

Comentários à Lei 9613, de 1 de março de 1998 (Crimes de “LAVAGEM” ou ocultação de bens, direitos e valores)

Marcos José Maschietto

Mestre em Direito pela Universidade Mackenzie – concentração em Direito Penal; Professor de Direito na UNINOVE

Resumo

Em 1998 foi editada Lei Especial que se destina a coibir as ações dos chamados ‘lavadores de dinheiro’, a exemplo e por imposição das comunidades internacionais e em razão da globalização do mundo moderno. Ocorre que as legislações penais não são idênticas, tendo cada ordenamento sido criado para atender às expectativas e ordenar a convivência dos comunitários a que servem, bem como para espelhar a vontade do Estado Soberano, que impõe e faz valer sua vontade aos nativos e aos estrangeiros que aqui residem ou nos visitam. Quando a vontade externa é sobreposta, acaba por conflitar com as normas vigentes no território nacional, tornando duvidosa sua eficácia e comprometendo sua aplicabilidade.

Unitermos: dinheiro; lavagem; derivado; dolosa; culposa.

Abstract

By imposition of the international communities and because of the modern world's globalization a special Law, which aims at restraining the actions of laundering practitioners, was edited in 1998. However it is important to say that penal laws are not equal, which means that each norm has been established not only to answer the expectations of the community and regulate its living together but also to reflect the will of a Sovereign State, which imposes and has its will prevailed over both our citizens and foreigner people, who either live or visit here. Therefore, whenever the external will becomes more important than the national one and is imposed to the latter, the former will bring conflict of interests throughout the country, which will both turn the efficiency of the statute doubtful and jeopardize its applicability.

Uniterms: money; laundering; derivative; felonious; guilty.

O Poder Legislativo Brasileiro apressou-se em criar, em 1997, a Lei Sobre Lavagem de Dinheiro, que foi publicada em março de 1998. Respondia ao clamor das comunidades econômicas e jurídicas internacionais e à necessidade de preservar o Sistema Econômico Nacional dos possíveis desequilíbrios causados pelos 'lavadores' de dinheiro, que, com simples operações por computador ou fax, transferem importâncias consideráveis para paraísos fiscais. Neste artigo, comentaremos a lei, enfocando-lhe os principais aspectos, num processo crítico sobre o assunto por ela atacado, considerando-se a sucessão de equívocos praticados pelo legislador em razão da excessiva pressa com que se editou o diploma.

Merece destaque o dado estatístico recentemente divulgado, que informa a respeito da existência de um trilhão de dólares em circulação em todo o mundo, proveniente da 'lavagem de dinheiro', importância que equivaleria ao oitavo P.I.B. do planeta, ou seja, ao do Canadá. Esses dados causam estupefação; no entanto, sua divulgação parece-nos precipitada, visto que o capital de procedência ilícita por certo é camuflado, o que nos permite antever a possibilidade de ser este número impreciso.

Assim, evidencia-se a necessidade de integração de todos os países que possuem uma política econômica séria para combater o problema, coibindo-o.

Aspectos Penais

Analisando-se inicialmente o primeiro artigo da Lei 9.613/98, percebe-se a intenção do legislador de tipificar a conduta, definindo-a no *caput* como a prática de:

ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

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

II – de terrorismo;

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

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer

vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de medidas administrativas;

VI – contra o sistema financeiro nacional;

VII – praticado por organização criminosa.

Pena – reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e multa.

Destaca-se aí a presença de crime derivado, ou seja, aquele que depende da existência de outro crime precedente para existir.

Abordando individualmente quais seriam os ilícitos precedentes ao do crime de lavagem de dinheiro, percebe-se a falha vestibular na elaboração do preceito, que aponta o terrorismo e as práticas patrocinadas por organização criminosa (Lei 9034/95, que é uma verdadeira colcha de retalhos). Parece equivocada a alusão a estes dois tipos que tratam de assuntos não definidos de forma regular pelo ordenamento jurídico vigente, pois as leis existentes que atacam os temas dependem de regulamentação complementar, ou não estão devidamente pacificadas no que concerne à sua aplicabilidade. Ademais, os tipos relacionados nos incisos de I a VI são de natureza fechada, não permitindo exploração interpretativa abrangente; no entanto, o inciso VII, que aponta os delitos originários da atividade do crime organizado, indica uma tendência antagônica, que abre um leque extenso para o usuário e intérprete da Lei.

A pena prevista também merece referência, pois aflora branda ao extremo, principalmente ao se tomarem como parâmetros outros delitos limitados pela Lei Penal que podem ser praticados individualmente, sem concorrência de outrem, com potencialidade ofensiva menor, embora apenados de forma mais severa. Este novo ilícito, que ocorre geralmente com a participação de diversos agentes componentes de quadrilhas com ramificações internacionais, originários de outras práticas criminosas, tem a pena prevista menor do que a do crime de furto, por exemplo.

