



Brasil deve tornar mais justa lei de lavagem de dinheiro

20/11/2007

Os governantes do Brasil são pródigos em fazer alarde de atos ou fatos que surtam um belo marketing — e isso não afasta de forma alguma os legisladores. Um bom exemplo é a lei que trata de crimes de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98). Em 03 de março de 1998, o Brasil, forçado pela Comunidade Internacional e por compromissos assumidos anteriormente, como por exemplo a orientação dada pela Convenção de Viena de 1988, aprovou internamente a noticiada Lei de Lavagem de Dinheiro, posteriormente alterada pela Lei 10.467/02.

Essa lei tenta (e por vezes consegue), punir o crime de “lavagem” de dinheiro. É “lei espetacular” na expressão de Odorico Paraguaçu. Alguns interlocutores entendem que tal posituação procura perseguir determinados indivíduos, menos os políticos! Outros entendem que o que os governantes querem, no fundo, é recuperar para o Estado o que foi conseguido de forma ilegal ou pelo menos obter 50% do dinheiro de terceiros, pois, estima-se que cerca de U\$ 500 bilhões em dinheiro sujo, cerca de 2% do PIB mundial, estejam ainda pendentes de correção legal. Eu prefiro entender que crimes desta natureza não podem deixar de ser punidos, se devidamente comprovados.

O artigo primeiro da lei estipula de forma taxativa e não exemplificativa, os crimes tipificados que servirão de base para a caracterização da chamada lavagem de dinheiro, ou seja, o indivíduo que oculta, dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores proveniente, direta ou indiretamente de crime, estará cometendo infração a esta lei. Repito que a listagem dos crimes nesta lei é exaustiva, porém, alguns querem inserir outros crimes na lista fechada, como os crimes de sonegação fiscal, só nesse exemplo temos dois riscos: a) em vários estados a sonegação fiscal não é considerada um crime tipificado, e b) o chamado crime de sonegação fiscal não deve ser entendido como um crime precedente ao de lavagem de dinheiro, pois, o resultado da sonegação fiscal, ou seja, os recursos obtidos por esse ato são lícitos e os importes são do próprio sonegador, além de não ser um crime tipificado na lei de lavagem de dinheiro.

Contudo, por ser uma lista taxativa (enumeração exaustiva), deixou de fora crimes que poderiam ser agregados de forma associativa, como o citado crime fiscal, o estelionato, os crimes econômicos, dentre eles o cartel, a receptação e o próprio roubo.

A lei é lacunosa no sentido de expressar se os fatos ou atos a serem punidos, foram praticados em território brasileiro ou em território alienígena? Entendo que ela fala de atos e fatos praticados no Brasil, pois, a lei não pode generalizar e exercer um alcance ou um reflexo extraterritorial. Mesmo assim, se no estado onde foram praticados tais atos ou fatos, não forem caracterizados como crimes tipificados na lei de lavagem de dinheiro brasileira, não se poderá punir quem quer que seja, por essa questão.



A mote nuclear desta positivação é a caracterização do que seja “crime” no Brasil e somente sobre os crimes listados naquela positivação. Portanto, tudo que não for caracterizado como crime (num entendimento geral), ou como um dos crimes lá estipulados (num entendimento mais estrito), é que vale para a base punitiva, ou seja, se os atos ou fatos forem provenientes, por exemplo, de contravenção penal (que não é tecnicamente crime — alguns chamam de crime anão), não pode ser acionada a lei de lavagem de dinheiro — exemplo: se o dinheiro vier da exploração do jogo do bicho, não há que se falar de crime descrito na lei de lavagem, em respeito ao Sistema Dualista ou Binário adotado no Brasil, no tocante a essa distinção entre crime e contravenção.

Quando a lei menciona as expressões “ocultar” e “dissimular”, deveria especificar o elemento subjetivo do crime, ou melhor, se estes vetores servem para a caracterização do dolo específico, pois, deve haver elementos fortes e provados, na forma de indícios da intenção manifesta do indivíduo. Ocultar e dissimular (aliás, essa última expressão é um elemento da ocultação), nem sempre podem ser caracterizados como base para lavagem de dinheiro, uma vez que se o indivíduo não agir com o dolo específico, ou seja, se com os frutos desta ocultação e dissimulação, utilizá-los comprando outros bens, sem guardá-los, deixa de existir a tipificação do dolo específico.

