

**CONTRIBUTOS PARA PROCESSOS JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS DO
CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO**

**CONTRIBUTIONS TO JUDICIAL AND ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS OF
MONEY LAUNDERING CRIME**

Carlos Frederico Manica Rizzi Cattani

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (Porto Alegre, RS). Especialista em Direito Empresarial pela FSG (Caxias do Sul, RS). Professor de Direito Processual Penal. Conselheiro do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/BA. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/BA. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRASPP. E-mail: frederico@fredericocattani.com.br

Informações de Submissão

Recebido em: 14/07/2017

Aceito em: 19/09/2017

Publicado em: 18/10/2017

Palavras-chave

Lavagem de dinheiro. Crime antecedente. Pessoa obrigada. Penas administrativas.

Keywords

Money laundering. Antecedent of the crime. Designed persons. Administrative penalties.

Resumo

O crime de lavagem de dinheiro vem sendo trabalhado pela doutrina e pela jurisprudência sob diversos ângulos, uma vez que a tônica sobre a matéria está muito além de conceituar ou identificar suas fases de cometimento. O presente artigo analisa a lavagem de dinheiro em dois momentos distintos e independentes, o primeiro na esfera processual penal e, no segundo momento, na esfera administrativa. Dentro da esfera processual penal buscou-se trabalhar a figura do crime antecedente frente à autonomia do crime de lavagem de dinheiro. Por sua vez, no viés administrativo, buscou-se encarar a figura da pessoa obrigada frente às penalidades que a ela podem ser impostas por órgãos diversos do judiciário. Nesta senda, contributos são apresentados para uma crítica sobre a lavagem de dinheiro e a sua forma conceitual de tratamento, ao mesmo ponto em que se reconhece o necessário aprofundamento sobre cada face de um prisma ainda opaco e com delimitações frágeis.

Abstract

The crime of money laundering has been worked on by doctrine and jurisprudence from various angles, since the emphasis on a subject goes far beyond conceptualizing or identifying its phases of illicit achievement. This article analyzes money laundering crime in two moments, the first in the criminal procedural sphere and the second in the administrative sphere. Within the criminal procedural sphere, the view is in the antecedent crime figure for deal with the autonomy of the money laundering crime. On the other hand, in the administrative bias, it was tried to face the figure of the compliance person that against can be applied penalties by different organs without of the judiciary. In this way, contributions are described for a critique about a money laundering and its ordinary conceptual form of treatment, at the same time, it is necessary to recognize the necessary deepening on each face of a prism still opaque and with fragile delimitations.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade capitalista o que conta é a efetividade (sucesso), usualmente representada pelo ganho de capital¹. Assim, em um universo que impõe formas lícitas para o ganho de capital, ativos que são oriundos de ilicitudes precisam ser *legitimados* e, desta maneira, efetividade para atividades criminosas passa a ser sinônimo de legitimidade aparente². Visualmente existe um crime, um processo de aparentar legitimidade e, por fim, o ganho. Para isso o indivíduo infrator toma decisões de ação e de omissão das mais variadas maneiras, buscando atingir seu sucesso, de tal sorte que muitas vezes um olhar externo não capta quais foram os meios reais desta pessoa. Logo, necessário se faz a análise sobre os processos de tomadas de decisão e o sistema do direito nos permite observar as coisas de uma determinada forma (permissão, não permissão, crime, não há crime, etc.), por meio de um ponto em comum: a norma.

Para isso, o fato a ser analisado é colocado sob a forma de um processo (administrativo ou judicial), no qual a formação dos critérios de avaliação do juiz discricionário que irá criar o julgado, por si só, já não é uma verdade. Em outras palavras, o fato real não será posto no processo, mas será descrito por pessoas que o observaram e o interpretaram para, assim, ser novamente observado e interpretado por um julgador, razão pela qual não será uma verdade, mas uma avaliação dentro de regras.

Com base neste cenário vislumbrou-se que alguns critérios eram necessários serem respeitados tanto no processo judicial quanto no processo administrativo, os quais são expostos neste artigo como contributos para um debate mais aprofundado quando dos crimes de Lavagem de Dinheiro. Ora, o jurista precisa conseguir discutir o problema da verdade por meio do direito. Logo, discutir o problema da verdade processual por meio de um problema jurídico. Para o direito as coisas não serão verdadeiras ou falsas por serem verdadeiras ou falsas. A ideia de jurisdição é um observador (juiz) analisar o fato por meio de pessoas o descrevendo. Então um observador (juiz) irá analisar a narração sobre um fato por meio de polos processuais (e não reviver o próprio fato por meio de um perfeito “*voltar o filme*” – o que já *per si* afasta qualquer possibilidade de busca de verdade real). Então, o juiz não diz se algo é verdadeiro ou falso, e o problema passa a ser se o que o juiz diz sobre alguma coisa é

¹ A presente afirmação é com base na busca dentro da própria academia (faculdades) por aprovações em concursos (busca-se o cargo e o salário), manuais preparatórios e a grande gama de livros de auto ajuda e de maneiras para o sucesso pessoal. Logo, se trata de uma afirmação reducionista, mas que é mantida no presente intuito para demonstrar a *ordem econômica* vigente, que possui seus símbolos e *desejo* cultural vigente com força impositiva.

² Aqui firma-se um elo com a necessidade de imediatidade para o sucesso.

verdadeiro ou falso. Em outras palavras, o fato será verdadeiro ou falso por quanto o juiz (observador) o diga ser verdadeiro ou falso. Então, para o direito, é necessário conhecer os critérios deste observador e, neste tocante, o presente artigo buscou focar em quesitos tanto na área processual penal quanto na esfera administrativa.

O problema não será da verdade, mas da validade da decisão fundamentada e comprovada³. Importante destacar que a verdade buscada pelo observador é um enquadramento dos fatos descritos no processo para algo que haja correspondência culturalmente como verdadeira, ou seja, a verdade para o julgador é atender uma expectativa⁴ e não uma busca pelo real, razão pela qual a validade necessita ser verificável.

O fato é que “*Caio corrompeu Pedro*”. O julgador não vai rever a cena completa *acontecendo*. O julgador (enquanto observador) será provocado por alguém que irá lhe descrever os fatos de uma forma limitada. E dentro do direito moderno, ainda deverá ouvir a parte contrária, tendo uma nova versão sobre os mesmos. A verdade deixa de ser algo de essência, e passa a ser discurso⁵. Então, o problema passa a ser se o discurso é verdadeiro ou falso e, *posteriormente*, se a decisão dada pelo observador sobre o discurso também o é verdadeira ou falsa. Cientificamente, este discurso será verdadeiro ou falso se puder ser demonstrado, puder ser verificado e, assim, confirmado (o discurso, e não mais os fatos em sua essência).