Não é adequado falar em pena de multa sem definição do *quantum*, pois corre-se o risco de afundar no ridículo, com o arbitramento de valor irrisório, o que, em geral, acontece no Brasil. Dever-se-ia aproveitar a previsibilidade constitucional que aceita como modalidade de pena o confisco, perfeitamente adequado a esta situação.

Aspectos processuais penais

Do artigo segundo ao sexto, são previstos os procedimentos processuais, desprovidos, em sua maioria, do merecido e necessário cuidado para evitar problemas graves na aplicabilidade do novo texto. Sem maiores problemas, nota-se que o procedimento escolhido para o processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei é o ordinário, como, aliás, não poderia deixar de ser, abrindo-se, dessa maneira, possibilidade para a apresentação da prova e o exercício da ampla defesa.

É de capital importância perceber que o processamento do feito que apura a lavagem de dinheiro independe do julgamento dos crimes precedentes, praticados no país ou fora dele (Princípio de Autonomia do Processo Penal). Para isso, basta que a denúncia seja instruída com indícios do cometimento de qualquer dos ilícitos elencados como precedentes. A competência exclusiva é da Justiça Federal, o que se apresenta como a melhor, se não a única, solução, considerando-se que o crime macula o Sistema Financeiro Nacional.

Somente se admite a modalidade dolosa no cometimento do ilícito, ao contrário do que acontece com a legislação comparada – a espanhola, por exemplo –, aceitando-se a figura do crime tentado, caso o ilícito seja praticado com a vontade livre e consciente. Resta aos administradores que deixarem de noticiar operações suspeitas – por negligência, imprudência ou imperícia –, depois de definido o limite das operações carentes de regulamentação complementar e posterior, receber punições no campo administrativo.

O parágrafo segundo do artigo segundo faz referência expressa à inaplicabilidade do dispositivo previsto no artigo 366 do Código de Processo Penal, que trata da obrigatoriedade da citação pessoal do acusado para a continuidade da ação penal, nos atos que dependam da participação do réu. Por si só, isso representa inconstitucionalidade, visto que fere diretamente o Princípio da Ampla Defesa.

Não bastasse esse primeiro conflito, ainda num arroubo para corrigir o erro anteriormente praticado, expressa-se o legislador, no parágrafo terceiro do artigo quarto, da seguinte forma: “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 do artigo 366 do Código de Processo Penal”.

Ora, num intervalo de apenas dois artigos, em texto composto de dezoito, o legislador se contradisse, criando uma desconfortável insegurança na aplicação da norma. A cada novo despautério desta espécie, descaracteriza-se o dogma vigente desde a Revolução Francesa, dos tempos de Robespierre e Rousseau, que diziam ser o legislador infalível como legislante, por ser dotado do sopro divino.

Nova confusão de ordem acadêmica foi cometida no artigo terceiro, quando se previu: “Art. 3 – Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu apelar em liberdade”. No mínimo estamos diante de uma redundância: liberdade provisória é o gênero, e fiança, a espécie. A liberdade provisória pode ser concedida com ou sem pagamento de fiança.

Também deveria ser atribuição do julgador dispor a respeito da possibilidade de conceder-se a liberdade provisória, indicando, nessa oportunidade, o arbitramento de fiança de considerável valor, de acordo com o volume das operações financeiras processadas. Para isso, as medidas assecuratórias serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de 120 dias, contados da data em que ficar concluída a diligência.

Atenção redobrada deve ser dedicada ao parágrafo segundo do artigo quarto, que, interpretado sem a devida cautela, pode ser considerado uma aberração processual, caracterizando verdadeira inversão do ônus da prova. Assim se expressa o legislador: “O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem.” Obviamente, não se quer aqui dizer que o acusado deva provar a ausência de sua culpa; o que se pretende, a despeito da falta de qualidade do texto, é prever a possibilidade da devolução dos bens bloqueados antes da sentença absolutória – seja ela fundamentada no que for – se o acusado interessado em liberar seus bens produzir prova suficiente e capaz de convencer o julgador da origem lícita de seus bens. Tal explicação foi prestada pessoalmente pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim – que, à época da edição da

Lei, era Ministro da Justiça –, a mim e a outros operadores do direito que compareceram à reunião patrocinada pela FEBRABAN – Federação Brasileira dos Bancos.