Fala a lei de lavagem em punir aquele que obtém recursos através de terrorismo. Ora, os bens e ou dinheiros obtidos por ONGs ou partidos políticos brasileiros de entidades terroristas alienígenas, como as atuantes na América do Sul (como a Farc), pode ser considerado lavagem de dinheiro? Pode ser considerado como lavagem de dinheiro bens e/ou dinheiros obtidos por ações de guerrilha ou terrorismo, como seqüestro e roubos de bancos, sob o manto de ataque político? O pior — não existe na *lex fori* brasileira, qualquer positivação sobre o que vem a ser entendido como “terrorismo”, aliás, nem mesmo a ONU sabe como cristalizar tal definição. Mesmo com a Cúpula Mundial de 2005, reunida em New York para tratar sobre o terrorismo, não se chegou a uma definição do que pode representar claramente o que vem a ser “terrorismo”.

Cabe lembrar que o inciso XLIII do artigo 5º do Texto Maior e a lei 8.072/90 falam em crime de terrorismo, mas não dão definição do que vem a ser terrorismo (a Lei 7.170/83 fala em atos de terrorismo, sem definir tais atos. Ou mesmo a Lei 10.744/03 define o que vem a ser atentados terroristas). Há 13 Atos Internacionais sobre o tema “terrorismo” (cinco sob os auspícios da ONU), mas não há em todos eles, uma segurança sobre o que vem a ser definido como terrorismo (talvez a solução seria aplicar a Resolução 1.566 do Conselho de Segurança do órgão ou da Resolução que condenava a Al Qaeda). A Resolução 1.373 do Conselho de Segurança da ONU (UNSCR 1373), exige melhorias mundiais (existe um Comitê Antiterrorismo da ONU – CTC), com o fito de combater o financiamento terrorista. Aliás, nunca haverá uniformidade entre os membros da ONU quanto ao que venha a ser terrorismo, pois, ainda há indefinições entre “combatente da liberdade” e “terrorista”.

A lei de lavagem lista o crime de “extorsão mediante seqüestro”, contudo se houver “extorsão indireta”, como o disposto na positivação do Diploma Penal, em seu artigo 160, então não

haveria a tipificação do crime de lavagem de dinheiro. Isso é um exemplo de que o legislador (desavisado e sem o devido preparo), não deve utilizar crimes tipificados na forma de lista exaustiva, pois, engessa-se a lei, ou se quiser utilizar tal listagem, deve-se cercar de todas as tipificações contidas na *lex fori*.

Seguindo a trilha de brechas, encontramos outra impropriedade da legislação específica: se for cometido crime de lavagem de dinheiro (que crime?), contra a Administração Pública, o indivíduo será punido, contudo, não especifica se a Administração Pública é brasileira ou alienígena. Entendo que seja brasileira, tendo em vista ser defeso à legislação local ter efeitos extraterritoriais. Se isso procede e se o indivíduo obtiver para si ou para outrem, direta ou indiretamente, qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos, praticados no exterior, então estará fora do âmbito da lei de lavagem de dinheiro. O mesmo cabe no tocante a atos praticados contra o sistema financeiro nacional, pois, se for contra o sistema financeiro de outro Estado, a lei de lavagem não pode ser aplicada.

Novamente a lei de lavagem fala de algo que não existe formalmente ou se existe, não é claro — trata-se do que vem a ser “crime organizado” na legislação brasileira. A primeira posituação a falar neste tópico foi a Lei 9.034/95, depois alterada pela Lei 10.217/01, que modificou os artigos 1º e 2º daquela lei. Dentro desta legislação modificadora, há menção de organização criminosa, contudo, não a tipifica, como acontece com a associação criminosa, a quadrilha ou bando (aliás, essa lei põe no mesmo cesto crime organizado, associação criminosa, bando ou quadrilha).

Já o Ato Internacional advindo da Convenção ONU contra o Crime Organizado Transnacional (New York/2000), tece alguns parâmetros (que entrou em vigor em território brasileiro, por meio do Decreto 5.015/04). Porém, essa legislação infraconstitucional oriunda de Ato Internacional, choca-se contra o inciso XXXIX, do art. 5º do Texto Maior e diretamente ao texto estampado no art. 1º do Diploma Penal (portanto, esses Diplomas prevalecem sobre aquela lei). Em outras palavras “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, tampouco, pode haver uma interpretação abrangente e análoga, que são vedadas pelo Direito Penal (usar definição doutrinária é ferir o Princípio da Reserva Legal, consagrada no Brasil).

