

FACULDADE SÃO FRANCISCO DE ASSIS
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Rodrigo Berbigier

A inversão do ônus da prova na Lei de Lavagem de Dinheiro

Porto Alegre

2019

Rodrigo Berbigier

A inversão do ônus da prova na Lei de Lavagem de Dinheiro

Artigo apresentado à Faculdade São Francisco de Assis, como parte de requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dra. Brunna Laporte Cazabonnet

Porto Alegre

2019

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a inversão do ônus da prova prevista no parágrafo 2º do artigo 4º da Lei 9.613 de 03 de março de 1998, conhecida como Lei da Lavagem de Dinheiro. Foram discutidos conceitos de prova, objeto de prova, meios de prova, ônus e ônus da prova, sempre dentro do contexto do processo penal brasileiro. Também foi exposto um breve histórico da legislação contra o branqueamento de capitais no Brasil e suas modificações ao longo do tempo, assim como a influência que a norma sofreu das convenções de Viena e Palermo. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Processo penal. Lavagem de dinheiro. Inversão do ônus da prova.

ABSTRACT

This study aims to analyze the reversal of the burden of proof in paragraph 2 of article 4 of Law 9,613 of March 3, 1998, known as the Law of Money Laundering. Concepts of proof, object of proof, means of proof, burden and burden of proof were discussed, always within the context of the Brazilian criminal procedure. A brief history of legislation against money laundering in Brazil and its modifications over time, as well as the influence it underwent on the Vienna and Palermo Conventions was also presented. The methodology used was the bibliographic research.

Keywords: Criminal proceedings. Money laundry. Reversal of the burden of proof.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi elaborado com o objetivo de analisar a existência de inversão do ônus da prova na Lei 9.613 de 3 de março de 1998 - Lei de Lavagem de Dinheiro. O tema não está pacificado entre os doutrinadores e gera diversos debates com argumentos relevantes de ambos os lados. Por tratar-se de uma legislação penal, a discussão sobre inversão do ônus da prova torna-se polêmico e relevante.

Para realizar essa análise, a discussão foi delimitada ao parágrafo 2º do artigo 4º da referida lei. Nesse ponto está o centro do debate, pois trata sobre as medidas assecuratórias trazidas pela legislação.

O assunto é relevante e atual. O combate ao chamado branqueamento de capitais está cada vez mais presente entre os objetivos das polícias no enfrentamento à criminalidade com foco também no patrimônio das organizações criminosas.

Inicialmente apresenta-se uma definição para prova, como conceito inserido dentro do contexto do processo penal. Para um melhor entendimento, são abordados também os significados de objeto de prova e de meios de prova. Em seguida tratamos sobre ônus e, na sequência, mais especificamente, sobre o ônus da prova, também explorado no âmbito do processual penal.

Na segunda parte, aborda-se a Lei de Lavagem de Dinheiro. Nesse ponto é exibindo um breve histórico da legislação no Brasil com suas diversas modificações ao longo do tempo. Além disso, também é apresentada a influência das convenções de Viena e de Palermo sobre o texto legal implementado no país.

Por fim, são discutidas as medidas assecuratórias da Lei 9.613/98 e o ônus da prova, expresso no parágrafo 2º do artigo 4º. São expostos argumentos de doutrinadores e a exposição de motivos da norma apresentada ao Congresso Nacional.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste trabalho foi a pesquisa bibliográfica. Buscou-se os argumentos de autores renomados, tanto no Direito Processual Penal quanto na Lei de Lavagem de Dinheiro.

2 O QUE É A PROVA NO PROCESSO PENAL?

Antes de entrar no tema específico do ônus da prova, é válido discorrer sobre uma definição dos conceitos de prova e de ônus, separadamente, em relação ao processo penal, para um entendimento ampliado do assunto.

Existem diversas definições de prova expostas por autores que abordam o processo penal. Porém, todas convergem para um mesmo entendimento. Conforme ensina Nucci (2011), o verbo provar origina-se do termo em latim *probatio* e significa, além de outras coisas, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Para Tourinho Filho (2010, p. 553), “provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega.”

Para Echandia apud Badaró (2003 p. 158), “prova é todo motivo ou razão levado ao processo pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, para levar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre os fatos.”

