a escola positiva italiana (Lombroso, Ferri e Garófalo) que, influenciada pela filosofia, lógica e metodologia do positivismo, a Criminologia assumiu este posto, em fins do século XIX.

Ao taxar os clássicos de individualistas em demasiado, os positivistas se impõem a tarefa de resgatar o social, buscando a defesa da sociedade e de seus direitos (ANDRADE, 2003, p. 61). Nesse sentido, é que:

Ferri culpava a orientação ideológica (liberal-individualista) e metódica (racionalista) da Escola Clássica por haver perdido de vista, respectivamente, as necessidades sociais de prevenção do delito e a individualidade concreta do homem delinquente e, por isso mesmo, haver fracassado ao considerável aumento da criminalidade e da reincidência (ANDRADE, 2003, p. 62).

Sintetizando os postulados criminológicos dos positivistas (GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2002, p. 190; ANDRADE, 2003, p. 63-70), tem-se:

- a) ao livre-arbítrio concebido pela escola clássica, os positivistas agora opõem o determinismo, deixando a vontade de ser causa e passando a ser resultado do crime;
- b) o delito delinea-se como fato real e histórico, e não mais como abstração jurídica e, portanto, o método passa a ser o empírico-indutivo, experimental;
- c) a nocividade do crime deriva das exigências sociais e não de um desrespeito da lei;
- d) interessa ao positivismo identificar as suas causas como crime, sua etiologia, a fim de que possam ser dadas soluções realistas e científicas à criminalidade;
- e) a finalidade da lei penal é combater o crime, defendendo a sociedade, e não restabelecer a ordem jurídica. A pena

passa a ser meio de defesa social e de tratamento do delinquente;

- f) dá-se prioridade ao estudo do delinquente, estando acima do exame do próprio fato, e por isso a ênfase nos estudos tipológicos e a concepção do criminoso como subtipo humano, diferente dos demais cidadãos honestos.

Evidencia-se, com isso, uma contraposição a tudo que preconizava a Escola Clássica: no lugar de expansão dos direitos dos indivíduos, ampliação dos direitos da sociedade sobre o delinquente; em vez da responsabilidade pessoal, responsabilidade social; antes, a punição proporcional à culpa, agora, o reforço da defesa da sociedade. É nesse sentido que Garófalo passa a considerar “natural” a eliminação do delinquente: a morte será legítima sempre que o crime exprima “[...] uma anomalia psicológica permanente que torna o criminoso incapaz para a vida social” (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 19).

O objeto da criminologia passa agora a ser “a criminalidade concebida como um fenômeno natural, causalmente determinado”, assumido a criminologia “a tarefa de explicar as suas causas segundo o método científico experimental e o auxílio das estatísticas criminais oficiais e de prever os remédios para combatê-la” (ANDRADE, 1996, p. 277).

Ressalte-se que os positivistas, e até certo modo os clássicos, concebem o crime como um dado ontológico pré-constituído à reação social e ao direito penal, e, portanto, entendiam possível estudar as causas que influenciam o delinquente, determinando

a criminalidade, uma vez que aquele possui características patológicas que o diferenciam dos demais indivíduos. Nas palavras de González Zorrilla (1994, p. 9):

[...] lo distintivo del positivismo en sus múltiples corrientes es que el crimen, por decirlo así, se ontologiza, se convierte en un dado objetivo, preconstituido, un ente natural que puede ser observado, aislado y estudiado de forma similar a como se estudian el resto de los fenómenos de la naturaleza.

Para Lombroso, o acento deve ser posto no fator antropológico, distinguindo-se três causas para a criminalidade: o atavismo, a epilepsia e a loucura moral. Para Ferri, o relevante são as condicionantes sociológicas e as causas do crime seriam individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social). Já Garófalo importa-se com as características psicológicas (ANDRADE, 1996, p. 277).

Enfim: determinismo, criminalidade ontológica, periculosidade, anormalidade, tratamento, ressocialização. Esse é o círculo positivista da criminalidade que permeia o senso comum e o sistema penal (ANDRADE, 1996, p. 278).

Para Dias e Andrade (1984, p. 18), o legado positivista traduz-se na *ideologia do tratamento* – diagnostica-se a patologia criminal e diz-se qual o remédio de cura – que não se pode considerar de todo superada. Isso, apesar de problemas metodológicos, pois:

Historicamente, a criminologia positivista concentrou-se na ilusória tarefa de encontrar caracteres diferenciais que pudessem explicar o delito através do delincente “fichado”, descuidando

daquilo que, hoje em dia, temos por evidente, ou seja, o fato de que as populações carcerárias não formam um índice significativo em relação à proporção real de delinquentes de uma sociedade, posto que, embora muitos indivíduos cometam atos apenados pela lei, em muitos casos eles não são detectados, ou se o são, nessas ocasiões se lhes dá um tratamento diferenciado (CERVINI, 1992, p. 293).

É com a escola positivista que nasce o que se denomina de “Direito Penal do Autor”, fundado no determinismo e na responsabilidade social do delinquente, pois é de sua periculosidade que advém a medida da pena, justificando-a com instrumento de defesa social (ANDRADE, 2003, p. 70).

1.3 A Ideologia da Defesa Social

Após a análise dos postulados das Escolas Clássica e Positiva, cabe ressaltar o estudo da ideologia da defesa social, como a ideologia comum tanto à primeira quanto à segunda escola até agora analisadas, salientando que ideologia aqui é entendida, conforme Baratta (2002, p. 240) como uma falsa representação da realidade, atribuindo funções ideais diversas das exercidas, com o fito de legitimar instituições sociais, buscando encobrir a realidade.

Para Vera Andrade (2003, p. 135-136), a ideologia da defesa social:

[...] que foi sendo construída pelo saber oficial (desde a Escola Clássica, passando pela Escola Positiva e chegando à Técnico-Jurídica) e filtrada através do seu debate escolar, veio a constituir-se não apenas na ideologia dominante na Ciência

Penal, na Criminologia e nos representantes do sistema penal, mas no saber comum dos homens de rua (*every day theories*) sobre a criminalidade e a pena.

A ideologia da defesa social está fundamentada, segundo Baratta (2002, p. 42-43), em seis princípios:

- 1) princípio da legitimidade: o Estado é legítimo para reprimir a criminalidade, uma vez que expressa o consenso geral. As instâncias oficiais de controle penal “interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais”;
- 2) princípio do bem e do mal: o delito é um mal, um dano, para a sociedade, que é o bem. O delincente é um elemento disfuncional ao sistema social;
- 3) princípio da culpabilidade: o delito expressa uma atitude interior reprovável, já que seu autor viola conscientemente os valores e normas sociais, ainda que estes não tenham se tornado normas legisladas;
- 4) princípio da finalidade ou da prevenção: a pena não visa somente a retribuir, mas também a prevenir o crime;
- 5) princípio da igualdade: a lei penal é igual para todos e é também aplicada igualmente;
- 6) princípio do interesse social e do delito natural: os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. “Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados

arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).”

Percebe-se que tais princípios permeiam o pensamento clássico tal qual o positivista, existindo mesmo “[...] uma linha de continuidade e complementaridade da Escola positiva em relação à Escola Clássica na conformação desta ideologia [...]” (ANDRADE, 2003, p. 136), pois o que as difere não é a ideologia subjacente ou os valores fundamentais a serem protegidos. O que as difere, fundamentalmente, é a “[...] atitude metodológica geral com relação à explicação da criminalidade” (BARATTA, 2002, p. 43).

Da dialética da ideologia da defesa social com a ideologia liberal, Andrade (2003, p. 137) enuncia o *princípio da legalidade* sob os seguintes termos:

O Estado não apenas está legitimado para controlar a criminalidade, mas é autolimitado pelo Direito Penal no exercício desta função punitiva, realizando-a no marco de uma estrita legalidade e garantia dos Direitos Humanos do imputado.

2 A Criminologia da Reação Social

As várias construções teórico-explicativas da criminalidade vistas até agora têm em comum o fato de entenderem o crime, a criminalidade, como algo ontológico, pré-constituído à reação social.

A partir da década de 1960, isto começa a mudar, surgindo um novo modelo teórico explicativo do comportamento criminal – o *labeling approach* – fundamentado principalmente nas correntes

sociológicas norte-americanas do interacionismo simbólico e da etnometodologia.²

O interacionismo simbólico busca superar a antinomia rígida das concepções antropológicas e sociológicas do comportamento humano, as quais concebiam a natureza humana ou a sociedade como dados estanques ou estruturas imutáveis. A identidade pessoal passa a ser encarada como resultado dinâmico do processo de envolvimento, comunicação e interação social (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 344-345).