Para o direito o problema não é a verdade, mas se algo é válido. O jurista não discute a validade, mas se o discurso é válido. Logo, uma testemunha pode comprovar (provar) - e assim validar -, que *Caio estava com Pedro*, da mesma forma que uma obtenção ilícita do testemunho pode afastar a prova e, para o Direito, não será possível dizer que *Caio estava com Pedro*. A testemunha é válida para provar que Caio estava com Pedro? Logo, não interessa a verdade, mas se há validade para dizer que Caio corrompeu Pedro. Da mesma forma, ainda que haja validade, a verdade poderia ser diversa, mas não foi validamente demonstrada. Por isso, não há verdade no processo, mas validade. E a pergunta é, quando a

³ Neste sentido, é importante a compressão de busca de verdade como uma “*contenção do poder punitivo, uma vez que impõe um alto grau de exigência para a atividade probatória e com isso visa impedir condenações estruturadas no âmbito da fantasmagoria alucinatória das evidências*” (KHALED JR. Salah H. **A busca de verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p.455).

⁴ Rui Cunha traz o debate da crença e da expectativa como formador de *pontos cegos* daquele quem julga, isto é, aquilo que escapa do campo de visão naquele momento em que tudo aparenta estar sob controle para responder aos fatos que lhe são postos. (MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

⁵ Como muito bem leciona Alexandre M. da Rosa: “*As vidas que se escondem nos processos penais, na sua grande maioria, são irreais para os promotores, advogados e juízes que assistem como se fosse mais um filme de mau-gosto, protagonizado por artistas que não merecem o papel. Deveriam ser retirados de cena. E são!*” (ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 07)

validade é colocada de forma discricionária por quem julga, qual critério estaria sendo utilizado nos crimes de Lavagem de Dinheiro? O jurista consegue transportar uma complexidade sobre verdade ou falsidade, para validade ou não validade de forma a corresponder a ideia de legalidade⁶.

O que o juiz observa tem força obrigatória, ou seja, não se trata somente de uma livre interpretação, mas um dizer que tem força coativa, onde independente de verdade, para o mundo jurídico terá validade, até que seja reformado.

Pesquisar o tema Lavagem de Dinheiro no Brasil é ingressar em um universo diverso as demandas processuais correntes e clamadas popularmente por combate, como os tipos de roubo, furto, corrupção e homicídio, para ilustrar com crimes conhecidos. No entanto, estes mesmos crimes são potencialmente antecedentes ao crime que busca aparentar origem lícita aos ativos adquiridos por seu infrator. O crime de lavagem de dinheiro vem sendo trabalhado pela doutrina e pela jurisprudência sob diversos ângulos, uma vez que a tônica sobre a matéria está muito além de conceituar ou identificar suas fases de cometimento.

Os contributos apresentados neste artigo analisam a lavagem de dinheiro em dois momentos distintos e independentes, o primeiro na esfera processual penal e, no segundo momento, na esfera administrativa. Dentro da esfera processual penal buscou-se trabalhar a figura do crime antecedente frente à autonomia do crime de lavagem de dinheiro. Por sua vez, no viés administrativo, buscou-se encarar a figura da pessoa obrigada frente às penalidades que a ela podem ser impostas por órgãos diversos do judiciário. Nesta senda, contributos são apresentados para uma crítica sobre a lavagem de dinheiro e a sua forma conceitual de tratamento, ao mesmo ponto em que se reconhece o necessário aprofundamento sobre cada face de um prisma ainda opaco e com delimitações frágeis.

2 A LAVAGEM DE DINHEIRO COMO CRIME E ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIIS

A Lei 9.613 de 1998, com suas reformas em 2012, criou um mecanismo de prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo (PLD/FT), com três grandes

⁶ Neste ponto, cabe anotar o estudo de Rafael Simioni: “Pode-se, então, afirmar que embora o critério de legitimidade das normas está vinculado diretamente às regras de reconhecimento, a efetividade para aplicação das mesmas está vinculada tanto à própria norma primária, quanto as hipóteses de derrotabilidade da mesma. E uma vez que tanto as regras de derrotabilidade com a própria aplicação das mesmas, através dos tribunais, para serem legítimas, dependem das regras de reconhecimento, estas também terão relação com a legitimidade do ordenamento jurídico”. (SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BARBOSA, Rodrigo Pedroso. **Regras de reconhecimento e a legitimidade da decisão jurídica em Hart**. REVISTA DEBATES, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 153-168, set.-dez. 2016.)

movimentos: 1) Criminalizar a lavagem de dinheiro, 2) Instituir uma Unidade de Inteligência financeira (Coaf), e 3) Impor obrigações a determinadas pessoas. Partindo de uma visão global, fugindo do método clássico de somente criar a figura de um tipo-penal, criou-se uma unidade de fiscalização e regulação (Coaf) para controlar as atividades financeiras, convocando pessoas dos mais diversos setores da atividade financeira a participarem por meio de políticas e procedimentos específicos, sob pena de responsabilidades administrativas.

Vislumbra-se, na lavagem de dinheiro, que aqueles que *lucram* com o crime – por necessitarem disfarçar as origens do capital adquirido e por ser essencial terem o dinheiro legitimado –, devem realizar um processo para que os resultados aparentem terem sido adquiridos legalmente. O dinheiro, direitos ou bens sujos devem, portanto, ser lavados, para remover qualquer marca de sua origem criminoso. Diversos são os métodos que envolvem esta lavagem do dinheiro, notando-se que o universo criminoso ciclicamente aperfeiçoa-se para despistar e escapar às investigações judiciais.

Em 1989, foi criado o Financial Action Task Force (FATF) ou o Grupo de Ação Financeira (GAFI), por meio das Nações Unidas, com o objetivo de combater o crime de lavagem de dinheiro. Este grupo elaborou um relatório com quarenta recomendações que se constituem em um guia para que países adotem padrões e promovam efetivas implementações legais, regulatórias e operacionais. O GAFI anunciou oficialmente o convite para o Brasil integrar o grupo como membro observador, a partir da Reunião Plenária de setembro de 1999, em Portugal. O Grupo de Ação Financeira é considerado um dos organismos internacionais mais relevantes do mundo.

