

TRANSFERÊNCIAS BANCÁRIAS, PROPRIEDADE CRIMINOSA E LAVAGEM DE DINHEIRO

*Bank Transfers, Criminal
Property and Money Laundering*

DANILO KNIJNIK

Mestre (UFRGS). Doutor (USP).
Professor Adjunto e Diretor da Faculdade de Direito
da UFRGS. Advogado em Brasília e Porto Alegre.

Resumo: Entre os elementos do crime de lavagem de dinheiro, avulta, por sua importância nem sempre devidamente considerada, a presença da chamada “propriedade criminosa”. Esse elemento nuclear, que deve estar em relação de proveniência e não simplesmente de precedência com o ilícito, nem sempre é de fácil verificação quando se trata de examinar fluxos financeiros entre contas-correntes. Nesses casos, é imprescindível utilizar certos métodos contábeis e financeiros, que permitam isolar, nos saldos bancários envolvidos, a propriedade criminosa e suas movimentações no ciclo econômico, verificando, também, as hipóteses de descontaminação qualitativa e quantitativa (por diluição e obsolescência) das contas-correntes eventualmente em consideração.

Palavras-chave: transferências bancárias, propriedade criminal, lavagem de dinheiro

Abstract: Between the elements of money laundering, looms large, because of their importance not always properly considered, the presence of the call "criminal property". This core element, which should be in relation to provenance and not simply precedence to the offense, is not always easy to check when it comes to examining the financial flows between bank accounts. In such cases, it is essential to use certain accounting and financial methods to isolate in bank balances involved, the criminal property and their movements in the economic cycle, checking also the chances of qualitative and quantitative decontamination (for dilution and obsolescence) of bank accounts possibly into consideration.

Keywords: Bank Transfers, Criminal Property, Money Laundering

1. Introdução

Em acusações de lavagem, especialmente quando materializadas em transferências bancárias entre contas correntes, impõe-se demonstrar que os valores objeto de transferências

constituem “propriedade criminosa” ou, na dicção da Lei nº 9.613/98, fundos “provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

À primeira vista, pareceria suficiente evidenciar, de um lado, o cometimento de um crime, em momento cronologicamente anterior à transação bancária investigada. Esta é, aliás, prática narrativa de certa forma disseminada em denúncias por crime de lavagem de dinheiro, que, de um lado, descrevem o delito antecedente e, de outro, relacionam aquisições de bens posteriormente ocorridas. Segundo esse modelo narrativo, bastaria à acusação evidenciar suficientemente o crime antecedente e documentar créditos e débitos posteriores, alcançando, assim, os elementos nucleares do delito com suas sub-rogações nos bens em que se transformaram.

Essa representação da fenomenologia da lavagem de dinheiro, contudo, somente em aparência responde à complexidade do delito. Com efeito, a invocação de uma relação cronológica entre um crime antecedente e uma mutação patrimonial assimila, a rigor, dois conceitos ontologicamente diversos, a saber, precedência (de natureza cronológica) e proveniência (de natureza substancial). Se, no mais das vezes, os fatos criminosos descritos em relação de precedência atendem também à relação material de proveniência – no sentido de que os fundos empregados numa transação posterior *provém* dos resultados daquela pretérita empreitada delitiva – cuida-se de um achado circunstancial, que necessariamente não tem de ocorrer. De fato, o que se impõe é a demonstração da proveniência ilícita dos fundos mobilizados em certas transações; e pode muito bem ocorrer que o crime preceda a uma dada transação, sem que os fundos empregados dele provenham. A simplicidade dessa configuração habitual, então, se transforma em perigosa simplificação, capaz de redundar em equívocos.

Simplificação tanto maior quando as transações em análise redundem de lançamentos modificativos de um saldo bancário, não sendo poucos os autores que atentam para esse fenômeno, chamando a atenção para a necessária comprovação da proveniência em oposição à precedência¹.

Posta a matéria então sob o pálio da proveniência – que, para além da precedência, contém elementos de maior sofisticação – o processo dogmático exhibe sua real complexidade. Daí deriva, por exemplo, a necessidade de examinar o grau de conexão entre o crime antecedente e a transação subsequente² tendo por objeto o fruto do primeiro. Surge, também, a necessidade de identificar “bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei”³ sujeitos a perdimento; ergue-se, por fim, como tema

¹ Barton, Stephan. *Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?*; Cordero, Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*, Thomson Reuters Aranzadi, 4ª ed., 2015, p. 340. Na jurisprudência americana, esp. *US v Mankarious*, 151 F. 3d. 694, 705 (7th. Cir. 1998) e *US v. Blackman*, 904 F.2d 1250 (8th Circ. 1990) que serão examinados no curso deste trabalho.

² *US v. Edgmon*, 952 F.2d 1206 (10th Cir. 1991) examinou a temporalidade entre o crime antecedente e a lavagem, entendendo que, havendo simultaneidade entre ambos, a lavagem não ocorreria, exatamente por faltar o elemento anterioridade. Segundo o acórdão, “o Parlamento mirou com o crime de lavagem de dinheiro uma conduta que segue-se no tempo ao crime subjacente, não a criação de uma forma alternativa de punição do crime antecedente”. Essa é uma perspectiva importante quando se tem de examinar casos em que a consumação do delito acaba se confundindo com uma operação financeira.

³ Art. 7º, inc. I da Lei nº 9.613/98. A questão longe está da facilidade: o prêmio de loteria recebido pelo traficante que adquirira o bilhete com produto da venda de cocaína pode ser objeto do delito de lavagem? E os lucros distribuídos por uma sociedade, cuja participação social tenha sido adquirida com dinheiro obtido da corrupção? E o que dizer do saldo bancário utilizado por um corruptor para vencer uma licitação? Os exemplos poderiam ser multiplicados. Barton, em seu seminal artigo, *Das Tatobjekt der Geldwäsche (...)*, p. 163, procura resolver essas questões a partir

capital, o arco compreendido entre um processo que se inicia com a contaminação e se conclui com a descontaminação (qualitativa ou quantitativa), desgarrando os patrimônios de sua mácula originária⁴. Para todas essas imperiosas necessidades que o sistema financeiro e o ciclo econômico acabam por impor, o critério de precedência (cronológica) se mostra flagrantemente insuficiente, e a simplificação confortavelmente instalada na teoria e prática da lavagem, vê-se forçada a dar passagem a um instrumental mais apurado, baseado na ideia de proveniência (substancial), com enfoque à chamada propriedade criminosa⁵.

2. A noção de propriedade criminosa

Historicamente, a noção de uma propriedade ou bem criminoso remonta a julgamentos ocorridos entre os séculos XVII e XVIII perante cortes de *common law*.

Com efeito, a ficção de um “bem sujo” ou de uma “propriedade culpada” foi construída a partir do direito marítimo nos casos de pirataria, destacando-se, a propósito, *Harmony v. USA* e *Palmira v. USA*⁶, ambos sobre o confisco de navios e respectiva carga envolvidos em atos de pirataria.

De acordo com a lei então vigente, lícito seria promover o sequestro dessas embarcações, apresentando-as a um porto americano para serem julgadas e submetidas a confisco. Foi nesse contexto, os proprietários do navio e cargas passaram a reclamar pela restituição dos bens, na medida em que não haviam participado ou mesmo desconheciam o ato do mestre e tripulação.

Diante disso, os acórdãos recorreram à figura da propriedade criminosa, afirmando que a apreensão das embarcações envolvidas em pirataria decorreria da necessidade de “erradicar o navio que, em si mesmo, representava um crime, pelo fato de lhe estar intimamente ligado e

da **teoria da adequação**, por oposição à teoria do **equivalente dos antecedentes**. Diz ele: “um traficante compra um bilhete de loteria e ganha \$ 100.000. Aqui, não se poderá dizer que esse ganho resulta de uma violação do BtMG (...). Nem o dinheiro vem das drogas, nem o acaso – fator ‘sorte’ – delas decorre. O ganho de loteria, portanto, não é proveniente de um dos crimes do catálogo legal”.

⁴ V. item 5, *infra*, sobre processos de descontaminação.

⁵ A perspectiva deste trabalho é, declaradamente, de direito comparado, na linha metodológica assentada por Cruz, Rogério Schietti. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 226.

⁶⁶ O navio Palmyra ou Panchita navegava sob comissão do Rei da Espanha, sendo capturado pelo navio americano Grampus em 15 de agosto de 1822, após ter praticado atos de pirataria, sendo levado para o porto de Charleston na Carolina do Norte. Em primeiro grau, o navio foi liberado e restituído a Espanha, subindo a causa a Suprema Corte em 1825, que manteve o *decisum*, acrescentando, porém, que “encontra-se solidificado na *common law*, que, em casos de crimes, a parte é confiscada em seus bens e imóveis para a coroa. O confisco, estritamente falando, não se prende na coisa, mas é uma parte ou uma consequência do julgamento condenatório. (...). Mas essa doutrina nunca foi aplicada a confiscos criados pela lei, *in rem* (...). A coisa é considerada primariamente como a ofensora, ou melhor, a ofensa se prende primariamente à coisa; e isto [ocorre] seja o ilícito um *malum prohibitum* ou *malum in se*. O mesmo princípio se aplica a procedimentos *in rem* ou em apreensões do direito marítimo. Muitos casos existem nos quais o confisco por atos cometidos se pretende apenas na coisa, e não existe qualquer penalidade *in personam*. Muitos casos existem nos quais há tanto o confisco da coisa, quanto uma penalidade pessoal. Mas em nenhuma classe de casos foi alguma vez decidido que os processos dependeriam uns dos outros. A prática tem sido, e assim esta corte entende que é o direito, de que os procedimentos *in rem* são independentes e totalmente alheios a qualquer procedimento criminal *in personam* (...). Tanto na Inglaterra, quanto na América, a jurisdição *in rem* é usualmente competência de cortes diversas daquelas que exercem jurisdição criminal”.

servir a atos de pirataria”⁷. Em *Harmony*, por exemplo, uma embarcação de bandeira americana, após praticar atos de pirataria, aportou na Bahia. Por denúncia dos tripulantes junto ao cônsul americano no Brasil, fora inspecionada por um navio de guerra dos Estados Unidos, sendo aí apreendida, levada ao Rio de Janeiro e, posteriormente, a Baltimore, para confisco. Os proprietários, então, invocaram sua inocência, defendendo que estavam engajados em comércio legítimo, não sendo responsáveis pelo desvio de finalidade praticado pelo mestre no curso da viagem. Diziam eles: “os ilícitos do mestre não podem hipotecar o navio” e “não há exceção para confiscar exceto no caso de uma responsabilidade presumida do proprietário. A moderna doutrina é que o contrabando não afeta o navio, ou mesmo a carga, se ela é colocada a bordo sem o conhecimento do proprietário, ainda que pelo capitão”⁸.

Justice Story, como relator, escreveu que “a embarcação que comete a agressão é tratada como a ofensora, como um instrumento culpado ou uma coisa a que se prende o confisco, sem qualquer referência, de qualquer natureza que seja, à conduta do proprietário (...). E assim se procede por força das necessidades do caso como o único meio adequado de erradicar a ofensa ou o ilícito (...). Em suma, os atos do mestre ou da tripulação, em casos desse tipo, vinculam o dono do navio, seja ele inocente ou culpado (...). Conforme já afirmara Justice Marshal, ‘não se trata de procedimento contra o proprietário; é um procedimento contra o navio, pela ofensa que o próprio navio perpetrou (...). É verdade que coisas inanimadas não podem praticar um ilícito. Mas seu corpo é animado e posto em ação pela tripulação, guiada pelo mestre. O navio age e fala pelo mestre. Não é portanto desarrazoado que o navio seja afetado por isso”.

Já quanto a carga, solução diversa acabou se impondo, pois “o ato do mestre não vincula o proprietário inocente da carga; sendo o navio e a carga pertencentes a mesma pessoa, uma distinção deve ser contemplada nos princípios da decisão”, de modo que “a carga não é de forma geral reputada envolvida no mesmo confisco, a menos que seu proprietário tenha cooperado ou tenha autorizado o ato ilegal”⁹. Enfim, nesses casos, “o bem é de considerar-se o ofensor”¹⁰.

Essas noções acabariam transpostas, mercê de longa evolução, para o delito de lavagem de dinheiro, de modo a fundamentar o confisco do valor criminoso¹¹. Nesse sentido, Alan Fine, ao tratar do perdimento dos bens, igualmente afirma que a “característica distintiva desse procedimento é a de que ele é ‘*in rem*’. O ‘réu’ é a propriedade a ser confiscada; e a propriedade, a parte ‘culpada’”¹². Daí alertar Gordon para a necessidade de que o bem confiscando seja estritamente vinculado ao crime, a fim de reputar-se como ‘o ofensor’. E antecipa: “há muita controvérsia com relação ao grau de conexão que deve haver entre a propriedade sequestrada, a ser objeto de confisco, e o crime subjacente. Alguns tribunais exigem que a acusação demonstre o *fumus boni juris* de que a propriedade tem uma ligação

⁷ *Harmony*, 43 US 233 (1844).

⁸ *Harmony*, 43 US 210 (1844).

⁹ *Harmony*, 43 US 210 (1844).

¹⁰ *JW Goldsmith Jr.-Grant Co. v. US*. 254 US 505 (1921).

¹¹ A lei brasileira determina, no art. 7º, “a perda, (...) de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei (...) ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé”.

¹² FINE, Alan S. *Of forfeiture, facilitation and foreign innocent owner: is a bank account containing parallel market funds fair game?* In: *Nova Law Review*, vol. 16, p. 1125 (1991-1992).

substancial com um dos crimes definidos no art. 881 a fim de que se admita o confisco. Outros tribunais adotaram um requisito mais simples, exigindo apenas a demonstração de um nexos entre a propriedade e a atividade ilegal. Afirma-se que a distinção é mais semântica que substantiva (...) e os acórdãos convergem em que estará sujeita a perdimento somente a propriedade que tenha conexão mais que acidental ou fortuita com a atividade criminal”¹³.

Com a maior complexidade e dinâmica do ciclo econômico, também a doutrina da propriedade criminosa acabou sendo em parte relativizada.

