

Lavagem de dinheiro: os efeitos macroeconômicos e o bem jurídico tutelado

Tiago Ivo Odon

Sumário

1. Introdução. 2. A defesa do Estado e a defesa da Economia. 3. O bem jurídico tutelado pela lei de lavagem de dinheiro. 4. Os efeitos macroeconômicos da lavagem de dinheiro *versus* o rol de crimes antecedentes. 5. Os instrumentos buchanianos do Brasil. 6. Conclusões.

1. Introdução

A lei brasileira de lavagem de dinheiro – lei nº 9.613/98 – adotou a estratégia de selecionar quais tipos de ativos ilícitos podem ou não ser lavados. Assim, no Brasil, só há relevância penal, para que o Estado movimente sua máquina de repressão, se um agente tentar ocultar ou dissimular a origem de ativos provenientes de tráfico de entorpecentes, terrorismo e seu financiamento, tráfico de armas e munições, extorsão mediante seqüestro, crimes contra a administração pública, crimes contra o sistema financeiro nacional, crimes praticados por organização criminosa e por particular contra administração pública estrangeira.

A lei brasileira de lavagem de dinheiro é uma lei “de segunda geração”, para usar expressão da doutrina internacional. As leis de primeira geração são aquelas que só consideram dinheiro sujo passível de ser lavado aquele proveniente exclusivamente do narcotráfico. As leis de segunda geração aumentaram o campo de incidência, considerando outros crimes além do narcotráfico, como terrorismo, tráfico de armas, corrup-

Tiago Ivo Odon é Especialista em Inteligência e Consultor Legislativo do Senado Federal.

ção etc. É o caso do Brasil, da Alemanha e da Espanha. As leis de terceira geração, por sua vez, não definem um rol, sendo qualquer provento de infração penal passível de ser lavado. É o caso dos EUA, da Bélgica, da França, da Itália, da Suíça, do México.

A primeira questão que surge a partir dessa estratégia de política criminal brasileira é se o crime de lavagem é concebido a partir da análise dos bens jurídicos tutelados pelas normas subjacentes aos crimes antecedentes ou se ele possui autonomia axiológica, um bem jurídico próprio. A segunda questão é se, demonstrando-se que a norma que pune o crime de lavagem de dinheiro tutela bem jurídico próprio, o rol de crimes antecedentes abarca todas as infrações penais dotadas de tal periculosidade a ponto de alcançar o núcleo de garantia e proteção da norma jurídica de lavagem de dinheiro, e que seriam, portanto, penalmente relevantes, apesar de ausentes.

O presente estudo pretende analisar essas questões a partir das premissas da escola de ciência econômica da Escolha Pública, de James M. Buchanan, e a partir da identificação dos efeitos macroeconômicos da lavagem de dinheiro, retirando a discussão do âmbito meramente jurídico e abstrato para situá-la no mundo real.

2. A defesa do Estado e a defesa da Economia

Algumas das atividades ilegais citadas no rol de crimes antecedentes do art. 1º da Lei nº 9.613/98 demandam recursos financeiros expressivos, como, por exemplo, a produção e a distribuição de drogas ilegais e o tráfico de armas. No Brasil, por exemplo, os mercados de ambos os produtos têm rotas distintas (a rota da droga mais ao norte e a rota da arma mais ao sul), o que expande por todo o país os efeitos da subtração desses recursos da economia regular, processo que provoca uma redução tanto da taxa de produção quanto do ritmo de crescimento. Com frequência, essas atividades geram

muito mais renda aos seus agentes do que podem utilizar prudentemente no curto prazo. Para permitir o uso desses recursos a longo prazo, precisam ser armazenados ou investidos de forma a não perder valor. Como se observa, essas rendas têm um ciclo de vida próprio – têm valor mais em função do tempo de sua manutenção do que do consumo que poderiam gerar.

É precisamente isso o que a lavagem de dinheiro tenta proporcionar: preservar na medida do possível o valor dos ativos adquiridos e transformá-los em ativos mais legítimos ou mais utilizáveis, processo que, no caso de grandes somas, gera consequências macroeconômicas entrópicas, como se verá mais adiante.

O dinheiro sujo que entra no país, de tráfico de cocaína, heroína, ecstasy ou de armas estrangeiras – até mesmo de armas brasileiras, que são exportadas e retornam pelo Paraguai –, ou é gerado domesticamente, de corrupção, de gestão fraudulenta de instituição financeira, entre outros, e é lavado produz dois efeitos básicos relevantes: o primeiro é a realimentação da atividade criminosa, uma vez que o crime é uma indústria, gera lucro e necessita de constante reinvestimento, e o dinheiro não pode ficar ocioso sob pena de perder valor; o segundo é a desestabilização da ordem econômico-financeira, nos processos de armazenamento e transformação dos ativos. Assim, diante desse quadro, é oportuno perguntar qual é o bem jurídico tutelado pela lei de lavagem de dinheiro. São todos os bens jurídicos por trás dos crimes que compõem o rol do art. 1º, chamados de “crimes antecedentes” (saúde pública, segurança nacional, patrimônio, administração pública nacional e estrangeira, sistema financeiro nacional, ou qualquer um, se ofendido por organização criminosa), ou possui um bem jurídico próprio a ser protegido?

A Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/98 (EM nº 692/MJ), de 18 de dezembro de 1996, em seus itens 29 a 33, parece adotar a tese, em nome de uma “política criminal

transnacional”, de que é a soma de todos eles. Não obstante, vai mais longe: acrescenta a “defesa do Estado” como um dos fundamentos para a criminalização da lavagem de dinheiro como entidade típica autônoma (item 31) – após se referir aos crimes praticados por organizações criminosas, “independentemente do bem jurídico ofendido”, terrorismo e tráfico de armas – e a “defesa de uma economia saudável” (item 33), ao se referir aos crimes contra o sistema financeiro nacional. Estamos diante de um tipo penal com uma pluralidade de bens jurídicos tutelados, uma vez que várias modalidades de crimes são elementos do tipo?

A EM nº 692/MJ, ao citar a “defesa do Estado” numa ponta e a “defesa da economia” na outra, estaria voltando à velha distinção Estado-mercado, da gênese do liberalismo, ou, depois de Hegel, à distinção Estado-sociedade civil? Até que ponto defender a economia é diferente de defender o Estado? Talvez Marx tenha sido o primeiro a sistematizar uma crítica a respeito dessa suposta dualidade. No prefácio à sua famosa *Crítica da economia política*, ele afirma, estudando Hegel, que ficara convencido de que as instituições políticas e jurídicas tinham suas raízes nas relações materiais da existência (cujo complexo é englobado por Hegel na expressão “sociedade civil”) e que a anatomia da sociedade civil deve ser buscada na “economia política”. Para ele, enfim, a sociedade civil é o espaço onde têm lugar as relações econômicas; ou seja, é a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política.

Todd G. BUCHOLZ (2000, p. 14), em outras palavras, e sem usar a teoria do materialismo histórico, observou que o vínculo mais forte entre a economia e o mundo real tem sido sempre a política. De fato, até o início do século XX a economia era chamada de “economia política”. Quase todos os mais importantes economistas serviam ao governo em algum nível. David Ricardo e John Stuart Mill até ganharam a eleição para o Parlamento britânico; de uns tempos para

cá, no Brasil, Roberto Campos e Delfim Neto, entre outros.