Enfrentado pelo legislador nacional quando inaugura a Lei 9.613/98, já em seu artigo 1º, pontua que *sujos* (vestígio material do tipo) são os ativos⁷: “(...) provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”. E eis, desta forma, por que para haver lavagem de dinheiro é necessário existir um *crime (infração) antecedente*, e este ter gerado como fruto valores, bens ou direitos (ativo), de maneira direta ou indireta, que, por si só, pelo motivo de sua natureza ilícita, não poderiam ser aproveitados ou sistematizados no mercado financeiro (nacional e internacional), necessitando, por isso, do procedimento pelo qual atinjam uma aparência limpa/lícita.

⁷ A ideia de usar o termo *ativo* é por que compreenderia a globalidade: *bens, direitos e valores*; ou seja, assim como a expressão *dinheiro* no nome Lavagem de Dinheiro, não se refere somente ao papel-moeda; um termo que poderia abranger com maior respeito técnico a figura do tipo penal é a expressão *ativo*, que para economia, por exemplo, representa as contas patrimoniais e compreende o conjunto de Bens e Direitos, possuindo valores econômicos e podendo ser convertido em dinheiro (proporcionando ganho).

Algumas vezes, de forma errônea, é possível tomar conhecimento de acusações por lavagem de dinheiro sem uma demonstração da *infração penal* antecedente ou demonstração de *dolo de limpeza* (mecanismos para lavar o ativo), por presunções mágicas e pelo tratamento retórico do *crime autônomo*, mas não é essa a intenção do legislador e, sequer, dos tratados internacionais firmados pelo Brasil. Então, passa-se à exposição sobre tópicos envolvendo a infração penal antecedente no crime de Lavagem de Dinheiro.

Evidente que a noção de trabalhar o tema *crime antecedente* surge da própria noção do que seja a *lavagem de dinheiro*, enquanto crime autônomo que busca empregar a bens, valores ou dinheiros uma aparência lícita (*limpa*), por meio da ocultação ou dissimulação de sua natureza e origem. Em verdade, com a redação dada pela Lei 12.683/2012, houve a supressão do rol de crimes antecedentes da Lei de Lavagem de Dinheiro, isto é dizer, ampliou-se significativamente o espectro do tipo penal, o que significa entender, sem afastar o binômio infração prévia - lavagem de dinheiro, uma potencialidade aberta de infrações precedentes. Em outras palavras, não há mais uma lista fechada (rol - *numerus clausus*) de delitos anteriores que poderiam subsumir o tipo da lavagem de dinheiro, com esta nova redação dada à Lei 9.613/98, qualquer *infração penal* (contravenções penais passam a ser incluídas) com potencial para gerar ativos (bens, valores e direitos) pode ser prévia para uma lavagem de dinheiro.

No entanto, diversas são as pontuações necessárias sobre esta *infração penal* que proverá ativos objetos do tipo da Lavagem de Dinheiro. A iniciar que se fixa como critério a origem ilícito-penal de bens, direitos ou valores – sua proveniência, direta ou indiretamente, de infração penal –, vale dizer, de crime, delito ou contravenção, devendo ser excluída as origens de outra de natureza diversa (administrativa, fiscal, civil etc.)⁸.

O termo *direta e indiretamente* merece uma análise pontuada e restrita, não permitindo construções de que a presunção das cadeias indiretas sejam fábulas acusatórias, mas que haja, entre si, um liame virtualmente forte e consistente, principalmente por ser, usualmente, uma cadeia de sucessão atos que afastam a natureza direta entre o ilícito-penal e o ativo a ser lavado, o que para a determinação de uma autoria ou participação deverá haver certeza, ao revés de presunção, tanto sobre o conhecimento de ser o ativo resultado de uma infração penal originária, quanto ter este agente vontade de levar a cabo procedimentos de ocultação ou dissimulação da natureza ilícita daqueles.

⁸ Conforme PRADO: “Adverte-se, nesse plano, que a intervenção penal não afasta a precedência da imposição de sanções administrativas, bancárias ou profissionais, e deve estar sempre subordinada aos ditames penais constitucionais”. (PRADO, Luiz Regis. **O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012)**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 926, p. 401, dez. 2012).

Vencida esta observação, o primeiro problema que deve ser enfrentado é sua característica como *crime de encobrimento*. Os crimes de encobrimento (pessoal e real) são oriundos, historicamente, da infração de receptação⁹, mas se diferenciam, seja em razão de sua complexidade (maior ou menor), seja pela intenção de proteção de bens jurídicos distintos, ou, ainda, pela natureza especializada de cada tipo. O que importa pontuar é que a lavagem de dinheiro se diferencia da Receptação (artigo 180 do Código Penal) que, igualmente, se diferenciam do favorecimento real (artigo 345 do Código Penal), em que pese serem tão parecidos. Neste tocante, uma vez compreendido que existe uma diferença necessária entre estes crimes (tipos), não pode o modelo forense buscar uma ferramenta universal para conhecer-julgar, pois, indubitavelmente, esta uniformização manualística não será tecnicamente adequada, inclusive para atender premissas constitucionais mais favoráveis ao réu e, por esta razão, não raro, tornam-se instrumentos de interpretação para preencher lacunas jurídicas que ferem a presunção de inocência.

Feita esta ressalva, possível aproveitar, sobre os chamados *crimes de encobrimento*¹⁰, *derivado* ou *parasitário*, que são assim conhecidos em virtude de sua condição de *acessoriedade objetiva* entre as infrações (precedente e consequente), que estes estão vinculados a um grau de dependência limitada entre si, e, conforme leciona Callegari:

Duas consequências podem ser extraídas da aplicação do princípio da acessoriedade limitada. A primeira delas é que quando os bens não têm sua origem em um fato típico, não poderá haver um delito de lavagem de dinheiro [...] A segunda consequência que se depreende da aplicação do princípio da acessoriedade limitada é que quando ocorre uma causa de justificação no fato prévio que origina os bens, não poderá também haver um delito de lavagem de dinheiro.¹¹

Contudo, mesmo que inafastável esta acessoriedade no plano material, há plena autonomia no plano processual, razão pela qual o legislador tornou expresso ser irrelevante a condenação do crime antecedente para que haja julgamento do crime que lhe procede. Nos termos da lei, o processamento e julgamento do crime de lavagem de dinheiro “independem

⁹ Neste sentido, PRADO explica que a Lavagem de Dinheiro poderia ter uma construção técnica legislativa dentro do contexto jurídico-penal da receptação (modelo de receptação ou de incriminação indireta ou dependente), e neste caso seria *uma de suas modalidades*, não sendo, por assim dizer, um delito autônomo. Porém, salienta PRADO, mais moderno e com melhor técnica é tipificar a lavagem de dinheiro como delito autônomo, independente e distinto da receptação. (PRADO, Luiz Regis. **O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 926, p. 401, dez. 2012).