Nesse sentido, em *Austin v. US*¹⁴, a Suprema Corte americana passou em revista a tese de que, “à diferença de multas, o confisco ‘*in rem*’ é tradicionalmente fixado não segundo critério da pena a ser imposta pelo crime cometido, mas a partir da determinação de qual propriedade fora maculada pelo uso ilegal, sendo irrelevante o valor do bem. Balanças utilizadas na pesagem de drogas, por exemplo, são tão confiscáveis quanto sejam feitas do mais puro ouro, ou do mais básico metal (...)”. Na decisão, reafirmou-se que “a nota distintiva desses procedimentos é de que eles são *in rem*. O réu é a propriedade a ser seqüestrada, a propriedade é a parte culpada”¹⁵; “são ações *in rem*, contra a propriedade ofensora; a propriedade é a ré e, por meio de ficção legal, considera-se culpada como se fosse uma pessoa”¹⁶. Isso, porém, não seria incompatível com certas limitações em torno da razoabilidade: também o confisco não poderia ser desproporcional à ofensa, sendo-lhe aplicável a 8ª Emenda – que proíbe penalidades excessivas. Para tanto, o Tribunal adotou o entendimento “do confisco como uma punição pode ser encontrado nos casos em que a alegação de inocência do proprietário foi rejeitada pela common law (v.g., *Calero-Toledo* 416 US at 683; *J.W. Goldsmith, Jr-Grant Co. v. US*, 96 US 395 (1978); *Harmony v. US*, 2 How.210 (1844); *The Palmyra*, 12 Wheat. 1 (1827)). Nestes casos, o confisco foi justificado com base em duas teses: que a propriedade, ela própria, é culpada pelo ilícito; e que o proprietário pode ser responsabilizado pelos ilícitos de outros aos quais confia a propriedade. Ambas as teorias assentam, no limite, na noção de que **o proprietário foi negligente ao permitir que sua propriedade fosse utilizada**, sendo adequadamente punido por tal negligência”. Destarte, possuindo caráter punitivo, seria legítimo verificar sua razoabilidade e proporcionalidade.

Comentando o acórdão *Austin*, Davis assinalou que “o confisco de propriedade é uma penalidade que não tem correlação alguma com danos causados à sociedade ou com os custos envolvidos na aplicação da lei; qualquer alegação no sentido de que o confisco proveja alguma compensação pela aplicação da lei é afastada pela dramática variabilidade dos valores das propriedades e bens que podem ser confiscados”, devendo guardar, assim, um mínimo de razoabilidade.¹⁷

A ideia de “propriedade criminosa”, já com seus devidos temperamentos, tornar-se-ia categoria dogmática central na configuração do tipo objetivo da lavagem, vinculando-se

¹³ GORDON, Jon E. *Prosecutor who seize too much and the theories they love*; money laundering, facilitation and forfeiture. In: *Duke Law Journal*, vol. 44, p. 744, 1994-95.

¹⁴ *Austin v. US*. 509 U.S. 602 (1993).

¹⁵ FINE, Allan. *Of forfeiture, facilitation and foreign innocent owner*, p. 1125.

¹⁶ STRAFFER, Richard. *Protecting the innocent owner*. In: *University of Florida Law Review*, vol. 37, p. 842-3, 1985.

¹⁷ BROOK, Davis. *Bennis v. Michigan: does the innocent owner have a defense to civil forfeiture*. *Nova Law Review*, vol. 21, p. 695, 1996-1997.

primariamente não a uma punição pecuniária, mas à necessidade maior de extirpar da economia um ativo ilícito, punindo quem, para além do crime antecedente, viesse a envolver-se no grave ato de lavagem, visando ocultar sua natureza impura, razão pela qual a identificação desse elemento torna-se crucial para a boa aplicação da legislação no caso concreto.

3. Procedência e proveniência. Mecanismos para identificar e circunscrever uma propriedade criminosa.

Quando aludimos a saldos e transferências entre conta correntes – objeto principal deste estudo – logo surge a questão de saber se estamos ou não em presença de uma propriedade criminosa e, caso afirmativo, em que medida e extensão um saldo bancário pode qualificar-se como contaminado ou descontaminado.

Como já visto, o navio utilizado no ato de pirataria era considerado, por ficção, propriedade ofensora como um todo, devendo ser erradicado mediante confisco, diferentemente da carga, não utilizada no ato de pirataria sequer por ficção. Em seu desenvolvimento histórico, contudo, a própria Suprema Corte americana acabaria por mitigar o elastério da doutrina da propriedade criminosa, afastando um confisco irrestrito e generalizado, de modo a evitar o regresso *ad infinitum* com sério prejuízo à segurança jurídica.¹⁸

Pois bem, cuidando-se de saldos bancários, uma aplicação exagerada dessa mesma doutrina, a rigor, redundaria numa “contaminação radioativa, como numa doença contagiosa”¹⁹, gerando “metástase sobre todos os bens da pessoa”²⁰, mas não só isto: a ampliação da ideia de contágio – como inicialmente ocorreu à doutrina do bem culpado – acabaria acarretando que, “num curto espaço de tempo, grandes segmentos da economia transformar-se-iam em objeto de lavagem de dinheiro com responsabilidade penal para todos os participantes do ciclo econômico”²¹. Some-se a isso a circunstância óbvia de que determinados bens podem ser apenas parcialmente²² constituídos por uma propriedade

¹⁸ Em *US v. One Tintoreto Painting entitled The Holy Family with saint Catherine and honored donor*, 691 F.2d 603 (2nd Circ. 1982), um cidadão israelense, Silberberg, impugnou o confisco de um valioso quadro contrabandeado para os EUA por Vinokur, pessoa dedicada ao mercado de artes que gozava de excelente reputação na comunidade israelense, a quem confiara a venda do quadro. Concluiu o Tribunal que “um proprietário de um bem que não suspeita que a sua propriedade esteja sendo indevidamente utilizada não tem dever de prevenir o uso indevido (...), devendo ser-lhe devolvida a propriedade”. A decisão assentou que “o mesmo deve ser dito com relação ao proprietário que provou não apenas que não estar envolvido e não ter ciência da atividade ilícita, mas, também, ter tomado todas as cautelas que dele se esperaria, para prevenir um uso proscrito de sua propriedade; pois, em tal circunstância, seria difícil concluir que o confisco serviria a propósitos legítimos sem ser arbitrário”.

¹⁹ *Certain Accounts*, 795 F.Supp. 391 (S.D. Fla. 1992).

²⁰ *Id.*, p. 398.

²¹ Marko Voß, *Die Tatobjekte* (...), p. 31.

²² A rigor, a mistura de bens inocentes e “culpados”, sem dúvida, é uma das principais maneiras de ocultar a origem ilícita destes, conforme já destacou a jurisprudência brasileira: “um dos expedientes utilizados pelos autores do crime de lavagem de dinheiro é a mescla de atividades lícitas com as ilícitas (fusão de técnicas) a fim de dificultar a investigação” (TRF3, ACR 00012769820054036005, Relator Des. Federal Henrique Herkenhoff, 2ª Turma, DJU 11/09/2008).

criminosa²³. Nesse contexto, resta identificar então o que constitui uma propriedade criminosa quando se trate de saldos bancários. E, de início, essa identificação, quando em causa examinadas transferências entre contas correntes, envolve **investigação eminentemente objetiva**, sendo **irrelevante a boa ou má intenção de seu ordenante: pode perfeitamente existir intenção de esconder a origem do bem, ou mesmo de cometer crimes e, ainda assim, não se configurar lavagem, porque a propriedade, objetivamente falando, ainda não se tornou criminosa nas mãos do agente. Além disso, trata-se de uma análise bem demarcada no tempo: a propriedade deve ter essa característica no momento da transferência, sendo esse o *status* que interessa, de modo que, se descontaminada antes da transação, ou contaminada somente após ou em virtude dela, o requisito objetivo não estará atendido.**

Portanto, somente demonstrando-se que **o saldo bancário envolvido numa transação já está contaminado com depósitos vinculados ao ato criminoso antecedente é que se torna possível reputar provado este elemento objetivo do tipo**, sem prejuízo dos demais.

No ponto, não há falar propriamente de presunção de criminalidade do bem, porquanto a única presunção admissível refere-se ao procedimento cautelar previsto no art. 4º, §2º da Lei brasileira, segundo o qual “o juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou sequestrados quando comprovada a licitude de sua origem”²⁴, inversão que, consoante os itens 66 e 67 da Exposição de Motivos da Lei de Lavagem, não tem aplicação quanto à demonstração do próprio objeto material do crime: “essa inversão do ônus da prova circunscreve-se, à apreensão ou ao sequestro dos bens, direitos ou valores”²⁵.

Cuidando-se de um elemento objetivo do tipo, como dito, é irrelevante a intenção com que a transação financeira seja ordenada, reclamando-se que o bem já seja propriedade criminosa ao tempo da transação, não bastando que assuma tal condição por força da operação mesma.

Tais aspectos são bem retratados por uma sequencia de decisões proferidas pelas Cortes Inglesas, cujo entendimento encontra-se consolidado. Nesse sentido, em *Regina v. Loizou*²⁶, o

²³ Marko Voß, *Die Tatobjekte (...)*, p. 30.

²⁴ Cuida-se de previsão idêntica à da Convenção de Viena (art. 5º, VII).

²⁵ Assim consta da Exposição de Motivos da Lei de Lavagem de Dinheiro: “§ 66. Na orientação do projeto, tais medidas cautelares se justificam para muito além das hipóteses rotineiras já previstas pelo sistema processual em vigor. Sendo assim, além de ampliar o prazo para o início da ação penal, o projeto inverte o ônus da prova relativamente à licitude de bens, direitos ou valores que tenham sido objeto da busca e apreensão ou do sequestro (art. 4º). Essa inversão encontra-se prevista na Convenção de Viena (art. 5º, nº 7) e foi objeto de previsão no direito argentino (art. 25, Lei 23.737/89). § 67. Observe-se que essa inversão do ônus da prova circunscreve-se, à apreensão ou ao sequestro dos bens, direitos ou valores. Não se estende ela ao perdimento dos mesmos, que somente se dará com a condenação (art. 7º, I). Na medida em que fosse exigida, para só a apreensão ou o sequestro, a prova da origem ilícita dos bens, direitos ou valores, estariam inviabilizadas as providências, em face da virtual impossibilidade, nessa fase, de tal prova”.

²⁶ *R v Loizou* [2005] EWCA Crim 1579, [2005] 2 Cr. App. R. 37. Cuidava-se da entrega de dinheiro em *cash* por um passageiro de um veículo a passageiros de outro veículo, ambos estacionados. A acusação fora de lavagem do respectivo valor, mas a promotoria não conseguiu identificar a natureza do crime antecedente. Segundo afirmou a Corte, “é lei clara que o dinheiro deve ser propriedade criminosa **no momento em que é transferido, não sendo suficiente que se torne uma propriedade criminosa como resultado da transação envolvendo a transferência**”. O acórdão reproduz a instrução do juiz aos jurados: “primeiramente, deve existir uma propriedade criminosa, e isto significa uma propriedade obtida como resultado de uma conduta criminosa. Eu faço um simples exemplo. É o fruto do roubo de um banco; outro exemplo, os frutos de uma fraude. (...). O segundo ingrediente é que deve existir uma transferência; isso simplesmente significa que a propriedade criminosa tem que passar de uma pessoa a outra. Em terceiro lugar, o réu que está sendo julgado tinha que ter conhecimento da transferência, desejando dela participar.

Tribunal afirmou categoricamente que um bem não se torna propriedade criminosa com base na intenção de se praticar o crime. Ao contrário, “o dinheiro deve ser propriedade criminosa **no momento em que é transferido, não sendo suficiente que se torne uma propriedade criminosa como resultado da transação envolvendo a transferência**”. Assim, “no caso de uma transferência, se a propriedade **não era criminosa no momento desta**, não é cometido o crime [de lavagem]”. Em outras palavras, não basta que a propriedade se transforme em criminosa durante ou por força da transferência financeira, o que, no mais das vezes, é situação frequente.

Em *Kensington Intl. Ltd. v. Republic of Congo*²⁷, a Suprema Corte do Reino Unido reafirmou que o bem - dinheiro ou qualquer outro - deve qualificar-se como propriedade criminosa já ao tempo da realização da transferência financeira, não depois, nem por força dela. Cuidava-se do pagamento de uma propina: “aquele que dá uma propina sabe que **o dinheiro constituirá, nas mãos de quem a receber, uma propriedade criminosa, mas isto não torna o primeiro culpado de participar de uma transação que facilita a aquisição de algo que já seja uma propriedade criminal**”.

Idêntica temática foi examinada em *Regina v Geary*²⁸, no qual buscava-se saber “se é necessário que a propriedade objeto da transação já seja criminosa ao tempo em que a transação a ela se vincula”. Particularmente, questionou-se se era “admissível, para esses fins, separar diferentes aspectos de um ajuste, de modo que sua implementação possa ser tratada como transformando em criminosa a propriedade [até então não-criminosa]”. A questão era especialmente sensível, porque os fundos de uma conta haviam sido desviados para um terceiro, circulando por algumas contas, mas sempre com desígnio único de fazer um percurso até retornar à origem. Entendeu-se, porém, que “um acerto relativo a uma propriedade não criminosa pode, quando levado a efeito, **tornar essa propriedade criminosa, mas não pode exatamente dizer-se que o acerto incidiu sobre uma propriedade que já era criminosa ao tempo em que operou sobre ela**. Rejeita-se um certo tipo de compreensão, em que cada um dos componentes do caso possa ser tomado como se fosse um ajuste em separado. Aqui, existiu um só acerto, pelo qual o apelante receberia o dinheiro, conservaria por algum período e, depois, o restituiria. **Tratar a retenção e a devolução como acertos separados**, relativamente à propriedade, que teria sido previamente recebida, é artificial”.

Também em *Regina v. Amir e Akhtar*²⁹, a Corte de Apelação Criminal de Londres lançou mão de uma esclarecedora analogia: “Suponhamos que eu receba o pagamento, como juiz, em *cash*. Este dinheiro não é uma propriedade criminosa. Suponhamos, agora, que eu utilize esse dinheiro para pagar Hughes, por um carro que eu sei que ele furtou. Nessa hipótese, claro que cometi crime de receptação, pois sabia que o bem era furtado. No entanto, não pratiquei o crime de transferir propriedade criminosa, porque a propriedade, que eu estou transferindo, nomeadamente o dinheiro por mim recebido como pagamento de meu salário de juiz, não é uma propriedade criminosa. Claro, nas mãos de Hughes, o vendedor do carro furtado, o dinheiro será uma propriedade criminosa”.

Se a pessoa não sabe o que está acontecendo, então ela não pode ser culpada de nada, de modo que eles têm que saber o que estava acontecendo; e, em segundo lugar, essa pessoa deve saber ou ter a suspeita de que era uma transferência de propriedade criminosa. Estes são os três ingredientes que a acusação deve provar”.