Na verdade, a economia moderna ganhou seu impulso inicial quando Adam Smith denunciou o casamento incestuoso entre as monarquias e os negociantes da Europa. De lá pra cá nada mudou, apenas o fato de que agora esse casamento se dá entre repúblicas e esses negociantes, que são do mundo todo. Nos dias de hoje até os Estados precisam ser financiados e fechar balanços. Até ganham notas de risco igual às empresas! No Brasil, por exemplo, todo o mercado tem títulos públicos na mão. Os títulos públicos são usados como um ativo praticamente isento de risco e chegam a ser contabilizados pelos bancos como parte de seu capital. Costuma-se inclusive obrigar certos fundos a destinarem determinada fração de seus ativos a aplicações em títulos do governo, como é o caso dos fundos de pensão. O Banco Central, além disso, usa esses títulos em operações no mercado aberto para influenciar as taxas de juros. Para se ter uma idéia, enquanto nos EUA e na Inglaterra as taxas de juros de referência para o mercado (*prime* e *libor*, respectivamente) são taxas sobre títulos privados, no Brasil a taxa referência (Selic) é sobre títulos públicos!

Estamos numa época da História em que até a política virou uma atividade econômica, para usar uma das premissas do Prêmio Nobel de Economia de 1986, James M. Buchanan, fundador da escola da Escolha Pública. Desde que as políticas públicas deixaram de ser de apoio à oferta (séculos XVII, XVIII e XIX) para serem de apoio à demanda (século XX e início do XXI), isso tem sido uma realidade. Em nenhum momento da História a expressão “república” teve um significado tão preciso: “fundo público”. O fundo público, ou *res publica*, caracteriza-se (1) pelo financiamento da produção (subsídios para agricultura, indústria, comércio, ciência e tecnologia, formação de amplos setores produtivos estatais, investimento em infra-estrutura, crédito para as micro e pe-

quenas empresas etc.; (2) pela valorização financeira do capital, por meio da dívida pública; e (3) pelo financiamento da reprodução da força de trabalho, alcançando toda a população por meio dos gastos sociais (educação gratuita, saúde universalizada, previdência social, seguro-desemprego, subsídios para transporte, alimentação, habitação, cultura e lazer, salário-família etc.), conquista da social-democracia.

A intervenção do Estado adquire assim um sentido preciso, já que fornece uma cota de capital constante, que contribui para frear a queda da taxa média de lucro (economia real) ou de rendimento (economia financeira) no mercado. No final do processo, o país endivida-se, tornando-se cada vez mais dependente do mercado financeiro doméstico, o que contribuiu para o aumento exponencial da dívida pública como mecanismo privilegiado de financiamento de seus gastos: a prazos de maturidade cada vez mais curtos e a taxas de juros crescentes, condições impostas pela sociedade civil para seguir comprando títulos públicos. Essa realidade é o grande dilema das novas esquerdas hoje. O primeiro ano do governo Lula é uma constatação empírica disso.

Portanto, “defesa de uma economia saudável” não deixa de ser uma “defesa da sociedade civil”, credora do Estado, e, assim, “defesa do governo”, “defesa da política”. Em última instância, se estamos falando de condutas criminosas que lidam com a moeda, não existe diferença prática entre “defesa da economia” e “defesa do Estado”.

3. O bem jurídico tutelado pela lei de lavagem de dinheiro

O que a EM nº 692/MJ nos faz refletir é se devemos ou não valorar o crime de lavagem de dinheiro a partir da análise dos crimes antecedentes, definir o bem jurídico tutelado a partir do bem jurídico ofendido pelo crime antecedente. Será que o bem jurídico principal é multímido e derivado? Como isso pode ser possível se só temos uma pena?

O fato é que, no direito penal moderno, a relação entre bem jurídico e pena traduz, na verdade, uma simbiose entre o valor do bem e a função da pena; ou seja, nas palavras de Luiz Regis PRADO (1997, p. 21), “de um lado, tendo-se presente que se deve tutelar o que em si mesmo possui um valor, o marco da pena não é senão uma conseqüência imposta pela condição valiosa do bem. De outro lado, e, ao mesmo tempo, a significação social do bem se vê confirmada precisamente porque para a sua proteção vem estabelecida a pena”.

Para situar a discussão num âmbito axiológico – uma vez que, a partir de Kant, o conceito de bem passa a ser dimensionado axiologicamente para o mundo do Direito –, se estamos diante de uma soma, como a pena de um crime antecedente pode ser maior do que a pena do crime principal (caso da extorsão mediante seqüestro)? Se isso ocorre, é porque aquele primeiro efeito básico citado do crime de lavagem de dinheiro – a retroalimentação da atividade criminosa – não foi considerado valorativamente para a definição da pena, uma vez que se está punindo no sistema jurídico o fato A com uma pena W e a recolocação dos proventos para financiar um novo A com uma pena W - n. Em contrapartida, temos vários crimes antecedentes (corrupção, descaminho, tráfico de armas etc.) com penas inferiores à do crime principal. Nesses casos, o sistema jurídico está punindo o fato B com uma pena X e a recolocação dos proventos para financiar um novo B com uma pena X + n. Em tese, de um lado e de outro (A/B e o financiamento de novo A/B), o bem jurídico ofendido é exatamente o mesmo. Por que isso não se reproduz na cominação da pena? Certamente, diante dessa falta de padrão, e para não termos que declarar uma ofensa ao princípio da proporcionalidade, percebe-se que a retroalimentação do crime não foi fator levado em consideração para se definir o marco da pena, o que, em última instância, revela como o sistema penal pátrio concebe (ou melhor, não concebe) o crime de lavagem de

dinheiro – o qual, como se conclui, não é concebido, ontologicamente, a partir do crime antecedente.

Se o crime de lavagem de dinheiro chega a ser punido mais severamente que o seu crime precedente ou o crime que se visa realimentar, então está claro que a lavagem em si ganhou autonomia axiológica. Assim sendo, ofende um bem jurídico próprio. Daí a razão de a lei estabelecer uma completa autonomia entre o crime principal e os crimes que são elementos do tipo (art. 2º, inciso II e § 1º).

Isso é uma questão de política criminal. Toda norma jurídica nasce de uma decisão política. Para usar a definição de ZAFFARONI e PIERANGELI (2002, p. 132), política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que, iniludivelmente, implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

É interessante observar que outro fato nos indica que o crime de lavagem de dinheiro não foi concebido a partir dos crimes antecedentes. A EM nº 692/MJ fornece a seguinte explicação por que os crimes contra a ordem tributária não foram incluídos no rol de crimes antecedentes:

“Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção

de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal – lavagem de dinheiro – a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito” (item 34).