Assim, inserida no processo penal, a prova será utilizada para convencer o juiz sobre a veracidade de um fato passado determinado, conforme explica Lopes Jr. (2011):

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). (LOPES JUNIOR, 2011, p. 511).

Dessa maneira, segundo Lopes Junior (2011), o processo penal e a prova admitida por ele fazem parte do que o autor chama de modos de construção do convencimento do juiz, que construirá sua convicção e tornará legítimo o poder contido na sentença.

Para Hassan Choukr (2010, p. 291), o conceito de prova deve ser entendido de acordo com o conjunto de conceitos que compõem o devido processo legal. Assim, podemos definir que “prova se caracteriza pelo produto obtido pelos meios de produção lícitos, em contraditório, pelas partes legítimas, na presença do juiz natural da causa, e que deve por ele ser apreciado na decisão do mérito da ação penal.”

2.1 Objeto da prova

Debatida uma definição de prova no processo penal, é preciso também entender o que se busca provar. Ou seja, qual o objeto da prova no contexto do processo penal. Para Rangel (2004, p. 406), “o objeto da prova é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor.”

Como exemplo, podemos imaginar a situação em que o Ministério Público imputa a uma pessoa a prática do crime de homicídio doloso qualificado por motivo fútil. Nesse caso, o objeto da prova será o homicídio, conforme explicação de Rangel (2004).

Para Tourinho Filho (2010), o objeto da prova será o mesmo que a finalidade da prova, que é a de convencer o magistrado. Mas o autor faz uma ressalva, afirmando que quando o termo “objeto da prova” for utilizado no sentido daquilo que deve ser provado, então o objeto da prova seria todos os fatos sobre os quais versa a lide.

Mirabete (2007, p. 453) explica que “aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio processual será denominado objeto de prova”. Ou seja, todos os fatos, acontecimentos, coisas e circunstâncias relevantes e úteis para o convencimento do julgador.

Porém, Badaró (2003) faz uma relevante consideração referente ao mesmo assunto - o objeto da prova:

Após analisar as diversas acepções do vocábulo prova, é de se destacar que o objeto da prova é sempre a *alegação de um fato* e não o *fato em si* mesmo. Os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que têm existência no mundo real. O fato ocorreu ou não, existiu ou não, não comportando adjetivações ou valorações. Aquilo que existe, a realidade, não pode ser verdadeiro ou falso; simplesmente existe. Verdadeiros ou falsos só podem ser nossos conhecimentos, nossas percepções, nossas opiniões, nossos conceitos ou nossos juízos a respeito de um objeto. Os “fatos” debatidos no processo são enunciados sobre os fatos do mundo real, isto é, aquilo que se diz em torno de um fato: é a enunciação de um fato e não o próprio fato. Em consequência, o objeto da prova não é o próprio fato. O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamentos da acusação e da defesa. O que pode ser verdadeiro ou falso, verídico ou inverídico, ou “probo”, são as alegações sobre o fato. (BADARÓ, 2003, p.159).

Dessa maneira, podemos concluir que o objeto da prova será sempre os fatos sobre o processo, circunstâncias ou alegações sobre os quais haja incerteza e que devam ser provadas.

2.2 Meios de prova

De conhecimento das definições de prova e de seu objeto, é preciso conhecer os meios utilizados para constituir a prova. O artigo 332 do Código de Processo Penal determina: Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Ao ler o disposto no supracitado artigo e conforme cita Rangel (2004), os meios de prova podem estar especificados em lei ou podem ser todos aqueles que forem moralmente legítimos, embora não estejam previstos no ordenamento jurídico. Porém, há um limite, expresso no artigo 157 do Código de Processo Penal, que determina que serão inadmissíveis as prova ilícitas. Ou seja, as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Essas deverão ser desentranhadas do processo penal.

Tourinho Filho (2010) traz como exemplos de meios de provas as perícias, que são análise ou exames, realizados por técnicos, os testemunhos, que são relatos prestados em juízo por pessoas que têm alguma relação com o fato delituoso, a informação da vítima, que é o relato dela sobre o ocorrido, o reconhecimento, que é o ato de uma pessoa admitir e afirmar como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa, um documento, etc.