¹⁰ Ilustra Nelson Hungria, ao analisar o histórico do crime de receptação, que estas modalidades de crimes de encobrimento já foram na história equiparadas ao *latro* ou *fur*, consideradas “*auxilium post delictum* ou *cumplicitate subsequente*”. (HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**: volume VII. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.301).

¹¹ CALLEGARI, André Luis. **Imputação objetiva**: a lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 61.

do processo e julgamento das infrações penais antecedentes¹²”. No Direito Penal contemporâneo está consolidada a ideia de autonomia entre os crimes de encobrimento, ao ponto que, se não houver um ajuste anterior entre os infratores, não há que se falar em cumplicidade¹³ ou coautoria entre aqueles que cometem a primeira infração penal e os outros que praticam o crime que desta decorre.

Desta digressão, surge o problema, qual seja, ao adotar-se um modelo pelo qual a infração *anterior* é autônoma, como assim também o é o crime posterior (lavagem de dinheiro), o legislador prevê a desnecessidade de uma comprovação plena da *culpabilidade* e *punibilidade* em relação ao delito primeiro. A Lei 9.613/98 instituiu que: “denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal anterior, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal anterior”.¹⁴

Ocorre que uma interpretação superficial da letra da Lei tende a conduzir o *interlocutor* a uma interpretação igualmente rasa sobre o seu conteúdo normativo. Pode-se dividir dois movimentos sobre a análise da infração anterior quando da ação penal de lavagem de dinheiro. Em um primeiro tópico estar-se-á falando em condição específica da ação e, em um segundo nível, sobre análise do tipo penal em sentença de mérito. Em que pese o modelo adotado não exija uma comprovação cabal (ou plena) em relação à infração anterior para instruir a denúncia, igualmente, pontua ser necessária sua existência da infração anterior para que haja crime de lavagem de dinheiro.

A demonstração dos *indícios suficientes* estaria ao nível de condição específica da ação penal¹⁵. Mas não pode o intérprete fixar-se somente na parcialidade do texto legal, pois o legislador trouxe elementos sobre uma estrutura a ser respeitada, somente aceitando uma *fragilização* ao nível de indício no tocante ao conhecimento da infração penal anterior para fins de *condição específica da ação penal* do crime de lavagem de dinheiro. Isto é dizer, a tipicidade e ilicitude (antijuridicidade) não podem ser presumidas e precisam estar *devidamente* demonstradas para que haja a tipicidade do crime de lavagem de dinheiro

¹² Artigo 2º, II: “Independem do processo e julgamento das infrações penais anteriores, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento” (Lei Nº 9.613, de 3 de Março de 1998).

¹³ “[...] deve-se abstrair, desde logo, da figura do encobridor como coparticipante: não parece poder haver, por não ser nem normativamente adequado, nem em rigor facticamente pensável, uma coparticipação *ex post facto*, isto é, depois do facto ter sido cometido e o tipo de crime realizado”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 758).

¹⁴ Art. 2º, §1º da Lei Nº 9.613, de 3 de Março de 1998.

¹⁵ “A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal anterior (...), primeira parte do §1º do artigo 2º da Lei Nº 9.613, de 3 de Março de 1998.

quando da *sentença*¹⁶, em que pese exceções em relação ao conhecimento da *autoria* e da *culpabilidade* sobre a infração penal anterior.

Sobre a condição de processamento, ao juiz cabe *rejeitar* acusações fundadas em *meros indícios*, pois o legislador em nenhum momento autorizou uma cognição de *suspeita de infração antecedente* ou *disfarce acusatório*, sendo exigência do tipo penal, pressuposto de procedibilidade, que haja na denúncia o enfrentamento da *probabilidade* em grau de *envergadura probatória suficiente* a sustentar a peça acusatória sobre a existência da infração penal antecedente, o que não é mera (que seria simples e vaga), mas *suficientemente verossímil* (que satisfaz e torna apto)¹⁷.

É possível defender que o uso do termo *indícios* possa ser usado pelo legislador de forma legítima a uma condição da Ação, desde que retrate esta ideia em sua completude e não como manejo de linguagem, ou seja, como representação de algo que realmente permita uma cognição de probabilidade nos termos do artigo 239 do Código de Processo Penal. Para lei processual indício se trata de uma circunstância *conhecida e provada* que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. Frisasse, esta conclusão por *indução* está necessariamente vinculada a uma condição que seja *conhecida e provada* e, na melhor técnica, seria esta circunstância a infração penal antecedente, pois o crime de lavagem de dinheiro é o que se esta buscando processar (ainda tem que se conhecer).

Por certo a autorização para iniciar o caminho do conhecimento dos fatos de lavagem de dinheiro melhor estaria assegurado em um processo tendo o crime antecedente já julgado ou, no mínimo, os dois delitos sendo julgados conjuntamente (por conexão ou continência)¹⁸. Por certo o legislador reconhece a dificuldade prática deste ideal, por isso faz sua opção expressa de autonomia entre os delitos quando afirma que o processo e julgamento do crime de lavagem de dinheiro independe do processo e julgamento da infração penal antecedente. Mas não pode ser afastado que o indício que até agora foi defendido somente se reveste como condição específica da ação, pois a presença do crime antecedente como elementar objetiva

¹⁶ “(...) sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente”. Segunda parte do §1º do artigo 2º da Lei 9.613/98.

¹⁷ Ainda que o Código de Processo Penal tenha optado pela *livre apreciação das provas* (Art. 155), é certo que indispensável que as mesmas existam, sob pena de inexistência de lastro probatório que sustente minimamente (suficientemente) a acusação e, conseqüentemente, lhe falte a justa causa, que tem esta função de garantia constitucional que veda processos precários.

¹⁸ “(...) cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento”. Segunda parte do inciso II do artigo 2º da Lei 9.613/98.

do crime de lavagem deve ser concebida em sua concepção formal, mediante critérios de certeza¹⁹.

É incontestável que a técnica legislativa adotada tornou o crime antecedente elementar do tipo previsto no art. 1º da Lei de Lavagem, condicionando-o a sua verificação plena. Afinal, acreditando encontrar-nos em um Estado Constitucional Democrático de Direito, a condenação de um indivíduo, sem a absoluta certeza da realização de todos os elementos previstos no tipo, afrontaria o primeiro postulado do positivismo jurídico: o princípio da legalidade. Por óbvio, a incerteza quanto à ocorrência do crime antecedente, redundaria na incerteza quanto a um dos elementos objetivos do tipo em questão, impossibilitando, conseqüentemente, a sua adequação legal²⁰.