Para os interacionistas, a sociedade ou estrutura social é:

[...] constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. O comportamento do homem é assim inseparável da “interação social” e sua interpretação não pode prescindir desta mediação simbólica (ANDRADE, 2003, p. 204).

Para a etnometodologia, a sociedade não pode ser conhecida objetivamente, mas é produto de uma “construção social”, a qual é obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos. Assim:

[...] estudar a realidade social (por exemplo, o desvio) significa, essencialmente, estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até às construções mais complexas, como a própria ordem social (BARATTA, 2002, p. 87).

² Doravante os termos *labeling approach* e perspectiva interacionista serão usados indistintamente.

Em síntese, a sociedade agora não é mais concebida como algo objetivo, senão como um produto de uma construção social, consequência de processos de definição e tipificação individuais e dos grupos (CASTILHO, 1998, p. 26).

Andrade (2003, p. 205) ressalta que a perspectiva interacionista também é tributária de outros campos de investigação: a teoria jurídica, com a tese do papel criador do juiz e, especialmente, a distinção entre conceitos (ou linguagem) “descritivos” e “adscritivos” ou “atributivos”, desenvolvida sobretudo por H. L. A. Hart, e das aquisições da Sociologia Criminal, principalmente as investigações relativas à criminalidade do colarinho branco e à cifra negra da criminalidade e a crítica das estatísticas criminais.

O crime, para o *labeling approach*, não pode ser compreendido prescindindo-se da reação social, do processo social de definição ou seleção de certas pessoas e condutas etiquetadas como delitivas. A criminalidade não é entendida como atributo ontológico de uma determinada conduta, mas “[...] resultado da reação que a coletividade teve diante dessa conduta. Se não há reação, a pessoa não é um criminoso, o crime inexistente” (CASTILHO, 1998, p. 27; GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2002, p. 385). Becker (1971, p. 19), precursor do *labeling approach*, ensina que:

[...] los grupos sociales crean la desviación al hacer las reglas cuya infracción constituye la desviación, y al aplicar dichas reglas a ciertas personas en particular y calificarlas de marginales. Desde este punto de vista, la desviación no es una cualidad del acto cometido por la persona, sino una consecuencia de la aplicación que los otros hacen de las reglas e las sanciones

para un “ofensor”. El desviado es una persona a quien se ha podido aplicar con éxito dicha calificación; la conducta desviada es la conducta así llamada por la gente.

Sinteticamente, Molina e Gomes (2002, p. 386) apresentam os postulados do *labeling approach*:

- a) interacionismo simbólico e construtivismo social, pois o comportamento humano é inseparável da interação social e sua interpretação não pode prescindir da referida mediação simbólica;
- b) natureza “definitorial” do delito, já que uma conduta não tem uma qualidade negativa inerente a ela, isto é, não é delitiva em si, nem seu autor é delinquente por uma qualidade objetiva (nocividade do fato, patologia da personalidade). “O caráter delitivo de uma conduta e de seu autor depende de certos processos sociais de definição, que lhe atribuem tal caráter, e de seleção, que etiquetam o autor como delinquente”;
- c) caráter constitutivo do controle social, pois as instâncias de controle geram ou produzem o caráter delitivo de um comportamento ao etiquetá-lo;
- d) seletividade e discriminatoriedade do controle social: os processos de criminalização ligam-se ao estímulo da visibilidade diferencial da conduta desviada numa sociedade concreta, guiando-se mais pela sintomatologia do conflito que pela etiologia do mesmo (visibilidade *versus* latência);

e) efeito criminógeno da pena: a reação social, consubstanciada na pena, não é senão irracional e criminógena, em vez de resolver o conflito, exacerba-o, consolida o *status* de delinquente e cria estereótipos, inserindo o criminoso em um círculo vicioso (*self-fulfilling prophecy*). “A pena, pois, culmina uma escala dramática e um ritual de cerimônias de degradação do condenado, estigmatizando-o com o selo de um *status* irreversível.”

Um novo conjunto de perguntas é posto pelos teóricos do *labeling approach* em contraposição às questões colocadas pelos criminólogos tradicionais. Estes examinam problemas do tipo “quem é o criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?” Já para a perspectiva inter linguagem, provocando inclusive profundas modificações acionista, as perguntas são outras: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?”, enfim, “quem define quem?” (BARATTA, 2002, p. 88).

Na recepção alemã do *labeling approach*, Fritz Sack (apud BARATTA, 2002, p. 88), estudando o fenômeno da criminalidade latente, faz distinção entre regras e metarregras, que na teoria do direito, têm paralelo no conjunto de regras gerais

de comportamento e no conjunto de regras de interpretação e aplicação das regras gerais, respectivamente.

O mérito de Sack não é tanto a distinção acima, uma vez que se segue a uma distinção da linguística contemporânea entre *langue* e *parole*. Seu mérito está em deslocar a análise das metarregras do plano da metodologia jurídica para o plano sociológico, o qual:

[...] se transforma no plano das leis e dos mecanismos que agem objetivamente na mente do intérprete, e que devem ser pressupostos para os fins de uma explicação sociológica da divergência entre a delinquência reconhecida e a delinquência latente [...] As meta-regras, pois, são regras objetivas do sistema social [...] As regras sobre aplicação (*basic rules*, meta-regras) seguidas, conscientemente ou não, pelas instâncias oficiais do direito, e correspondentes às regras que determinam a definição de desvio e de criminalidade do senso comum, estão ligadas a leis, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade, baseadas sobre relações de poder (e de propriedade) entre grupos e sobre as relações sociais de produção (BARATTA, 2002, p. 105-106).

Para Baratta (apud ANDRADE, 2003, p. 202-203), o princípio da igualdade da ideologia da defesa social é suficientemente refutado pela perspectiva interacionista, pois:

[...] demonstra que o desvio e a criminalidade não são entidades ontológicas pré-constituídas, identificáveis pela ação das distintas instâncias do sistema penal, mas sim uma qualidade atribuída a determinados sujeitos por meio de mecanismos oficiais e não-oficiais de definição e seleção. Desde o ponto de vista das definições legais, a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria, antes que de uma minoria desviada da população (neste sentido, o *labeling approach* tem em conta

os estudos sobre as infrações não perseguidas, sobre a cifra obscura da criminalidade e sobre a delinquência de colarinho branco.

Entre o que se pode relacionar como legado científico da perspectiva interacionista está a ampliação do criminologicamente relevante, incorporando o interesse até às instâncias de controle, a introdução de novas técnicas de investigação e de uma nova linguagem, provocando inclusive profundas modificações no pensamento político-criminal (descriminalização, não intervenção radical, diversão e *due process*) (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 355-359).

2.1 O Paradigma Criminológico da Reação Social

O *labeling approach* é responsável pela ruptura metodológica e epistemológica ocorrida no seio da Criminologia, partir da década de 60 do século XX.

A partir de seus estudos, inaugura-se o paradigma da reação social, ou paradigma do controle, de modelo dinâmico e contínuo. “O objeto de investigação criminológica não é mais o crime, o criminoso e a criminalidade, como entidades pré-constituídas, mas o modo pelo qual elas são constituídas na sociedade” (CASTILHO, 1998, p. 24).

A partir do *labeling approach* realça-se a importância da descoberta da defasagem quantitativa e, sobretudo, qualitativa entre a delinquência potencial (ou secreta) e a delinquência real. Isso permitiu, além da contestação dos fundamentos epistemológicos da criminologia tradicional, retirar da ideia de delinquência sua

dimensão ontológica, pois “[...] o que os delinquentes têm em comum, o que verdadeiramente os caracteriza é apenas a resposta das audiências de controle [...]”, não existindo diferença entre os delinquentes e os não-delinquentes (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 346).

Todas as teorias inseridas no paradigma da reação social têm em comum, além do forte caráter antideterminista, o:

[...] abandono do paradigma etiológico e na transferência do interesse cognoscitivo para os mecanismos sociais e institucionais mediante os quais é construída a realidade social do desvio e pelos quais resultam criadas e aplicadas as definições do desvio e da criminalidade, como também resultam concretizados os processos de criminalização (CASTILHO, 1998, p. 25-26).

Assim, as teorias inseridas no paradigma criminológico da reação social preocupam-se com o estudo da reação social e, conseqüentemente, dos processos de criminalização, seja primário, seja secundário ou mesmo terciário, acentuando o caráter definitorial e seletivo desta reação.

Se a criminalidade é um “bem negativo” que, como os outros bens positivos ou negativos de cujo processo dependem os diversos status sociais, é atribuído a determinados indivíduos, o acento das teorias criminológicas se desloca da criminalidade para os processos de criminalização (BARATTA, 2002, p. 118).