Essa explicação, portanto, mostra-nos uma lógica oposta: é o crime de lavagem de dinheiro que está selecionando o rol de crimes antecedentes. Se o direito penal deve cumprir um objetivo de segurança jurídica, que, para ZAFFARONI, não se diferencia substancialmente da defesa social, e se esse objetivo se cumpre tutelando bens jurídicos – aqueles tidos como caros para a ordem constitucional vigente –, por que a decisão política prévia à constituição da norma jurídica resolveu restringir o alcance do tipo penal usando como critério *o que o crime causa para o seu agente* e não *o que o crime causa para a sociedade civil ou para o Estado*? Parece que a EM nº 692/MJ não está mais falando de tutela de bens jurídicos. E se com o dinheiro da sonegação fiscal o agente procura um doleiro para remeter o montante para fora do país sem que a Receita Federal e o Banco Central percebam? Houve evasão de divisas (remessa clandestina de disponibilidades de moeda estrangeira do país), que é crime contra o sistema financeiro nacional (art. 22 da Lei nº 7.492/86) e que está no rol da lei nº 9.613/98 (inciso VI). Não houve aumento de novos bens, direitos e valores ao patrimônio do agente. Pelo contrário, houve redução, pois ele teve que pagar a comissão do doleiro e a taxa da ordem de pagamento! Como já afirmara ZAFFARONI, o caminho escolhido pela política criminal para efetivar a tutela já implica a crítica do caminho eleito.

Além disso, a EM nº 692/MJ defende uma tese (de que o resultado do crime de lavagem constitui um aumento do patrimô-

nio do agente) que o tipo penal prescrito na lei não reclama. Tal condição não se encontra no *caput* do art. 1º ou em seus §§ 1º e 2º. Estamos diante de um fenômeno parecido com o que atualmente ocorre com o crime de furto. Há uma corrente jurisprudencial expressiva defendendo que o crime só se consuma se o objeto furtado passar para a posse tranqüila do agente (ver voto vencido do Ministro Néri da Silveira, STF – RT 677/428). É uma condição que, a rigor, o tipo penal (art. 155 do Código Penal) não reclama. Mas o interessante é que a condição colocada pela EM nº 692/MJ (o resultado do crime de lavagem precisa ser uma agregação de fora ao patrimônio do agente) não foi imposta pela jurisprudência, não foi fruto da análise judicante de um caso concreto – por meio da qual o processo, na perspectiva de Ihering, torna-se uma “luta” que constrói o Direito, daí J.J Calmon de Passos ensinar que é na fase de aplicação do Direito que ocorre a sua legitimação social –, mas foi fruto de uma decisão política prévia à criação da norma jurídica.

Essa relação necessária da política com o Direito não é, logicamente, como já alertou Maurício A. R. LOPES (1999, p. 202), uma questão limitada ao campo penal, mas um problema geral do Direito. Contudo, não se deve perder de vista que a norma jurídica forma parte de uma ordem jurídica e que a decisão política, na medida em que pode ensejar a criação de uma norma jurídica concreta, deve-se harmonizar ao todo jurídico já existente, para que seja mantida a coerência do sistema. Apenas com a lei penal nas mãos não podemos conhecer o direito penal de um país, prescindindo do restante de legislação positiva do ordenamento jurídico. Assim, o que o sistema nos diz sobre a tese defendida pela decisão política na EM nº 692/MJ? No direito tributário, o pagamento de um tributo torna-se obrigação legal a partir da ocorrência do fato gerador. Assim, o seu não pagamento configura enriquecimento ilícito. Este, em nosso direito civil, possui os seguintes pressupostos: a)

enriquecimento do *accipiens* (do que lucra); b) empobrecimento do *solvens* (do que sofre o prejuízo); c) relação de causalidade; d) existência de lei prevendo a hipótese. Em suma, no crime contra a ordem tributária, o que o agente está fazendo é retirando recursos do fundo público, da *res publica*. A tese da EM nº 692/MJ, portanto, é falaciosa, e, de certa forma, não esconde o patrimonialismo burocrático, para usar expressão de Raymundo Faoro, tradicionalmente presente no imaginário político brasileiro.

A noção do delito como ofensa a um bem jurídico é uma das grandes conquistas do constitucionalismo liberal a partir de meados do século XIX, com Birnbaum. A partir de então, não foram raras as ocasiões, como já constatou Luiz Flávio GOMES, em que o conceito de bem jurídico foi frontalmente atacado ou menosprezado, ocasiões que coincidem com momentos autoritários da História. Quando isso acontece, o bem jurídico já não revela a essência do delito, seu *abstractum*, senão exclusivamente a *ratio* seca da lei. O conceito mesmo de delito se transforma para ser concebido como mera lesão à norma ou mera violação de um dever (GOMES, 2002, p. 79-80). O que importa, nessa perspectiva, é a vigência formal da própria norma. Assim, no crime de lavagem de dinheiro, politicamente falando, o que ganha relevância penal não é a ofensa “ao Estado” ou “a uma economia saudável”, mas a violação da norma que condena implicitamente o aumento do patrimônio do agente!

Estamos diante de um caso clássico da escola de Escolha Pública de Buchanan! Essa escola é um fenômeno do final do século XX e pouco debatida no Brasil. Apesar de ser uma escola da ciência econômica, traz questões que deveriam ser trazidas para o campo de estudo do Direito. Uma das premissas usadas por ela é a de que o burocrata, assim como o homem de negócios, é egoísta, mas seu egoísmo se manifesta de diferentes maneiras. Enquanto o homem de negócios luta para maximizar os lucros, os bu-

rocratas procuram maximizar um conjunto diferente de variáveis: poder, prestígio, imunidade, elegibilidade, salários, bonificações, oportunidades depois da aposentadoria etc. O burocrata maximiza essas variáveis inflacionando o orçamento e o tamanho do órgão administrativo. Daí Buchanan dizer que o sistema político fomenta os déficits no orçamento.

Keynes, por exemplo, nunca questionou a motivação dos políticos e burocratas porque adotava implicitamente uma “mão invisível política”, que assegurava uma confluência entre o egoísmo político e o bem público. Por exemplo, um político pode defender uma política X simplesmente porque ela é popular e irá maximizar votos. Assim, o público obtém o que quer, e o que ele quer é “bom”, e o político obtém o que quer, ainda que se importasse muito pouco com a ação que desempenhava.

Mas e se o egoísmo político divergir do interesse público, desvelando a ingenuidade política de Keynes? No fundo, o que Buchanan faz é chamar a atenção para a existência de possíveis desequilíbrios smithianos na política e que deveriam ser levados em consideração como variável econômica. Quando o governo se expande em microtransações mediante criação de leis, regulamentações, subsídios, tarifas e concessões, os custos de informação sobem para o público. Ou seja, os cidadãos que desejam estar informados a respeito dos gastos públicos e da política precisam investir mais tempo e esforço reunindo informações. Para a maioria dos cidadãos, esse investimento será economicamente irracional, porque os custos de informação excedem os benefícios que eles obtêm (principalmente quando o cidadão não está entre os beneficiados). Assim, agentes públicos podem desviar gastos de programas por egoísmo político quando os custos de informação para os eleitores são altos se comparados aos benefícios derivados. Esses custos aumentam quando o governo expande as operações. Qual a conclusão lógica de Buchanan? Uma tendên-

cia na direção da expansão governamental é uma tendência em direção à separação dos atos dos políticos do conhecimento do público.