Conforme Demercian e Maluly (1999, p. 251), “meio de prova é tudo que possa ser utilizado para demonstração da ocorrência dos fatos alegados e perseguidos no processo”. Para o autor, trata-se de instrumentos necessários para comprovar a existência ou não da verdade de um fato.

Hassan Chouk (2010, p.293) distingue meio de prova de provas. Para o autor, “meio de prova é o mecanismo empregado para obtenção de um conteúdo, este sim a prova em si. Desta forma a testemunha não é a 'prova', mas seu depoimento sim; a interceptação não é prova, mas o conteúdo da gravação, etc.”

2.3 O que é ônus?

Conforme ensina Rangel (2004), a palavra ônus tem origem no latim *onus*, *oneris*, que significa carga, peso, fardo, encargo, aquilo que sobrecarrega. No campo jurídico-processual, ônus é o encargo que as partes têm de provar as

alegações que fizeram. O autor explica que é uma obrigação para consigo mesmo que, caso não seja cumprida, ninguém sairá prejudicado a não ser o próprio encarregado.

Para um melhor e mais amplo entendimento, podemos comparar o termo ônus com o termo dever, que é sempre para com outrem e faz nascer o direito subjetivo. Por outro lado, o ônus não corresponde a nenhum direito subjetivo e apenas o encarregado de realizar o ato sofrerá com sua própria inércia ou ineficiência.

Portanto, enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, ou poderá violar uma lei, no ônus o cumprimento é opcional, de modo que o seu não-cumprimento não significa atuação contrária ao direito.

Rangel (2004) traz um exemplo para esclarecer a questão:

Assim, a título de exemplo, imagine que o réu tem em mãos uma carta que prova, de forma cabal, sua inocência. Porém, não a apresenta em juízo. Na esteira do pensamento tradicional, somente o réu sofrerá com o seu não fazer. Pois, o ônus, o encargo, o fardo de sofrer, possivelmente, uma condenação será seu. (RANGEL, 2004, p. 443).

Entendido o que é prova, seu objeto e seus meios, além da definição de ônus, focamos agora no ônus da prova. Segundo Nucci (2011, p. 26), ônus da prova é “a responsabilidade da parte, que possui o interesse em vencer a demanda, na demonstração da verdade dos fatos alegados.”

Para Badaró (2003), o ônus da prova seria um impulso para as partes:

O ônus da prova é um estímulo às partes. O risco de uma decisão desfavorável, pela não observância do ônus da prova, exerce uma pressão psicológica, instigando as partes a provar os fatos necessários para a obtenção de uma decisão favorável. Essa função liga-se ao conceito objetivo ou formal do ônus da prova. (BADARÓ, 2003, p. 194).

De posse de todos conceitos necessários, podemos nos concentrar no ônus da prova no direito processual penal. De início, é importante observar o que dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Infere-se da leitura do artigo que o ônus da prova ficará a cargo de quem fizer a alegação. Sendo assim, a qualquer uma das partes poderá recair a possibilidade de provar o que está alegando.

Demercian e Maluly (1999, p. 258) diz que “à acusação incumbirá fazer prova da ocorrência do ilícito penal e quem seja seu autor; à defesa, de outra parte, se o alegar, deverá demonstrar seu álibi ou eventual causa excludente de ilicitude de sua conduta.”

Em sentido contrário, Lopes Junior (2011, p. 526) defende que nem mesmo a prova de uma alegada excludente cabe à defesa. Para o autor, o artigo mencionado acima deve ser “lido à luz da garantia constitucional da inocência.”

O doutrinador lembra que a primeira alegação, e mais importante, expressa na primeira parte do artigo 156, é a que consta na denúncia do Ministério Público, e que aponta para a materialidade e autoria. Dessa forma, incumbiria ao Ministério Público o ônus total de provar a existência do crime. E afirma que esse ônus seria intransferível.

[...] a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se deterege*). (LOPES JUNIOR, 2011, p. 524).