²⁷ *Kensington Intl. Ltd. V. Republic of Congo* [2008] 1 WLR 1144.

²⁸ *Geary, R. v. Regina* [2010] EWCA Crim 1925.

²⁹ *Regina v. Amir e Akhtar*, [2011] EWCA Crim 146.

Essa mesma construção foi acolhida pela jurisprudência americana, que a elaborou a partir de inúmeros casos julgados pelos circuitos federais e cortes distritais, tomando como referência temporal o *momento consumativo* do crime antecedente quanto à geração de fundos e sua eventual proximidade com a transação financeira incriminada, em casos verdadeiramente paradigmáticos bastante esclarecedores.

Nesse sentido, um dos mais notáveis precedentes versava sobre a realização de uma transferência bancária com propósito explícito e incontroverso de perpetrar crime de corrupção (pagamento de propina), realizada com disfarce e aparência de licitude. De fato, em *US v. LaBrunerie*³⁰, uma corte distrital do Missouri decidiu que nem o § 1956, nem o § 1957 [da lei de lavagem de dinheiro americana] criminalizam transações financeiras realizadas com **“dinheiro que ainda não foi recebido pela pessoa que comete o crime antecedente”**, distinguindo-se, então, **precedência** e **proveniência**. A acusação, *in casu*, não conseguiu demonstrar a proveniência dos recursos transferidos do corruptor ao corrupto, salientando que “o dinheiro tem que derivar de uma atividade criminosa nos termos da lei de lavagem de dinheiro. O fato de que um esquema de propina fora estabelecido, antes de os cheques terem sido emitidos, não configura fonte imprópria dos fundos. (...). Desde a acusação, este caso silencia sobre de onde veio o dinheiro, muito menos sobre uma fonte ilegal ou de uma atividade ilegal, razão pela qual a denúncia não apresenta uma imputação viável de lavagem de dinheiro”. O *decisum* ainda consigna que “nem o § 1956, nem o § 1957 [leis de lavagem de dinheiro nos EUA] criminalizam **transações financeiras realizadas com dinheiro que ainda não foi recebido pela pessoa que comete o crime antecedente**”, constando do acórdão que a hipótese cuidava de **“tomar dinheiro limpo e fazê-lo sujo”**, distinguindo-se precedência do crime e proveniência de seus resultados³¹.

³⁰ *US v. LaBrunerie*, 914 F. Supp. 340 (W.D. Mo. 1995). Em síntese, os acusados haviam pago propina a um servidor municipal sob promessa de que este apoiaria uma proposição legislativo-administrativa que geraria grandes vantagens em operações imobiliárias naquela municipalidade. Em sua defesa, alegaram os réus que “o dinheiro [objeto da transferência bancária] teria de ser derivado de uma atividade ilegal, à luz da legislação de lavagem de dinheiro. O fato de que um esquema de propina tenha sido estabelecido, antes que os cheques fossem emitidos, não estabelece que os fundos tenham fonte imprópria. O principal foco do legislador, ao editar a lei, era a lavagem de dinheiro sujo e sua transformação em dinheiro limpo. (...). Os alegados atos, neste caso, são exatamente o oposto: tomar dinheiro limpo e fazê-lo sujo. Uma vez que a denúncia neste caso é silente quanto à fonte de onde provém o dinheiro, muito menos a respeito de se tratar de uma fonte ilícita ou originária de uma atividade ilegal, a denúncia não descreve propriamente um crime de lavagem de dinheiro”.

³¹ A decisão invoca *US v. Kennedy*, 64 F. 3d 1465 (10th Cir. 1995). Kennedy atuava como presidente de uma empresa que comercializava metais preciosos e moedas, enviando pelo correio prospectos louvando as vantagens do investimento. Em dado momento, malgrado tenha recebido recursos dos investidores, a empresa de Kennedy não conseguiu mais efetuar a compra do metal, apresentando defasagem de quase US\$ 13 milhões quando declarou falência, listando 600 clientes credores, que adiantaram o valor dos metais, que não haviam sido adquiridos. A acusação, basicamente, consistia na montagem de um esquema *Ponzi*, defraudando investidores, pois deles recebia recursos para a compra de metais sem dar-lhes o destino ajustado, pois empregara os recursos para atender despesas de custeio ordinárias, capital de giro de outros empreendimentos e até despesas pessoais. Também aqui o réu sustentou que a legislação só incrimina **“transações que tenham ocorrido depois que o réu logrou ter a posse completa dos fundos derivados do crime antecedente”**. Para o Tribunal, contudo, desde que **“a transação tenha lugar depois que o crime subjacente tenha se completado”**, poderia configurar-se lavagem; neste contexto específico, compreendeu que a fraude postal já se tinha completado quando as transações financeiras entre os clientes e a empresa de Kennedy, apontadas pela acusação, haviam ocorrido. O *distinguishing* feito pelo 7º Circuito foi construído assim: “em *Johnson*, as transferências que provavam os crimes antecedentes eram as próprias operações que foram incriminadas como lavagem de dinheiro. Em *Kennedy*, o governo invoca várias correspondências prévias, para provar o crime antecedente de fraude postal, as quais ocorreram antes das transferências monetárias base da acusação de lavagem de dinheiro. Assim, diferentemente de *Johnson*, as correspondências ilegais neste caso envolvem correspondências anteriores de Kennedy, e não o recebimento

Outra importante referência é *US v. Mankarious*³². Aqui, o 7º Circuito debruçou-se especificamente sobre a relação temporal entre o objeto da lavagem e a consumação do crime antecedente, para melhor visualizar o conceito de proveniência. A propósito, administradores de uma empresa envolveram-se num esquema de contabilização de falsas faturas de serviços, cujo objetivo era retirar dinheiro da empresa faturada, em seu benefício pessoal, sendo as faturas enviadas pelo correio, pelo que o crime antecedente seria fraude postal. A defesa, de outro lado, sustentava que, quando da emissão da fatura falsa, geradora dos recursos, o delito apontado como antecedente, fraude postal, não se havia consumado, prejudicando a caracterização da lavagem, porquanto, ao tempo da remessa, os fundos ainda não seriam resultado de crime.

O Tribunal, a esse propósito, assentou que “assiste razão aos acusados quanto ao fato de que, vários casos, incluindo *Kennedy*, usam de uma linguagem temporal para descrever a relação entre a lavagem e o crime antecedente”, pois “**o que as leis de lavagem de dinheiro punem é a transação com os produtos, não as transações que criam os produtos**. Deste modo, o tempo é importante (...). **Um agente de lavagem de dinheiro precisa antes obter produtos para que a lavagem tenha lugar** (...). Esses casos estabelecem a regra de que **o crime precedente deve gerar produtos antes de qualquer um possa lavá-los**”. Novamente, pôs-se em causa o momento consumativo do delito antecedente e o preciso ponto no qual os fundos haviam sido gerados, situando-o em relação ao *momentum* da própria transação financeira, como se estivessem num *continuum* do *iter criminis* geral.

A propósito, em *US v. Johnson*³³, o acusado havia concebido um esquema pelo qual atraía interessados em converter dólares em pesos mexicanos, para a seguir fazer o caminho inverso, auferindo grandes lucros na arbitragem dessas moedas, à ordem de 15%. Em síntese, tudo começava com os investidores fazendo uma operação bancária de remessa, creditando-se a conta corrente do réu. Posteriormente, o acusado realizava uma transferência reversa, creditando a conta dos investidores com o suposto lucro da operação, que, todavia, acabou se revelando um esquema *Ponzi*, pois a operação de compra de pesos e recompra de dólares não existia de fato, vindo o acusado a adquirir vários bens com os recursos daí advindos. A defesa, a seu turno, sustentou que os valores depositados pelos investidores na conta do requerido não seriam, ao tempo de sua realização, uma propriedade criminosa, pois ainda não eram “fundos originados de um crime prévio e completo”, do qual só se poderia falar “**após a ocorrência**

dos fundos das vítimas por parte de Kennedy. As transferências subsequentes e distintas desses fundos é que foram incriminadas como infrações separadas, envolvendo produtos de atividades criminosas que constituíram os alegados crimes de lavagem de dinheiro”, sendo incontroverso, por estipulação das partes, que “**as transações financeiras contidas na denúncia ocorreram após as correspondências postadas pela WMC Inc (empresa de Kennedy) a pessoas que não receberam seus metais preciosos**”.

³² *US v Mankarious*, 151 F. 3d. 694, 705 (7th. Cir. 1998). O ponto nodal desta decisão consiste no fato de que o crime antecedente consistia, à semelhança de *Kennedy*, na fraude postal. Segundo a acusação, os réus haviam enviado pelo correio as falsas faturas que geraram as transações financeiras de resgate dos cheques junto a um estabelecimento comercial, bem como entre as companhias envolvidas. Os réus arguíram que a acusação não havia conseguido vincular fraudes postais específicas com as operações financeiras discutidas. Porém, o Tribunal rejeitou a arguição, consignando que “fraude bancária gera frutos apenas após sua execução; fraude em transferências bancárias só gera frutos depois da transferência. A fraude postal, todavia, pode criar frutos muito antes de as cartas serem enviadas. *Mankarious* e *Murphy* desejam que o Tribunal suspenda a ocorrência da lavagem de dinheiro entre o momento do esquema fraudulento e o momento em que esse mesmo esquema utilizou o correio (...). *Christo, Johnson* e todos os outros casos exigem-nos manter separados o crime antecedente e a lavagem. (...). **O crime antecedente tem de ter produzido frutos em atos distintos da conduta que constitui lavagem de dinheiro**”.

³³ *US v. L Johnson*, 971 F2d 562 (10th Circ, 1992).

do depósito”, enquanto a acusação afirmava que “não era necessário que esses fundos já tivessem sido recebidos pelo acusado para que fossem qualificados como propriedade criminosa”.

Julgando a espécie, o 10º Circuito concluiu que os valores creditados na conta do réu efetivamente ainda não configuravam propriedade criminosa, porque **“a atividade criminal subjacente, neste caso, consistia em transferências bancárias fraudulentas, determinadas pelo acusado, por meio das quais os investidores creditaram sua conta tais fundos. Se os fundos assim transferidos para o acusado eram ou não propriedade derivada de crime é questão que depende de qualificá-los como frutos obtidos de um crime ao tempo em que ocorrida a transferência financeira. Nós entendemos que não eram”**. Especificamente, o acórdão fixa a seguinte máxima: “o art. 1957 foi redigido para **proscrever certas transações com frutos que já tinham sido obtidos de um crime antecedente pelo agente**. O agente não tinha a posse dos fundos, nem eles estavam a sua disposição antes de os investidores transferirem-nos. Destarte, **não pode ser dito que o acusado obteve os frutos da transação fraudulenta antes que esses mesmos fundos lhe tivessem sido transferidos**. Então, as alegadas 31 transferências à sua conta bancária não envolviam propriedade criminosa, devendo a condenação ser afastada”.

Ainda nessa mesma direção, pode-se mencionar *US v. Christo*³⁴, decidido pelo 11º Circuito, cujo acórdão assim isolou a *quaestio juris*: “a questão principal numa acusação de lavagem de dinheiro é, portanto, **determinar quando o crime antecedente se torna um delito completo, após o que pode ocorrer lavagem de dinheiro**”. *In casu*, gestores de uma instituição financeira, mediante administração fraudulenta, cobriam cheques de parte relacionada (membro do conselho de administração) emitindo outro cheque sem fundos e sem cobrar juros ou formalizar o registro de uma operação de crédito. O tribunal reformou a condenação, entendendo que, **como não houvera qualquer outra transferência bancária após a liberação dos fundos pelo banco, não haveria como falar de lavagem**.

A razão apresentada para a reforma da condenação, neste caso pontual, consistiu no seguinte: **“o banco não perdeu nada com a fraude, até o momento em que pagou os cheques a descoberto”**. Examinando objetivamente os fundos envolvidos nas únicas transferências financeiras incriminadas, assentou-se que ainda não poderiam ser caracterizados como propriedades criminosas, pois **“os fundos depositados no SouthTrust [instituição financeira a qual os cheques foram apresentados e pagos] não foram usados novamente pelos réus (o que seria imperioso para caracterizar lavagem de dinheiro)”**. Assim, “a perda dos fundos em favor do SouthTrust **era um passo necessário para completar a fraude bancária**, com o desvio dos fundos bancários. Especificamente, os crimes de gestão fraudulenta eram, até então, **incompletos e não haviam produzido fundos passíveis de lavagem**”.

³⁴ *US v. CHRISTO*, 129 F.3d 578 (11th Circ. 1997). Christo era o presidente da instituição financeira, sendo que Maulden era membro do conselho de administração. O último emitia os cheques sem provisão, sendo que o primeiro autorizava o pagamento sem cobrança de juros. A acusação caracterizava como lavagem de dinheiro a transferência bancária da instituição financeira pagadora para a instituição financeira recebedora, como uma operação bancária derivada de fraude bancária. Consta do acórdão que “a fraude com os cheques não privou o banco de nada, nem Maulden obteve alguma coisa do banco senão após o Bay Banco ter liberado seus fundos em pagamento dos cheques para o SouthTrust Bank. **Assim, a retirada de fundos, incriminada a título de lavagem de dinheiro, foi uma e a mesma a atividade criminosa subjacente à fraude bancária e o desvio de fundos bancários**”.

Pesou fortemente na decisão da Corte a noção de que haveria, em tese, uma simultaneidade entre a fraude bancária e o ato de lavagem, não sendo intenção do legislador agravar a punibilidade do crime antecedente com a legislação antilavagem, senão punir os atos posteriores à consumação do delito antecedente com objetivo de dissimular sua origem³⁵.