Se a pessoa não sofre direta ou indiretamente prejuízo com as microtransações entre o governo e outros, ela desconta os benefícios de obter informação sobre a ação do governo. Assim, até o ponto em que os cidadãos não vêem o prejuízo, não se importam. Pelo lado macroeconômico, as finanças públicas serão e prosseguirão sendo prejudicadas até o ponto em que os eleitores subestimam os prejuízos ou benefícios indiretos da política fiscal e monetária.

Não incluir os crimes contra a ordem tributária no rol de crimes antecedentes da lavagem de dinheiro é fruto de uma microtransação política que produz benefícios indiretos para todo mundo (desde o simples funcionário público sem reajuste salarial há oito anos e que não sai do cheque especial até uma grande empresa que precisa compatibilizar altos custos operacionais com a alta carga tributária) ao mesmo tempo em que produz prejuízos macroeconômicos para todo mundo, os quais são subestimados ou não percebidos, e as finanças públicas continuarão sendo prejudicadas até o ponto em que a sociedade acreditar que os custos de informação são altos se comparados aos benefícios derivados.

Essa perspectiva buchananiana nos leva, então, ao segundo efeito básico do crime de lavagem de dinheiro – a desestabilização da ordem econômico-financeira. Esse efeito tem tomado a atenção particular do Fundo Monetário Internacional (FMI) e da Comunidade Européia. O FMI está inclusive incluindo as medidas antilavagem implementadas como um dos pontos a ser avaliado nos países que pedem empréstimos, o que inclusive foi feito recentemente no Brasil. Alguns penalistas sublinham o efeito da lavagem sobre a administração da justiça. Apesar de relevante, é apenas um efeito reflexo, e a comunidade internacional está tentando minimizá-lo com a multiplicação

de assinaturas de Acordos de Cooperação Judiciária em Matéria Penal.

A lavagem de dinheiro é um típico fato entrópico, como se verá, pois gera desordem. Nesse caso substituímos a discussão anterior sobre os “microbens jurídicos” para definir apenas um: a ordem econômico-financeira – sendo essa a atual tendência de valoração por parte da comunidade internacional. O Parlamento Europeu e os Parlamntos de 13 dos 15 países da União Européia (UE), em fevereiro de 2002, em reunião na França, consideraram o crime de lavagem de dinheiro como “ameaça direta à estabilidade da economia global”. Assim, em que medida a ordem econômico-financeira é afetada pela escolha pública de não se punir os que “lavam” os proventos de sonegação ou fraude fiscal? A estabilidade da ordem econômico-financeira justifica a aplicação de *ultima ratio* do direito penal? Será que a proteção a esse bem jurídico substantiva tanto uma “defesa do Estado” quanto uma “defesa da sociedade civil”?

4. Os efeitos macroeconômicos da lavagem de dinheiro versus o rol de crimes antecedentes

O impacto de altos montantes no sistema econômico-financeiro é digno da atenção por parte da política criminal por várias razões. Em primeiro lugar está o fato de os bancos comerciais terem poder para criar moeda. Ao receberem recursos sob a forma de depósitos à vista, geram moeda escritural, com liquidez equivalente à moeda legal em circulação. Os depósitos geram aplicações (empréstimos) e essas, por sua vez, resultam em novos empréstimos, processo que eleva os meios de pagamento da economia. Para cada R\$ 1,00 de depósito tomado isoladamente o banco pode criar moeda até o limite de suas reservas. Esse crescimento de moeda escritural é definido pelo coeficiente de expansão do sistema, dado pela fórmula: $1/R$, em que R indica o percentual de reservas mantido pelos bancos.

Nos termos do Acordo de Basiléia de 1988, do qual o Brasil é signatário, todo banco deve ter patrimônio líquido de 8% do valor de seus ativos ponderado pelo risco. No Brasil, o sistema financeiro trabalha atualmente com uma relação mínima de 11%. Em suma, isso significa que, para cada R\$ 100,00 que o banco empresta, R\$ 11,00 devem ser garantidos com recursos próprios. Adotando esse indicador para um exercício hipotético, considerando um sistema bancário no qual os bancos mantenham reservas equivalentes a 11% do saldo dos depósitos (sem considerarmos aqui os efeitos de instrumentos de política monetária, como os depósitos compulsórios), $1/R$ seria $1/0,11$ e daria um coeficiente de expansão de 9,09 do sistema, o que significa que para cada R\$ 1,00 depositado em um banco brasileiro, em tese, pode-se criar até R\$ 9,09 de moeda escritural.

Em 2001 a Receita Federal divulgou um número muito interessante. Cerca de R\$ 825 bilhões que circulam na economia brasileira é dinheiro informal, que só foi detectado pela CPMF. Ou seja, dinheiro não associado a nenhum faturamento declarado nem a nenhum imposto pago. Isso equivale a 30% de todo o dinheiro em circulação no mercado. É quase o Produto Interno Bruto (PIB) nacional! Assim, prosseguindo em nosso exercício hipotético, se multiplicássemos esses R\$ 825 bilhões, supondo que esse dinheiro estivesse circulando no mercado sul-americano e fosse injetado no Brasil, por 9,09, teríamos geração de até R\$ 7,5 trilhões no sistema financeiro nacional, aproximadamente sete vezes o PIB nacional! É por isso que existem paraísos fiscais, países que abrem mão da tributação só para ter o dinheiro em seus caixas. Existem muitos países financiando seus déficits em Transações Correntes com dinheiro sujo. Não é à toa que a Colômbia, desde que se tornou grande produtora de drogas, nunca passou por uma recessão econômica.

O dinheiro sujo influencia o comportamento dos meios de pagamento no merca-

do. Grandes montantes podem provocar saltos em M1 (moeda em poder do público + depósitos a vista nos bancos comerciais) em períodos inflacionários! Um dos primeiros efeitos da introdução de altos montantes no sistema é o aumento da velocidade de circulação da moeda, que pode ser medida pela razão PIB/Quantidade de moeda. Se a velocidade de circulação da moeda aumenta, gera-se pressão inflacionária; se o dinheiro apenas passa pelo país e é remetido ao exterior, gera-se pressão sobre o câmbio, desvalorizando a moeda nacional. Michel Camdessus, ex-presidente do FMI, já declarava, em 1998, que a lavagem de dinheiro gerava mudanças inexplicáveis na demanda por moeda e uma maior volatilidade dos fluxos internacionais de dinheiro e de taxas de câmbio.

Todos esses movimentos citados até aqui, mais adiante, comporão a lista de fatores que fará com que o Comitê de Política Monetária (Copom) aumente a taxa de juros. Juros maiores significam dívida pública maior; moeda desvalorizada também significa dívida pública maior, pois o país ainda possui muitos títulos indexados ao câmbio. Isso se traduz em problemas para o governo para cumprir metas de superávit fiscal.

