



O confisco de bens no crime de lavagem de capitais: o problema da confusão entre patrimônio lícito e ilícito

The confiscation of assets in the crime of money laundering: the confusion between licit and illicit assets

Francis Rafael Beck 

Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

francis@francisbeck.com.br

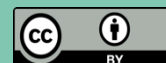
Conflito de interesses: nada a declarar. **Financiamento:** nada a declarar.

Histórico:

Submissão | Received: 22/03/2022

Aprovação | Accepted: 05/04/2022

Publicação | Published: 30/04/2022



Resumo

O presente artigo analisa o confisco de bens no crime de lavagem de capitais a partir dos casos de confusão (mescla) entre patrimônio lícito e ilícito. O tema se justifica na medida em que a mescla é amplamente utilizada em operações de lavagem, sendo que ainda não existe um critério jurisprudencial claro para a identificação do objeto do confisco em casos dessa natureza. Nesse sentido, o objetivo do trabalho é identificar o melhor critério a ser utilizado a determinação do confisco na confusão patrimonial. A metodologia utilizada se ampara no método de abordagem dialético e a técnica de pesquisa na documentação indireta, especialmente bibliográfica e normativa. A proposta defendida é que as medidas cautelares patrimoniais e o confisco de bens se mostram cada vez mais comuns no delito de lavagem de dinheiro, seja para fins repressivos quanto preventivos. A lei de lavagem de dinheiro brasileira, por sua vez, apresenta detalhada regulação das medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores, assim como da alienação antecipada e confisco de bens. A fim de identificar a parcela lícita e ilícita que o compõe o patrimônio, a teoria da contaminação total estabelece que qualquer grau de contaminação alcança a integralidade do bem (o que é abrandado por alguns autores com o estabelecimento de uma cota mínima de maculação). No entanto, a teoria que deve ser adotada é a da contaminação parcial, pela qual os bens oriundos da mistura de capital lícito com ilícito somente serão contaminados na proporção da origem espúria, devendo esse quantum ser devidamente apurado e declarado em sentença quando da imposição do confisco.

Palavras-chave: Lavagem de capitais, Confisco, Mescla

Abstract

This article analyzes the confiscation of assets in the crime of money laundering based on cases of confusion between licit and illicit assets. The theme is justified to the extent that this mixture is widely used in laundering operations, and there is still no clear jurisprudential criterion for the identification of the object of confiscation in cases of this nature. In this sense, the objective of this paper is to identify the best criterion to be used to determine confiscation when there is confusion between assets. The methodology used is based on the dialectical approach and the research technique relies on indirect documentation, especially bibliographic and normative. The proposal defended is that the property precautionary measures and the confiscation of assets are becoming more and more common in money laundering crimes, both for repressive and preventive purposes. The Brazilian money laundering law, on the other hand, presents detailed regulation of the measures to secure assets, rights or values, as well as anticipated alienation and confiscation of assets. In order to identify the licit and illicit portions that make up the assets, the theory of total contamination establishes that any degree of contamination reaches the entirety of the asset (which is softened by some authors with the establishment of a minimum quota of taint). However, the theory that must be adopted is that of partial contamination, by which the goods resulting from the mixture of licit and illicit capital will only be contaminated in proportion to the spurious origin, and this quantum must be duly ascertained and declared in a sentence when confiscation is imposed.

Keywords: Money laundering, Confiscation, Merger

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. O confisco de bens no âmbito da lei de lavagem de capitais brasileira; 3. A confusão entre patrimônio lícito e ilícito (mescla); 4. As teorias da contaminação em caso de mescla e seus efeitos sobre o confisco de bens; 5. Considerações finais.

1. Considerações iniciais

O Direito Penal cada vez mais volta suas baterias para a vantagem patrimonial decorrente do ilícito, não apenas para tentar reduzir o estímulo à criminalidade (especialmente a partir da análise econômica do delito) mas também para permitir a reparação do dano e o cumprimento das penalidades que envolvam conteúdo pecuniário. No âmbito da lavagem de capitais, as cautelares patrimoniais e o confisco de bens se mostram um recurso bastante utilizado e com frequência ampliado e facilitado.

Os mecanismos de lavagem de capitais costumeiramente se utilizam da mistura de valores lícitos e ilícitos, justamente porque facilitam a aparência de legalidade da atividade de branqueamento, na medida em que uma parte dela efetivamente corresponde ao direito.