2.2 Os Processos de Criminalização

Ao transpor a ótica criminológica do estudo do criminoso e da etiologia do crime para o interesse pelas instituições ou

peças que definem o criminoso, a criminologia construída sob a perspectiva da reação social passa a se interessar pelos “[...] mecanismos e o funcionamento do controle social, ou seja, os processos de criminalização primária e secundária, que se constituem em processos sucessivos de definição e seleção [...]” (CASTILHO, 1998, p. 48).

Tais processos, no dizer de Castilho (1998, p. 48-49):

[...] são processos de dupla face. Se de um lado constroem a criminalidade, por outro desenham o mapa da impunidade. Ao mesmo tempo que alguns são criminalizados, outros são imunizados. Alguns são incluídos, outros são excluídos.

Nesse sentido, Baratta (apud FELDENS, 2002, p. 131) esclarece a existência de uma dupla seleção, associando a criminalidade a um “bem negativo” desigualme porquê das estatísticas criminais mostrarem-se distorcidas nte distribuído:

Em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos desses bens, tipificados na norma penal. Em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre os indivíduos que cometem infrações às normas penalmente sancionadas. A criminalidade é um ‘bem negativo’ distribuído desigualmente segundo a hierarquia dos interesses, fixada no sistema econômico e segundo a desigualdade social entre os indivíduos.

A criminalização primária é a que se dá por meio da produção de leis penais e, portanto, é a exercida, primordialmente, pelo Poder Legislativo, uma vez que há a possibilidade, no caso de normas penais em branco, de haver a conjugação de outras

fontes formais. Nas palavras de Zaffaroni (2003, p. 43), “[...] é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”.

Selecionam-se aqueles bens jurídicos que carecem de proteção penal, os mais relevantes, e, as condutas que os vulneram, são erigidas a tipos penais. Essa seleção é feita segundo uma pauta valorativa.

A essa seleção de conteúdos, aparentes, corresponde uma seleção também de “não-conteúdos” penais, latentes.

Quanto aos “não-conteúdos”, começa-se, finalmente, a procurar a raiz do assim chamado “caráter fragmentário” do direito penal (que os juristas frequentemente assumem como um dado da natureza), não só na pretensa inidoneidade técnica de certas matérias ao controle mediante o direito penal (ou na tautológica assunção da relevância penal de certas matérias, e não de outras), mas, antes, em uma lei de tendência, que leva a preservar da criminalização primária as ações antissociais realizadas por integrantes das classes sociais hegemônicas [...]. Criam-se, assim, zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas (BARATTA, 2002, p. 176).

A seleção se dá inclusive na redação técnica dos tipos e na previsão de agravantes e atenuantes. Segundo Castilho (1998, p. 49-50):

[...] as malhas do tipo penal são, em geral, mais estreitas para as infrações típicas das classes sociais mais baixas do que para aquelas que constituem os crimes do colarinho branco. Estas infrações, típicas das classes mais altas, mesmo no plano da proibição em abstrato, apresentam possibilidade maior de permanecer imunes.

A criminalização secundária dá-se na aplicação da lei, e, portanto, é com a atuação dos Poderes Executivo e Judiciário que ocorre a concretização do segundo nível de criminalização. É aqui que se acentua o caráter seletivo do sistema penal (CASTILHO, 1998, p. 50).

A partir dos estudos de Sutherland ficou evidenciado o descompasso entre a criminalidade real, quantidade de delitos verdadeiramente cometida em determinado momento, e a criminalidade aparente, conhecida pelos órgãos de controle social (CASTILHO, 1998, p. 51; ANIYAR DE CASTRO, 1983, p. 67-68).

É o próprio Sutherland (apud FELDENS, 2002, p. 133) quem vai explicar as cifras negras da criminalidade do colarinho branco e o porquê das estatísticas criminais mostrarem-se distorcidas:

- a) primeiramente, porque pessoas das altas camadas socioeconômicas são mais poderosas, política e financeiramente; assim, escapam à prisão e à condenação em escala infinitamente superior àquelas se ressentem da mesma dose de poder, mesmo quando igualmente culpadas de crimes. [...]
- b) em segundo lugar – e o mais importante, segundo Sutherland –, é a parcialidade que envolve a administração da Justiça criminal em casos tais, os quais, geralmente, acabem tendo seu desfecho em instâncias extrapenais, administrativas, em vez de cortes propriamente criminais, além do que são jurisdicionados por seus pares (*civil or equity jurisdiction*).

O *labeling approach* proporcionou uma reinterpretação das estatísticas oficiais, trazendo à tona as cifras ocultas (ou negras), uma vez que revelam apenas a criminalidade legal (registrada naquelas estatísticas), deixando em aberto a:

[...] criminalidade aparente, conhecida pelos órgãos do controle social (Polícia, Ministério Público, Judiciário, etc.), mas que não chega à sentença final (em razão de comportamento da vítima, do agente, dos policiais etc.) e a criminalidade real, para as quais, volume e estrutura jamais são precisamente determinados (CASTILHO, 1998, p. 51-52).

Nas palavras de Alessandro Baratta (apud CASTILHO, 1998, p. 53):

O sistema de justiça penal está integralmente dedicado a administrar uma reduzidíssima percentagem das infrações, seguramente inferior a 10% [...] a imunidade, e não a criminalização, é a regra no modo de funcionamento deste sistema.

Conclui-se que a “seleção quantitativa impõe-se, pois, como necessidade estrutural. Assim, por meio do ‘efeito de funil’ ou dos ‘filtros’ do sistema, opera-se a ‘mortalidade dos casos criminais’” (CASTILHO, 1998, p. 53). E nesse efeito-funil entram em jogo os estereótipos e os preconceitos, acentuando o caráter seletivo do sistema penal.

Esta orientação conforme estereótipos, para Zaffaroni (2003, p. 46-47), “condiciona todo o funcionamento das agências do sistema penal, de tal modo que o mesmo se torna inoperante para qualquer outra clientela”, o que, para os mesmos autores, acaba por tornar impotente a seleção criminalizante perante os delitos do poder econômico.

Tratando da seletividade estrutural da criminalização secundária, Zaffaroni (2003, p. 51) afirma que as várias agências

limitam-se a resolver os poucos casos já selecionados nas instâncias policiais o que:

[...] demonstra ser a realidade do poder punitivo exatamente inversa à sustentada no discurso jurídico, que pretende colocar em primeiro lugar o legislador, em segundo o juiz, e quase ignora a polícia: na prática, a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualizadamente exercida.

Dias e Andrade (1984, p. 369) falam também em uma seleção qualitativa, de modo a explicitar os casos judiciais que são excluídos do sistema por meio de práticas *praeter legem* e até *contra legem*.

A par dessa seletividade intrassistêmica e nas cifras negras que ela gera, questiona-se sobre a seleção da criminalidade econômica. Bajo Fernandez afirma que a cifra oculta dessa criminalidade é maior que a do aborto, o que, para Gomes (apud CASTILHO, 1998, p. 54-56), deve-se à:

(a) complexidade do mundo organizacional e operacional de hoje, que está internacionalizado e que confere uma aparência de licitude aos fatos; (b) deliberado anonimato e distanciamento entre autor e vítima, através da pessoa jurídica; (c) reação social débil; (d) imagem favorável do autor, que geralmente goza de prestígio, honorabilidade e influência; (e) temor da vítima frente ao poder da corporação e a incredulidade a respeito da eficácia da administração da justiça; (f) técnicas de neutralização e justificação; (g) deficiente regulação jurídica.

Para Ela Castilho (1998, p. 57), a “impunidade da criminalidade econômica decorre do funcionamento

estruturalmente seletivo do sistema penal, que por sua vez guarda relação funcional com a desigualdade econômica.”

Esta seleção se estende, transcendendo a efetuada pela lei e pelos órgãos de controle, abrangendo inclusive a efetuada por autores, vítimas, as testemunhas, a polícia, os promotores de justiça e os tribunais, já que estes também “atuam como ‘filtros’ determinantes na eleição de quais acontecimentos devem ser definidos como delitos e quais pessoas devem ser classificadas como delinquentes, com todas as consequências que disto resulta” (CERVINI, 1992, p. 294).

3 A Lavagem de Capitais

A expressão “lavagem” na lei brasileira, deve-se à sua consagração no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, seguindo-se o emprego internacional da expressão *money laundering*. Segundo Pitombo (2003, p. 32):

[...] há quem identifique a origem, na década de 1920, quando as lavanderias de Chicago teriam sido utilizadas por gangsters para despistar o dinheiro ilícito. Existem menções a Meyer Lansky, mafioso da época. Porém, tem-se certeza de que foi empregada nas reportagens que cobriram o escândalo *Watergate*.