Assim também se colhe da jurisprudência brasileira, porquanto, **“não demonstrando a acusação a procedência das verbas evadidas, não há como lhe conferir origem ilícita**, impondo-se a absolvição quanto ao delito inserto no art. 1º, da Lei nº 9.613/98”³⁶. Na hipótese, o 4º Regional examinava lançamentos de contas-correntes, para verificar se ali teria ocorrido ingresso de valores oriundos de crime. Segundo o voto condutor, **“o crime de lavagem de dinheiro pode ser reconhecido somente quando há, nas contas, entrada de valores de origem comprovadamente ilícita, não servindo como crime antecedente a própria remessa de dinheiro ao exterior objeto de evasão de divisas”**, em caso muito semelhante ao precitado Mankarious³⁷. Após rejeitar expressamente tese em sentido contrário³⁸, assentou que **“os bens, direitos ou valores precisam, efetivamente, ter origem no crime antecedente, não bastando o simples cometimento deste**, consignando que, na espécie, **“não há demonstração inequívoca nestes autos da procedência ilícita dos valores supostamente evadidos**, razão pela qual não ficou caracterizada a figura típica do art. 1º da Lei nº 9.613/98 em relação à conta [...], não obstante as inúmeras transações na conta” e **“considerando inexistir elementos suficientes a permitir auferir-se a origem ilícita dos valores constantes e movimentados da conta [...], entendo que deva ser afastada a condenação do réu Marcelo Farias pelo crime do art. 1º, IV, da Lei nº 9.613/98”**.³⁹

³⁵ Nesse sentido, vale mencionar a *“order and recommendation”* do *magistrate judge* em *US v. Finn*, 919 F.Supp. 1305 (E. Minn. 1995): “embora este preciso assunto ainda necessite ser examinado neste Circuito, outras cortes concluíram que a legislação federal de lavagem de dinheiro e os crimes antecedentes **não estão em concurso**. Em *US v. Smith*, 46 F.3d 1223 (1st Cir.1995), cert. negado, ___ U.S. ___, 116 S. Ct. 176, 133 L. Ed. 2d 116 (1995), o Tribunal concluiu que as acusações de lavagem de dinheiro **não estão em concurso com as acusações do crime subjacente de fraude bancária. O Congresso pretendeu que a lavagem de dinheiro seja um crime distinto do crime antecedente gerador do dinheiro**. Id., p. 1234, citando *US v. LeBlanc*, 24 F.3d 340, 346 (1st Cir.1994), cert. negado, ___ U.S. ___, 115 S. Ct. 250, 130 L. Ed. 2d 172 (1994). Assim também em *US v. Edgmon*, 952 F.2d 1206 (10th Cir.1991), cert. negado, 505 U.S. 1223, 112 S. Ct. 3037, 120 L. Ed. 2d 906 (1992), a Corte entendeu que o legislador concebeu a lavagem de dinheiro como **crime distinto da conduta ilegal**, que vem a ser a ofensa predicada (...).”

³⁶ TRF4, ACR 5037102-80.2014.404.7000, 7ª Turma, Relatora Des. Federal Cláudia Cristofani, j. 18/11/2015.

³⁷ *US v Mankarious*, 151 F. 3d. 694, 705 (7th. Cir. 1998).

³⁸No caso, o Ministério Público Federal sustentava que o crime de evasão de divisas e de manutenção de depósitos não-declarados à repartição competente poderia ser o próprio antecedente do delito de lavagem de dinheiro por conta do respectivo crédito na conta corrente, sendo que os valores indiretamente provenientes dessa prática bastariam à consumação do crime, situação muito assemelhada à dos casos *Mankarious*, *Christo* e *Johnson*, já examinados.

³⁹ Didática nesse sentido sentença proferida nos autos nº 5037102-80.2014.4.04.7000 pelo juiz federal Sérgio Moro, *in verbis*: “A prova em relação à natureza e origem dos recursos movimentados por uma das contas é, no contexto, relevante para determinar da natureza e origem dos recursos movimentadas por outra conta. (...) 126. Para a caracterização do crime de lavagem de dinheiro, necessário, porém, não só condutas de ocultação e dissimulação, mas também que os valores envolvidos tenham procedência criminosa. (...) 128. Quanto à procedência criminosa dos valores, embora seja provável que todos os créditos havidos nas contas do [...] sejam de valores previamente evadidos e, portanto, de origem criminosa, considerarei provada a origem e natureza criminosa dos valores apenas quando os créditos sejam provenientes de outras contas de operadores do mercado de câmbio negro mantidas no próprio [...] ou já identificadas no Caso Banestado. 129. Assim, por exemplo, o recebimento pela conta [...] de créditos da conta [...], ambas controladas por operadores do mercado negro de câmbio, caracteriza crime de lavagem de dinheiro, já que os valores que eram mantidos na conta [...] tinham natureza criminosa, uma vez que

4. Fluxos financeiros: da comprovação do vínculo entre o produto do crime e o depósito de valor em conta-corrente.

Uma vez identificada a plena consumação e produção dos resultados por parte do crime antecedente, em momento anterior à transação financeira, pareceria resolvida a demonstração desse elemento objetivo do tipo, mas assim não é. Analiticamente, abre-se ensejo, então, a uma segunda e nova verificação, de elevada complexidade quando a lavagem esteja materializada em **transferências bancárias**.

Chegamos, aqui, a um dos pontos a nosso ver mais sensíveis da matéria: a demonstração objetiva de que os saldos formados por lançamentos a crédito caracterizam **propriedade criminosa** já não sob o aspecto de sua produção por um crime antecedente, mas, sob o aspecto de sua detecção em contas-correntes, num arco dinâmico que se inicia com a **contaminação** da conta debitada e finda com sua **descontaminação quantitativa**, por diluição⁴⁰.

No Brasil, importantes julgados ressaltam a necessidade de demonstração, *a parte objecti*, da proveniência criminosa dos bens, apelando para a necessidade do “*follow the money*”. Em acórdão da relatoria do Des. Federal João Pedro Gebran Neto, do 4º Regional, ficou assentado que “em crimes de lavagem de dinheiro, a quebra dos sigilos bancário e fiscal é fundamental para demonstrar a cadeia delitiva e o **caminho marcado pelo dinheiro até o clareamento**. Dada a natureza dos crimes, mostra-se imprescindível o rastreamento dos ativos ocultados ou clareados (*follow money*) para identificar a cadeia delitiva e todos os seus partícipes”⁴¹.

Mas, embora necessária, essa é uma tarefa fácil. Com efeito, é mister *ab initio* consignar, ainda uma vez com acórdão da relatoria do Des. Federal João Pedro Gebran Neto, que, “para a configuração do delito de lavagem de dinheiro, **não basta a mera incompatibilidade entre a movimentação financeira e a renda do agente**. Não estando suficientemente evidenciado que os recursos movimentados sejam provenientes de um dos crimes arrolados nos incisos do artigo 1º da Lei nº 9.613/98 (...) impõe-se a absolvição”⁴². Também o 8º Circuito prestigiou essa linha argumentativa em *US v. Blackman*⁴³, no qual se analisavam quatro remessas e uma transferência patrimonial realizada por um traficante

produto de prévia evasão de divisas, e foram transferidos para conta secreta em nome de *off-shore*, visando sua disponibilização, em transferência fraudulenta, em reais para cliente do controlador da conta [...]”.

⁴⁰ Os conceitos de “descontaminação qualitativa” e “quantitativa” serão examinados no próximo item.

⁴¹ TRF4, ACR 5010007-89.2015.404.0000, 8ª Turma, Relator Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, j. 08/05/2015.

⁴² TRF4, ACR 0042105-10.2005.404.7100, 8ª Turma, Relator Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, j. 22/01/2015.

⁴³ *US v. Blackman*, 904 F.2d 1250 (8th Cir. 1990). Embora tenha rejeitado a presunção de lavagem com base na mera falta de fontes legítimas de renda, o acórdão assim desenvolveu a questão relativa à prova ou não de uma operação específica vinculada à transação financeira incriminada: “como o 3º Circuito observou em *US v. Massac*, 867 F.2d 174 (3rd Cir.1989), a prova de que o réu usou um serviço de transferência monetária para o Haiti, associada à prova de que ele comercializava drogas, é suficiente para sustentar uma condenação de lavagem de dinheiro (...). Devemos lembrar que o ônus da acusação sobre um elemento do crime pode ser satisfeito por indícios, desde que suficientes para prová-lo além da dúvida razoável. Em *US v. Matra*, 841 F.2d 837, 841 (8º Cir. 1988), por exemplo, observou-se que **grandes somas inexplicáveis de dinheiro são prova indiciária da intenção de comercializar cocaína** (...)”. Existem vários casos em que tal circunstância – **somas inexplicadas de dinheiro** – permite o apelo à **totalidade das circunstâncias**. A propósito, cfr. Moro, Sérgio. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88, “para a condenação, será necessária prova categórica do crime de lavagem, o que inclui prova convincente de que o objeto do crime de lavagem é produto de delito antecedente”.

desprovido de fontes legítimas de renda. Pontualmente, o circuito declarou que **“concordamos com Blackman [no sentido de] que a Acusação não pode basear-se exclusivamente na prova de que um réu acusado de traficância não tenha outra fonte de rendas”**.

Daí não se extraia, porém, que, em hipóteses como estas, o rastreamento deveria conduzir a uma venda específica de drogas, ou a um lance pontual num conjunto de operações criminosas apresentadas a título de crime antecedente. Sempre que exista uma multiplicidade de circunstâncias igualmente contundentes, **associada à ausência de explicação para a posse de grandes somas de dinheiro**, o critério da totalidade das circunstâncias poderá ser admitido⁴⁴, mas sempre com muita cautela, para não incidir na presunção de criminalidade da propriedade de que se falou anteriormente.

De fato, como também decidiu-se em Blackman, **“não compreendemos a lei como exigindo que a acusação trace as origens do dinheiro até uma venda pontual [de cocaína]”**, podendo esse elemento, associado à totalidade das circunstâncias, nos casos em que o acusado não disponha de fontes lícitas de dinheiro, fornecer suficiente material à condenação, guardada a máxima objetividade dos elementos de prova apontados.⁴⁵

⁴⁴ Com relação ao exame probatório, é valiosa a perspectiva de Dall’agnol, Deltan. *As lógicas das provas no processo*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, com relevo para a abordagem da inferência para melhor explicação. O autor explica a inexistência de diferença ontológica entre prova direta e prova indiciária, perspectiva com a qual estamos inteiramente de acordo e também defendemos em *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, Rio de Janeiro. Forense, 2007.

⁴⁵ US v. Blackman, 904 F.2d 1250 (8th Circ. 199) debateu “se a prova apresentada pela acusação era suficiente para sustentar a condenação por lavagem de dinheiro”, formada, *in casu*, pelos seguintes elementos: (i) livro-razão contabilizando a venda de drogas; (ii) posse de significativas quantidades de cocaína; (iii) uso de sistema de pagamentos usualmente adotado por traficantes; (iv) perícia correlacionado quantidade de drogas e atividade comercial de larga escala. Já as operações financeiras consistiam em quatro remessas bancárias, no valor total de US\$ 11.000,00 e uma transferência simulada da propriedade de veículo mediante pagamento de \$ 4.000,00. Sustentava-se que a acusação não havia rastreado os recursos utilizados nessas transferências até uma operação específica de venda de drogas, afirmando-se insuficiente o argumento de que o réu não dispunha de fontes legítimas de renda. O 8º Circuito, no ponto, reafirmou a premissa de que a falta de fontes legítimas de renda não suporta uma condenação por lavagem: “concordamos com a alegação de que a acusação não pode basear-se exclusivamente na prova de que o réu, acusado de usar produtos de um crime, carece de uma fonte legítima de renda” - perspectiva, entre nós, constante do acórdão de relatoria do Des. Federal João Paulo Gebran Neto (TRF4, ACR 0042105-10.2005.404.7100, 8ª Turma, D.E. 22/01/2015.). Ainda assim, a acusação não teria propriamente o ônus de comprovar, em casos tais, a vinculação entre as transferências realizadas por Blackman “*a uma venda [de drogas] pontual*”, sendo o requisito probatório satisfeito à luz da “*totalidade das circunstâncias*”, mediante prova indiciária, cuidando-se de réu sem fontes lícitas de renda. A decisão invoca US v. Matra, 841 F.2d 837 (8th Circ. 1988), segundo o qual “**largas somas de dinheiro sem explicação**” podem ser utilizadas como prova indiciária **no conjunto das circunstâncias**. Matra, a rigor, não discutiu propriamente a prova da origem de fundos, mas da intenção de traficar, a partir de um conjunto muito robusto de provas indiciárias (o réu era o proprietário de uma casa dedicada à mercancia de narcóticos, em lugar de um simples visitante). Consta em Matra: “a intenção de comercializar drogas pode ser **inferida a partir da posse de uma grande quantidade de substâncias controladas, seu elevado teor de pureza, a presença de parafernália usada para distribuir drogas, largas somas de dinheiro não explicadas e a presença de armas de fogo**”. US v. Massac, 867 F.2d 174 (3th Circ. 1989), também invocado, percorreu o mesmo *iter* decisório, destacando várias circunstâncias objetivas, todas igualmente eloquentes, para a seguir dispensar a acusação de estabelecer uma relação direta entre operação de venda de drogas e recursos utilizados em certas transferências: “ (...) O acusado afirma que não havia prova de que ele utilizou os serviços de Haitelx Transfer Data Exchange com o propósito de disfarçar a natureza, localização, propriedade e controle do dinheiro que ele havia ganho através da venda de *crack*. O uso do Haitelx pelo réu para transferir \$ 22.000 em dinheiro para o Haiti, por um período de cinco meses, através dos serviços de seu contêrrâneo Deslaurier, em lugar de usar um banco, associado à prova de seu envolvimento com a venda de narcóticos, era suficiente, sem mais, para que o júri razoavelmente inferisse que ela possuía o requisito da ciência, justificando sua

Todas essas observações são relevantes, igualmente, quando se particulariza o exame da **obtenção de contratos mediante pagamento de propinas**. Com efeito, via de regra, será nítida a realização de uma operação financeira com desígnios manifestamente ilícitos, como, por exemplo, a obtenção de um contrato público. Com efeito, para além do já citado *US v. La Brunerie*, em *Anderson v. Smithfield Foods, Inc.* assentou-se que “o dinheiro ilegal que os réus alegadamente obtiveram para violar a Lei RICO e as leis ambientais e para cometer fraude postal e financeira era dinheiro que os réus obtiveram legalmente, através da operação do seu negócio. **Obter dinheiro como resultado da violação de leis ambientais não torna o dinheiro ganho pelo réu num negócio lícito em dinheiro produto de atividade ilegal antecedente**”⁴⁶.