Há um fator agravante no Brasil com relação a esses pontos: o país faz fronteira com fortes produtores de drogas – Colômbia, Bolívia, Peru e Paraguai – e, como são economias pequenas, o que torna mais arriscado para traficantes lavarem expressivos montantes de dinheiro sujo, o Brasil torna-se destino certo, dado o tamanho de seu mercado financeiro e de seu volume populacional. Isso sem contar o fato de o Brasil ser rota de passagem da droga que segue para a Europa, o que significa dizer que o pagamento de muitas mulas e distribuidores atacadistas se dá no mercado brasileiro.

Cabe ressaltar ainda que a droga do vizinho nunca vem sozinha. O fato é que os centros de varejo do narcotráfico criam economias informais em torno de si. Entre grupos de traficantes normalmente viceja o co-

mércio em domicílio de roupas de grife, jóias, CDs, aparelhos eletrônicos e, ultimamente, também modernos equipamentos de escuta e de comunicação. Desse âmbito local para fora, a estrutura vai-se tornando mais complexa, e passa a envolver carros, caminhões, barcos, aviões, material e equipamento para refino de cocaína e prensagem de maconha, profissionais especializados, aeroportos clandestinos ou não, documentação, comércio de armas e de dólares, pirataria, evasão fiscal etc. Cria-se um Estado paralelo, informal, que no Brasil tem um “PIB” de R\$ 825 bilhões!

Os movimentos de capital induzidos pelas tentativas de lavar dinheiro não são promovidos por questões econômicas fundamentais, tais como tentativas de tirar proveito de diferenças de taxas de juros ou de câmbio ou mesmo de baixas alíquotas tributárias. Em vez disso, os movimentos são induzidos por diferenças de controles e regulamentos que tornam a atividade de lavagem menos arriscada em alguns países do que em outros, mesmo que isso proporcione taxas de retorno mais baixas. Portanto, esses ativos seguem caminhos opostos aos que seriam indicados pelos princípios fundamentais da economia. O dinheiro pode fluir para fora de países com políticas econômicas sólidas e taxas de retorno mais altas para países com políticas mais frágeis e taxas de retorno mais baixas, num aparente desafio às leis econômicas! Como resultado, o capital tende a ser investido de forma menos otimizada do que seria se não fosse de origem ilegal. A taxa mundial de crescimento diminui não apenas como causa do impacto das atividades criminosas na alocação de recursos, mas também como causa da alocação do produto de tais atividades (TANZI, 1996, p. 45). Estamos diante de um fenômeno que ri do clássico modelo Heckscher-Ohlin! Não é à toa que a UE define o crime de lavagem de dinheiro como “ameaça direta à estabilidade da economia global”.

Como se observa, os formuladores de política em países caracterizados por altas ta-

xas de inflação, taxas supervalorizadas de câmbio e grandes déficits fiscais tendem a ser menos propensos a modificar suas políticas se receberem uma forte injeção de capital externo. Em nível nacional, entradas e saídas volumosas de capital podem impactar o comportamento de variáveis de forma significativa – como as taxas de câmbio e de juros (Peter J. QUIRK (1997), em estudo para o FMI sobre lavagem de dinheiro, já concluiria que, à medida que a procura por dinheiro parece se deslocar de um país para outro em função da lavagem, ela passa a ter consequências negativas sobre a volatilidade das taxas de juros) e preços de ativos específicos, como, por exemplo, imóveis. Em alguns países identificados com atividades de lavagem de dinheiro, aumentos imprevistos têm ocorrido nos preços de certos ativos (terra, casas, flats etc.) que não podem ser explicados por alterações de política econômica.

Quando as taxas de câmbio flutuam livremente, como no Brasil, o influxo de grandes quantias de dinheiro lavado pode resultar em valorização das taxas e/ou em expansão da base monetária. A valorização da taxa de câmbio reduziria a competitividade dos setores exportadores mais tradicionais e geraria maiores importações. Na ausência de intervenção política de esterilização, o aumento da base monetária tenderia a pressionar os preços internos para cima, gerando a pressão inflacionária citada anteriormente. Ao enfrentar essas dificuldades, os formuladores de política nacionais seriam forçados a apertar a política fiscal para criar superávit orçamentário que poderia ser utilizado para esterilizar os efeitos monetários dos influxos de capital.

Numa perspectiva buchananiana, a política se aproxima de fato de uma atividade econômica: a decisão política que manuseia o rol de crimes antecedentes da lavagem de dinheiro, processo que amplia ou não o tipo penal, o que significa que amplia ou não a repressão do Estado sobre este crime – processo que define o uso ou não de *ultima ratio*

do direito penal sobre o fato real –, tem poderes para, indiretamente, fomentar ou não o déficit orçamentário, o que, em última instância, dependerá da escolha pública.

Não se pode esquecer dos efeitos macroeconômicos sobre a distribuição de renda. QUIRK (1997, p. 8) levantou indícios de que os recursos subtraídos pela evasão fiscal tendem a ser canalizados para investimentos mais arriscados e de maior rentabilidade no setor das pequenas empresas, e também de que a evasão fiscal predomina nesse setor. Assim, à medida que a atividade criminosa redireciona a renda de altos poupadores para baixos poupadores, ou de investimentos sólidos para investimentos arriscados, de baixa qualidade, como já colocado, o crescimento econômico do país sofre. Por fim, o estudo de QUIRK encontrou indícios de que reduções significativas nas taxas anuais de crescimento do PIB de alguns países estavam associadas com aumentos na lavagem do produto do crime.

Por tudo isso é que a estratégia política adotada pelo legislador brasileiro merece algumas observações. Primeiramente, o *caput* do art. 1º da Lei nº 9.613/98 limitou o campo de incidência de infrações penais antecedentes a crimes. No Brasil há diferença entre crime e contravenção penal. A diferença básica é que nesta há prisão simples (sem rigor penitenciário) e a pena cominada pode ser apenas a de multa. O jogo do bicho, por exemplo, uma das maiores chagas da criminalidade nacional, é uma contravenção penal e não um crime. Assim, se um bicheiro introduz proventos do jogo no sistema financeiro para ocultar ou dissimular a origem, não estará praticando crime nenhum, por maior que seja o montante. Há hoje um vácuo legislativo com relação ao bingo. Foi editada medida provisória dando à Caixa Econômica Federal poder para fiscalizar e licenciar, mas necessita de regulamentação. O Poder Judiciário tem atrapalhado bastante a fiscalização e repressão da Caixa, pois tem concedido liminares contra o descumprimento de várias dessas atividades.

Atualmente proliferam-se no Brasil as máquinas de caça-níqueis. Só no Distrito Federal (DF), onde a incidência não é tão alta quanto em algumas cidades do Nordeste e Sudeste, estima-se que cada máquina arrecade R\$ 3 mil por mês. É um negócio que movimenta R\$ 40 milhões por ano só no DF. É típico jogo de azar cujos proventos podem ser injetados no sistema financeiro sem risco de incriminação, pois o jogo é mera contravenção penal.