Referida confusão entre capital de origem lícita e espúria corresponde à chamada mescla, que demandará análise importante quando do

confisco dos bens como efeito da condenação, no sentido de apurar se determinado bem objeto de mescla será objeto ou não de perdimento e, em caso positivo, em que medida.

O presente artigo, dessa forma, analisa a disciplina da lei de lavagem brasileira quanto às cautelares patrimoniais e confisco de bens, a mescla enquanto prática usual de lavagem e, por fim, as teorias utilizadas para a determinação do perdimento em casos de mescla.

Trata-se de tema relevante, na medida em que são muitos os casos trazidos até o Judiciário e considerável a doutrina existente, no entanto, sem uma consolidação jurisprudencial que permita alguma segurança acerca do tratamento a ser dispensado aos casos de perdimento em sede de lavagem decorrente de mescla.

2. O confisco de bens no âmbito da lei de lavagem de capitais brasileira

O Direito Penal como um todo, especialmente a partir dos últimos anos, tem se preocupado sobremaneira não apenas com a punição pelo delito cometido, mas também com a obstaculização do acesso à vantagem patrimonial decorrente do fato ilícito, a fim de desestimular a criminalidade a partir da redução dos benefícios econômicos do delito.

Tal estratégia, relacionada à análise econômica do direito penal, há muito tempo vem sendo utilizada no campo normativo, a partir de mecanismos de constrição e confisco de bens.

Dessa forma, os órgãos de persecução penal têm investido cada vez mais recursos em estruturas de inteligência que facilitem não

apenas a prova do delito de lavagem, mas também a identificação de toda a movimentação financeira e patrimonial dele decorrente. Tal tarefa muitas vezes se mostra complexa, especialmente quando o delito ultrapassa as formas mais comuns e usuais de lavagem (como no caso da aquisição simulada de patrimônio por pessoas próximas ao convívio do agente) para alcançar configurações intrincadas que envolvem a interposição de diversas pessoas (físicas e jurídicas), múltiplas operações e sistemas jurídicos de países distintos (especialmente aqueles que oferecem maiores dificuldades para a obtenção de informações). Ademais, é inerente ao crime de lavagem de capitais que o

agente oculte ou dissimule a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, fato que – por si só – já indica a necessidade de desvelar as por vezes incomuns particularidades e circunstâncias do crime.

Nesse sentido, a lei de lavagem brasileira (Lei 9.613/1998) prevê em seu artigo 4º que o juiz, de ofício (em violação ao sistema acusatório), a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia (nesse caso ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas), havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos na lei de lavagem ou das infrações penais antecedentes. A norma segue a mesma sistemática do Código de Processo Penal, na medida em que autoriza a cautelar sem qualquer requisito expresso que não os “indícios suficientes de infração penal”.

Ademais, a lei de lavagem estende a possibilidade de as medidas assecuratórias incidirem não apenas em relação a bens de origem ilícita, mas também sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente, de outros danos (como prevê a própria lei de lavagem), e para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.

No que tange ao distinto *standard* probatório para deferimento e afastamento da medida, estabelece a lei de lavagem que qualquer liberação de bens, direitos e valores apenas se dará quando “comprovada a licitude de sua origem”, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. Dessa forma, estabelece a inversão do ônus da prova para a

liberação e, mesmo assim, permite a manutenção da constrição dos bens comprovadamente lícitos para fins de assegurar consequências pecuniárias de eventual condenação.

No mesmo sentido de rigor no alcance patrimonial, a Lei 9.613/1998 estabelece ainda regras específicas para alienação antecipada, com o fim de preservação dos bens sob constrição, sempre que estiverem sujeitos a “qualquer grau de deterioração ou depreciação”, ou quando houver “dificuldade para sua manutenção”. Realizada em procedimento próprio, após homologação do valor atribuído, os bens serão alienados em pregão ou leilão (preferencialmente eletrônico), por valor não inferior a 75% da avaliação, que será depositado em conta judicial remunerada.

O confisco é expressamente previsto no artigo 70, inciso I, que estabelece que prevê a perda, em favor da União ou dos Estados de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos na lei de lavagem, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

Por fim, prevê o artigo 4º-A, §10, que verificado o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o juiz ainda decretará, em favor da União ou do Estado, (a) a perda dos valores depositados na conta remunerada e da fiança; (b) a perda dos bens não alienados antecipadamente e daqueles aos quais não foi dada destinação prévia; e (c) a perda dos bens não reclamados no prazo de noventa dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvado o direito de lesado ou terceiro de boa-fé.