Lopes Junior (2011), quando fala em presunção de inocência, se refere ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

No mesmo entendimento de Lopes Junior, Rangel (2004) afirma que não existe a possibilidade de conceder ao réu, dentro de um Estado Constitucional dito Democrático de Direito e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, o ônus da prova de sua inocência. E exemplifica:

Assim, a título de exemplo, se o Ministério Público narra, na denúncia, o fato chamado “matar alguém” com descrição de modus operandi e todas as circunstâncias do delito e em seu interrogatório o réu alega que na data do fato encontrava-se em viagem a outro Estado ou País, caberá ao Ministério Público provar que seu álibi é falso, através dos meios de prova admitidos no ordenamento jurídico. Ou ainda, dirá o réu que efetivamente atirou na vítima, porém em legítima defesa. Neste caso, cabe ao Ministério Público o ônus de provar que não houve injusta agressão, ou, se existiu esta, que não era atual e nem iminente, ou, ainda, não houve uso moderado dos meios e que estes, embora existindo, não eram necessários. Enfim... o réu alega, mas o ônus da prova, hoje, diante da Constituição, é exclusivo do Ministério Público. (RANGEL, 2004, p. 447).

Badaró exemplifica no mesmo sentido de Lopes Junior (2011) e Rangel (2004):

Invocar um álibi é negar a autoria delitiva. Trata-se de negativa *per positionem*. A negativa pode ser simples (p. ex.: não fui eu o autor do crime) ou pode ser uma negativa *per positionem* ou positiva (p. ex.: não fui eu, pois estava em outro país no momento do crime). Ora, se o álibi não comprovado, ou até mesmo o álibi provavelmente mendaz, significasse o reconhecimento da autoria, seria muito melhor nunca alegar qualquer álibi, simplesmente negando a autoria, pois o ônus da prova continuaria a pesar sobre a acusação. (BADARÓ, 2008, p. 211).

Na mesma esfera de Lopes Junior (2011) e Rangel (2004), Hassan Choukr (2010) afirma que o artigo 156 do Código de Processo Penal deve ser lido adequando-o à estrutura da Constituição Federal e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Caso contrário, haveria o risco de tornar letra morta a presunção de inocência, fundamento maior do relacionamento do acusador público para com a prova para o autor.

3 UM BREVE HISTÓRICO DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

A legislação referente ao crime de lavagem de dinheiro foi introduzida no ordenamento brasileiro, sob influência da convenção de Viena, a partir de março de 1998, através da Lei 9.613/98, que estipulou como delito, em seu artigo 1º, a ação de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação, ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime”.

A Convenção de Viena ocorreu em 1988 e foi ratificada pelo Brasil em 26 de junho de 1991 através do Decreto 154. Conforme explica Mendroni (2018, p.61), diante da globalização e estrutura empresarial da criminalidade organizada “seria

necessário o seu combate por meio de uma cooperação internacional em relação às questões ligadas ao tráfico de entorpecentes.”

Conforme explica Anselmo (2012), a Convenção de Viena foi a etapa mais relevante na internacionalização e expansão mundial do conceito relacionado à lavagem de dinheiro. Além disso, criou uma obrigação internacional aos Estados-partes para que criminalizassem o fenômeno, sendo essa sua contribuição mais importante.

Nesse primeiro momento, a lei brasileira determinou um rol taxativo de crimes que poderiam ser antecedentes da lavagem de dinheiro. Ou seja, apenas o branqueamento de capitais com origem nesses delitos predeterminados poderiam ser punidos.

As infrações preestabelecidas eram: a) tráfico de substâncias entorpecentes ou drogas afins; b) terrorismo; c) contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; d) extorsão mediante sequestro; e) contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; f) contra o sistema financeiro nacional; e g) praticado por organização criminosa.

Os autores Callegari e Weber (2017) ressaltam:

O Brasil, quando do surgimento da legislação, seguiu uma tendência contemporânea de tipificação penal em lei especial, o que contribui de certa maneira pra o tratamento mais aprofundado do tema. A Lei também criou os mecanismos de controle, em particular o Conselho de Atividades Financeiras (COAF), que passou a ter eficácia com a edição do Decreto nº 2.799/1998. (CALLEGARI; WEBER, 2017, p. 112).

Em 11 de junho de 2002, a Lei nº 10.467/02, sob influência da Convenção de Palermo, complementou a legislação brasileira sobre lavagem de capitais. Nesse momento, foi incluído o inciso VIII ao artigo 1º, expondo uma nova hipótese de crime antecedente. O inciso determinava que também poderia ocorrer lavagem de dinheiro em crime “praticado por particular contra a administração pública estrangeira”.