Não se optou, no Brasil, pelo termo “branqueamento”, como no direito português, pois poderia sugerir a “[...] interferência racista do vocábulo, motivando estereis e inoportunas discussões” (conforme colocado na Exposição de Motivos n.º 692, publicada no Diário do Senado Federal em 25.11.97, p. 25671).

No direito comparado colhem-se expressões diversas: *money laundering*, *riciclaggio del denaro*, *blanchiment de l'argent*, *geldwache*, *blanqueo de capitales*, *lavado de dinero*, branqueamento de capitais, todas designando a lavagem de dinheiro consagrada no direito brasileiro.

No intuito de ampliar a aplicação penal, no texto da lei não se repetiu a expressão “lavagem de dinheiro”, vindo a ser substituída por “bens, direitos e valores”, em obediência ao princípio da legalidade (PITOMBO, 2003, p. 35).

O branqueamento de capitais é antes de tudo um processo, uma atividade finalística. Significa dizer que os bens de origem delitativa passam por uma operação, muitas vezes constituída de vários níveis intermediários, com o fim de serem integrados, com aparência de licitude, no sistema econômico.

Normativamente, o crime é definido como a atividade tendente a “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime” (art. 1º da Lei n.º 9.613/98).

Deve ser ressaltado que a lei faz uma enumeração taxativa de quais são os crimes antecedentes que podem ensejar a criminalização por lavagem de dinheiro, a saber:

- a) tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- b) terrorismo e seu financiamento;
- c) contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

- d) extorsão mediante sequestro;
- e) crimes contra a Administração Pública;
- f) crimes contra o sistema financeiro nacional;
- g) crimes praticados por organização criminosa;
- h) crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira.

3.1 Fases ou Procedimento da Lavagem de Capitais

A operação da lavagem mostra-se de enorme complexidade e sofisticação, mas costuma-se visualizar a presença de pelo menos três fases no processo: a fase de ocultação, a fase de cobertura ou controle e a fase de integração, as quais, para Cervini (2001, p. 65), podem ser incluídas em duas instâncias fundamentais:

[...] una primera llamada de mimetización fiduciaria primaria o formal, por medio de la cual los grupos ilícitos procuran que el gran volumen de dinero caliente originado en sus actividades se disimule entre la masa de dinero lícito o “no crítico” que circula por el mundo y una segunda en la cual, a mediano plazo y por imperio de la propia mecánica de los fenómenos monetarios se da una integración material de esos activos financieros.

Na fase de ocultação, o que se procura é dar menor visibilidade ao montante a ser lavado, buscando-se separação física entre o agente e o produto do crime antecedente, distanciando-os. Como os valores a ser tornados lícitos, em geral, são bastante elevados, o que se quer é transformar esse montante em quantias mais manejáveis e ocultá-las.

Nessa fase, costuma-se utilizar o sistema financeiro, bancos, corretores de bolsas, mercado de joias e obras de arte, casas de câmbio, empresas de seguro, empregados intermediários.

A fim de distanciar a origem ilícita dos bens e valores a serem lavados, tem início a segunda fase, dita de escurecimento ou cobertura. “O objetivo principal do agente é distanciar ao máximo o dinheiro de sua origem, apagando os vestígios de sua obtenção” (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 321). E isso é conseguido por meio de várias e complexas operações econômico-financeiras.

Para tal desiderato, utilizam-se de várias técnicas: conversão do dinheiro em instrumentos financeiros, aquisição de bens materiais com dinheiro e sua posterior troca ou venda, transferência eletrônica internacional de fundos, etc. (CALLEGARI, 2003, p. 55-58).

Na última fase, a de integração, o que se busca é o retorno do dinheiro, após os circuitos econômicos anteriores, ao sistema econômico e financeiro, como se dinheiro legal fosse. Utiliza-se o dinheiro que agora será tornado lícito, na compra de propriedades e bens, pagando dívidas, constituindo empresas e estabelecimentos lícitos, financiando atividades de terceiros, concedendo empréstimos, e reinvestindo o capital em outros novos ilícitos.

3.2 Características da Lavagem de Capitais

Callegari (2003, p. 39-46) faz uma síntese das características dos delitos de lavagem de dinheiro:

- a) internacionalidade: relaciona-se com a própria natureza dos bens e serviços objeto do delito, cujo lugar de origem pode encontrar-se a uma distância enorme de seus destinatários finais. Para tanto, os “lavadores” utilizam-se do sistema bancário internacional para facilitar sua atuação;
- b) profissionalização do trabalho: os “lavadores” geralmente estão inseridos em organizações criminosas com graus elevados de organização e profissionalismo;
- c) complexidade ou variedade dos métodos empregados;
- d) volume do fenômeno: este volume é tão grande que se converteu na característica essencial do mesmo;
- e) conexão entre redes criminais internacionais.

4 A Lavagem de Dinheiro e os Processos de Criminalização

4.1 A Lei n.º 9.613/98 e o Processo de Criminalização Primária

A partir do paradigma criminológico da reação social, o estudo das instâncias formais de controle necessariamente deve incluir o debate sobre a lei, já que ela própria constitui a instância primária de seleção e controle da delinquência.

Dias e Andrade (1984, p. 398), ressaltando a dialética entre movimentos de descriminalização e movimentos de neocriminalização, citam Merkel, para quem a “história do direito penal obedece à permanente tensão entre dois movimentos de sentido contrário: o abandono de áreas de criminalização e a conquista de novos espaços”.

E é na conquista desses novos espaços que se insere a lavagem de dinheiro, como inserta no movimento de neocriminalização. A criminalidade econômica introduz-se neste contexto tendo em vista que “[...] os quadros axiológicos não acompanham o ritmo das realizações científicas, provocando-se assim verdadeiros vazios normativos, cujo preenchimento poderá eventualmente ter de contar com o concurso do direito criminal”, abrangendo os crimes de colarinho branco, crimes contra a saúde, a segurança social, etc. (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 436-437).

Durante a década de 90 do século passado, as medidas jurídicas para o controle do fluxo de valores provenientes de crimes consistiram, basicamente, de medidas administrativas, principalmente pela atuação do Banco Central do Brasil. Tais medidas, no entanto, mostrando-se ineficazes, contribuíram para o aumento da pressão internacional para a criminalização das condutas de lavagem de capitais.

Em 5/7/1996, publicou-se um anteprojeto de lei, para sugestões, elaborado pelo então ministro da Justiça, Nelson Jobim, com a colaboração de Francisco Assis Toledo, Miguel Reale Junior, Vicente Greco Filho e René Ariel Dotti (as várias informações sobre o processo legislativo aqui constantes foram retiradas de Pitombo (2003, p. 52-65).

Nesse anteprojeto, o *caput* do tipo legal vinha com a seguinte redação:

Art. 1º. Ocultar ou dissimular verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de

bens, direitos ou valores sabendo serem oriundos, direta ou indiretamente, de crime:

- a) de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- b) praticado por organização criminosa;
- c) de terrorismo;
- d) de contrabando ou tráfico de armas ou munições;
- e) contra a Administração Pública;

Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. (PITOMBO, 2003, p. 55).

Passando pela Casa Civil, o anteprojeto passou por mudanças no *caput* e na lista de crimes antecedentes, vindo a ser apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2.688/96:

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

- I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- II – de terrorismo;
- III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;
- IV – de extorsão mediante sequestro;
- V – contra a Administração Pública;
- VI – contra o sistema financeiro nacional;
- VII – praticado por organização criminosa;

Pena: reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e multa. (PITOMBO, 2003, p. 56).

As mudanças são evidentes: no *caput*, na lista de crimes antecedentes e na pena.

Este projeto foi assim aprovado na Câmara dos Deputados. Em sua exposição de motivos, justificou-se a lista dos crimes antecedentes tendo em “[...] vista a implementar o clássico princípio da justiça penal universal, mediante tratados e convenções, como

estratégia de uma Política Criminal transnacional” (JOBIM, 1997 apud PITOMBO, 2003, p. 58).

No Senado, o ora Projeto n.º 66/1997 passou por várias discussões, inclusive com propostas de inclusão, nos crimes antecedentes, dos crimes contra a ordem tributária, o que não vingou, afinal.

Enfim, o artigo primeiro ficou assim redigido:

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

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

II – de terrorismo;

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

IV – de extorsão mediante sequestro;

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

VI – contra o Sistema Financeiro Nacional;

VII – praticado por organização criminosa;

Pena: reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e multa. (PITOMBO, 2003, p. 56).