Outra passagem interessante e merecedora de registro é o ‘privilegio’ reservado ao delator, que terá sua pena reduzida de 1/3 a 2/3, devendo cumpri-la inicialmente em regime aberto, podendo o juiz, se assim julgar conveniente, deixar de aplicá-la, ou substituí-la por pena restritiva de direitos. Esta divagação parece-nos fantasiosa, pura falácia, considerando-se que não dispomos, no Brasil, de qualquer programa de proteção a testemunhas. Como imaginar que o praticante da delação não seja atingido em sua integridade por ação do grupo criminoso por ele delatado? Ao contrário do que ocorre em outros países – como nos EUA, onde a testemunha recebe novos registros civis e a assistência de um programa específico, além de desenvolver-se socialmente, integrando-se a uma comunidade – aqui a testemunha fica entregue à própria sorte, dependendo de atendimento policial comum acionado pelo telefone 190, que colocará à sua disposição um corpo policial ‘treinado’, com viaturas modernas e preparadas para qualquer situação, mas que não saem dos pátios por falta de combustível ou peças.

Participação das empresas atuantes no sistema financeiro nacional

O artigo nono da Constituição Federal elenca todas as empresas ‘contempladas’ pelo novo diploma, separando-as por área de atuação, ligadas direta ou indiretamente ao Sistema Financeiro Nacional, que passam, com a edição da nova Lei, a receber atribuições definidas nos artigos dez e onze.

As obrigações consistem em:

- identificar seus clientes e manter deles cadastros atualizados;
- manter registro de todas as transações financeiras acima de determinados limites a serem estabelecidos;
- atender às solicitações formuladas pelo Conselho fiscalizador, dentro dos prazos fixados pela Autoridade Judiciária, que subscreverá o pedido;
- manter as informações por cinco anos após o encerramento da conta, e

- registrar e manter em arquivo, por cinco anos, operações repetidas entre as mesmas pessoas, dentro do mesmo mês-calendário, acima dos limites a serem estabelecidos.

As Instituições também estarão obrigadas a:

- dispensar especial atenção a operações que, depois de regulamentadas, possam aparentar indícios de crime de lavagem de dinheiro;
- comunicar as autoridades – sem aviso ao cliente – no prazo de 24 horas:
 - a – transações que ultrapassem o limite fixado pelo órgão fiscalizador, e
 - b – proposta ou realização de operações que possam representar indícios da prática ilícita.

Percebe-se a necessidade de regulamentação posterior e complementar do disposto nesta passagem. O profissional do sistema financeiro, a despeito de sua experiência, não é treinado para trabalhos investigativos nem dispõe de formação adequada para vigiar seus parceiros comerciais. Não se aplicam aqui as regras vigentes sobre o Sigilo Bancário, regulado pela Lei 4595/64, visto que as informações seriam enviadas para o órgão fiscalizador (BACEN) que, por sua vez, se incumbiria de retransmiti-las às autoridades competentes.

A obrigação de manter cadastros e registros à disposição do órgão destacado para fiscalizar existe há muito; por esse motivo, não constitui maior problema adequar-se a este novo ordenamento. O que se altera é a obrigação de levar ao órgão criado para supervisão as suspeitas fundadas em meros indícios.

Existem previsões de sanções administrativas às entidades que, mesmo obrigadas, descumpram os compromissos ora estabelecidos. Tais punições iniciam-se pelo campo da simples advertência, evoluem para multas pecuniárias que podem alcançar o teto de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), passam ainda pela inabilitação temporária do administrador para exercer, por dez anos, cargo ou função, e terminam com a cassação da autorização para funcionamento.

Aplicabilidade da nova lei penal

A eficácia preventiva do Direito Penal não pode exclusivamente ser garantida pela Lei; deriva de uma estrutura previamente montada, que dê condições de aplicabilidade à Lei, garantindo, desta forma, a preservação e certeza de sua eficácia.

Do artigo quatorze ao dezessete da Lei 9613/98, dispõe-se a respeito da criação do órgão nominado e conhecido pela sigla COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), criado no Ministério da Fazenda, no âmbito de suas atribuições, que vão desde a prerrogativa de disciplinar e punir administrativamente até a de identificar ocorrências suspeitas de atividades ilícitas.

Passados três anos da edição do diploma especial, as atribuições legais do Coaf não foram postas em prática, porque, além de o órgão ter-se instalado em repartição anexa ao Ministério da Fazenda, contava com poucos funcionários bem intencionados, mas sem recursos – falta, portanto, o instrumento. Os limites a serem investigados não foram estabelecidos; por enquanto, a instrumentalização inexistente, o que nos leva a concluir que a aplicabilidade da nova Lei, pelo menos por hora, está comprometida, aguardando-se deliberações complementares indispensáveis às correções obrigatórias, para que se defina a real atividade a ser desempenhada por todos os envolvidos e quais os verdadeiros limites a serem observados.

Aguarda-se então a evolução dos acontecimentos, que teimam a chegar.