A rigor, embora por outros fundamentos, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal incidentalmente também abordou a matéria, quando do julgamento dos 16º Embargos Infringentes na AP nº 470/MG, ao fixar o entendimento de que a entrega de dinheiro para pagamento do crime de corrupção **não configurava lavagem**, haja vista que os fundos *ainda* não eram ilícitos ao tempo desta operação. Consta da decisão que “o recebimento de propina constitui o marco **consumativo do delito de corrupção passiva**, na forma objetiva receber, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação; A autolavagem pressupõe **a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese**”⁴⁷. Ao assim decidir, a Suprema Corte colocou-se na linha da abalizada jurisprudência internacional, incorporando a *ratio* consagrada nos já mencionados paradigmas *Mankarious*⁴⁸, *Johnson*⁴⁹ e *Christo*⁵⁰, entre outros. No ponto, com a exatidão e a profundidade que lhe são próprias, o eminente Ministro Teori Zavascki consignou: “o recebimento dos valores referentes ao crime de corrupção passiva (...) **não**

condenação”. Todos são casos em que o acusado **não tinha ocupação lícita**, fora surpreendido com somas elevadas de dinheiro sem explicação e comprovadamente estavam engajados na comercialização de narcóticos de significativa escala. Entre nós, raciocínio semelhante já foi aplicado, firmando-se a convicção a partir da “**grande quantidade da droga apreendida, a estrutura ostentada pela organização criminosa**, tal como o **arrendamento de fazendas no Brasil e propriedade de fazendas no Paraguai** utilizadas para o **preparo e distribuição da droga**, as declarações das testemunhas no sentido de que **os apelantes adquiriram veículos que também utilizavam no tráfico**, bem como de uma aeronave e implementos agrícolas e, principalmente, a **ausência de provas quanto à origem lícita de recursos para adquirir tais bens** e a **utilização de “laranjas”** para figurarem como seus proprietários e as **tentativas infrutíferas das testemunhas arroladas pela defesa no sentido de comprovar a origem lícita do dinheiro para a aquisição desses bens**, demonstram claramente que os valores eram provenientes do crime de tráfico” (TRF3, ACR 00012769820054036005, Relator Des. Federal Henrique Herkenhoff, 2ª Turma, DJU 11/09/2008).

⁴⁶ *Anderson v. Smithfield Foods, Inc.*, 209 F. Supp. 2d 1270 (M.D. Fla. 2002).

⁴⁷ Ementa do julgado: Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva “receber”, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvição por falta de provas 3. Embargos acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro. (AP 470 EI-décimos sextos, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014).

⁴⁸ *US v Mankarious*, 151 F. 3d. 694, 705 (7th Cir. 1998).

⁴⁹ *US v. L Johnson*, 971 F2d 562 (10th Circ. 1992).

⁵⁰ *US v. Christo*, 129 F.3d 578 (11th Circ. 1997)

pode produzir a consequência de incorporar um crime autônomo, até porque o recebimento indireto da vantagem indevida integra o próprio tipo penal do art. 317 do Código Penal. (...). [N]ão há (...) ações independentes entre o crime de corrupção passiva e o delito de lavagem (...) porque o fato (...) de o réu tê-lo recebido clandestinamente não é ação distinta e autônoma do ato de receber (...). [N]ão se deve confundir o ato de ‘ocultar’ a natureza ilícita dos recursos (...) com os atos tendentes a evitar-lhe o confisco ainda durante o iter criminis do delito antecedente”⁵¹.

Portanto, à caracterização da lavagem, exige-se a demonstração de que o objeto da transação configura, em seu sentido objetivo, uma propriedade criminosa, num contexto compatível com as exigências típicas desse delito autônomo⁵², ainda que a retrospectiva entre o depósito e os produtos do crime antecedente resultem do apelo à totalidade das circunstâncias.

5. Saldo bancário: métodos contábeis para isolar a propriedade criminosa: da contaminação à descontaminação qualitativa e quantitativa, por diluição e obsolescência.

Quando se ache comprovado que uma propriedade criminosa, materializada em dinheiro, foi creditada em determinada conta bancária, estando devidamente estabelecido o respectivo elo, segue-se a tormentosa questão de sua eventual – e quase sempre inevitável – confusão com recursos lícitos que ali já se encontrem ou venham a ser creditados, fenômeno internacionalmente conhecido por “*commingled funds*”, mistura ou mescla de fundos.

Em tese, uma propriedade criminosa não se mistura com outra, exceto quando se cuide de bens fungíveis, do qual o exemplo máximo é o próprio dinheiro. Nesse caso, nada mais natural que a propriedade criminosa se misture com a lícita, formando juntamente com aquela

⁵¹ Voto proferido nos Sextos EmbInfr na AP 470/MG, Plenário do STF, j. 13.03.2014. O eminente Ministro Teori Zavascki ainda invoca manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de que “o fato de alguém ter recebido vantagem indevida, sob a forma de dinheiro, por interposta pessoa, dissimuladamente, pode, sim, caracterizar o crime de corrupção passiva. Mas este único fato, qual seja, o recebimento de propina de maneira camuflada, **não pode gerar duas punições distintas**, a saber, uma a título de corrupção passiva e ainda outra de lavagem de dinheiro, sob pena de ferir-se de morte o princípio do *ne bis in idem*”. Essa perspectiva, aliás, está à base da punição da lavagem de dinheiro, na medida em que depende de uma cadeia causal nova, não se destinando a incrementar a punibilidade do delito antecedente.

⁵² Não se deve confundir o implemento desse requisito objetivo com as características da relação entre os produtos do crime antecedente e a operação financeira subsequente. A esse propósito, v. Barton, Stephan. *Das Tatobjekt der Geldwäsche* (...) e Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 340. Este último, aliás, desenvolve hipóteses esclarecedoras sobre tal relação: se o delincente adquire com o dinheiro ilegalmente obtido participação acionária de uma empresa, os bens produzidos pela empresa não procedem do delito prévio, assim como também não procede o prêmio auferido por um traficante com o bilhete de loteria (op. Cit., 345-6). Na jurisprudência americana, v., especialmente, os já citados US v. Mankarious, 151 F. 3d. 694, 705 (7th. Cir. 1998) e US v. Blackman, 904 F.2d 1250 (8th Circ. 1990). De outra parte, SEDEMUND, em *Der Verfall von Unternehmensvermögen bei Schmiergeldzahlungen durch die Geschäftsleitung von Organgesellschaften*, DB 2003, 323-329, no contexto de um caso julgado pelo BGH em 02/02/2015 envolvendo pagamento de propina em licitação conduzida pelo Estado de Köln, sustentou que seria exigível uma relação de “*unmittelbarkeitbeziehung*” entre o fato criminoso e resultado, ou seja, uma relação sem intermediações, de absoluta imediatidade e causalidade. Restaria saber, então, se havendo interferência de novos fatores causais, como, v.g., o trabalho humano lícito, poderia quebrar-se a cadeia delitativa, mas esta questão não constitui objeto do presente trabalho.

o **saldo bancário**, que poderá resultar de vários lançamentos quantitativa e cronologicamente diversos⁵³.

Com efeito, “quando um cliente deposita fundos numa conta bancária, o banco credita na conta um valor igual ao do depósito. Num dado momento, o saldo credor da conta é o **resultado cumulativo de todas as transações que afetam essa conta**. Os bancos não são guardadores do dinheiro de seus depositantes; um depositante não pode pretender reivindicar seu dinheiro como *res* específica ou segui-lo nas mãos de outro cliente do banco”⁵⁴. Em outros termos, toda lavagem bancária é sempre substitutiva, porque o direito de crédito aberto pelo banco, sacável contra a mera apresentação do cheque, ordem de transferência ou documento equivalente, já representa uma primeira transformação⁵⁵. Logo, em linha de princípio, “fundos criminosos podem misturar-se com fundos não-criminosos, resultando simplesmente num **saldo líquido credor em favor do depositante**”⁵⁶, também contaminado.

Os ciclos de transformação são próprios da economia, de modo que, como já referido, uma incriminação ilimitada, a propagar-se, poderia causar sérios embaraços inclusive à atividade bancária. Nesse sentido, tome-se o exemplo de **quatro transformações**, formulado por Barton: um criminoso ganha \$ 1000. A seguir, mistura na conta-corrente esse dinheiro (\$ 1.000) com o resto de seu dinheiro, chegando a um saldo bancário de \$ 10.000 (**primeira transformação**). Esse novo objeto, certamente, provém do crime, pois ao menos contém \$ 1000. Suponha-se, agora, que o criminoso adquira um veículo por \$ 10.000. O novo objeto passa a ser, desta feita, o veículo, pois uma parte do seu preço certamente deriva do crime (**segunda transformação**). Mais adiante, o criminoso vende esse veículo por \$ 50.000 e, tanto quanto no preço estejam contidos aqueles \$ 10.000, que a sua vez continham os \$ 1.000, também essa transformação acabaria se incluindo no conceito de bem proveniente do crime (**terceira transformação**)⁵⁷. Derradeiramente, o novo adquirente, após longo tempo, vende o veículo para um ferro-velho após tornar-se imprestável, recebendo \$ 50 (**quarta transformação**). Em tese, como no veículo estão contidos os valores originários, também este bem, recebido pela transação envolvendo o veículo, seria derivado do crime antecedente. Como assinala Barton, a utilização de um mecanismo de equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*) - como na espécie exemplificada - redundaria no fato de que, “**enquanto o objeto circular na economia, existiria contínua contaminação**”⁵⁸, o que

⁵³ Aquele que recebe dinheiro ilícito com uma mão; e utiliza dinheiro limpo para alguma transação, não comete, nessa transação, lavagem de dinheiro, à míngua do elemento objetivo propriedade criminosa. Tal situação, porém, é bastante rara, porquanto, cuidando-se de dinheiro, a mistura é quase sempre inevitável.

⁵⁴ US v. Banco Cafetero Panama 797, F. 2d 1154 (2nd Cir. 1986)

⁵⁵ Nem toda transformação, porém, constitui lavagem. Nesse sentido, o precitado US v. Olaniyi-Oke, 199 F.3d 767 (5th Cir. 1999), segundo o qual a aquisição de qualquer ativo com o produto de atividades ilegais esconde tais recursos, convertendo-os em uma forma diferente e com uma aparência de maior legitimidade. Mas a exigência de que a transação seja concebida para ocultar implica que mais do que tal motivação trivial seja provada [para evidenciar o crime]”.

⁵⁶ Conforme salientado no caso Johnson, 971 F2d 562 (10th Circ, 1992) at 7, “uma vez que os frutos da atividade criminosa tenham sido depositados numa instituição financeira e tenham sido creditados para uma conta corrente, estes fundos não podem ser traçados para alguma particular transação e não podem ser diferenciados de quaisquer outros fundos depositados na conta.

⁵⁷ Barton, Stephan. *Das Tatobjekt der Geldwäsche* (...), p. 162.

⁵⁸ Id, p. 162. A solução proposta pelo autor é o apelo a **teoria da adequação**.

acabaria por contradizer o sentido da própria legislação contra lavagem. Então, do ponto de vista quantitativo, em que medida e extensão o contágio pode ocorrer e propagar-se⁵⁹?

Em linha de princípio, tal como pretendia a “teoria da facilitação”, “fundos inocentes são necessariamente um pré-requisito para a realização bem sucedida da lavagem de dinheiro, cuja essência é a mistura preordenada de dinheiro ilícito com fundos que, de outro modo, levantariam suspeição. Quanto mais inocentes parecerem os fundos, mais difícil será para que os crimes possam ser detectados”⁶⁰.

Mas uma tal contaminação ilimitada redundaria na conclusão de que, depositado qualquer valor, por menor que fosse, em conta de movimentação lícita, todas as outras contas que em operações subsequentes com ela entrassem em contato, ativa ou passivamente, se transformariam também elas em propriedades contaminadas, criando ônus excessivamente pesado para a própria economia.

Por isso, em que pese a natureza *in rem* do confisco, semelhante resultado acabou por ser mitigado. Nesse sentido, em *United States v. All funds on deposit*⁶¹, buscava-se confiscar a integralidade do saldo existente em determinada conta bancária, ao argumento de que, “**se qualquer porção da propriedade é utilizada para facilitar a violação, então toda a propriedade é passível de confisco**”. A Corte Distrital, no ponto, entendeu que “**não seria compreensível que um dinheiro legítimo, já existente na conta corrente, pudesse facilitar o depósito de valores ilegais**”, sendo que “**a acusação não demonstrou qualquer nexo entre as alegadas violações e a totalidade dos fundos depositados na conta bloqueada**”. Ainda conforme esse julgado, “se qualquer bem da propriedade de quem foi acusado de lavagem de dinheiro é infectado (...), então a ele negou-se direito de propriedade (...). **O proprietário de bens inocentes [da lavagem de dinheiro] seria privado do uso de sua propriedade** até que tivesse oportunidade de demonstrar sua inocência, incorrendo em prejuízo substancial. (...)”⁶², semelhantemente ao perdimento de bens em flagrante desproporcionalidade⁶³.

Todavia, ainda que se pudesse afirmar que, de fato, o saldo de uma conta corrente possa efetivamente contaminar-se, restaria saber a respectiva extensão desse contágio. A propósito, tratativa mais elaborada pode ser encontrada em *US v. Certain Accounts*⁶⁴, no qual se

⁵⁹ Neste ponto, referimo-nos apenas à descontaminação quantitativa (ou diluição), deixando-se para outro momento a descontaminação qualitativa.

⁶⁰ *US v. Certain accounts*. 795 F. Supp. 391 (1992). 91-1018-CIV. US District Court, S.D. Florida. Feb 21, 1992.

⁶¹ 804 F. Supp. 444 (E.D.N.Y. 1992). In casu, o Governo pretendia o confisco de todo o saldo de uma conta corrente sob o fundamento de que constituiriam propriedade relacionada com lavagem de dinheiro, mediante invocação da teoria da facilitação, segundo a qual esta ocorre “quando a propriedade em questão torna menos difícil a atividade criminal subjacente ou mais ou menos livre de barreiras”. O Tribunal registrou que, “quando dinheiro de fontes ilegais é misturado com dinheiro limpo, os fundos ilegais são lavados e abrigados contra a detecção. Um método muito comum de lavar dinheiro é a mistura de dinheiro legítimo com ilegítimo. Os fundos limpos são usados para remover a mácula do dinheiro derivado de fontes ilegais” e “por isso os fundos legítimos ficam sujeitos ao confisco, uma vez que eles facilitam a ocultação dos produtos de fontes ilícitas”, mas este não seria o caso concreto.

⁶² GORDON, Jon E. Prosecutor who seize too much and the theories they love; money laundering, facilitation and forfeiture. In: *Duke Law Journal*, vol. 44, p. 768, 1994-95, em tradução livre.