O mesmo ocorre com a promoção de loterias não autorizadas, nacionais ou estrangeiras, que também é contravenção penal. No bilhete de loteria não se consigna nome ou CPF, o que o transforma num título ao portador. Estima-se que há cerca de 9 mil revendedores lotéricos no país, os quais podem comprar bilhetes premiados para fins de lavagem. Outra contravenção é o comércio clandestino de obras de arte, um dos mercados mais utilizados atualmente para a lavagem de dinheiro. Muitos bancos europeus têm aceitado sem maiores problemas obras de arte como garantia para empréstimos, muitas das quais furtadas ou roubadas. No Brasil, qualquer pessoa poderia furtar ou roubar obras de arte caríssimas, oferecê-las como garantia de um empréstimo correspondente ao seu valor, para, em seguida, não pagar o empréstimo: o banco ficaria com um bem sujo e o criminoso com dinheiro limpo (com uma origem a ser declarada), e ele não seria punido por isso.

Em segundo lugar, como já mencionado, estão ausentes do rol do art. 1º os crimes contra a ordem tributária. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), a maior fonte de lavagem de dinheiro do mundo é a evasão fiscal, seguida pela corrupção. É, assim, oportuno ressaltar que a EM nº 692/MJ, apesar de rogar por uma suposta “política criminal transnacional”, apresenta uma lei que não atende essa política, uma vez que a evasão fiscal, repita-se, é a maior fonte de lavagem de dinheiro do planeta. O Brasil sequer pode extraditar os que causam rombos fiscais em outras partes do mundo.

A título de quantificação, até outubro de 2003 a indústria devia R\$ 5,3 bilhões ao Fisco, o comércio devia R\$ 4,8 bilhões e o setor financeiro devia R\$ 2,3 bilhões. Segundo o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (Etco), o volume de combustíveis vendido irregularmente corresponde a R\$ 3,1 bilhões por ano de sonegação fiscal; as tubaínas (refrigerantes mais baratos) cresceram sua participação no mercado de 5%, há dez anos atrás, para 40%, hoje; no setor de cigarros, produtos contrabandeados ou que não pagam impostos representavam 8% a 10% do mercado e agora representam 33%. Em audiência pública promovida pela Comissão de Seguridade Social e Família, da Câmara dos Deputados, foi dito por auditores fiscais da Previdência Social que o governo tem R\$ 100 bilhões para cobrar de sonegadores na Justiça. O ministro Berzoini, por sua vez, divulgou uma lista com mais de 170 mil nomes de devedores que, juntos, devem R\$ 153 bilhões à Previdência. Segundo a CPI da Pirataria, R\$ 10 bilhões é o rombo fiscal provocado pela pirataria por ano. A que número chegaríamos se fosse somado a estes todo o dinheiro que não paga imposto proveniente das contravenções penais citadas anteriormente? Se continuarmos a citar exemplos e formos somar todos esses valores, talvez chegássemos ao número de R\$ 825 bilhões, já certamente fruto do efeito multiplicador financeiro, divulgados pela Receita Federal. E isso num país que, só em 2003, pagou R\$ 137 bilhões com despesas da dívida da União, estados, municípios e empresas estatais.

Será que essas modalidades de crimes são condutas dotadas de tal periculosidade (criadora de riscos) a ponto de alcançar o núcleo de garantia e proteção da norma jurídica de lavagem de dinheiro, que expressa um bem jurídico – a ordem econômico-financeira? Se a resposta for positiva, então se pode falar em um fato penalmente relevante, uma vez que, sob o signo do direito penal da ofensividade, deve ser incluído como crime antecedente à lavagem de

dinheiro aquele que proporciona uma concreta ofensa ao bem jurídico protegido – *nullum crimen sine iniuria*.

5. *Os instrumentos buchananianos do Brasil*

A escola da Escolha Pública, de Buchanan, alerta-nos ainda para outro aspecto da questão. O Brasil não é um país bastante atrativo para a lavagem de dinheiro apenas por fazer fronteira com produtores de drogas e por ser rota de passagem e, também, praça de consumo. Há outras variáveis que agravam todos aqueles efeitos macroeconômicos citados. Devido ao tamanho geográfico do país, à complexidade de seu mercado, ao fato de a máquina administrativa ser muito grande e o ordenamento jurídico ser instável e saturado de leis e regulamentos, e ainda cheio de lacunas, o custo de se obter informações sobre as expansões do governo é muito alto. Exemplo claro disso são as contas de não residentes (conhecidas como contas CC5), em sua versão de 1988, vigente até os dias de hoje. Há em torno de 4.300 dessas contas no mercado. O Brasil é único no mundo em pelo menos um aspecto: sua moeda é e não é livremente conversível ao mesmo tempo! Uma excentricidade. A rigor, nossa moeda não é livremente conversível. Mas torna-se por meio de um instrumento buchaniano precário – as CC5.

Estamos novamente diante de uma expansão governamental – uma microtransação que visou o fim do dólar paralelo e o retorno de capitais que estavam fora do país (fruto da evasão fiscal e dos super e subfaturamentos de importações e exportações da década de 1980, num momento histórico em que o governo passava a desconfiar que todo o problema de sua economia tinha raiz fiscal), feita por meio de regulamentações (Resolução nº 1.555/88 do Conselho Monetário Nacional e Circular nº 2.259/92 do Banco Central) – que significa uma clara separação do ato político do conhecimento do público.

Oficialmente, para o público, o real não é livremente conversível. No atual regime, os exportadores são obrigados a trazer e converter, no país, a moeda estrangeira resultante da venda de suas mercadorias. Necessariamente, portanto, a exportação gera oferta doméstica de moeda estrangeira. Em diversos países onde a livre conversibilidade foi adotada, tal contrapartida não é exigida – se o exportador quiser, ele pode receber o dinheiro no exterior. Todavia, há uma incoerência nas regras nacionais. O mesmo exportador que é obrigado a trazer a moeda estrangeira, no momento seguinte, pode remeter de novo os recursos ao exterior sem dar qualquer motivo, uma vez que é permitido a qualquer pessoa física ou jurídica remeter o dinheiro a título de constituição de disponibilidade no exterior, usando a conta de uma instituição financeira não residente (CC5 versão 1988). Então o que de fato significa o discurso antigo do Banco Central, conhecido desde 1995, da necessidade de tornar o real livremente conversível? Na prática, como as remessas já podem ser feitas via CC5, seria apenas uma mera desburocratização, nada mais.

Apenas a título de exemplificação, a livre conversibilidade implicaria o fim dos prazos mínimos para empréstimos e financiamentos externos que as empresas brasileiras têm que observar, de 90 dias ou mais, dependendo do caso. Na prática, uma empresa que pretende pagar antes do prazo pode remeter os recursos via CC5, a título de constituição de disponibilidade. Mas certamente os credores externos não gostam e estranham muito isso, uma vez que, contabilmente, a transação não fica transparente.

No Brasil, esse instrumento buchaniano produz uma demanda por moeda que se desloca do país para outros países em função da lavagem, o que passa a ter consequências negativas sobre a volatilidade das taxas de câmbio e de juros e sobre o preço de vários ativos, como já analisado no item anterior.