Dessa forma, as disposições normativas da lei de lavagem de capitais brasileira reforçam a liberdade para que o Ministério Público busque o melhor meio de atacar o patrimônio ilícito, a fim de cessar a fruição e permitir a recomposição dos danos produzidos pelo crime (Oliveira, 2013). De fato, são facilitadas

as hipóteses de acautelamento, poucos os casos de restituição do bem e amplas as possibilidades de confisco.

3. A confusão entre patrimônio lícito e ilícito (mescla)

A mescla (também referida como mistura ou *commingling*) consiste na confusão, no âmbito de análise do delito de lavagem de dinheiro, entre bens de origem ilícita e outros procedentes de atividades legítimas, seja para fins de manutenção conjunta em um todo maior de valores (como contas bancárias e investimentos em dinheiro) ou mesmo transformação em outro bem (como imóveis, veículos, valores mobiliários, joias e obras de arte). Dessa forma, passa a existir um bem parcialmente lícito e ilícito.

A questão se torna complexa quando o objeto da mescla circula e se transforma em outros bens ou conjuntos de valores (como no caso da compra de um imóvel a partir de depósitos bancários decorrente de mescla, ou mesmo venda de um veículo em mescla para aquisição de outro de maior valor). Mais ainda, quando o agente se utiliza de recursos ilícitos para o pagamento de despesas de uma empresa (como salários, contas de consumo e matéria-prima) (Mendroni, 2018), o que ocasiona um lucro final maior da atividade econômica e, conseqüentemente, mais recursos disponíveis e maior capacidade de aquisição de bens. Nesse caso, os valores gerados têm origem lícita, decorrendo de operações idôneas da empresa, entretanto, representam um valor superior ao que resultaria se não houvesse o pagamento de despesas com recursos de origem espúria.

Referida estratégia de mescla fornece uma justificativa imediata para a existência de recursos e patrimônio, ao mesmo passo em que dificultam que as autoridades consigam

identificar a mistura de valores lícitos e ilícitos (Barros, 2013).

Embora muito comum na casuística, a jurisprudência brasileira pouco tem discutido de forma específica acerca do tema. Segue sendo lembrado o precedente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que estabelece que “o desempenho de atividades lícitas concomitante às ilícitas pelo agente, bem como a declaração dos bens produtos do crime antecedente ao Fisco não descaracterizam o crime de lavagem de dinheiro”. Acrescenta que “a mescla dessas atividades é utilizada como prática habitual para dificultar a investigação e a contabilização dos bens e sua declaração ao imposto de renda é uma das etapas do crime” (TRF3, ACR 00012769820054036005, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, 2ª Turma, DJF3 11/09/2008). Mais recentemente, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região apreciou caso em que verificada a “confusão entre operações desempenhadas pela empresa de forma lícita a outras irregulares, incidindo em tipologia de lavagem de dinheiro denominada mescla, em que valores de origem lícita da empresa (comissões de empréstimos consignados) se mesclam a valores ilícitos (investimentos no ‘mútuo’)”. De forma mais específica, embora a empresa em análise “tivesse autorização legal para atuar como correspondente bancário, recebendo proventos lícitos de tal atividade, como visto auferiu lucros de atividades que somente instituições financeiras possuem permissão para tal”, ocorrendo “a confusão em contas bancárias dos referidos recursos, o que a

doutrina denomina de lavagem de dinheiro pela mescla das operações” (TRF1, ACR 00359038920144013800, Relator Desembargador Federal Néviton Guedes, 4ª Turma, DJF 07/10/2021).

Nesse contexto, surge o problema relacionado à contaminação ou não de todo o patrimônio quando verificada a mescla, o que se torna especialmente relevante quando o patrimônio foi constituído antes da prática da infração que deu ensejo à lavagem de capitais. Nesse caso, deve ser realizada a distinção entre patrimônio lícito e ilícito, a fim de evitar a penalização indevida do acusado. Na prática, entretanto, muitas vezes o confisco e a alienação dos bens incidem sobre a totalidade do patrimônio, sem a necessária análise e comprovação da confusão (Callegari; Linhares, 2022).

Em qualquer caso, surgem três possibilidades de análise dos bens mesclados a partir da lavagem de capitais: considerá-los como objeto de lavagem por possuírem parcial origem ilícita; considerá-los idôneos por possuírem origem apenas parcialmente lícita; ou considerá-los ilegais apenas na proporção de sua origem ilícita (Blanco Cordero, 2015).