⁶³ Nesse sentido, é “inaplicável a pena de perdimento de bens quando há flagrante desproporcionalidade entre o valor do veículo e das mercadorias nele transportadas irregularmente importadas. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg AREsp 465.652/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, DJe 25/04/2014)

⁶⁴ *US v. Certain Accounts*, 795 F. Supp 391 (S.D. Fla. 1992). Em síntese, buscava-se o confisco dos saldos de 31 contas-correntes, sob o argumento de que consistiriam na estruturação de operações para evitar o dever de reportar operações financeiras. Além disso, pretendia-se o confisco de outras 27 contas, indiretamente favorecidas com

pretendia confiscar não apenas saldos de contas em que os fundos criminosos haviam sido depositados, mas, também, saldo de outras contas – ditas indiretas – que haviam transacionado com as primeiras – ditas diretas.

Ao julgar a matéria, o tribunal consignou que, não havendo limites para a contaminação, a propriedade criminosa seria **“como uma doença contagiosa”** em que **“cada conta direta poderia contaminar uma conta que com ela manteve negócios. A conta indireta poderia então passar a infecção para outras contas, e assim *ad infinitum*. O limite externo dessa teoria seria confinado apenas pela imaginação do autor”** e **“implicaria numa metástase sobre todos os bens da pessoa”**. “Levando ao extremo a ficção de que a demanda é contra a propriedade *qua* propriedade, e não contra o reclamante, a demanda poderia prosseguir por meses, talvez anos, **sem que se tivesse demonstrado que o correntista tinha qualquer conhecimento da lavagem de dinheiro**”. A corte equacionou a matéria afirmando que, “à medida em que a conta em questão se torna mais distante da transação ilegal inicial, também a causa provável para o confisco passa a ficar atenuada. **Este tribunal entende que o governo deve alegar outros fatos que não apenas o rastreamento dos cheques emitidos contra uma conta suspeita”**.”

A propósito, uma das decisões mais esclarecedoras e paradigmáticas sobre o tema é, sem dúvida alguma, *US v. Banco Cafetero Panama*⁶⁵, envolvendo contas mantidas pelo Banco Cafetero em território americano, receptoras de fundos provindos de um banco panamenho, cujos controladores estavam engajados na mercancia de drogas. Neste acórdão, alguns métodos contábeis foram consagrados, sem exclusão de outros, distinguindo-se (i) contas utilizadas exclusivamente para a venda de drogas e (ii) contas utilizadas para venda de drogas juntamente com transações lícitas, ou seja, contas mescladas.

Com relação às primeiras, afirma o acórdão que se trata da “situação em que um vendedor de narcóticos abre conta bancária e nela deposita somente dinheiro recebido da venda de drogas. **O dinheiro depositado é substituído por um crédito. Este crédito, claramente, é um fruto rastreável (...)**. Se o vendedor de drogas usa o dinheiro que recebe para comprar uma barra de ouro ou um carro, **o ativo é fruto rastreável e assim também o é um crédito no banco**”. Quanto às segundas, **“um contexto mais problemático surge quando a conta do traficante não é utilizada apenas para depositar o resultado da venda das drogas, mas tem uma finalidade geral**, na qual fundos de transações legítimas também são depositadas e da qual dinheiro é retirado”, justamente o caso de fundos mistos.

Em linha de princípio, à acusação deveria ser permitido comprovar a mistura através das mais diversas técnicas contábeis disponíveis ou de outros meios dotados de suficiente racionalidade, que determinem as várias percentagens nos lançamentos a débito de uma conta

depósitos oriundos das primeiras. Em sua decisão, consignou o juiz que “o governo pretende o confisco dos fundos em contas nas quais fundos ilícitos foram negociados sem nada dizer com relação aos saldos dessas contas”. Ao fundamentar o indeferimento, o tribunal também registrou que “existe uma possibilidade real de que correntistas inocentes, que tenham recebido depósitos maculados, sejam privados do uso desses fundos até que possam demonstrar a inocência dos recursos”. O pedido foi rejeitado “quanto à totalidade dos saldos de todas as contas indiretas; o governo terá o direito de emendar o pedido (...) para alegar fatos adicionais contra os fundos requeridos, capazes de dar lugar a um suspeita razoável de que sejam passíveis de confisco”.

⁶⁵ *US v. Banco Cafetero Panama* 797, F. 2d 1154 (2nd Cir. 1986). Sinteticamente, um banco panamenho, cujos controladores estavam envolvidos no tráfico de drogas, transferiu, pouco antes de ser dissolvido pela autoridade local, US\$ 46.000.000,00 para contas mantidas pelo Banco Cafetero Panama numa instituição de Nova Iorque, através de cinco outras contas. O Governo pretendia confiscar a íntegra dos respectivos saldos misturados com outros valores.

atribuíveis a recursos de origem criminosa anteriormente lançados a crédito. Para tanto, foram concebidas ao menos três técnicas⁶⁶ que US v. Banco Cafetero Panama acabou por endossar como critérios alternativos, consignando que “o uso das técnicas contábeis para determinar os vários percentuais de remessas atribuíveis a cada fonte de fundos entrantes apresenta dificuldades conceituais, haja vista a natureza fungível do dinheiro (...)”⁶⁷, pelo que inatingível a certeza matemática, salvo no seguinte caso: um traficante deposita \$ 50.000,00 de fontes ilegítimas e \$ 50.000,00 de fontes legítimas numa conta corrente. Somente um saque superior a \$60.000,00 permitiria garantir, com certeza matemática, que \$ 10.000,00 necessariamente seriam fundos ilegítimos. Mas tais situações de laboratório não são as da vida real.

Feito o registro, a primeira técnica é conhecida por (i) “*drugs-in, last-out*” [originário do método *first-in, last-out*, FILO, ou seja, **o primeiro a entrar será o último a sair da conta**]. Nesse caso, “se \$ 100 resultante da venda de drogas são depositados numa conta, um dos enfoques consiste em considerar que o fruto está ligado ao crime enquanto o saldo bancário não ficar abaixo de \$ 100 (...); (ii) “*pro rata*” [originário da imputação proporcional de acordo com as frações em cotejo]: o bem criminoso, aqui, seria apurado a partir da **razão entre os \$ 100, contaminados na conta corrente; e o saldo gerado imediatamente após seu lançamento**. Assim, se, com depósito de \$ 100 oriundo de fontes ilícitas, o saldo imediatamente posterior a esse lançamento ascende a \$ 1.000,00, chega-se à conclusão de que **10% de cada débito estará contaminado** [$100 \times 100 / 1.000 = 10\%$], método também conhecido pela regra do **saldo médio**; (iii) finalmente, existe o critério “*drugs-in, first-out*” [originário do método *first-in, first out*, LIFO, ou seja, **o primeiro a entrar é o primeiro a sair da conta**]. Nesse mesmo exemplo, tão logo se completarem débitos totais de \$ 100, não remanescerá propriedade criminosa no saldo em conta corrente, a qual poderá ter então se transferido para outros bens⁶⁸.

Parece-nos difícil, senão impossível, definir abstratamente situação que melhor se aplica ao caso concreto, dependendo muito das circunstâncias, especialmente a dinâmica dos lançamentos, assim como dos objetivos a serem considerados⁶⁹. Nesse sentido, “o rastreamento de dinheiro ou outros bens fungíveis é problemático, uma vez que identificar fundos particulares até sua origem criminosa é praticamente impossível. Para ajudar a resolver estes casos, o Segundo Circuito sancionou **determinados pressupostos contábeis que a Acusação pode usar para rastrear fundos de origem ilícita**. Um deles, o “*first in, last out*”,

⁶⁶ D. Randall Johnson, D. Randall Johnson. *The Criminally Derived Property Statute: Constitutional and Interpretive Issues Raised by 18 U.S.C. § 1957*, 34 Wm. & Mary L. Rev. 1291 (1993), p. 1330.

⁶⁷ Id., p. 1330.

⁶⁸ Para uma maior explicitação, US v. Banco Cafetero Panama 797, F. 2d 1154 (2nd Cir. 1986), que permitiu ao governo adotar, *prima facie*, o primeiro método.

⁶⁹ Nesse sentido, em US v. Cosme, 13 Cr. 43 (HB) (S.D.N.Y. Apr. 21, 2014), o réu suscitou justamente a questão de saber se fundos precedentes às acusações criminais poderiam ser derivados de atividade criminal. A Corte Distrital valeu-se da abertura concedida em *Cafetero*: “Quando alguns fundos em uma conta bancária são ligados à atividade criminosa e outros não, consultamos *Banco Cafetero* (...). Todos os fundos reivindicados pelo Réu antecedentes à atividade criminosa foram **posteriormente misturados com fundos supostamente derivados de atividade criminosa e transferidos para outras contas em valores mais baixos do que os frutos criminalmente derivados**. Assim, estes fundos são considerados rastreáveis à suposta atividade criminosa”. Também em US v. Walsh, 712 F 3d 119 (2nd Cir. 2013), afirmou-se que “**relevante, aqui, é o critério *drugs-in, first-out*, que considera como um fruto procedente do crime qualquer saque, ou qualquer ativo adquirido com esse saque, até o limite do total de fundos ilícitos depositados**”.

também designado como "**menor saldo intermediário**", preconiza que, **conquanto o saldo de uma conta nas quais fundos ilícitos tenham sido creditados, permaneça mais elevado que o total desses fundos**, a Acusação pode dar por rastreado **fundos iguais a esse montante**. Outro, o *first in, first out*, **considera receitas rastreáveis quaisquer saques, ou quaisquer bens adquiridos com esses saques, até o limite dos valores ilícitos depositados**⁷⁰.

Seja como for, uma teoria da contaminação total – segundo método do saldo médio (razão entre depósito inquinado e saldo formado) – levaria a criminalidade do bem ad infinitum – revelando-se desproporcional e pondo em risco o próprio sistema econômico⁷¹. Conforme justifica Barton em seminal artigo, seria de rigor, antes de mais nada, atentar para o chamado **nível de significação** do valor creditado em conta corrente na sua relação com o saldo bancário imediatamente consolidado: “o caso mais problemático abordado pela doutrina é aquele em que a parte manchada de um bem é insignificante em relação com a parte limpa”⁷². Segundo Barton, haveria **ausência de relevância ou de significação jurídica**, chegando-se à descontaminação⁷³. Especificamente, para o tratadista, **se pode haver a mistura, também pode haver a diluição** – o que parece correto dizer-se – justamente nos casos em que a propriedade criminosa foi originada em fração não superior a 5% do saldo ou valor resultante⁷⁴. Então, se a relação *pro rata* [entre o saldo da conta e o depósito inquinado] revelar-se insignificante, não haveria como sustentar, validamente, que ainda se está em presença de propriedade criminosa. Barton, na sua reconstrução, alude a três hipóteses em que a propriedade deixaria de apresentar-se como criminosa⁷⁵: (a) **perda da significância jurídica por força da baixa relação entre valor criminoso e não-criminoso**, (b) **perda da significação jurídica por conta de transformações sucessivas substanciais da propriedade criminosa** e (c) **perda da significância jurídica por conta de depreciação da propriedade criminosa**.

A nosso ver, porém, mais apropriado seria aludir à categoria mais geral da **descontaminação**, que se subdividira em (i) **descontaminação qualitativa** - consistente no distanciamento, no ciclo econômico, entre o bem originariamente derivado da atividade criminosa antecedente e o bem atualmente em consideração, a ser resolvida no plano do nex

⁷⁰ US v. Prevezon Holdings Ltd. 122 F. Supp. 3d 57.

⁷¹ A propósito, versando sobre o delito de utilizar recursos derivados de crime, tipificado na seção 1957 da lei americana, D. Randhall Johnson, *The Criminally Derived* (...), p. 1291 destaca quão pernicioso pode ser aplicar tais dispositivos incriminadores de uma forma excessivamente ampla – note-se, quando o acusado não seja o mesmo agente da atividade criminosa precedente – citando a primeira condenação a esse título, revertida pelos tribunais superiores, porquanto baseada na aparência de que se tratava de um criminoso.

⁷² Cordero, Blanco. *El delito de blanqueo de capitales* (...), p. 449.

⁷³ Suponha-se que R\$ 1.000,00 sejam depositados numa conta corrente, agregando-se a um saldo de R\$ 100.000,00. Não sendo a lavagem de dinheiro um mecanismo de reforço à punibilidade do crime antecedente, ressalvada a hipótese de *smurfing*, ofenderia a proporcionalidade qualquer tentativa de sustentar a contaminação, ainda que parcial, da conta receptora e, portanto, do respectivo saldo formado.

⁷⁴ Marko Voß, *Die Tatobjekte der Geldwäsche* (...), p. 37.

⁷⁵ Barton, Stephan. *Das Tatobjekt der Geldwäsche* (...), p. 164 afirma: “sempre que o valor da parte ilícita de um objeto (...) diminui substancialmente, como resultado do valor de seu processamento, segue-se que o objeto processado não mais pode mantêm sua significação como sendo proveniente do crime”. Como exemplo, Barton cita o caso do metal comprado com produto de crime, empregado na confecção de relógios, em cujo contexto acaba por ser perder.

de causalidade⁷⁶; e em (ii) **descontaminação quantitativa**, subdividida em (a) **diluição**, derivada da baixa razão, em determinado momento em consideração, entre o montante da propriedade incriminada e o saldo bancário formado imediatamente após o lançamento e em (b) **descontaminação por obsolescência**⁷⁷, derivada da perda de valor econômico da propriedade criminosa⁷⁸.

A tese de uma diluição absoluta – sempre que se aluda à mescla de fundos – não é aceitável, pois o crime redundaria, ao fim e ao cabo, impunível mercê desse habitual recurso. Nos caso de mescla, o acerto para estar justamente com a teoria da contaminação parcial, isso por conta das convenções de que o Brasil é signatário: (i) art. 12.4. de **Palermo** [incorporada pelo Decreto nº 5.015/04], art. 31.5. de **Mérida** [incorporada pelo Decreto 5.678/2006] e art. 5.6.b. de **Viena** [incorporada pelo Decreto 154/91]. Todos esses diplomas, de uma forma geral, determinam que, em se tratando de transferências bancárias, cabe à Acusação demonstrar que a conta, de onde originadas, estejam contaminadas por depósitos de dinheiro provindos de atividade criminosa antecedente, ficando a lavagem restrita ao valor criminoso posto na conta após sua mistura com recursos limpos⁷⁹. Assim deve ser porque não teria cabimento condenação com base em presunção de lavagem de dinheiro. Somente demonstrando-se que um saldo bancário esteja previamente contaminado por frutos vinculados a ato criminoso completo torna-se possível declarar provado o elemento objetivo do tipo, sendo que a única presunção admitida pela lei aplica-se ao procedimento cível previsto no art. 4º, §2º, tendo em vista previsão idêntica da Convenção de Viena (art. 5º, VII)⁸⁰, limitada aos domínios patrimoniais, como expressamente consta da Exposição de Motivos⁸¹. Consequentemente, **cabe operar com vários os métodos** (*first-in, last-out* e *first-*

⁷⁶ O presente trabalho não cuida do que chamamos de *descontaminação qualitativa*. Cfr. Barton, Stephan. *Das Tatobjekt der Geldwäsche* (...) p. 160, problematizando a terminologia da lei penal alemã – “*herrühren*” “surge especialmente a pergunta, quais mecanismos fazem com que um objeto não mais considerado como proveniente de um crime”, impondo-se definir os limites desse critério de proveniência. Em outras palavras, ainda segundo Barton, tem-se de perguntar quais transformações sucessivas podem eventualmente depurar esse caráter criminoso, do contrário a contaminação sempre se propagaria. Tem lugar, neste ponto, a diferenciação entre precedência e proveniência, sendo a primeira um juízo meramente cronológico, enquanto a segunda um juízo essencialmente jurídico, dos quais, todavia, este trabalho não cuida, concentrando-se mais propriamente na *descontaminação quantitativa* ou simplesmente diluição.