Por isso, o tratamento sobre a infração penal antecedente acena que o legislador, ao referir sobre o desconhecimento da autoria e a falta de culpabilidade na infração antecedente, não afastaria a possibilidade de condenação no crime decorrente (lavagem de dinheiro) desde que seja aquele outro típico e antijurídico. Ora, o termos *indícios suficientes* não se referem ao momento da decisão de mérito, e sim sobre a decisão de rejeição ou recebimento da peça acusatório. Logo, para que haja lavagem de dinheiro ao menos o fato antecedente deve ser típico e antijurídico, sendo que se este for atípico ou lícito (ou se pairarem dúvidas sobre estas elementares), levará à não existência da infração antecedente e, desta maneira, se não houver o delito que antecede, torna-se impossível haver crime de lavagem de dinheiro, por sua atipicidade. É concluir, o julgador mesmo que receba a peça acusatória pelos *indícios suficientes* da infração penal antecedente, deverá fundamentar uma eventual decisão condenatória somente quando verificado ou, no mínimo, forte em uma prova segura da infração penal antecedente, que poderá ser efetivada no próprio processo de lavagem ou em outro que se apura aquela primeira infração²¹.

Outro aspecto sobre a infração penal antecedente fica adstrito à geração de ativos e ser de natureza grave. Isto é, se a infração penal antecedente não gera ativos (*lucro*), não poderá haver lavagem de dinheiro. Em uma exposição do Procurador Vladimir Aras, em palestra proferida no 1º Seminário Nacional do Instituto Baiano de Direito Processual Penal²², a infração penal antecedente deverá ser *produtora*, no caso da lei, de bens, direitos e valores.

¹⁹ D'AVILLA, Fábio Roberto. **A certeza do Crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais**. Editorial do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ano 7, nº. 79, junho de 1999, passim. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/99-79-Junho-1999 (acesso em 01/05/2015).

²⁰ Ibid.

²¹ Neste sentido CALLEGARI, André Luis. **Imputação objetiva: a lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal**. 2º. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

²² ARAS, Vladimir. **Nova Lei de lavagem de dinheiro**. IBADPP-TV. Palestra proferida no 1º Seminário Nacional do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ppF1BXhB664>. Acesso em: 3 jun. 2017.

Assim, no caso do crime antecedente ser de homicídio, por si só, não poderá justificar um consequente crime de lavagem de dinheiro. Contudo, se o mesmo ocorrer *mediante paga recompensa* (não basta a promessa), haverá produção de um resultado financeiro e caso aquele que tenha recebido o pagamento, *dolosamente, busque ocultar ou dissimular* sua origem, neste caso, haverá lavagem de dinheiro para este agente em crime autônomo e diverso do precedente homicídio. Ainda, mesmo que gerando ativos, se o crime antecedente for de menor potencial ofensivo, também não poderá falar-se de lavagem de dinheiro, mesmo que busque o infrator ocultar ou dissimular a origem do ilícito. Por exemplo, o organizador de uma rifa ou bingo em evento lúdico, que oculta ou mescla (dissimula) os ganhos da atividade contravencional.

Por fim, sobre a extraterritorialidade, nada impede o processo e julgamento, ou a tipicidade, do crime de lavagem de dinheiro, nos casos em que a infração penal antecedente for praticada no exterior, nos termos do inciso II do artigo 2º. da Lei 9.613/98. Em verdade, o próprio crime de lavagem de dinheiro poderá ser julgado no Brasil, mesmo que algumas de suas fases tenha se dado no exterior, ou, quando praticados fora do território nacional, em razão do artigo 7º., inciso I, alínea ‘b’ do Código Penal, ou do artigo 7º., inciso II, alínea ‘a’, do mesmo diploma. Por certo, os crimes de lavagem de dinheiro são por diversas vezes processos transnacionais, assim como seus delitos antecedentes, a exemplificar o tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de pessoas, entre outros. Neste sentido, prima-se em um consenso internacional de combate²³ e colaboração mútua entre os países no plano mundial, que tanto para os crimes antecedentes, quanto na Lavagem de Dinheiro, deverá haver comunhão de esforços para o processamento e julgamento dos referidos crimes.

3 APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO PUNITIVO DO COAF

Na dinâmica abordada nesta obra, a pessoa obrigada é aquela que ocupa um lugar dentro do mercado econômico-financeiro de substancial importância para os mecanismos de controle e fiscalização, por se revelarem inclusive meios para a realização dos processos de lavagem de dinheiro. Por isso, (lavagem de Dinheiro), em seu artigo 12 diz que estas pessoas (contadores, corretores de imóveis, bancos, etc.), bem como aos administradores das pessoas jurídicas, estão obrigadas (convocadas para guerra) a cumprir as determinações previstas na

²³ Este termo deve ser usado com moderação, pois a ideia de combate deverá estar lastreada por princípios humanos e soberania nacional.

Lei, e serão aplicadas sanções para aqueles que não o fizerem ou o fizerem de forma deficiente.

Uma das primeiras e principais recomendações do GAFI é para que os países exijam que as instituições financeiras e atividades e profissões não financeiras designadas (pessoas obrigadas) identifiquem, avaliem e adotem medidas efetivas para mitigar seus riscos de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Com este âmag, o artigo 9º. da Lei 9.613 passou a identificar como pessoas obrigadas, e sujeitas as obrigações da Lei, as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

- I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;
- II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;
- III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

Este primeiro grupo de pessoas obrigadas representa o cumprimento de uma das Recomendações do GAFI, qual seja, de adotar medidas sobre as pessoas físicas e jurídicas que prestam serviços de transferência ou circulação de ativos (dinheiro ou valores). É de suma importância conhecer *o caminho do dinheiro* para combater os crimes previstos na Lei 9.613/98, assim como para a própria recuperação ou repatriação de eventuais valores.

Identificado este grupo de pessoas de serviço de transferência de valores/dinheiro, a Lei passa a descrever novos grupos de pessoas obrigadas, que se sujeitam às mesmas obrigações. São as pessoas descritas no *parágrafo único* do mesmo artigo 9º.:

- I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado;
- II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização;
- III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços;
- IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos;
- V - as empresas de arrendamento mercantil (leasing) e as de fomento comercial (factoring);
- VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado;
- VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual;
- VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;

IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;

X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;

XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem joias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades;

XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermediem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie;

XIII - as juntas comerciais e os registros públicos;

XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;

XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares;

XVI - as empresas de transporte e guarda de valores;

XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermediem a sua comercialização; e

XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.