Conforme Badaró e Bottini (2012, p. 29), “a Convenção de Palermo vai além da Convenção de Viena ao indicar que diversos crimes – além do tráfico de drogas – podem originar bens passíveis de lavagem”. Além disso, a convenção também previu medidas de regulação e controle de bancos e outras instituições sensíveis à lavagem de dinheiro.

Já em 09 de julho de 2003 ocorreu a segunda modificação da Lei 9.613/98. Dessa vez foi promulgada a Lei 10.701/03, que modificou, além de outras disposições, o inciso II do artigo 1º, determinando que também seria crime antecedente o “terrorismo e seu financiamento”, e não mais apenas “terrorismo”.

Finalmente, no dia 09 de julho de 2012 ocorreu a terceira, e mais profunda, modificação na lei de lavagem de dinheiro, talvez sob influência das manifestações populares contra o governo que ocorriam na época. Entre as principais alterações, houve modificação do *caput* do artigo 1º, que passou a definir a lavagem de dinheiro com sendo a ação de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Dessa forma, expressando que os valores provenientes de infração penal poderiam ser enquadrados na lei 9.613/98, a legislação deixou de ter um rol taxativo de crimes que poderiam ensejar o branqueamento de capitais, passando a abranger qualquer crime ou contravenção penal.

Conforme Callegari (2014) houve uma alteração de gerações no âmbito da lei de lavagem de dinheiro. Inicialmente a legislação brasileira caracterizava-se como uma lei de segunda geração, pois possuía um rol fechado de crimes antecedentes. Com a modificação ocorrida em 2012, passou a ser considerada como uma lei de terceira geração, em que não há exigência da prática de um crime anterior específico para que venha a se consumar a lavagem de capitais.

Tal modificação, segundo Callegari (2017), não foi por acaso. O objetivo ao incluir as contravenções penais como crimes antecedentes foi de atingir a exploração dos jogos de azar (popularmente conhecido como “jogo do bicho”), que constitui-se como uma das principais infrações que geram ganhos possíveis de lavagem. Enquanto a lavagem de dinheiro é punida com pena de reclusão de três a dez anos, a contravenção jogos de azar tem pena de prisão simples de três meses a um ano. O autor complementa:

Em realidade, trata-se de uma opção do legislador, seguindo política criminal que busca punir o delinquente pela lavagem de dinheiro, já que muitas vezes não se consegue fazê-lo em relação ao delito antecedente. Nesse sentido, importante referir que o art. 2º da Lei 9.613, mais precisamente no inciso II, manteve a redação original na parte mais importante, qual seja a prescindibilidade de processo e julgamento pelo delito antecedente para a denúncia por lavagem de dinheiro. Daí a conclusão de que o delito de lavagem de capitais é autônomo e não guarda relação com condenação ou com a pena abstrata da infração antecedente. (CALLEGARI; WEBER, 2017, p. 116).

Dessa maneira, percebe-se que o Brasil seguiu propostas e diretrizes de combate à lavagem dinheiro desenvolvidas no âmbito internacional para criminalizar a prática em seu território.

4 MEDIDAS ASSECURATÓRIAS NA LEI 9.613/98 E O ÔNUS DA PROVA

Em seu artigo 4º, a lei brasileira de lavagem de dinheiro expressa:

Art. 4º - O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (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 nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

No parágrafo 2º do referido artigo, o dispositivo legal expõe:

§2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores 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.

Depreende-se da redação do trecho que os bens, direitos e valores serão liberados, total ou parcialmente, quando comprovada sua licitude, por parte da pessoa prejudicada. Sendo assim, ocorreria uma inversão do ônus para comprovar que os bens, direitos os valores apreendidos são oriundos de dinheiro legal.

A intenção do legislador fica mais clara quando analisamos os itens 65, 66 e 67 da Exposição de Motivos nº 692 do Ministério da Justiça de 18 de dezembro de 1996, que demonstrava a necessidade de criminalizar a lavagem de dinheiro através do Projeto de Lei que originou a Lei 9.613/98:

65. A busca e apreensão e o sequestro de bens do indiciado ou denunciado pela infração penal constituem um dos eficientes meios de prevenção e repressão penal, além de garantirem os interesses da União e da vítima da infração quanto ao ressarcimento civil do dano.

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.