Desta forma, a definição de crime organizado não se estabelece por esta legislação, mesmo porque, trata-se de organização criminosa transnacional (tipificação específica), e não simplesmente “organização criminosa local”. Pelo Ato Internacional essa organização (formada há algum tempo, sem definir o “quanto de tempo”), deve cometer crimes em mais de um estado; ou em um só estado, desde que parte substancial da preparação, planejamento, direção e controle tenha ocorrido em outro; ou num só estado, mas que envolva a participação de grupo criminoso organizado que pratique delitos em mais de um estado; ou num só estado, mas que os crimes produzam efeitos substanciais noutro estado (o artigo 3º dita que a norma abrange a organização criminosa transnacional, exceto o crime organizado nacional, ou seja, brasileiro). Para se ter uma certeza de que não há definição de organização criminosa, a Comissão do Conselho da Justiça Federal (composta por membros da polícia, magistratura e promotoria (federais), Banco Central e Febraban, SRF e Coaf), se debateu para encontrar uma definição de organização criminosa, isso sem contar com o PL 3.731/97, que pretende reformar a Lei



9.034/95, também não chegou à conclusão alguma nesse sentido.

Outro ponto na lei de lavagem de dinheiro, que quis ser eficiente e drástico, é encontrado no capítulo que trata das disposições processuais especiais, mais especificamente, diante do parágrafo primeiro, do artigo 2º (processo e julgamento dos crimes previstos na lei). Dita que a denúncia será instruída com indícios suficientes (o que vem a ser “suficiente”?) da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos na lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime. A denúncia feita apenas com base em indícios (sem definir o que vem a ser “suficientes”), mesmo sem ter o conhecimento da autoria do crime precedente, como dita a lei, quando aplicada, vai sem dúvida alguma violar o chamado Princípio da Presunção de Inocência e o Princípio da Ampla Defesa. Os indícios nos casos acima, não são de forma alguma suficientes, e fica a pergunta: como haverá processo se o autor for desconhecido? Além do que, o que o legislador quis dizer com “isento de pena?” A segunda parte desta positivação é inócua e sem qualquer eficácia.

O problema maior do MP deveria ser a *prima facie* à questão dos “indícios suficientes”, ou seja, a acusação deveria explicitar a existência de crimes anteriores, com auxílio não da lei de lavagem, mas da orientação segura do artigo 239, do Diploma Processual Penal, onde considera-se indício a circunstância conhecida e provada, e não de forma singela como diz a lei de lavagem, que pode ser dado início ao processo por simples indício, que por vezes sequer é provado cabalmente — nesse sentido, a denúncia não pode ser aceita pelo magistrado.

A eficácia também não ocorre, diante do parágrafo 2º, do citado artigo 2º, onde a lei fala que no processo por crime nela previsto, não se aplica o disposto no artigo 366, do Diploma Processual Penal (suspensão do processo), mas admite (!!) tal positivação, diante do parágrafo terceiro do artigo quarto! Ou seja, dita numa parte da lei de lavagem que não se pode aplicar o benefício do noticiado artigo 366, contudo, em outro dispositivo aceita-se tal artigo!? A incoerência faz nascer o vício e por consequência, a nulidade legislativa, além do mais, este ato fere o contraditório e a ampla defesa, contidos no inciso LV, do artigo 5º, do Texto Maior. Ora, o citado artigo 366, fala que se o acusado for citado por edital, não comparecer e nem constituir advogado, o processo será suspenso. A intenção do legislador, estampado na exposição de motivos da lei de lavagem, é de que a suspensão “constituiria um prêmio para os delinquentes astutos e afortunados e um obstáculo à descoberta de uma grande variedade de ilícitos que se desenvolvem em parceria com a lavagem ou a ocultação”

(sic). Quer dizer, que uma lei ordinária pretende vedar uma garantia contida em outro diploma da mesma linha hierárquica e afrontar texto constitucional, em nome de justificativas incoerentes?! Claro que não tem a menor eficácia, pois do contrário, não estaria aplicando o devido processo penal (ou seja, é obrigatória a manutenção do conceito irradiante do citado artigo 366).

A lei de lavagem de dinheiro fala que o magistrado singular de ofício ou a requerimento do MP, ou através de representação da autoridade policial (ouvido o MP em 24 horas), havendo indícios suficientes (?), poderá (e não deverá) decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a

apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome (somente em território brasileiro), objeto dos crimes previstos na lei (só os crimes relacionados e tipificados na lei e não crimes impostos por interpretação doutrinária ou ataque a reserva legal, respeitada pelo Direito Penal), sendo que as medidas assecuratórias previstas na lei, serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de 120 dias, contados da data em que ficar concluída a diligência (as medidas assecuratórias podem ser objeto de impugnação através de Mandado de Segurança — inciso LXIX, do artigo 5º, do Texto Maior). Ainda, o magistrado singular (a lei não fala se é o magistrado presidente do processo ou outro qualquer, que tenha a devida competência), determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem (aliás, nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, nos casos (vedado pela mesma lei), do artigo 366, do Diploma Processual Penal). Aliás, não diz tal texto de lavagem de capitais, mas o pedido de restituição deve ser aparelhado através da figura dos Embargos (do acusado e de terceiros), conforme o comando do artigo 130, do Diploma Processual Penal.