Com a aprovação da Lei n.º 10.467/02, ampliando a lista de crimes contra a Administração Pública (arts. 337-B, 337-C, 337-D do Código Penal), envolvendo a administração pública estrangeira, tais tipos foram incluídos na lista dos crimes antecedentes aos de lavagem de dinheiro (inc. VIII).

Finalmente, com a Lei n.º 10.701/03, mudou-se a redação do inciso II para “terrorismo e seu financiamento” e tentou-

-se incluir o tráfico ilícito de órgãos ou pessoas (inc. VIII). No entanto, esta última inclusão restou vetada pelo Presidente da República, uma vez que implicaria *abolitio criminis* com relação aos crimes contra a Administração Pública estrangeira, já que os dois incisos teriam a mesma numeração.

A seleção do legislador de tais crimes é justificada pelo então ministro da Justiça, Nelson Jobim, afirmando que não se “[...] quis banalizar o ilícito de lavagem de dinheiro” (PITOMBO, 2003, p. 58).

A não inclusão dos crimes contra a ordem tributária na lista é justificada com o argumento de que tais crimes não representariam aumento patrimonial ao agente, que manteria seu próprio patrimônio, escapando da obrigação fiscal e que “[...] a inclusão do crime tributário como delito prévio poderia caracterizar eventual *bis in idem*, quando a lavagem fosse cometida na modalidade da ocultação” (PITOMBO, 2003, p. 60).

Para Castilho (2004, p. 51-52), esses argumentos não se sustentam, já que, pelo princípio da poupança, a cumulação de quantias não pagas permitem ganhos e aumento de patrimônio, e de que se configuraria um *bis in idem* a inclusão dos crimes tributários, isto deveria valer para os outros tipos penais constantes na lista.

A mesma autora apresenta a verdadeira razão da não criminalização dos crimes contra a ordem tributária como antecedentes da lavagem de dinheiro. Conforme Arlacchi (apud CASTILHO, 2004, p. 53):

[...] a estrutura financeira da lavagem de dinheiro alterou-se. A grande massa de ativos que circula no mercado financeiro global constitui dinheiro dos grandes especuladores. Ao contrário do que se pensa, não tem origem no tráfico de drogas, de armas e de seres humanos – 50% provêm da evasão fiscal e pertencem a grandes sociedades multinacionais e a pessoas físicas muito ricas; 30 a 40% são produto da corrupção de autoridades políticas do primeiro escalão, e apenas 10 a 20% são de organizações criminosas, que atuam principalmente no tráfico de drogas, armas e de seres humanos. O detalhe relevante é que, qualquer que seja a origem, a lavagem se faz nos mesmos bancos.

Existe pressão internacional para a exclusão dos crimes tributários do rol de antecedentes da lavagem de dinheiro. Para alguns países, essas condutas nem mesmo são criminalizadas primariamente, tendo a exclusão destes crimes atendido “[...] a razões econômicas, de proteção dos detentores de capital nos países ricos” (CASTILHO, 2004, p. 57).

Em 2012, editou-se a Lei nº 12.683, a qual revogou o rol dos crimes antecedentes, com redação genérica acerca da proveniência dos bens ilícitos de infração penal. A redação atual da lei é a seguinte:

Art. 1. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I – os converte em ativos lícitos;

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.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

4.2 Criminalização Secundária: a Polícia, o MP, o Judiciário e o COAF

A atuação das instâncias formais que tradicionalmente compõem o “sistema penal” – Polícia, Ministério Público e Judiciário – não ocorre baseada numa “lógica sistêmica”, já que cada instância acaba por desenvolver sua lógica própria de atuação (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 381).

Na lavagem de capitais, este problema fica mais evidente, uma vez que, além da necessidade de atuação em conjunto desses três órgãos, é necessária a conjugação de esforços de outras instituições. A cooperação multi-institucional – Polícia Federal, MPF, Justiça Federal, Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários, Superintendência de Seguros Privados, Secretaria de Previdência Complementar e Receita Federal – é colocada como uma carência no controle da lavagem de dinheiro.³

³ Uma das sugestões da “Comissão de Estudos sobre Crime de lavagem de dinheiro”, instituída pela Portaria CJF, n.º 98, de 4/9/02.

4.2.1 A Atividade da Polícia

O papel explícito e oficial da Polícia, tal qual expresso na Constituição Federal, art. 144, é a manutenção da ordem pública, repressão e prevenção do crime. As funções de polícia judiciária e apuração de crimes, no Brasil, estão a cargo da Polícia Federal e das Polícias Civis (§ 1º, incisos I a IV e § 4º).

Por ser o órgão de maior visibilidade dentro do sistema de controle, mais presente no senso comum do cidadão, seu papel no mecanismo de seleção da criminalidade é determinante (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 443).

Dos órgãos do controle formal, para Dias e Andrade (1984, p. 443-444), a Polícia é o órgão que, trabalhando com o maior volume de condutas desviadas, fá-lo com maior discricionariedade, à margem da legalidade. Assim, é ela quem:

[...] reduz drasticamente as alternativas ao dispor das instâncias de controle situadas a jusante, condicionando mesmo o sentido de suas decisões.

A ideia de discricionariedade da polícia briga com as representações comuns da coletividade em geral e da própria polícia. Segundo tais representações, a polícia é uma instância de controle virada para a manutenção da ordem e aplicação da lei, nos termos da mais estrita legalidade. Só que, cedo se começou por verificar ser em absoluto irrealista qualquer expectativa de total *enforcement*, isto é, a resposta da polícia a toda a criminalidade.

Sobre a discricionariedade de sua atuação, escreve Turk (apud DIAS; ANDRADE, 1984, p. 445-446) que a polícia “dispõe de um largo leque de alternativas à estrita e efetiva aplicação da

lei: umas legais, outras ilegais, outras ainda situadas numa zona cinzenta não expressamente coberta pela lei ou pelos manuais.”

Entende-se como “discricionariedade de fato” da Polícia o “[...] espaço de liberdade que goza a ação concreta da polícia e que ultrapassa largamente as margens dentro das quais a lei permite a intervenção de considerações de oportunidade da polícia” (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 446).

Ela Castilho (1998, p. 139-140), sinteticamente, apresenta as variáveis determinantes que, segundo Dias e Andrade, dão o sentido desta discricionariedade:

[...] a Polícia tende a esclarecer uma infração quanto mais grave ela for. O conceito de gravidade, porém, é grandemente influenciado pela chamada subcultura policial. Por isso, o pouco empenho em crimes de menor envolvimento emocional, como os crimes de colarinho branco [...];

a Polícia evita sistematicamente o processamento de um caso quando as relações entre o criminoso e a vítima são próximas, quando ambos têm interesses comuns contrários aos da Polícia, ou quando a vítima se preocupa com a restituição ou com o ressarcimento [...]

quanto mais profissionalizada e burocratizada for a organização policial, e, portanto, mais distante em relação à comunidade em que ocorre, mais provável será a obediência aos critérios de legalidade;

a Polícia tende a ser compreensiva para com os suspeitos que exigem uma imagem de conformidade com o direito;

a Polícia é particularmente sensível ao modo como atuam as demais instâncias formais [...];

algumas normais criminais contam com limitada adesão da Polícia, ou mesmo com hostilidade. Isso é frequente quando estão em jogo normas decorrentes da política intervencionista do Estado;

quanto maior for o poder e o status do infrator, menor será a probabilidade de ele ser formalmente investigado pela Polícia.

Dias e Andrade (1984, p. 447), ainda, escrevem que a atuação policial, em geral, é reativa, e, apenas excepcionalmente, proativa, pois os crimes conhecidos por ela devem-se basicamente a estímulos externos advindos de denúncia, ora da vítima, ora de pessoas que lhe são próximas. Há domínios, no entanto, nos quais a atividade proativa da Polícia se mostra mais evidente, a exemplo dos crimes sem vítima e dos crimes de vítima abstrata, como o são os crimes do colarinho branco.

A atividade da Polícia é, no mais das vezes, orientada por estereótipos, determinando para onde sua ação deve-se dirigir e que tipos de pessoas deve abordar, tendendo o órgão “[...] a se deslocar para áreas habitadas por minorias desclassificadas de a abordar sobretudo as pessoas que – pela cor da pele, gestos, modos de vestir, corte de cabelo ou barba, etc. – são a imagem exterior da desconformidade” (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 451).

À falta de pesquisas empíricas a embasar a atuação da Polícia no controle de crimes econômicos, sobre os crimes de lavagem de dinheiro, são ilustrativas as conclusões de Ela Castilho a respeito da atuação do mesmo órgão no que tange aos crimes contra o sistema financeiro.