Um lavador, para esconder o seu nome, pode abrir uma empresa no Brasil mesmo –

de preferência num ramo que movimente bastante dinheiro em espécie, como uma *factoring*, um restaurante, um hotel, uma prestadora de serviços etc. (aqueles ramos que os economistas sempre estranham porque resistem bem aos ciclos econômicos em países com baixa poupança interna!) –, só para não movimentar montantes no sistema bancário em nome próprio, ou ir logo ali no Uruguai, paraíso fiscal mais próximo do Brasil, e abrir uma Sociedad Financiera de Inversion (Safi), companhia *offshore* muito popular, em que, mediante pagamento de um imposto de 0,3% sobre o capital acionário, o investidor pode colocar e sacar no Uruguai qualquer quantia com anonimato garantido. Se o esquema envolver fluxos frequentes, nosso lavador pode ainda abrir uma *holding* num país com uma legislação fiscal branda. A *holding* é uma empresa que mantém o controle sobre outras (subsidiárias) pela posse majoritária das ações. Em geral, ela não produz nada. Empresas desse tipo constituem um dos estágios mais avançados da concentração de capital, que devem fazer Marx se contorcer em seu túmulo, pois podem controlar um capital muito maior que o seu, auferindo lucros desproporcionalmente elevados.

Para mandar o dinheiro para fora, a empresa procura um banco autorizado a operar com câmbio e pede para depositar seus reais, provento de crime, numa CC5, a título de disponibilidade no exterior, modalidade que não depende de respaldo documental (art. 10, § 1º, da Circular nº 2.677/96 do Banco Central). Permite-se, estranhamente, que as remessas de disponibilidades sejam registradas na rubrica Transferências Unilaterais do balanço de pagamentos (PROGRAMA..., 2000, p. 33-34). Assim, aparecerá um sinal negativo nela, o que contribuirá para reduzir o saldo das Transações Correntes (soma da Balança Comercial, Balança de Serviços e Transferências Unilaterais).

Vamos supor que o dinheiro tenha ido para um banco nas Bahamas – ilhas que fazem parte do grupo de paraísos fiscais lis-

tados pelo Banco Central que ocupam o terceiro lugar no *ranking* dos maiores investidores externos no Brasil, ao lado das ilhas Cayman, Luxemburgo, Bermudas e Ilhas Virgens Britânicas –, titular daquela CC5 no banco brasileiro, e tenha sido misturado com recursos não identificados de outras partes do mundo, constituindo um fundo de investimento. Então esses recursos retornam ao Brasil, sob a forma de capital estrangeiro, com direito à isenção tributária.

O dinheiro vai entrar pela conta de Capital do balanço de pagamentos, registrando um sinal positivo, que, todavia, gerará um sinal negativo nas Transações Correntes, pois os rendimentos retornam para o exterior. E esse fundo certamente comprará títulos da dívida pública brasileira, pois estão entre os que mais rendem no planeta. Assim, como se observa, o Brasil perdeu receita fiscal e, no resultado consolidado, não teve qualquer ganho, porque, se o dinheiro que agora entra pela conta de Capital financia um eventual déficit na conta de Transações Correntes, ele já havia saído por esta, desajustando-a num primeiro momento. E, além disso, o país ainda se torna devedor do lavador! Se esse dinheiro for fruto de sonegação fiscal, o Brasil torna-se devedor de um sonegador por causa do dinheiro que ele retirou da *res publica*!

Tecnicamente, como se observa, a falta de ganho é, na verdade, perda para o país. Esse mesmo dinheiro que deu registro de entrada pela conta de Capital pode voltar a passear pelo exterior a título de disponibilidade sem que o remetente dê o registro de baixa da entrada, como exige a Lei nº 4.131/62. O Banco Central tem um sistema de registro (Sisbacen), outro instrumento buchananiano, que sequer critica se uma remessa é anotada anos após ter acontecido. O artigo 11 da Circular nº 2.677/96 determina que o banco depositário dos recursos deve registrar no Sisbacen, no mesmo dia em que forem realizadas, todas as transferências internacionais em reais. No entanto, análises periciais a pedido do Ministério Público

Federal já chegaram a demonstrar que centenas de operações de câmbio são registradas no Sisbacen fora desse prazo, atingindo, em alguns casos, 6 anos após a data em que a operação de câmbio fora realizada! É um sonho para qualquer lavador. Esse dinheiro gera um efeito multiplicador que só traz ganhos crescentes para o seu dono e perdas crescentes para o Fisco, sem contar os problemas de política monetária para o Banco Central, uma vez que, como já colocado, variações na base monetária estão diretamente vinculadas ao saldo do balanço de pagamentos e ao desempenho financeiro do setor público.

Mas o dinheiro que voltou por um fundo de investimento pode voltar de outras formas também. Vamos supor que o dinheiro tenha sido depositado, lá nas Bahamas, na conta de uma empresa especialmente criada para receber essas quantias. Algum tempo depois, uma *Trust*, uma *Holding* ou uma S.A de qualquer nome, contanto que possa atuar como “investidor estrangeiro” perante a Lei nº 4.131/62, realiza com esse dinheiro um Investimento Externo Direto (IED) no Brasil em uma empresa do mesmo grupo daquela criada nas Bahamas. Ou seja, o nosso criminoso tornou-se, de forma oculta, um investidor em moeda estrangeira de seu próprio grupo empresarial no Brasil! Mas se ao invés de escolher mandar por IED optar por um empréstimo à empresa brasileira, o nosso criminoso tornar-se-á, então, credor em dólares (e não em reais, frise-se) de suas próprias empresas no Brasil! E assim a dívida externa privada só cresce.

Pode-se ainda lucrar no Brasil com outro instrumento buchananiano: o fato de o país possuir dois mercados de câmbio – o flutuante e o livre –, e com cotações cambiais distintas, outra excentricidade no sistema financeiro mundial! Assim, como não há lei que impeça, pode-se trazer o dinheiro por um e levá-lo embora pelo outro, ganhando-se na diferença da variação. Isso é um sonho para qualquer doleiro. O Brasil, só por possuir esses dois mercados de câmbio,

um fenômeno sem qualquer razão plausível, financia todos os grandes doleiros do mercado. Ou seja, o país possui uma legislação que pune doleiros (arts. 21 e 22 da Lei nº 7.492/86) e, ao mesmo tempo, um sistema financeiro que os premia. É uma incongruência perturbadora.

O dinheiro de nosso criminoso também poderia ter saído pela conta de Capital, a título de capital de curto prazo, empréstimo, financiamento ou investimento. Nesse caso, apareceria um sinal negativo nessa conta, que, em contrapartida, geraria um sinal positivo nas Transações Correntes, pois, em tese, deveria haver pagamento de juros ou dividendos para o Brasil. Contudo, infelizmente, não é o que acontece. Perceber-se-á, com o tempo, que o dinheiro só sai, nunca volta. As disponibilidades no exterior, que, na verdade, são capitais de curto prazo, deveriam sair pela conta de Capital e retornar ao país dentro de 360 dias, conforme orientações do FMI para capitais dessa natureza. Mas nunca voltam. Sequer existe no Brasil previsão regulamentar de retorno desse dinheiro nesse prazo. Se voltar, muito frequentemente será na forma de aplicação de um fundo de investimento “estrangeiro” ou de investimento “externo” direto ou de empréstimo “do exterior”!