⁷⁷ Id. p. 164, ainda acrescenta a hipótese de perda de significância jurídica do próprio crime antecedente que gerou a propriedade criminosa.

⁷⁸ Vale registrar que, nesta sede, nos ocupamos, exclusivamente, da descontaminação qualitativa por diluição.

⁷⁹ Eis a dicção das citadas convenções: Convenção de Palermo: Art. 12.4. Se o produto do crime tiver sido misturado com bens adquiridos legalmente, estes bens poderão, sem prejuízo das competências de embargo ou apreensão, ser confiscados até ao valor calculado do produto com que foram misturados; Convenção de Mérida: Art. 31.5. Quando esse produto de delito se houver mesclado com bens adquiridos de fontes lícitas, esses bens serão objeto de confisco até o valor estimado do produto mesclado, sem menosprezo de qualquer outra faculdade de embargo preventivo ou apreensão. Convenção de Viena: Art. 5.6 (b) Quando o produto houver sido misturado com bens adquiridos de fontes lícitas, sem prejuízo de qualquer outra medida de apreensão ou confisco preventivo aplicável, esses bens poderão ser confiscados até o valor estimativo do produto misturado.

⁸⁰ Art. 4º (...). § 2º O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou sequestrados quando comprovada a licitude de sua origem.

⁸¹ Reza a Exposição de Motivos da Lei de Lavagem: 66. Na orientação do projeto, tais medidas cautelares se justificam para muito além das hipóteses rotineiras já previstas pelo sistema processual em vigor. Sendo assim, além de ampliar o prazo para o início da ação penal, o projeto inverte o ônus da prova relativamente à licitude de bens, direitos ou valores que tenham sido objeto da busca e apreensão ou do sequestro (art. 4º). Essa inversão encontra-se prevista na Convenção de Viena (art. 5º, nº 7) e foi objeto de previsão no direito argentino (art. 25, Lei

in, *first-out*) sempre à luz das circunstâncias do caso concreto⁸², com recurso à proporcionalidade, observando-se que baixas razões poderão significar diluição.

6. Transações com propriedades criminosas que não caracterizam lavagem.

Definida a existência de propriedade criminosa, nem por isso toda e qualquer transação financeira poderá ser caracterizada como lavagem de dinheiro, malgrado assim venha ocorrendo no Brasil.

Nesse sentido, **manual elaborado pelo Departamento de Justiça** Americano – DoJ consigna, em se cuidando de transações bancárias, que “nos casos em que as condutas a serem incriminadas como lavagem de dinheiro ou no caso de perdimento (...) consistam em **depósitos de frutos de crimes antecedentes numa instituição financeira doméstica, cuja conta seja claramente identificável como pertencente à pessoa que cometeu a atividade criminosa antecedente, nenhuma acusação deverá ser apresentada sem uma consulta prévia com a seção de Confiscos e Lavagem de Dinheiro. Explicação:** uma das maiores preocupações sobre o uso das leis de lavagem de dinheiro envolve uma classe de **casos normalmente envolvidos como recebimento e depósito**. São os casos em que uma pessoa obtém valores de um crime antecedente especificado que a própria pessoa cometeu e então deposita esses resultados numa conta bancária claramente identificada como pertencendo àquela mesma pessoa. Nesse tipo de transação, geralmente **não concorre o elemento de dissimulação, e a transação é conduzida de modo que a pessoa possa usar ou desfrutar dos frutos da atividade criminal antecedente**”⁸³.

Inúmeros casos seguem essa orientação, consignando que “a aplicação das leis de lavagem de dinheiro em tais situações as transformaria em **legislação contra o gasto do dinheiro** (United States v. Sanders, 928 F.2d 940, 946 (10th Cir.), cert. negado, 502 U.S. 845, 112 S.Ct. 142, 116 L.Ed.2d 109 (1991)). O propósito da legislação é alcançar transações comerciais concebidas, ao menos em parte, para dissimular a relação do bem adquirido com o agente que fornece os frutos, bem como que os frutos usados nessa compra foram obtidos de atividades ilegais. (...). **A clara relação entre a transação imobiliária e a ligação de Rockeman [o acusado] com a propriedade adquirida com fundos havidos do tráfico nos convence que a prova não pode sustentar uma conclusão de que Rockelman tinha a intenção de dissimular nos termos exigidos pela lei**”⁸⁴.

23.737/89). 67. Observe-se que essa inversão do ônus da prova circunscreve-se, à apreensão ou ao sequestro dos bens, direitos ou valores. Não se estende ela ao perdimento dos mesmos, que somente se dará com a condenação (art. 7º, I). Na medida em que fosse exigida, para só a apreensão ou o sequestro, a prova da origem ilícita dos bens, direitos ou valores, estariam inviabilizadas as providências, em face da virtual impossibilidade, nessa fase, de tal prova.

⁸² A propósito, conforme se trate de analisar a conta ou bens em que o saldo se tenha transposto, um método e outro levarão a consequências muito diferentes. Se os recursos permanecem mesclados no saldo da conta, o primeiro método potencializa o *quantum* contaminado. O último, diferentemente, considera que a parcela criminosa imediatamente deixou a conta para transformar-se no bem adquirido com o redutor do saldo, descontaminando a conta, mas contaminando o bem.

⁸³ Office of The United States Attorneys, USAM 9-105.000, Money Laundering, 9-105.330, 5, § *Prosecutions in receipt and deposit cases*, p. 4.

⁸⁴ US v. Rockelman, 49 F. 3d 418 (8th Cir. 1995). O acusado adquiriu um bem, colocando-o diretamente em nome da empresa por ele titulada; no mesmo sentido, US v. Scialabba, 282 F. 3d 475 (7th Cir. 2002), ao afastar a

Trata-se de uma orientação, aliás, já bem contemplada na jurisprudência brasileira, segundo a qual é elemento típico da lavagem de dinheiro a ocultação e a dissimulação, o que não ocorre em tais circunstâncias, de modo que a utilização de dinheiro supostamente ilícito, sem intento de disfarçá-lo ou ocultá-lo, não preenche os requisitos legais para a imputação, mas mera consequência lógica e natural da anterior ação criminosa⁸⁵.

A propósito, o Ministro Teori Zavascki⁸⁶ igualmente ensina que “as ações de, simplesmente, receber ou ter em depósito valores que sejam produtos dos crimes antecedentes não são suficientes para a configuração dessa figura típica”, consignando igualmente o Ministro Nefi Cordeiro que “[não] se pune o gastar dinheiro do crime, pós-fato impunível e natural ao agir desde o início planejado pelo criminoso. Pune-se a conduta de lavagem, a transformação dissimulada do ilícito dinheiro em lícito”, de modo que “gastar dinheiro do crime não configura lavagem de dinheiro, que exige escondimento do dinheiro ou de sua origem”⁸⁷, podendo encontrar-se idêntica solução em precedentes da relatoria do Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, segundo o qual “aquisição de bens duráveis e de fácil liquidez, como relógios, obras de arte e veículos automotores, em que pese poderem

caracterização do delito em transações inerentes ao próprio crime subjacente, consignou que, a não ser assim, concluir-se-ia que **“cada traficante de drogas realiza a lavagem de dinheiro utilizando as receitas das vendas para comprar mais drogas no comércio; que um ladrão de banco perpetra lavagem de dinheiro, utilizando uma parte do resultado do assalto para alugar o carro de fuga a ser usado na próxima empreitada e assim por diante. Um estelionatário, ao gastar parte do produto do crime para morar e alimentar-se, a fim de permanecer vivo, também teria praticado lavagem de dinheiro.** Contudo, nenhuma dessas operações envolve transações financeiras para ocultar ou investir lucros, a fim de evitar a persecução, objetivo normal da lavagem”. Ainda, em *US v. Olaniyi-Oke*, 199 F.3d 767 (5th Cir. 1999), “a aquisição de qualquer ativo com o produto de atividades ilegais esconde tais recursos, convertendo-os em uma forma diferente e com uma aparência de maior legitimidade. **Mas a exigência de que a transação seja concebida para ocultar implica que mais do que tal motivação trivial seja provada** [para demonstrar o crime]”.

⁸⁵ A propósito, decidiu o 4º Regional, em acórdão relatado pelo hoje Ministro Nefi Cordeiro: “(...) 7. No delito de lavagem de dinheiro, tendo o legislador classificado como condutas típicas o ocultar ou o transformar (dando ao dinheiro ilícito a aparência de lícito pela dissimulação de sua natureza, origem ou movimentação), a conversão de ativos ilícitos em lícitos não se dá com a mera aquisição de bens com o produto do crime anterior, mas por sua transformação falseada em dinheiro lícito. 8. A conduta de pagar contas diretamente, usando dinheiro ilícito, mas de forma aberta e não camuflando ou transmutando a natureza do numerário, não se subsume a qualquer das figuras típicas do crime de lavagem de dinheiro, sendo, no máximo, pós-fato impunível e natural ao agir desde o início planejado pelo criminoso” (TRF4, ACR 1999.70.00.013518-3, 7ª Turma, D.E. 04/07/2007). Também a Corte Especial do STJ assentou que o “mero proveito econômico do produto do crime não configura lavagem de dinheiro, que requer a prática das condutas de ocultar ou dissimular. Assim, não há que se falar em lavagem de dinheiro se, com o produto do crime, o agente se limita a depositar o dinheiro em conta de sua própria titularidade, paga contas ou consome os valores em viagens ou restaurantes”. (STJ, APn 458/SP, Rel. Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, DJE 18/12/2009).

⁸⁶ Consta do voto do eminente Ministro Teori Zavascki na AP 470-EDI-SEXTOS/MG, que o “crime de ‘lavagem’ ou ocultação de valores (...) se compõe ainda pelo elemento subjetivo, consistente na especial finalidade do agente de (...) ocultar ou dissimular. (...) Embora seja dispensável que o agente venha a atingir tais resultados, relacionados à facilitação do aproveitamento (“utilização”) de produtos de crimes, é inerente ao tipo que sua conduta esteja direcionada e apta a alcançá-los. Portanto, as ações de, simplesmente, receber ou ter em depósito valores que sejam produtos dos crimes antecedentes não são suficientes para a configuração dessa figura típica. É essencial que tais ações constituam, não um fim em si próprias, mas um meio pelo qual possa o agente lograr êxito em ocultar ou dissimular o aproveitamento dos referidos bens”.

⁸⁷ TRF4, ACR 1999.70.00.013518-3, 7ª Turma, D.E. 04/07/2007.

caracterizar o crime de lavagem de ativos, exige-se elementos outros complementares, como a clara intenção de dissimular”⁸⁸.

Nesses casos, malgrado operações possam ser realizadas envolvendo propriedades criminosas, a redução do saldo bancário ou mesmo o bem em que este se venha a sub-rogar não consumará o crime de lavagem.

7. Conclusões: etapas necessárias à verificação e isolamento da propriedade criminosa

Do que acaba de ser examinado, algumas conclusões práticas podem ser extraídas, notadamente quando se cuide de examinar a incriminação de transferências bancárias sob a perspectiva do crime de lavagem de dinheiro.

Em primeiro lugar, parte-se da identificação de uma *propriedade criminosa*, cuja ideia remonta aos navios envolvidos em atos de pirataria, considerados como propriedades culpadas (*Harmony v. USA* e *Palmira v. USA*⁸⁹). Trata-se de uma determinação jurídica⁹⁰ que ainda não envolve o exame de elementos subjetivos, como a intenção ou desígnio de praticar ou não um crime (*Regina v. Loizou*⁹¹, *Kensington Intl Ltd. V. Republic of Congo*⁹², *Regina v Geary*⁹³, *Regina v. Amir e Akhtar*⁹⁴), caso em que já se estaria avaliando o tipo subjetivo da lavagem.

Em segundo lugar, especial atenção deve ser dada à verificação do *momentum* a partir do qual os produtos de um crime foram gerados, *via-à-vis* da operação bancária incriminada.

⁸⁸ *In verbis*: “A aquisição de bens duráveis e de fácil liquidez, como relógios, obras de arte e veículos automotores, em que pese poderem caracterizar o crime de lavagem de ativos, exige-se elementos outros complementares, como a clara intenção de dissimular a origem dos recursos ou a aquisição de bens em nome de terceiros ou nome falso. Hipótese em que o conjunto probatório não atesta cabalmente o cometimento do delito. (...)” (TRF4, ACR 0011147-95.2006.404.7200, 8ª Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, D.E. 22/01/2015). Ainda, afastando a lavagem, à míngua da ocultação: “Apelação. Lavagem de capitais. Provas suficientes da origem ilícita do dinheiro apreendido. Ausência de elementos a demonstrar a finalidade de ocultar ou dissimular o emprego do dinheiro. Mera posse do valor que não caracteriza o crime de branqueamento ou ocultação de dinheiro. Apelo provido” (TJSP, Ap. Cr. nº 0006785-79.2008.8.26.020, Relator Guilherme de Souza Nucci, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. 14/10/2014); “Apelação. Lavagem de dinheiro. Compras realizadas de forma aparentemente normal, que, ao que tudo indica, nem sequer procuraram dissimular a origem espúria do dinheiro utilizado. Inexistência de comprovação do dolo necessário à caracterização do delito. Absolvição. Recurso provido” (TJSP, Ap. Cr. Nº 0016112-87.2008.8.26.0576, Relator Francisco Bruno, 10ª Câmara de Direito Criminal, j. 13/09/2012); “(...) 5. A simples prática de negócios jurídicos que envolvam a disposição de bens e valores do patrimônio do agente, ainda que parcialmente constituído por proveito da prática de infrações penais, ou o seu investimento em outras atividades com o intuito exclusivo de gerar mais lucros, não caracteriza o crime do art. 1º da Lei 9.613/98, sendo imprescindível à configuração da infração penal a demonstração do elemento subjetivo do tipo de ocultar, dissimular a origem do dinheiro, o que não ocorre na hipótese dos autos (...)” (TRF3, ACR 00048423120004036102, Rel. Des. Federal Cotrim Guimaraes, 2ª Turma, e-DJF3 07/08/2014).