Nesse ponto encontra-se o cerne da discussão do presente artigo, que analisa se realmente há uma inversão do ônus da prova na Lei 9.613/98.

O texto da Convenção de Viena em seu artigo 5º, 7, citado na exposição de motivos supracitada, determina:

7 - cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos.

Em relação ao trecho citado, vale ressaltar que fica clara a condição de que a medida precisa ser compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos. Sendo assim, o texto da Convenção de Viena, mesmo inserida no ordenamento jurídico brasileiro, apresenta-se como uma orientação.

Há divergências na doutrina sobre a existência da inversão do ônus da prova. Para Mendroni (2018), não há dúvidas de que a lei prevê a inversão do ônus da prova, e que não viola o princípio da presunção de inocência:

Longe de violar o princípio da presunção de inocência, o dispositivo cria instrumento indiscutivelmente necessário para a sistemática da lei como um todo. É preciso entender que a “presunção” de inocência, como o próprio nome revela, nada mais é do que *presunção*. Diga-se, simples presunção. Presunção esta que pode estar ou não adstrita a outro princípio constitucional – do devido processo legal. É dizer: o devido processo legal pode não estabelecer a presunção de inocência. Aliás, isso resta mais do que evidente na simples leitura do dispositivo constitucional: Art. 5º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens **sem o devido processo legal**” (grifo nosso). (MENDRONI, 2018, p. 165).

Mendroni (2018), ainda ressalta que expressar que os bens serão devolvidos quando comprovada a licitude de sua origem seria exatamente entregar o ônus de comprovar essa licitude ao acusado. O autor também justifica seu pensamento afirmando que as medidas contra a lavagem de dinheiro são frutos de uma série de reuniões e estudos realizados por vários países.

No mesmo entendimento, Baltazar Jr. apud De Carli (2012), expõe que é apenas na devolução antecipada dos bens que a inversão do ônus se aplica, não importando em presunção e nem representando ofensa indevida ao direito de propriedade do investigado, à presunção de inocência, ao devido processo legal ou à ampla defesa. O autor explica que, por esse motivo, os bens apreendidos serão devolvidos ao final do processo, quando a acusação não comprovar que foram adquiridos ilicitamente, e o acusado tiver sido absolvido.

Ainda nessa linha, Macedo apud De Carli explica:

Embora o texto possa dar a falsa impressão de absoluto desprezo da garantia constitucional da presunção de inocência, a inversão do ônus da prova se justifica pela suposta presença de indícios suficientes da prática criminosa de forma que a exigência da demonstração de ilicitude do bem para que seja efetuada sua liberação constitui exigência razoável. (MACEDO apud DE CARLI, 2012, p. 221).

Para Oliveira (2013, p. 650), a inversão do ônus da prova não acarreta vulneração ao direito ao silêncio. Em vez disso, ele “enaltece a aceção que a ciência processual empresta à palavra ônus, como opção entre a adoção de um ato ou a assunção das consequências da abstenção.”

Já para Badaró e Bottini (2012) não há inversão do ônus da prova na lei 9.613/1998. Os autores afirmam, ainda, que não observam sequer qualquer inovação no ordenamento jurídico brasileiro na sistemática adotada no texto legal em discussão. Para eles, foi expresso apenas a possibilidade de o juiz conceder medidas cautelares diante de “indícios suficientes” de proveniência ilícita, nada além de um juízo de probabilidade de ilicitude do bem, como em qualquer medida cautelar.

Porém, de outro lado, para a liberação dos bens é necessário mais do que afastar os “indícios” de proveniência ilícita. É exigido a “comprovação” da licitude dos bens apreendidos. Sendo assim, os doutrinadores explicam que (2012, p. 299) “não basta demonstrar (...) o desfazimento do juízo de probabilidade – como seria normal em sede de revogação de medidas cautelares –, exigindo-se do acusado (..) a prova – ou seja, juízo de certeza – da proveniência lícita dos bens.”

Não se trata, porém, de inversão do ônus da prova. O que a Lei 9.613/1998 fez foi adotar a mesma sistemática que há décadas já vigorava no Código de Processo Penal, no que se refere ao ônus da prova para a decretação do sequestro de bens: para sua decretação “basta a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens” (art. 126).