Essa discussão se mostra importante porque a adoção de um critério excessivamente rigoroso na configuração da ilicitude por mescla pode gerar impunidade (De Carli, 2013), da mesma forma que um critério excessivamente brando pode ensejar punição excessiva, com efeitos direto sobre os bens em análise.

4. As teorias da contaminação em caso de mescla e seus efeitos sobre o confisco de bens

Uma vez identificado um caso de mescla, para fins de análise do confisco do bem resultante desse processo, torna-se fundamental a delimitação de um critério para tanto, o que encontra amparo em duas grandes teorias, da contaminação total e parcial.

A teoria da contaminação total (*Totalkontamination*) sustenta que qualquer grau de contaminação conduz à contaminação total (simbolicamente, uma gota de óleo atinge toda a água limpa). Dessa forma, um único real em uma conta de milhões de reais, ou utilizado para a aquisição de um bem móvel ou imóvel de mesmo valor, seria suficiente para a contaminação do todo, como se fosse integralmente proveniente da infração penal anterior.

Ademais, essa teoria conduz a uma contaminação *ad infinitum* do valor originariamente ilícito, na medida em que seguiria contaminando integralmente todas as

operações posteriores. Assim, por exemplo, o valor decorrente do aluguel de um bem imóvel adquirido com recursos ilícitos seria também objeto idôneo para a lavagem de dinheiro (Blanco Cordero, 2015). Dessa forma, em um dado momento, todos os bens da vida econômica estariam maculados a partir dos desdobramentos, o que atrai críticas relacionadas ao princípio da proporcionalidade, proibição do excesso, taxatividade e culpabilidade (Machado, 2017).

A fim de diminuir o rigor da teoria, parte da doutrina estabelece uma cota de maculação, que passa a analisar o problema a partir do percentual ilícito da composição do bem. Assim, o bem será considerado totalmente maculado se a parte maculada superar o índice limite. Por outro lado, se patamar for inferior ao índice estabelecido, não será considerado originado de infração penal prévia, pelo que não haverá lavagem. Nesse sentido, diversos

índices são propostos, recebendo destaque aqueles que estabelecem uma cota superior a 50%, a partir do entendimento que, se a parcela ilícita não superar a lícita, a contaminação estará descaracterizada. (Machado, 2017).

Acrescenta Danilo Knijnik, a partir do trabalho de Stephan Barton, que é necessário atentar para o nível de significação do valor ilícito frente ao total do patrimônio, na medida em que a ausência de relevância ou de significação jurídica levaria à descontaminação. Se a relação *pro rata* for insignificante (o autor refere até 5% do valor do todo), não haveria como sustentar, validamente, que ainda se está em presença de propriedade criminosa. Para o autor, o mais apropriado seria a referência a uma categoria mais geral da descontaminação, dividida em (I) descontaminação qualitativa (correspondente ao distanciamento entre o bem originariamente derivado da atividade criminosa e o atualmente em consideração, a ser resolvida no plano do nexo de causalidade); (II) descontaminação quantitativa, subdividida em (a) diluição (baixa razão, em determinado momento em consideração, entre o montante do valor ilícito e o montante patrimonial formado imediatamente) e (b) descontaminação por obsolescência (perda de valor econômico da propriedade criminosa). Em qualquer caso, prossegue o autor, a tese de uma diluição absoluta não é aceitável, pois tornaria o crime impunível (Knijnik, 2016).

A segunda teoria, defendida pela maioria da doutrina, é a da contaminação parcial (*Teilkontamination*), que sustenta que a contaminação apenas ocorre na medida dos valores ilícitos introduzidos (novamente de forma simbólica, o óleo não se mistura com a água limpa). Nesse sentido, os bens oriundos da mistura de capital lícito com ilícito somente serão contaminados na proporção do valor de dinheiro sujo nela envolvido. Assim, o lucro advindo da venda de um imóvel, por exemplo, será contaminado na medida da composição do capital ilícito inicial. Ao mesmo passo, se esse imóvel for locado, apenas o percentual do aluguel correspondente ao valor ilícito utilizado

para a aquisição do bem segue contaminado pelo vício infracional de origem (Badaró; Bottini, 2019).

Dessa forma, a teoria da contaminação parcial sustenta que o bem mesclado apenas procede de uma infração penal anterior na medida em que tenha sido adquirido a partir de bens originados da conduta criminosa ou deles derivados (Cordero, 2015)

Assim, se em uma conta existe um milhão de reais, sendo que desse valor trezentos mil reais possuem origem ilícita, um bem adquirido apenas será objeto de lavagem caso tenha sido desembolsado valor superior a setecentos mil reais, justamente a parcela lícita de valores da conta. Em caso de dúvida acerca de ter sido utilizada a parcela lícita ou ilícita (como, no caso do exemplo citado, o repasse, a duas pessoas, do valor de quinhentos mil reais), a solução deve ser dada a partir do princípio da presunção de inocência. O agente apenas responderá por lavagem se o valor transferido englobar a parte maculada ou se puder ser identificado que o agente recebeu a parcela relativa à parte ilícita (Machado, 2017).