Deve ser ressaltado que, além de os crimes contra o sistema financeiro figurarem na lista dos crimes antecedentes aos de lavagem de dinheiro, estes últimos são um tipo específico de crimes que atentam contra o Sistema Financeiro Nacional (FONTELES, 2005), ainda que figurando em lei diversa. Assim, espera-se que os filtros usados pela Polícia, pelo Ministério

Público e pelo Judiciário, na seleção da criminalidade do sistema financeiro, influenciem decisivamente na filtragem dos crimes de lavagem de dinheiro.

Destarte, Ela Castilho (1998, p. 257-260) chegou à conclusão de que os mecanismos básicos pelos quais a Polícia se vale para restringir o volume da criminalidade são a morosidade e o desaparelhamento na apuração.

A morosidade na conclusão do inquérito (tempo médio girou em torno de dois anos e cinco meses) é importante na posterior configuração da prescrição retroativa e também na inviabilização de diligências que poderiam ser requeridas pelo Ministério Público durante a instrução criminal.

O desaparelhamento é consequência “[...] do pequeno número de peritos e do despreparo dos delegados na condução de investigação que exija conhecimentos profundos do mercado financeiro” (CASTILHO, 1998, p. 259).

Enfim, a seleção realizada pela Polícia é determinantemente influente na seleção tanto do Ministério Público quanto do Judiciário:

De modo geral, pode-se afirmar que a avaliação do Delegado da Polícia Federal, indiciando ou deixando de indiciar alguém, bem como a classificação jurídica dada ao fato, não são decisivas para que uma pessoa seja denunciada ou não pelo Ministério Público e em que termos. Todavia, é certo que a acusação deve ser vinculada aos fatos apurados. Se a Polícia deixou de apurar ou apurou mal, as possibilidades de o Ministério Público formular uma acusação fundamentada e completa, bem como de conseguir a condenação, serão pequenas. Por isso, em grande

parte, a filtragem que se faz explicitamente no Ministério Público e no Judiciário decorre na verdade da seleção feita pela Polícia (CASTILHO, 1998, p. 257).

Partindo de dados apresentados pelo COAF, a Polícia Federal, de 1998 a 2003, instaurou, com fundamento nos crimes da Lei n.º 9.613/98, um total de 1.107 inquéritos independentemente da atuação do COAF, tendo sido indiciadas 721 pessoas (Procurou-se entrar em contato com a Polícia Federal a fim de obter outros dados sobre os inquéritos. No entanto, alegando-se segredo de justiça, não se forneceu qualquer dado.) (BRASIL, 2003).

Contudo, pela falta de dados consolidados do Ministério Público e do Judiciário a respeito desses inquéritos, ou mesmo dados da própria Polícia referentes ao tempo decorrido da ocorrência dos fatos até a instauração dos inquéritos, que investigações deram base a instauração dos inquéritos, quais os critérios usados para a não instauração de inquéritos, dados por unidade da federação, entre outros, não é possível quantificação aproximada da cifra oculta da criminalidade de lavagem de capitais, na primeira fase de criminalização, com a atuação da Polícia.

4.2.2 A Atuação do Ministério Público

Nos vários sistemas penais, está a cargo do Ministério Público a dedução da acusação perante o Judiciário. No Brasil, a ação penal pública é de exclusividade deste órgão, devendo ele agir pautado pelos princípios da legalidade e da obrigatoriedade.

A dificultar o estudo da seleção operada pelo Ministério Público no Brasil, tem-se o fato de sua conformação institucional, uma vez que ao lado do Ministério Público da União (Federal, Trabalho, Militar e Distrito Federal) existem os Ministérios Públicos estaduais, o que torna difícil a consolidação de dados globais, mormente sobre as ações instauradas na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro.

Os resultados das investigações realizadas em outros países a respeito dessa instância formal são de pouca valia para o estudo do processo de definição e seleção, haja vista a especificidade do estatuto jurídico e sociológico do Ministério Público brasileiro (CASTILHO, 1998, p. 145).

Dias e Andrade (1984, p. 481), apesar disso, acreditam que as diferenças de estatuto jurídico e sociológico “[...] não invalidam, com efeito, um conjunto significativo de aspectos comuns do ponto de vista funcional – no que concerne, v.g., aos objetivos da ação e aos critérios de decisão – que tornam possível e útil uma teoria geral do MP”.

É comum em todos os sistemas, em primeiro lugar, a defasagem entre o teor das expectativas e o nível dos meios, ou seja, o déficit entre os recursos que tem a dispor e o número de casos a atender. Depois, a equivocidade do seu papel consistente em ser e atuar simultânea e contraditoriamente como juiz (fiscal da lei) e como polícia (parte). Ressaltam – aqueles autores - a dimensão política, que se manifesta tanto nos sistemas que oficialmente a sancionam (de forma paradigmática, nos Estados Unidos), como nos sistemas que a vedam em absoluto. A única coisa que varia, além da expressão quantitativa, são os expedientes técnicos. No primeiro caso, tal sucede abertamente pela via da plea negotiation, em outros, pela via indireta da insuficiência

em matéria de prova. E concluem [DIAS e ANDRADE] pela existência de discricionariedade real, num cenário povoado de atores – policiais, indiciados, testemunhas, vítimas, julgadores, etc. – que ampliam as frentes de conflito e de negociação (CASTILHO, 1998, p. 146-147).

Nesse sentido, a partir da análise do Ministério Público alemão feita por aqueles autores, acredita-se ser possível subsidiar a investigação do Ministério Público brasileiro, uma vez que, tal como aquele, o MP aqui trabalha pautado na legalidade e na obrigatoriedade.

Dias e Andrade (1984, p. 496-500) indicam os “princípios e representações ideológicas” que orientam o MP alemão:

- a) a discricionariedade real transborda, em muito, a discricionariedade formal, isso valendo inclusive para os crimes em que vigora o princípio da legalidade;
- b) acentuada burocratização de sua organização e a rotina de sua atuação o afasta da interação com o suspeito, aproximando-o do processo, isto como “[...] consequência do conflito entre os fins (ou expectativas da comunidade: a resposta ao crime em termos de legalidade) e os meios ao seu dispor”;
- c) criminalização seletiva substancialmente de jovens, pessoas com antecedentes criminais e, de um modo geral, membros de classe inferiores;
- d) via de regra, aceitação passiva das investigações policiais, já que sua atuação pró-ativa limita-se a específicas formas de criminalidade como o homicídio, o terrorismo e a criminalidade do colarinho branco;

- e) se o suspeito é conhecido, as investigações da polícia pré-determinam a atitude do MP, ao contrário daqueles em que o autor não é identificado, pois aqui o MP limita-se ao pedido de arquivamento;
- f) é na valoração da prova que o MP faz penetrar, mais fortemente, suas concepções político-criminais e seus estereótipos. Também nessa matéria o MP atua seletivamente “[...] funcionando contra os arguidos oriundos dos grupos sociais mais desclassificados em termos de competência da ação”, figurando como fatores de forte influência a confissão do suspeito, seus antecedentes criminais, a gravidade da infração, e o status da vítima e suas relações com o suspeito.

Também no que tange ao Ministério Público, merecem menção as conclusões de Ela Castilho (1998, p. 261-271) referentes aos crimes contra o sistema financeiro nacional. Presentes também os mecanismos da morosidade e do desaparelhamento, o mecanismo de seleção primordial avaliado pela autora é o da desqualificação da conduta, operada tanto no oferecimento da denúncia quanto no pedido de arquivamento.

O desaparelhamento na apuração, presente na Polícia e também no Ministério Público, mostra-se também relevante, pois este órgão nem “[...] sequer possui um banco de dados integrado sobre as ações penais que promove. Pela simples organização dos dados, a instituição estaria mais aparelhada para tomar decisões no cumprimento de sua função.” (CASTILHO, 1998, p. 261-271).

O desaparelhamento na apuração se articula com as desqualificações de conduta, pois estas, afinal “[...] decorrem muitas vezes desse desaparelhamento para compreender a engrenagem do sistema financeiro e de como funcionam os instrumentos de intervenção do Estado para a diminuição das desigualdades econômicas” (CASTILHO, 1998, p. 261-271).

4.2.3 O Poder Judiciário

O senso comum concebe o Judiciário como um órgão neutro, devendo estar equidistantes dos interesses particulares em jogo. Como colocado por Dias e Andrade (1984, p. 504), as representações coletivas creem que:

[...] toda a ação do tribunal está plenamente pré-programada, isto é, obedece a um irrestrito programa condicional [...]. Na verdade, se no que toca à definição dos fatos o tribunal se move nos limites da verdade material, já no que respeita à valoração jurídica ele se limita a extrair, pela via da subsunção, as consequências já contidas nas prescrições abstratas das leis incriminatórias e sancionatórias.