⁸⁹ *Harmony*, 43 US at 233-34 (1844); *Palmyra*, 12 Wheat. 1 (1827).

⁹⁰ A rigor, entendemos que se trata de uma questão de direito ou, dependendo das circunstâncias, de uma questão mista. Sobre as questões mistas, discorremos em KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato Pelo Superior Tribunal de Justiça*. Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 151.

⁹¹ *R v Loizou* [2005] EWCA Crim 1579, [2005] 2 Cr. App. R. 37.

⁹² *Kensington Intl Ltd. V. Republic of Congo* [2008] 1 WLR 1144.

⁹³ *Geary, R. v. Regina* [2010] EWCA Crim 1925.

⁹⁴ *Regina v. Amir e Akhtar*, [2011] EWCA Crim 146.

Em outros termos, compete ao intérprete, uma vez identificada uma propriedade criminosa como objeto da transação em exame, definir o ponto em que o bem passou a revestir essa qualificação jurídica. Passa-se, pois, a um segundo momento de verificação, a ser realizado no interior de uma propriedade já definida como criminosa. Porém, como se trata da *res* enquanto tal e não ao desígnio do agente ao empregá-la numa transação financeira, deve-se manter tais questões (objetivas e subjetivas) em planos distintos. Nesse ponto, uma plêiade de combinações, nem todas criminosas do ponto de vista da lavagem, pode suceder.

Nesse sentido, é perfeitamente possível a ocorrência de (i) **transferência de propriedade não-criminosa com procedimentos de ocultação ou dissimulação** (*US v. LaBrunerie*⁹⁵, *Anderson v. Smithfield Foods, Inc*⁹⁶, *AP nº 470/MG*⁹⁷); (ii) **transferência de propriedade criminosa sem procedimentos de ocultação ou dissimulação** (*US v. Olaniyi-Oke*⁹⁸, *US v. Scialabba*⁹⁹, *US v. Rockelman*, 49 F. 3d 418¹⁰⁰, *Ação Penal 458/SP*¹⁰¹, *ACR nº 1999.70.00.013518-3*, *1999.70.00.013518-3*¹⁰², *0011147-95.2006.404.7200*, *0006785-79.2008.8.26.020*¹⁰³, *0016112-87.2008.8.26.0576*¹⁰⁴, *00048423120004036102*¹⁰⁵); (iii) **transferência de propriedade ainda não tornada criminosa no patrimônio do ordenante, mas que no patrimônio do destinatário poderá assumir essa condição** (*US v. Mankarious*¹⁰⁶, *US v. Johnson*¹⁰⁷, *US v. Christo*¹⁰⁸). Em todas as hipóteses aqui mencionadas, não se poderá aludir à lavagem de dinheiro pelo ordenante ou mesmo pelo destinatário, impondo-se nova e idêntica análise quanto ao último, a partir do saldo formado em seu patrimônio ou conta-corrente.

Em terceiro lugar, nessa atividade de rastreamento, eventual inexistência de fontes legítimas de renda como suporte de uma transação bancária ou da formação do saldo respectivo não autoriza, por si só, o estabelecimento de uma presunção de criminalidade dos valores transacionados. Se é recomendável seu rastreamento completo (*ACR 0042105-10.2005.404.7100*¹⁰⁹), também não é imprescindível a vinculação da propriedade criminosa a uma receita derivada de específica operação criminosa no contexto do crime antecedente (*US*

⁹⁵ *US v. LaBrunerie*, 914 F. Supp. 340 (W.D. Mo. 1995).

⁹⁶ *Anderson v. Smithfield Foods, Inc.*, 209 F. Supp. 2d 1270 (M.D. Fla. 2002).

⁹⁷ AP 470 EI-décimos sextos, Relator p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Pleno, j. 13/03/2014.

⁹⁸ *US v. Olaniyi-Oke*, 199 F.3d 767 (5th Cir. 1999).

⁹⁹ *US v. Scialabba*, 282 F. 3d 475 (7th Circ. 2002).

¹⁰⁰ *US v. Rockelman*, 49 F. 3d 418 (8th Cir. 1995).

¹⁰¹ STJ, APn 458/SP, Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJE 18/12/2009.

¹⁰² TRF4, ACR 1999.70.00.013518-3, 7ª Turma, Relator Ministro Néfi Cordeiro, D.E. 04/07/2007.

¹⁰³ TJSP, ACR nº 0006785-79.2008.8.26.0201, Relator Guilherme de Souza Nucci, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. 14/10/2014.

¹⁰⁴ TJSP, ACR nº 0016112-87.2008.8.26.0576, Relator Francisco Bruno, 10ª Câmara de Direito Criminal, j. 13/09/2012.

¹⁰⁵ TRF3, ACR 00048423120004036102, Rel. Des. Federal Cotrim Guimaraes, 2ª Turma, e-DJF3 07/08/2014.

¹⁰⁶ *US v Mankarious*, 151 F. 3d. 694, 705 (7th. Cir 1998).

¹⁰⁷ *US v. L Johnson*, 971 F2d 562 (10th Circ. 1992).

¹⁰⁸ *US v. Christo*, 129 F.3d 578 (11th Circ. 1997).

¹⁰⁹ TRF4, ACR 0042105-10.2005.404.7100, Oitava Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, D.E. 22/01/2015.

v. *Blackman*¹¹⁰, *US v. Massac*¹¹¹). A criminalidade dos fundos poderá, eventualmente, ser inferida a partir da **totalidade das circunstâncias**, com associação da **ausência de explicação plausível para a detenção de grandes somas monetárias, de forma geral, com fatos muito contundentes, de forma específica, acerca do delito antecedente e de sua potencialidade geradora de recursos** (*US v. Blackman*¹¹², *US v. Matra*¹¹³, *US v. Massac*¹¹⁴, *ACR 5037102-80.2014.404.7000*¹¹⁵, *ACR 00012769820054036005*¹¹⁶).

Em quarto lugar, cuidando-se de bens infungíveis, a verificação não reclamará grandes sofisticções. Porém, não é o que sucede em se tratando de dinheiro e, mais ainda, de **dinheiro representado por saldo bancário**. Aqui vem ter lugar operações adicionais bastante delicadas. Com efeito, **o saldo bancário nada mais significa que o resultado cumulativo e dinâmico de todas as transações que afetam uma conta corrente num dado momento cronológico considerado** (*US v. Banco Cafetero Panama*¹¹⁷). A rigor, a própria movimentação bancária já representaria uma primeira camada de sub-rogação, pois não mais se trata de encontrar as cédulas que o criminoso transferiu ao banco, senão que um direito de crédito contra a instituição depositária, não havendo, evidentemente, direito de seqüela em relação ao papel-moeda entregue ao caixa (*US v. Johnson*¹¹⁸).

Como o saldo bancário já representa forma de sub-rogação, pode-se compreendê-lo como a primeira fase de um longo processo entre contaminação e descontaminação. Porém, no momento em que fundos limpos e sujos se encontram no saldo – ambos compondo o montante disponível – a localização da propriedade criminosa dependerá de verificações cada vez mais complexas, atinentes à dinâmica da mescla nos diversos estágios de desenvolvimento de saldo em operações interbancárias, cujo limite final será a descontaminação total por diluição (*US v. Certain Accounts*¹¹⁹; *US v. All funds on deposit*¹²⁰).

Em quinto lugar, confirmada a mistura de fundos, o intérprete terá de verificar que fundos ilícitos remanescem na conta e se, eventualmente, já não pode ter ocorrido diluição. Em outras palavras, deve detectar o *momentum* em que a contaminação ocorreu, até encontrar seu epílogo com a descontaminação, deixando de ter relevância jurídico-penal, acaso já implementada.

¹¹⁰ *US v. Blackman*, 904 F.2d 1250 (8th Cir. 1990); *United States v. Massac*, 867 F.2d 174 (3rd Cir. 1989); *US v. Matra*, 841 F.2d 837, 841 (8th Cir.1988).

¹¹¹ *US v. Massac*, 867 F.2d 174 (3rd Cir. 1989).

¹¹² *US v. Blackman*, 904 F.2d 1250 (8th Cir. 1990); *US v. Massac*, 867 F.2d 174 (3rd Cir. 1989); *US v. Matra*, 841 F.2d 837, 841 (8^o Cir.1988). Para maior detalhes, v. *supra*, com associações entre falta de justificativa para detenção de valores e apreensão de volume de drogas compatível com mercancia ou apreensão de livro-razão contabilizando venda de drogas. Em qualquer caso, entendemos que o apelo à totalidade das circunstâncias deve partir de bases bastante sólidas a demonstrar que o crime antecedente tem caráter tal que compila à inferência de que os fundos se originaram de sua prática. A prova, nesse sentido, deve impor uma tal conclusão.

¹¹³ *US v. Matra*, 841 F.2d 837 (8th Cir. 1988).

¹¹⁴ *US v. Massac*, 867 F.2d 174 (3rd Cir. 1989).

¹¹⁵ TRF4, ACR 5037102-80.2014.404.7000, 7^a Turma, Relatora Cláudia Cristina Cristofani, j. 18/11/2015.

¹¹⁶ TRF3, ACR 00012769820054036005, 2^a Turma, Relator Des. Federal Henrique Herkenhoff, DJU 11/09/2008.

¹¹⁷ *US v. Banco Cafetero Panama* 797, F. 2d 1154 (2nd Cir. 1986).

¹¹⁸ *US v. Johnson*, 971 F2d 562 (10th Cir. 1992).

¹¹⁹ *US v. Certain Accounts*, 795 F. Supp. 391 (1992).

¹²⁰ 804 F. Supp. 444 (E.D.N.Y. 1992).

A propósito, a teoria da descontaminação é uma necessidade imposta pelo ciclo econômico e, para efeitos didáticos, propomos sistematizá-la em (a) **descontaminação qualitativa** e (b) **descontaminação quantitativa**, esta última (b.1.) por **obsolescência** ou (b.2.) **diluição**¹²¹. De fato, não sendo viável a adoção de uma teoria da **contaminação total e irrestrita**, torna-se necessário operar com limites, não raro dotados de alguma subjetividade (p. ex., Barton sugere que uma razão inferior a 5% indique a descontaminação da conta¹²²). Ademais, mesmo que o julgamento de um caso concreto não exija maior precisão sobre a ocorrência ou não desse fenômeno, tal determinação terá relevo quando menos na dosimetria da pena e, certamente, quanto ao objeto do perdimento.

Nesse sentido, **são três os principais métodos financeiros propostos para detectar o momentum em que uma conta bancária poderá ter alcançado a descontaminação**, bem como para quantificar os saldos impuros existentes numa conta mista, a saber: *first-in, last-out* [FILO] ou *first-in, first-out* [LIFO], tratando-se de aquisições ou de manutenção de saldos bancários; e *pro rata*, sem prejuízo, porém, de outras metodologias que se apresentem dotadas de racionalidade e consistência (*US v. Banco Cafetero Panama*¹²³, *US v. Cosme*¹²⁴, *US v. Prevezon Holdings Ltd*¹²⁵), cuja adoção dependerá das circunstâncias de cada caso concreto, haja vista que esse aparato conceitual objetiva, ao fim e ao cabo, determinar se o bem ou o saldo já não terá alcançado o estado da descontaminação em ciclos mais distantes do processo econômico.

Como conclusão, portanto, afirma-se que a demonstração da lavagem de dinheiro, *a parte objecti*, depende (i) de uma verificação que se inicia, processualmente e de forma objetiva, com a identificação de uma propriedade criminosa, (ii) passando pela definição do *momentum* inicial e final em que a *res* assumiu ou perdeu essa qualificação, desde que (iii) constatado o desígnio de dissimulação ou ocultação, (iv) correlacionando a propriedade criminosa com o *momentum* da operação financeira incriminada e finalmente (v) verificando-se, sempre que necessário, os limites iniciais e finais dos processos de contaminação e descontaminação de saldos bancários, mediante o emprego de técnicas razoavelmente sustentáveis do ponto de vista contábil – dentre as quais as metodologias *first-in, first out* [FILO], *first-in, last-out* [LIFO] e *pro-rata* – sob pena de este delito, ao fim e ao cabo, transformar-se em via transversa de recrudescimento da punibilidade do próprio crime antecedente (*US v. Edgmon*)¹²⁶, o que não se mostra adequado.

¹²¹ Neste artigo, cuidamos apenas da descontaminação quantitativa ou diluição.

¹²² Barton, Stephan. *Das Tatobjekt der Geldwäsche* (...), p. 164 alude à diluição nos casos de baixa relação entre os fundos limpos e aqueles maculados, pois nesse caso os objetivos da legislação não seria atingidos. Empregando o conceito de nível de significância, sustenta que 5% seria o limite abaixo do qual a diluição ocorre: “então, se um objeto não ultrapassa esse nível”, careceria de significância e já não se poderia aludir a uma propriedade criminosa. Porém, ao fazer aplicação da tese, verifica-se que na verdade Barton inclui uma espécie de juízo de valor: supondo-se a aquisição de um veículo familiar por \$ 30.000, em cujo pagamento o produto da droga representa \$ 500, ou seja, 1,66%, este bem não seria uma propriedade criminosa. Porém, supondo-se a aquisição de um carro esportivo de luxo, a \$ 300.000, em cujo pagamento o produto da droga representa \$ 5000. A despeito de ambos significarem 1,66% do preço, afirma Barton que neste último caso, “apesar de em ambos os casos a relação entre dinheiro limpo e sujo ser igual”, o bem seria uma propriedade criminosa.

¹²³ *U.S. v. Banco Cafetero Panama* 797, F. 2d 1154 (2nd Cir. 1986).

¹²⁴ *US v. Cosme*, 13 Cr. 43 (HB) (S.D.N.Y. Apr. 21, 2014).

¹²⁵ *US v. Prevezon Holdings Ltd*. 122 F. Supp. 3d 57.

¹²⁶ *US v. Edgmon*, 952 F.2d 1206 (10th Cir. 1991).