A maioria dos instrumentos internacionais indica que a teoria a ser empregada é a da contaminação parcial (Blanco Cordero, 2015). Nesse sentido, estabelece a Convenção de Palermo (art. 12.4) que 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. A Convenção de Mérida (art. 31.5) prevê que quando esse produto de delito tiver sido mesclado com bens adquiridos de fontes lícitas, esses bens serão objeto de confisco até o valor estimado do produto mesclado, sem afastar outra faculdade de embargo preventivo ou apreensão. Por fim, a Convenção de Viena (art. 5.6 b) estipula que quando o produto houver sido misturado com bens adquiridos de fontes lícitas, sem prejuízo de outra medida de apreensão ou confisco preventivo aplicável,

esses bens poderão ser confiscados até o valor estimativo do produto misturado.

Logo, o confisco de bens deve aplicado no caso de mescla, sendo que a teoria mais adequada a ser adotada é a da contaminação parcial. O

grande desafio, no entanto, reside na identificação da parcela ilícita na formação da mescla, ônus que compete ao Ministério Público e que deve ser precisamente indicado em sentença quando da decretação do perdimento de bens.

5. Considerações finais

A incidência de medidas cautelares patrimoniais e o confisco de bens tem se mostrado um ponto de não retorno nas tendências do direito e processo penal contemporâneos, particularmente no âmbito do direito penal econômico e, de forma mais específica, no delito de lavagem de capitais.

A lei de lavagem de dinheiro brasileira, nesse sentido, apresenta ampla regulação normativa das medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes de lavagem ou das infrações penais antecedentes. Da mesma, disciplina a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação ou quando houver dificuldade para sua manutenção, bem como o confisco de todos os de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem.

Por sua vez, a mescla representa a confusão, no âmbito da lavagem de dinheiro, de bens,

direitos ou valores de origem lícita e ilícita, técnica que facilita a justificativa da origem do patrimônio e dificulta a identificação do crime por parte das autoridades.

Para fins de confisco do patrimônio relacionado à lavagem de dinheiro, torna-se necessário identificar a parcela lícita e ilícita que o compõe. Nesse contexto, a teoria da contaminação total estabelece que qualquer grau de contaminação conduz à contaminação total do bem (por vezes temperada a partir de uma cota mínima de maculação que indicaria a origem ilícita do bem). A teoria defendida pela maioria da doutrina e instrumentos internacionais é a da contaminação parcial, que sustenta que os bens oriundos da mistura de capital lícito com ilícito somente serão contaminados na proporção dos valores ilícitos nela envolvidos.

A teoria a ser adotada, portanto, é a da contaminação parcial, devendo ser identificada pela acusação e devidamente fundamentada em sentença (tarefa que não se mostra fácil na maioria dos casos) a parcela ilícita na formação da mescla.

- Badaró, G. & Bottini, P. (2016). *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Barros, M. A. (2013). *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentário, artigo por artigo, à Lei nº 9.613/1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Blanco Cordero, I (2013). *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Arazandi.
- Callegari, A. L. & Linhares, R. M. (2022). *Lavagem de dinheiro (com a jurisprudência do STF e do STJ)*. Rio de Janeiro: Marcial Pons.
- De Carli, C. V. (2013). Dos crimes: aspectos objetivos. In C. V de Carli (Org.), *Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal* (pp. 216-274). Porto Alegre: Verbo Jurídico.
- Knijnik, D. (2016). *Transferências bancárias, propriedade criminosa e lavagem de dinheiro*. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS. 4(2º), 3-30.
- Machado, L. H. (2017). *A “mescla” no crime de lavagem de dinheiro em conta bancária sob a luz do direito alemão: um debate necessário no Brasil*. <https://www.conjur.com.br/dl/mescla-lavagem-luis-henrique-machado.pdf>.
- Mendroni, M. (2018). *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas.
- Oliveira, M. R. (2013). Provimentos cautelares patrimoniais em lavagem de ativos. In C. V de Carli (Org.), *Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal* (pp. 645-680). Porto Alegre: Verbo Jurídico.