Mas a “[...] concepção moderna de administração da justiça como um subsistema do sistema político global teve como uma das consequências desmentir por completo a ideia convencional da justiça como uma função neutra [...]” (CASTILHO, 1998, p. 148).

O juiz ou o tribunal, para decidir, jogam com vários fatores, ora jurídicos, ora extrajurídicos, no sentido da reconstrução dos fatos:

[...] são fatores como “teorias”, estereótipos, crenças, convicções, símbolos, atitudes, etc., que condicionam a “percepção” do juiz e as respectivas “hierarquias de credibilidade”. O que equivale a dizer que são eles que decidem a qual das construções da realidade concorrentes (veiculadas pela acusação, defesa, vítima, testemunhas, imprensa) o tribunal vai aderir, ou o tipo de construção da realidade que ele próprio elaborará (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 508).

Esses fatores entram em jogo inclusive em matéria de fixação e aplicação da pena. Nesse ponto, a própria lei é que dá poderes aos juízes para a concretização da sanção nos limites da moldura penal abstrata (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 509). Acentuando o papel dos *second codes* na determinação da pena aplicável, Dias e Andrade (1984, p. 509) afirmam que seria profundo erro:

[...] pensar [...] que a determinação da medida da pena ocorre num espaço livre de legislação e de racionalidade, em que tudo seria atribuído à “arte” e à subjetividade do julgador. Só que, como a sociologia da ação jurisdicional tem posto em evidência [...], não é possível preencher o “programa” do legislador sem o contributo dos concorrentes “programas” do julgador, dos seus *second codes* que prestam homenagem a estereótipos, ideologias e “teorias”.

O papel seletivo do Judiciário é relevante, uma vez que, entre os órgãos de controle sociopenal, é esta instância que possui o maior poder de atribuição da qualidade de criminoso, cabendo ao tribunal, simultaneamente:

[...] criar os fatos e imprimir às normas legais o seu conteúdo definitivo. O que equivale a afirmar que é a ele que cabe, em último termo, o recrutamento das pessoas que, em cada

sociedade, vão desempenhar o papel de delinquentes (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 512).

Nesse sentido, diz-se que “[...] o controle social exercido pelos juízes é amplo no sentido da estigmatização daqueles que são selecionados mediante a ação dos processos de aplicação da lei” (SACK apud CASTILHO, 1998, p. 149).

Deve ainda ser salientado que a seleção operada pelos tribunais influencia decisivamente as demais instâncias de controle, por força, como Dias e Andrade (1984, p. 512) afirmam, de um processo de *feed-back*. Essa interação se dá também com o que os autores chamam de “outros significantes”, alguns presentes (MP, advogados, acusado, ofendido, testemunhas, peritos, imprensa, público, etc.), alguns ausentes (outros juízes, tribunais superiores, opinião pública, doutrina penal, etc.) (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 519).

Essa discricionariedade do tribunal é voltada, no mais das vezes, para a seleção de indivíduos de menor status econômico social. Sobre a criminalidade econômica:

[...] outro dado da criminologia da seleção no tribunal é a comprovada relutância de os juízes condenarem a prisão efetiva as elites e as classes medias da vida econômica, da administração ou das profissões liberais. Da mesma atitude beneficiam, de resto, os filhos destes grupos sociais. As coisas são particularmente ostensivas em relação aos delinquentes de white-collar, designadamente aos autores de crimes contra a economia. O reduzido número de processos que lhe são instaurados, se não terminam em absolvição, dão lugar a condenações muitas vezes puramente simbólicas, sem o estigma e os custos da prisão (DIAS; ANDRADE, 1984, p. 536).

Trazendo, também no que tange ao Judiciário, as conclusões de Ela Castilho (1998, p. 277-281) atinentes aos crimes contra o sistema financeiro nacional, os mecanismos de seleção ressaltados são a morosidade na instrução criminal, tida como mecanismo preponderante, e a desqualificação da conduta, como nas outras instâncias de controle.

4.2.4 Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF – foi criado pela Lei n.º 9.613/98 (art. 14) dentro da estrutura do Ministério da Fazenda.

É um órgão colegiado composto por integrantes do Banco Central (BACEN), da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal, da Agência Brasileira de Inteligência, do Departamento da Polícia Federal, do Ministério das Relações Exteriores e da Controladoria-Geral da União.

Tem como funções legais: disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas, coordenando e propondo medidas de cooperação e troca de informações entre autoridades nacionais e internacionais.

O COAF disciplina as atividades de vários segmentos econômico-financeiros no que tange à comunicação de operações suspeitas (bingos, bolsas de mercadorias, empresas de cartões de crédito, *factoring*, casas de câmbio, empresas de joias, pedras

e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades, empresas de loterias e sorteios).

Para regulamentar a atuação de outros setores que possivelmente podem ser usados para a lavagem de dinheiro, coordena-se a atuação com órgãos, como a Comissão de Valores Mobiliários - CVM (referente a bolsas), o Banco Central - BACEN (quando se tratar de operações atípicas e operações em espécie), a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP (para empresas de seguro) e a Secretaria de Previdência Complementar - SPC (fundos de pensão).

Trabalhando como agência de intercâmbio internacional, o COAF mantém contatos com a Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas/OEA – CICAD/OEA, com o Grupo Egmont, com o GAFI/FATF, com o Grupo de Ação Financeira da América do Sul contra Lavagem de Ativos – GAFISUD, além da manutenção de cooperação bilateral com outros países, ora atuando na reciprocidade de troca de informações, ora firmando convênios.

O que importa aqui é sua atuação como órgão de controle penal, pois o art. 15 da Lei n.º 9.613/98 impõe: “[...] o COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.”

Essa atividade como órgão externo ao sistema penal tradicional (Polícia, Ministério Público e Judiciário) não é

novidade, já que existem outras instâncias administrativas de controle, a exemplo do BACEN, para os crimes contra o sistema financeiro nacional e da Secretaria da Receita, para os crimes contra a ordem tributária.

Não é somente o COAF, por óbvio, que pode iniciar investigações relativas à lavagem de dinheiro. A Polícia e o MP podem dar início a diligências com o mesmo propósito. Contudo, é o COAF o órgão que centraliza as comunicações do BACEN, da SUSEP, da CVM e da SPC, pois estes, além de atuar como órgãos reguladores, devem comunicar notícias de operações suspeitas de ocorrências de crimes de lavagem de dinheiro.

Tanto a Polícia quanto o COAF, tendo indícios suficientes de ocorrência de crime de lavagem de dinheiro, devem encaminhar suas conclusões ao Ministério Público. O COAF, em seus relatórios, faz alusão apenas a comunicações ao “Ministério Público”, não especificando se estadual ou federal. Adentra-se aqui no problema da definição da competência para a persecução do crime de lavagem de dinheiro, já que, se se entender que a competência é estadual, deverá ser comunicado o MP do estado em questão, ainda que o inquérito policial tenha sido concluído pela Polícia Federal.

A atuação como órgão de definição e seleção se dá no momento de dizer o que é uma “operação suspeita” e quais casos contêm “fundados indícios” de ocorrência do crime.

O COAF, definindo uma operação como suspeita a fim de sujeitar os órgãos a comunicações obrigatórias, edita Resoluções.

Esta definição ora se dá por um critério de valor (por exemplo, operações que excedam R\$ 10.000,00), ora por outros critérios específicos de determinado setor econômico.

Enfatizando o efeito funil da seleção das comunicações de operações suspeitas que chegaram ao Judiciário, inicialmente dá-se uma seleção nos órgãos sujeitos a estas comunicações compulsórias, com o fito de se saber se determinada operação encaixa-se ou não como suspeita, o que às vezes não é tarefa fácil, a exemplo do que ocorre para as empresas de *factoring*, reguladas pela Resolução nº 2, saber se ocorreram ou não “[...] aumentos substanciais no volume de ativos vendidos ou cedidos pela empresa contratante à empresa de fomento comercial”.

Em um segundo momento, outro filtro entra em operação, agora no COAF, para saber se a operação contém ou não fundados indícios de ocorrência do crime, e aqui os critérios não são explícitos, pois não fazem parte de uma norma interna, ficando ao talante dos membros daquele órgão.

De 1999 a 2006, o COAF recebeu um total de 496.006 comunicações de operações suspeitas. Até 2003, foram 59.478 comunicações, sendo direcionados 1325 casos aos órgãos responsáveis (Polícia, MP, órgãos do governo e Poder Judiciário), sendo que 6.908 pessoas estavam ou envolvidas ou relacionadas nesses casos.⁴

⁴ Relatório de Atividades do COAF de 2003 e 2006, obtidos via internet: <https://www.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/relatorios-coaf> em 1º/10/2007.