Resta evidente que as pessoas identificadas pela Lei ocupam lugar no sistema econômico-financeiro com probabilidade (risco) de intermediar, serem usadas ou de assistirem as operações pelas quais se utilizam os sujeitos que circulam ativos oriundos de atividades criminosas, e por isso são obrigadas pela Lei a adotarem políticas e procedimentos específicos e a declarar, positiva ou negativamente, as atividades suspeitas de lavagem de dinheiro ou financiamento ao terrorismo.

A Lei 9.613/98, conforme amplamente abordado, possui uma estrutura com mecanismos de controle e fiscalização, o qual obriga determinadas pessoas a adotarem determinadas condutas. Todas as imposições criadas, quando não cumpridas ou executadas de forma diversa da prevista, são passíveis de responsabilização administrativa pelo Coaf ou pelos órgãos reguladores.

Deve ser defendido que a responsabilização administrativa é sempre subjetiva (dolo ou culpa), não podendo ser aplicada pela mera comprovação objetiva de existência de um fato infracional. Tanto assim, que o artigo 11 (das comunicações de operações financeiras), trouxe em seu parágrafo segundo, que as comunicações de boa-fé não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa. Ilustrando, se uma pessoa obrigada fizer uma comunicação de *não*

ocorrência, e for fiscalizado que havia a necessidade ter feito comunicação *de ocorrência* para aquele determinado período, se tal fato se deu de boa-fé (sem dolo e sem culpa), mesmo que havendo um resultado infracional objetivo cabível de enquadramento, inexistente ao caso a responsabilidade administrativa.

Deve ser observado, ainda, que ao órgão responsável pelo processo administrativo punitivo não é dado fazer juízo de crime, devendo se ater aos aspectos administrativos da conduta. Dito isso, por mais que seja importante buscar o conceito de dolo e de culpa no Direito Penal como auxílio ao processo administrativo, impreterivelmente deverá ser respeitado os distintos desígnios entre ambos.

Um dos elementos que diferencia o dolo em direito administrativo do dolo no direito penal é a questão da tentativa, pois as infrações administrativas se baseiam na consumação de um resultado²⁴. Não há qualquer relevância jurídica para a aplicação da responsabilidade administrativa de agente que tenta ou não consuma a infração prevista na lei administrativa, bastando pra tanto a leitura da Lei 9.613/98 em seus artigos 10 e 11.

Com estas ressalvas, passa-se a leitura do que rege o Código Penal Brasileiro²⁵:

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Em decisões sobre direito administrativo é comum se falar de *dolo genérico* ou *dolo geral*, enfatizando não ser necessário o *dolo específico*^{26,27} que, segundo a doutrina, seria genérico quando a vontade se limitava à prática da conduta típica, sem nenhuma finalidade

²⁴ Neste sentido a leitura do “Estudo sobre o dolo no direito administrativo” de Carlos Alberto Hohmann Choinski, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19868-19869-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 maio 2017.

²⁵ Decreto-Lei No 2.848, De 7 De Dezembro De 1940.

²⁶ REsp 1608450/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 08/09/2016.

²⁷ Neste sentido: “O dolo em direito administrativo deve obediência ao princípio da tipicidade (não existe hipótese legal de sanção administrativa, sem prévia previsão de sua ilegalidade), mas não se vincula restritivamente ao tipo, como é voz corrente no direito penal. Basicamente, o princípio conceitual do dolo, em direito administrativo se baseará em uma contraposição ao “tipo” administrativo, se baseará no desrespeito à legalidade exigida para o ato e se baseará na necessária conclusão de que tal desrespeito baseou-se em uma vontade dirigida contra a boa-fé estatal (princípio reitor da finalidade administrativa)”. CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. **Estudo sobre o dolo no direito administrativo**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19868-19869-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 maio 2017.

específica, enquanto no dolo específico, a vontade era acrescida de uma finalidade especial²⁸, em outras palavras:

O elemento subjetivo especial do tipo não se confunde com o dolo, nem recebe mais a denominação de dolo específico. Neste instituto, o que temos é uma finalidade específica, transcendental, um especial fim de agir, uma intenção especial do agente. Os elementos subjetivos especiais do tipo penal são expressos ou implícitos.

Com estas considerações, afirma-se que o dolo no processo administrativo punitivo, referente às infrações previstas pela Lei de Lavagem de Dinheiro, prescindirá da pessoa obrigada a atuar com a finalidade específica de cometer ou permitir que se cometam os crimes da Lei 9.613/98. Restringe-se a análise se houve pelo agente o conhecimento da realização de uma conduta infracional somada a uma vontade de desatender a intenção impositiva do órgão regulador. Logo, a pessoa obrigada que deixar conscientemente de fazer uma comunicação de operação suspeita (art. 11, II da Lei 9.613/98), sabendo que deveria fazê-la, inclusive com previsão de pena (art. 12, §2º, IV da Lei 9.613/98), estará agindo com dolo, independente de não haver finalidade específica de viabilizar a lavagem de dinheiro.

De outra sorte, também serão punidas as condutas culposas, isto é, as quais se verifica que não houve um dever objetivo de cuidado, por *imprudência* (atuação positiva da culpa; agir sem cautelas necessárias), *negligência* (atuação negativa da culpa; omissão em relação a uma conduta que deveria se adotar) ou *imperícia* (culpa profissional; ainda que autorizado a fazer a conduta, não possui conhecimento teórico ou prático suficiente para conclusão a contento), ou seja, a pessoa obrigada:

[...] realiza voluntariamente uma conduta que produz resultado naturalístico, não previsto e nem querido, mas objetivamente previsível, e excepcionalmente previsto e querido, que podia, com a devida atenção, ter evitado²⁹.

Para finalizar esta parte sobre responsabilidade administrativa, dolo e culpa, colaciona-se o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça, por sua forma didática de apresentar a matéria, com a aplicação prática dos conceitos acima expostos:

Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, estar caracterizada a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de

²⁸ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6. ed. rev. atual. e ampl., v. 1. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p.269.

²⁹ MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6. ed. rev. atual. e ampl., v. 1. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p.277.

Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. (REsp 1656384/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 02/05/2017).

Neste sentido, o artigo 12 da Lei de Lavagem de Dinheiro rege que, às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções: advertência; multa pecuniária; inabilitação para o cargo de administrador de pessoa jurídica; e a cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

A advertência é uma pena que identifica uma menor gravidade e, conseqüentemente, possui uma menor repercussão para a pessoa obrigada. Contudo, uma vez advertida, a pessoa obrigada dificilmente contará com o mesmo grau de censura no caso de reiteração infracional ou não sanar irregularidades advertidas, o que demonstra não ser uma pena banal, mas com intuito educativo e proporcional ao objetivo de refrear a conduta irregular.