Por outro lado, o acusado somente pode embargar o sequestro, e obter liberação dos bens constrictos, “sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração” (art. 130, I, do CPP). Naturalmente, nos embargos, caberá ao acusado embargante o “ônus da prova” e que os bens não foram adquiridos ilicitamente. (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 300).

Os autores ressaltam ainda que nas duas situações não há diferenciação em relação ao *quantum* de prova necessária para a liberação dos bens. Tanto no Código de Processo Penal quanto na Lei de lavagem de dinheiro será necessário que o acusado apresente prova plena de que os bens “não foram adquiridos com os proventos da infração” (art. 130, I, do CPP) ou da “licitude de sua origem” (art. 4º, §2º, da Lei 9.613/1998).

Por fim, Badaró e Bottini (2012) atentam para o momento em que ocorre a alegada inversão do ônus da prova: apenas para a decretação da medida cautelar, conforme expresso na exposição de motivos já mencionada. No final do processo, em caso de sentença condenatória, será indispensável a prova plena de que os bens se tratam de produto ou proveito do crime antecedente para sua perda, não sendo nem sequer cogitada qualquer menção sobre inversão do ônus da prova.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento desse trabalho procurou analisar a questão do ônus da prova expresso no parágrafo 2º do artigo 4º da Lei 9.613 de 3 de março de 1998. Para isso, trouxe conceitos de prova, objeto de prova e meios de prova, todos no âmbito do processo penal. Ainda, dentro da mesma esfera, foi entendido o significado de ônus e, mais especificamente, ônus da prova. Posteriormente, foi exposto um breve histórico da Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil, com suas diversas modificações no decorrer do tempo, para então abordar o debate proposto.

Entendemos que é clara a presença da inversão do ônus da prova no dispositivo analisado, no mesmo sentido de Mendroni (2018), Baltazar Jr. (2012), Macedo (2012) e Oliveira (2013). Tanto é verdade, que a exposição de motivos da lei expressa abertamente que essa foi a intenção do legislador.

Porém, talvez mais importante do que a presença do ônus da prova, é o contexto em que ele está inserido. Como trata-se da hipótese de uma medida assecuratória ser deferida, tratando-se de uma medida cautelar, quando não há

decisão definitiva, não há como se falar em ofensa à presunção de inocência.

Esse ponto é ressaltado tanto pelos doutrinadores que defendem que há a inversão do ônus da prova, como Baltazar Jr. (2012), quanto por quem defende que não há essa inversão, como Badaró e Bottini (2012).

Além disso, é preciso considerar que as diretrizes ao combate à lavagem de dinheiro foram criadas mediante diversos estudos internacionais e inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 9.613/98 de acordo com todos os preceitos legais. Sendo assim, afasta-se também qualquer violação ao princípio do Devido Processo Legal.

O crime de lavagem de dinheiro é extremamente complexo, o que requer mecanismos rigorosos e eficientes para o seu combate. Por exemplo, um bem de um investigado pode ter sido adquirido com dinheiro ilícito misturado com valores lícitos, justamente para encobrir a origem criminosa da parte ilícita. Mediante um emaranhado de bens, valores e direitos lícitos e ilícitos, em algumas situações apenas o próprio investigado seria capaz de comprovar a fração com origem lícita.

Conforme explica De Carli (2012), os danos da lavagem de dinheiro ultrapassam o crime antecedente e causam distorções econômicas, riscos à integridade e à reputação do sistema financeiro, diminuição dos recursos governamentais e repercussões socioeconômicas. Dessa forma, reforça a impunidade e provoca o surgimento de outros delitos, como a corrupção.

A integração do dinheiro ilícito na economia representa o trunfo da impunidade do criminoso e a possibilidade da utilização dos valores de forma livre causando danos sociais e econômicos. Sendo assim, é imperiosa uma legislação que possa colocar os operadores do Direito em igualdade com os criminosos. Porém, nunca ultrapassando os princípios constitucionalmente expressos, principalmente de presunção de inocência e devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

- BRASIL. Código de processo penal (1941). Código de processo penal. In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 8.ed. São Paulo: Rideel, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**: tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: Aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.
- CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 1999.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Exposição de Motivos nº 62/MJ da Lei 9.613/98**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2019.
- HASSAN CHOUKR, Fauzi. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**: o valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2.ed. São Paulo: RT, 2011.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.