Apesar de o dado ser oficial, fica demonstrado o tamanho da seleção feita pelo COAF, pois foi direcionado percentual de pouco mais de 2,2% das operações suspeitas comunicadas.

Ressalte-se que o COAF, por meio de seus relatórios, não deixa claro que critérios são usados para esta seleção e não se dispõe de outras pesquisas. Com relação à tramitação dos casos direcionados aos órgãos competentes, estes não dispõem de estatísticas específicas sobre os casos de lavagem de capitais, problema este colocado pelo próprio Conselho:

A falta de estatísticas dos órgãos públicos responsáveis pela repressão da criminalidade na esfera federal e na estadual impossibilita a formulação de um quadro completo dos resultados obtidos na luta contra a lavagem de dinheiro, tais como, o número de pessoas processadas e/ou condenadas, o volume de dinheiro apreendido e/ou confiscado e o número de pessoas indiciadas.⁵

5 Conclusões

O desenvolvimento do pensamento criminológico demonstra que a explicação etiológica do crime acaba por funcionar como instrumento de legitimação do direito penal vigente, uma vez que, ao não se questionar os fundamentos deste direito e nem da ideologia que lhe é subjacente, aceita suas conclusões acriticamente, funcionando como instrumento mesmo de controle.

⁵ Relatório de Atividades do COAF 2002, obtido via internet: <https://www.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/relatorios-coaf> em 1º/10/2007.

A mudança de paradigma criminológico veio contribuir para a deslegitimação, ampliando o objeto de estudo, ao trazer o controle social para o centro da discussão, passando a questionar os fundamentos ideológicos do direito penal e da criminologia e, polemizando as cifras ocultas e a criminalidade econômica (colarinho branco).

Fazendo tais debates e estudando a atuação das instâncias formais de controle penal, chegou-se à conclusão de que a não seleção é a regra, pois, seja em nível de criminalização primária, seja em nível secundário, espaços enormes de não incidência, abstrata ou concreta, da lei penal ficam claros. Se a seleção é funcional ao próprio sistema, já que a *total enforcement* seria o caos, essa mesma seleção é dirigida a alguns tipos de criminalidade e alguns segmentos sociais.

Nos crimes econômicos, interpenetram-se economia e política e o poder relativo dos atores econômicos, sua competência de ação, é sumamente alto, o que revela a tendência de a malha legal ser mais aberta quanto a esses crimes, e mais fechada para crimes em que os criminalizados detêm um poder relativo extremamente baixo.

Quanto à lavagem de dinheiro, ainda que faltando dados empíricos na fundamentação do trabalho, pode-se afirmar que a regra é a imunização quase que geral, pois a própria lei deixa de fora grandes espaços de criminalização – por exemplo, crimes contra a ordem tributária – selecionando, sem critérios aparentes, alguns crimes a figurarem na lista de antecedentes a lavagem de capitais.

Os órgãos de controle formal não trabalham como um sistema, apenas costumeiramente pode-se falar em sistema penal. Cada um possui lógica própria de atuação. No Brasil, tem-se buscado atuação dita multi-institucional, com a convergência de esforços da polícia, do MP, do Judiciário, do COAF, do BACEN, da CVM, da SUSEP, e outros órgãos a fim de concatenação de esforços.

A Polícia, orientada basicamente por estereótipos, atua com grande margem de discricionariedade. Na maioria dos casos age reativamente, o que, no caso dos crimes de lavagem de dinheiro, aumenta em muito as cifras ocultas, pois não existe, por exemplo, uma vítima a noticiar o crime, ficando a depender da atuação de outros órgãos, como o COAF, para se dar início a qualquer investigação.

A falta de aparelhamento da Polícia também é um aspecto importante. Para a consecução dos crimes de lavagem de dinheiro, no mais das vezes, utiliza-se do sistema financeiro, seja nacional ou internacional. O desconhecimento de como se dão as operações nesse sistema converge à não criminalização.

O Ministério Público, também orientado por estereótipos, age com grande margem de discricionariedade, apesar do princípio da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal. Sua atividade acaba por ser de aceitação das investigações policiais, também não atuando proativamente, requisitando outras diligências quando as investigações mostrarem-se insuficientes.

Quanto ao Judiciário, sabendo-se que sua seleção dirige-se quase sempre a indivíduos de menor *status* econômico social, e que nos casos de crimes econômicos, seus *second codes* atuam direcionados à absolvição, não é de se esperar que com os crimes de lavagem de dinheiro seja diferente.

A atuação do Judiciário, por influenciar as instâncias que atuam antes dele e depois, influencia também quais casos e quais criminalizados serão submetidos a seu crivo. Se ocorre a desqualificação da conduta, nos crimes econômicos, na decisão judicial, a Polícia e o MP atuarão orientados por essa desqualificação.

Por fim, o COAF detém grande poder de definição e seleção da criminalidade da lavagem de capitais. Para definir o que são “operações suspeitas” e que casos serão ou não encaminhados aos órgãos de controle penal, aquele órgão o faz com ampla discricionariedade. Como pôde ser visto, esta discricionariedade trabalha no sentido de imunizar condutas, já que uma percentagem mínima de casos levados ao COAF é levada a diante.

Title: Money Laundering and Criminology: an Analysis from the Paradigm of Social Reaction.

Abstract: The scope of the current research is to examine the criminalization of money laundering under the scope of social reaction. With such purpose, the objective is to rescue the development of the epistemological criminology starting from the construction of its etiologic paradigm, based upon classic criminological theories and the criminological positivism, in order to end up in the paradigm of the social reaction from the studies of the Labeling Approach. Specifically on the money laundering subject, it will clarify the performance of the Council for

Financial Activities Control - COAF, which is an agency of unique importance in the selection of behaviors that will influence other social agencies engaged in criminal legislation control, such as the Police, the Judiciary System and Public Prosecutor's Office.

Keywords: Criminology. Social reaction. Labeling approach. Money laundering.

Referências

ADRIASOLA, Gabriel. *Tutela de bienes jurídicos colectivos: crisis de suficiencia del derecho penal*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 20 maio 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 14, p. 276-287, abr./jun. 1996.

_____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, p. 5-24, jul./mar. 1994.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECKER, Howard. *Los extraños: sociología de la desviación*. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporaneo, 1971.

BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 30, p. 51-64, abr./jun. 2000.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Comissão de estudos sobre crime de "lavagem" de dinheiro: Relatório*. Brasília, 2003.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Relatório de atividades 2003. Disponível em: < <http://www.coaf.fazenda.gov.br/o-conselho/relatorio-de-atividades>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

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

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 46-59, mar./abr. 2004.

CERVINI, Raul. A cifra negra da criminalidade oculta. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 81, v. 678, p. 290-300, abr. 1992.

_____. Macrocriminalidad economica: apuntes para una aproximación metodológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 50-78, jul./set. 1995.

_____; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Criminalidad organizada y lavado de dinero. In: COPETTI, André (Org.). *Criminalidade moderna e reformas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 65-80.

COSTA, José de Faria. O branqueamento de capitais: algumas reflexões a luz do direito penal e da política criminal. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. 68, p. 59-86, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1984.

_____. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 39-65, jan./mar. 2001.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. A globalização e os crimes de “lavagem de dinheiro”: a utilização do sistema financeiro como porto seguro. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, São Paulo, v.1, n. 0, p. 197-225, jan./jun. 2004.

FARIA, José Eduardo. As transformações do direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 22, p. 231-240, abr./jun. 1998.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público; uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FONTELLES, Cláudio Lemos. *A atuação do Ministério Público no combate à lavagem de dinheiro*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol17.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre a impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 166-174, jul./set. 1995.

GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos. Para que sirve la criminología? Nuevas aportaciones al debate sobre sus funciones. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 6, p. 7-25, abr./jun. 1994.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Versão 1.0. 1.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, William Terra. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 231-239, jul/set 1995.

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

SANTOS, Gérson Pereira dos. A modernidade, a pós-modernidade e o processo de globalização à luz do pensamento criminológico. *Ciência Jurídica*, n. 80, p. 29-45, mar. 1998.

VERSELE, Severin-Carlos. A cifra dourada da delinquência. *Revista de Direito Penal*, n. 27, p. 5-20, jan./jun. 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1.

_____. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: COPETTI, André (Org.). *Criminalidade moderna e reformas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 139-165.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CERQUEIRA, Ericson dos Santos. Lavagem de dinheiro e criminologia: uma análise a partir do paradigma da reação social. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 531-593, 2014. Anual.

Submissão: 6/5/2014

Aceite: 1/7/2014