Nada impede, contudo, que uma pessoa obrigada seja advertida mais de uma vez, desde que as advertências não tenham correlação direta, inclusive por fatos diversos julgados conexos no mesmo processo administrativo.

A pena de multa pecuniária identifica o interesse em coibir determinadas condutas, pois quando cometidas (por ação ou omissão, com dolo ou culpa), possuem o potencial de lesar as finalidades almejadas pela Lei e, conseqüentemente, terá maior grau de repercussão para a pessoa obrigada, seja por sua característica inibidora, seja por ser uma forma de minimizar ou reparar os prejuízos causados.

Contudo, a pena pecuniária não pode ser desproporcional e desarrazoada, devendo cumprir sua função sem gerar enriquecimento ilícito, razões pelas quais o legislador optou por elementos objetivos para fixação:

- II - multa pecuniária variável não superior:
 - a) ao dobro do valor da operação;
 - b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou
 - c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);³⁰

Flagrante que existe um interesse de fixação de teto para a aplicação da multa, havendo um escalonamento de três hipóteses para a sua definição, sendo que o valor de vinte milhões de reais previsto na alínea 'c' não é um limite geral, mas uma opção por exclusão, ou

³⁰ Artigo 12, II da Lei 9.613/98

seja, será utilizado o marco de vinte milhões para fixação de pena pecuniária, quando as outras formas não forem possíveis de serem mensuradas ou aplicadas ao caso. Seria inocente pensar o contrário, pois não é difícil no mundo moderno operações econômico-financeiras que superam esta cifra, e limitar a pena pecuniária a este importe seria, em poucas palavras, criar mecanismos viáveis de riscos para realização dos crimes previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro.

Ao dizer que a pena não será superior, entende-se que ela poderá ser inferior aos valores ali indicados. Logo, impõe ao órgão julgador encontrar um valor que não ultrapasse uma das três formas balizadas pela Lei e que seja proporcional a irregularidade cometida e a conduta do agente frente à mesma.

Em uma interpretação sistêmica, é possível afirmar que a pena deve ser balizada, em princípio, com base no valor da operação realizada junto à pessoa obrigada (alínea 'a') e, em casos excepcionais, quando o lucro for evidentemente superior à operação e houver dolo no atuar do agente, deverá então a pena pecuniária ser por este fixada (alínea 'b'). Isto, pois, a finalidade é inibir a conduta, logo não poderá a mesma ser atrativa ou um risco financeiro aceitável. Por exemplo, não raro nos mercados de valores mobiliários é possível a operação ter um custo X e o lucro obtido por meio dela alcançar cifras superiores a 10X, raciocínio parecido no caso de obras de arte ou artigos de luxo. Por isso, fixar a pena com base no valor da operação não seria suficiente para alcançar sua finalidade de impedir a conduta, ainda que aplicada pelo dobro.

A Lei 9.613 de 1998 focou de forma sólida nos administradores da Pessoa Jurídica, para evitar qualquer barreira de proteção para o cometimento de irregularidades que possam favorecer os crimes de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo. Com isto, legislou-se sobre a possibilidade de pena de *inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º*.

Os administradores das sociedades (pessoas jurídicas), em geral, não podem ser confundidos com a própria pessoa jurídica, por serem entes diferentes. Por isso, tanto o administrador quanto os seus bens particulares, não respondem pelos prejuízos causados pela empresa, devendo haver, na excepcionalidade das situações que isso possa ocorrer, a desconstituição da personalidade jurídica em razão de casos expressamente previstos em lei³¹. Isto é, afasta-se a responsabilidade da pessoa jurídica e penaliza-se o administrador.

³¹ Código Civil em seu Art. 50: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público

Neste sentido, de imediato se vislumbra que o legislador trouxe na lei de lavagem de dinheiro a previsão de uma penalidade que tem por característica penalizar o administrador, para o que se deve ter total cautela, pois no sistema brasileiro os administradores são considerados um órgão da sociedade³² e não mandatários³³, pelo que o exercício normal de gestão não lhe geraria responsabilidades, a menos que descumpra a lei ou os estatutos da empresa³⁴, nestes casos, até mesmo se suas decisões tenham sido acertadas³⁵.

A pena de inabilitação tem o interesse não só de coibir determinadas condutas, mas de retirar o agente de uma posição jurídica pela qual seja capaz de realiza-las. Neste momento, o potencial lesivo (ou até a própria lesão) contra as finalidades almejadas pela Lei já deve estar caracterizado, conseqüentemente, o relevante grau de repercussão para o administrador da pessoa obrigada é extremado.

Observa-se que as infrações deverão ser graves ou serem reincidências específicas de transgressões punidas com multa, sem deixar o julgador de avaliar o cabimento de despersonalização da pessoa jurídica, ou seja, o dolo/culpa não será somente da pessoa jurídica, mas imprescindivelmente decorrerá de decisões ilícitas de seu administrador. Caso em contrário, a penalidade não poderá se dar sobre o mesmo e deverá ficar restrita a pessoa jurídica. E, infração grave deverá ser aquela cometida dolosamente em favorecimento da lavagem de dinheiro, ou com evidentes fatores objetivos de que a conduta assumiu risco equivalente, fora a isto, somente caberá a inabilitação no caso de uma conduta específica e punida com multa ter sido novamente praticada em razão de comando adotado pelo administrador. Abre-se espaço para devida ressalva de que reincidência específica não se trata de nova pena de multa por fato diverso, mas de uma pena de multa novamente aplicada a um fato específico praticado que já foi punido anteriormente.

Sobre a cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento, este tema é de interessante cautela, pois o Código Civil apresenta, em seus

quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

³² Ver artigo 1.064 do Código Civil (Lei nº 10.648/2002), e artigo 154 da Lei das Sociedades Anônimas (nº. 6.404/1976).

³³ Deve ser observado que o legislador faz expressa referência a tal diferença, quando no art. 1.011 do Código Civil fez constar que: “§ 2º. Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato”. O Código Civil possui um capítulo próprio para mandato e fez constar a expressa diferença do cargo de administrador.

³⁴ Neste sentido o Código Civil em seu artigo 1.016 e a Lei das Sociedades Anônimas em seu artigo 158.

³⁵ Realizar, sem previsão em objeto social ou autorização de sócios, a venda de um imóvel, por exemplo. (Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir).

artigos 1.123 e seguintes, as sociedades que dependem de autorização para funcionar, com regras para sociedades nacionais e estrangeiras, sem prejuízo de leis especiais.