A lei de lavagem inova na questão da inversão do ônus da prova em Direito Penal, pois, o magistrado singular ao determinar a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados, tem que estar convencido da licitude de sua origem, ou seja, deveria o MP provar a ilicitude do patrimônio, mas isso fica a cargo do acusado.

Quis o legislador importar de forma direta, o que está contido no item sete, do artigo 5º, da Convenção de Viena, rompendo, assim, de forma grave, uma tradição do Direito Penal e Processual Penal brasileiros.

Joga-se fora o adágio *probatio incumbit asserenti* e com ele o artigo 156, do Diploma Processual Penal, juntamente, com a presunção de inocência, garantia constitucional disposta no inciso LVII, do artigo 5º, pois, até nos crimes contra a vida cabe ao MP o *onus probanti*.

Mais uma vez o Direito Internacional interfere na lei, quando dita que o magistrado singular brasileiro determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional (o tratado é sempre internacional, por sinal), e por solicitação de autoridade estrangeira competente (portanto, é a conjunção dos dois atos), a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no artigo 1º, praticados no estrangeiro, isso é, se no estado alienígena o crime tipificado na lei brasileira for igualmente crime tipificado igualmente naquele estado. Há uma outra impropriedade na lei: dita que estas medidas serão aplicadas pelo magistrado singular, quando, independentemente de tratado ou convenção internacional, houver entre os dois estados (Brasil e o ator alienígena), promessa de reciprocidade. Se houver Tratado, Convenção Internacional Bilateral ou Multilateral sobre o tema, não poderá haver acordo de promessa de reciprocidade, portanto, a expressão “independentemente”, está inserida de forma equivocada, podendo conflitar com o estabelecido em atos internacionais.



A lei comete um abuso, quando estipula que na falta de tratado ou convenção (internacional e não qualquer convenção), os bens, direitos, ou valores apreendidos ou seqüestrados por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé. Ora se os valores foram adquiridos de forma ilegal, em prejuízo de um determinado Estado, o Brasil não deveria ficar com a metade do importe.

Outro ponto é a imputação de crime de lavagem de dinheiro para aqueles que possuem empresas *offshore*, que nem sempre são usadas para fins ilegais, mas são usadas em larga escala no mundo todo, para aproveitar de um planejamento tributário, mais benéfico ao empresário. As jurisdições consideradas de paraísos fiscais estão se adaptando para evitar fraudes e abusos ilegais, como o fim do anonimato substituindo as ações ao portador, por ações nominativas, dentre outros atos (aliás, não só os bancos utilizam o chamado *know your customer* — KYC, mas os administradores profissionais de *offshore* estão utilizando este procedimento para abrir ou transferir as empresas). Contudo, as autoridades brasileiras preferem penalizar o bom empresário, pela má fama das *offshores*.

O que precisaria é lapidar a lei de lavagem de dinheiro, tornando-a mais justa e mais técnica — e, por conseguinte mais eficaz em Juízo.

Além disso, o Brasil deveria ter um órgão mais dinâmico e com uma maior profissionalização no setor de inteligência e não utilizar o Coaf apenas como um instrumento a serviço do governo, para “fuxicar a vida financeira de um zelador”. Aliás, este Conselho deveria estar divorciado do Ministério da Fazenda, e se transformar numa “secretaria” ou “agência”, com autonomia própria (política e financeira), como uma verdadeira Unidade Financeira de Inteligência, agregando e/ou incorporando, inclusive, o Departamento de Recuperação de Ativos, que está atualmente ligado à Secretaria Nacional de Justiça. Deveria esse órgão (novo ou até mesmo o atual) ser mais ativo, sério e sintonizado com ações expedidas pelos Grupos como o GAFI/FATF, Grupo de *Egmont* e *Wolfsberg*, GAFISUD, GAFIC/CFATF, APG, *MoneyVal*, EAG, ESAAMLG, MENFATF, IMoLIN, incluindo o sistema de inteligência do BIS e/ou do setor financeiro da Interpol, dentre outros, além de firmar o maior número de Atos de Cooperação Internacional.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2007-nov-20/brasil_tornar_justa_lei_lavagem_dinheiro/