Por certo que algumas atividades profissionais podem ser exercidas dispensando as questões formais, não exigindo requisitos legais. Para estes casos temos as chamadas profissões livres, cujo exercício não depende de autorização legal, sendo necessário e suficiente o conhecimento técnico respectivo (manicure, mecânico, pintor, marceneiro, sapateiro, etc.). A segunda parte do inciso XIII do art. 5.º da Constituição Federal estabelece a possibilidade da restrição legal da liberdade para o exercício de certas profissões, quando diz: “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, senão:

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:

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Neste caso a nossa Carta Magna, assim como o Código Civil brasileiro, faz referência às profissões legalmente regulamentadas, ou seja, àquelas que foram criadas por lei e em cujo diploma legal são estabelecidas as condições, prerrogativas, atribuições e exigências legais para o seu exercício (contador, advogado, médico, engenheiro, corretor de imóveis, corretor de seguros, etc.). Para estes tipos de profissão, não basta aprender ou ter habilidade de fato para desempenhar o trabalho, sendo indispensável a presença de requisitos legais para exercer tais atividades.

Neste contexto está inserida a profissão contábil, por se tratar de profissão legalmente regulamentada, cuja formalização se efetivou pelo Decreto-Lei 9.295 de 27 de maio de 1946. E, neste sentido, também é possível ilustrar com a Lei 4.595/1964 (Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências), com o texto do seu artigo 10, inciso X, o qual rege que cabe ao Banco Central do Brasil conceder autorização às instituições financeiras, a fim que possam funcionar no país.

Por isso, a penalidade de cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento é, para além da retirada de um administrador (com a manutenção da sociedade atuando, por exemplo), de derradeira repercussão na pessoa obrigada, pois o legislador busca assegurar a integridade do sistema econômico-financeiro inibindo a atuação da própria pessoa física ou jurídica em determinada área de atividade,

operação ou funcionamento da qual necessitava de autorização, seja por meio da suspensão, seja por meio da cassação.

§ 4º A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com a pena prevista no inciso III do caput deste artigo.

Para compreender esta penalidade, da forma proposta pelo legislador, se deve observar, primeiramente, que ela não caberia a pessoas físicas, pois faz referência expressa à penalidade de afastamento de administrador como pressuposto para sua incidência. Isto é, vislumbrou-se que, no caso do afastamento do administrador não ser o suficiente para inibir a atuação irregular da pessoa jurídica, deverá a penalidade se aplicada a ela própria, pois foi vencido o último recurso de manutenção atividade econômica.

Contudo, a depender do órgão regulador, poderá o processo administrativo alcançar a mesma finalidade de suspensão ou cassação das pessoas físicas que exercem a atividade, por meio de aplicação de outras penalidades próprias da categoria, uma vez que uma irregularidade grave estaria sendo cometida.

A título de exemplo, rege o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, que caberá a suspensão do exercício da profissão de contador, pelo período de até 2 (dois) anos, aos profissionais que, dentro do âmbito de sua atuação e no que se referir à parte técnica, forem responsáveis por qualquer falsidade de documentos que assinarem e pelas irregularidades de escrituração praticadas no sentido de fraudar as rendas públicas. Ou, ainda, a possibilidade de cassação do exercício profissional contábil quando comprovado crime contra a ordem econômica e tributária.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática sobre lavagem de dinheiro é uma realidade para além dos processos administrativos e penais que abrange as mais diversas pessoas, físicas ou jurídicas. Ainda que não seja um tema novo, é uma realidade possível de forma mais constante para esferas judiciais e administrativas. Logo, enfrentar a matéria em sua forma mais complexa é uma necessidade aos operadores do direito e, igualmente, a gestores e *operadores de conformidades (compliance)*. A necessidade de reconhecer e aprofundar o estudo também impacta para aqueles que devem julgar os fatos que lhe serão postos. Por certo que são inúmeras as hipóteses e teorias para responder as questões da validade das decisões que serão

tomadas pelos julgadores, mas o que se buscou traçar são os critérios que devem ser atendidos para fugir de evidências e imagens que não tem o condão de condenar. Isto, ao mesmo tempo, indica a importância e a complexidade da própria questão. Ainda que não sejam todos os critérios, ou até mesmos critérios definitivos, a busca em si própria auxilia no avanço da democracia e do enfrentamento do crime de Lavagem de Dinheiro.

Assim, foi possível destacar importantes notas como critérios a serem observados no processo penal e no processo administrativo, como forma de afastar julgamentos antecipados ou afastados de validades.

A metodologia é de apresentar uma necessidade mínima indutiva, de forma a afastar métodos dedutíveis que são alienígenas ao devido processo, e por em *cheque* as fundamentações com base em evidências ou inquisições sumárias. Em advertência, defende-se que a *indução* deveria ser restrita a cada processo, para evitar que a mesma seja critério de dedução futuro.

O artigo buscou partir dos mecanismos de formação de convicção (atos decisórios), como cenário de estudo para os critérios a serem enfrentados no plano processual penal e processual administrativo e, ainda que não conclusivo, demonstrou ser satisfatório para apresentar uma visão crítica sobre o crime de Lavagem de Dinheiro, razão pela qual os contributos não tem a intenção de tornar pleno o estudo, mas, ao contrário, fomentar a necessidade de um debate mais profundo.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Nova Lei de lavagem de dinheiro**. IBADPP-TV. Palestra proferida no 1º Seminário Nacional do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ppF1BXhB664>. Acesso em: 3 jun. 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jul. 2017.

BRASIL, Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Sociedades por ações**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm. Acesso em: 08 jul. 2017.

BRASIL, Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm. Acesso em: 08 jul. 2017.

BRASIL, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, **Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 08 jul. 2017.

BRASIL, Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 08 jul. 2017.

BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, **Código Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 08 jul. 2017.

BRASIL, Decreto-lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946. **Cria o Conselho Federal de Contabilidade**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del9295.htm. Acesso em: 08 jul. 2017.

BRASIL, Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. **Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm. Acesso em: 08 jul. 2017.

CALLEGARI, André Luis. **Imputação objetiva**: a lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. **Estudo sobre o dolo no direito administrativo**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19868-19869-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 maio 2017.

D'AVILLA, Fábio Roberto. **A certeza do Crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais**. Editorial do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais ano 7, nº. 79, junho de 1999, passim. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/99-79-Junho-1999. Acesso em: 1 maio 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**: volume VII. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

KHALED JR. Salah H. **A busca de verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6. ed. rev. atual. e ampl., v. 1. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – vol. 2 – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012)**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 926, p. 401, dez. 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BARBOSA, Rodrigo Pedroso. **Regras de reconhecimento e a legitimidade da decisão jurídica em Hart**. REVISTA DEBATES, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 153-168, set.-dez. 2016.