Toda a sociedade sai perdendo com isso. Os saldos (déficits ou superávits) do balanço de pagamentos como um todo repercutem no nível das reservas cambiais do país. Os déficits implicam redução das reservas. As situações clássicas de insolvência externa decorrem de reduções comprometedoras no nível de reservas, sejam por Transações Correntes cronicamente deficitárias, como foi o caso do Brasil durante toda a década de 90, seja por interrupções nos financiamentos compensatórios, pela conta de Capital, dos registros negativos nas balanças comercial e de serviços.

Para o criminoso, sem qualquer patriotismo num mundo globalizado, pelo menos o dinheiro retorna “limpo”, pois se ocultou ou se dissimulou a origem. Se todo esse es-

trago macroeconômico foi provocado por altas quantias de dinheiro sonegado ou fruto de fraude fiscal, apesar de ter afetado o bem jurídico tutelado pela Lei nº 9.613/98, o agente não será punido por isso, pois não há crime de lavagem de dinheiro.

Mas suponhamos que a lei mude e incorpore os crimes contra a ordem tributária no rol de crimes antecedentes. O nosso sonegador, contratando um brilhante advogado, poderia defender-se em juízo alegando, num derradeiro esforço, diante de provas irrefutáveis, para escapar da pena mais rígida, que de forma alguma seu crime de vários anos atingiu o bem tutelado pela Lei nº 9.613/98, pois, tecnicamente, as reservas cambiais do país foram recompostas, dado que os recursos transferidos em dólar ao exterior (pelas CC5) acabaram por ingressar em divisas ao país, sob a forma de investimentos, empréstimos etc. Ou seja, não haveria sequer evasão de divisas!

A grande questão é: os reais transferidos ao exterior em moeda forte (dólar) e reingressados, igualmente em moeda forte, na forma de empréstimos, IED, financiamentos ou compra de ativos recompõem ou não as reservas? Em primeiro lugar, como já colocado, nem todos os recursos que saem voltam. Segundo, se o dinheiro saiu em dólar é porque esses dólares já haviam sido captados pelo país anteriormente, muitos sob as modalidades de empréstimos, financiamentos, comércio exterior, venda de ativos etc., e sobre os quais já incidem juros, *royalties*, dividendos, pagamentos de comissões, taxas etc. Ou seja, existe um efeito multiplicador nefasto por trás, pois o país voltará a ser onerado, quando o dinheiro voltar, pelos mesmos tipos de encargos que já estão sendo pagos. Terceiro, se o objetivo era lavar o dinheiro, ocultar a origem, ele retorna contabilizado como um patrimônio externo. Não é mais reserva do Brasil. Portanto, não existe, tecnicamente, a recomposição. Mas o nosso sonegador pode ficar tranquilo, poderá vir a ser condenado por crime contra a ordem tributária, com pena máxima abstra-

ta de 5 anos, e de evasão de divisas, com pena máxima de 6 anos, mas não por crime de lavagem de dinheiro, que poderia deixá-lo por até 10 anos preso.

Por fim, a realidade que salta aos olhos é que os prejuízos são sempre subestimados em comparação ao custo da informação sobre a decisão política, sobre a expansão governamental, sobre as microtransações do governo. Os órgãos de fiscalização brasileiros não se comunicam. Há registros no Sisbacen de pessoas que mandaram milhões de reais por CC5 para o exterior e até hoje a Receita Federal os declara isentos de imposto de renda. A administração pública brasileira não consegue sequer identificar laranjas! Para completar, o Sisbacen não critica CPFs falsos, números de praças bancárias inexistentes, nem o registro posterior de operações. O Tribunal de Contas da União já levou um susto, depois de analisar remessas para o exterior, que as operações tinham sido registradas muito tempo depois de terem acontecido com a cotação cambial do dia do registro! Além disso, não há qualquer critério para se definir por que mercado sai e entra o dinheiro, se pelo livre ou pelo flutuante. Isso dificulta identificar o que voltou do que saiu, e vice-versa. Nem se sabe ao certo a que título sai o dinheiro e em que conta ele é registrado no balanço de pagamentos. Nem se sabe se os registros do balanço estão corretos, pois há sinais negativos lançados que nunca produzirão os positivos, e vice-versa. O Tesouro é que vai bancar tudo nos Erros e Omissões. Isso nos faz refletir se existe algum número confiável divulgado no país! É um paraíso para qualquer lavador.

Por tudo isso o Brasil é um excelente mercado de passagem de dinheiro sujo. O FBI norte-americano já considera o Brasil um importante centro de lavagem, com cerca de 2,5% do movimento global, segundo sua estimativa.

Alguns eventos recentes da História – privatizações em grande escala de empresas públicas, o crescimento dos mercados de valores de vários países em desenvolvi-

mento, a diversificação crescente dos instrumentos financeiros disponíveis no mercado internacional, o mercado de derivativos, o crescimento de fundos de *hedging*, a crescente parcela de capital internacional controlada por entidades oficialmente localizadas em paraísos fiscais, a ausência de controles regulatórios rígidos (como as CC5) e a escassez de capital em muitos países – criaram mercados para grandes influxos e refluxos de capital financeiro internacional bem como as condições para a alocação anônima desses recursos. No Brasil especificamente, como se percebeu, torna-se muito difícil distinguir entre movimentos de capital estimulados ou induzidos por diferenças de política econômica e movimentos de capital gerados por tentativas de ocultar ou dissimular suas origens.

6. Conclusões

Observou-se, em face do exposto, que o crime de lavagem de dinheiro não é um crime qualquer. Uma de suas peculiaridades, talvez compartilhada por outros crimes de caráter financeiro, é a produção de efeitos difusos por toda a sociedade. Em outras palavras, ele afeta tanto o Estado quanto o cidadão comum. Se as taxas de juros estão muito altas, a lavagem de dinheiro pode ser uma das causas; se os preços de imóveis não param de subir num pequeno bairro litorâneo, a lavagem de dinheiro pode ser uma explicação; se o real deu um salto de desvalorização em certo período, a lavagem de dinheiro pode estar por trás; se a taxa anual de crescimento do PIB está caindo ou o governo tem dificuldades para cumprir suas metas de superávit fiscal, a lavagem de dinheiro pode ser uma variável importante.

Observou-se ainda, a partir deste estudo a respeito do primeiro artigo da nossa lei de lavagem de dinheiro, confrontando-o com a realidade social, política e econômica em que se insere, que as teses da escola da Escolha Pública, de James M. Buchanan, são perfeitamente aplicáveis à realidade brasileira.

Outrossim, concluiu-se que o crime de lavagem de dinheiro possui autonomia axiológica e, portanto, ofende bem jurídico específico – a ordem econômico-financeira, conforme já declarado pelos parlamentos europeus em fevereiro de 2002. Analisou-se como esse bem jurídico é afetado pelo crime, o que justifica a aplicação política de *ultima ratio* do direito penal. Todavia, ficou claro que o tipo penal da lavagem de dinheiro encontra-se deficiente e destoante da realidade no Brasil. Na perspectiva da escola da Escolha Pública, a expansão governamental gerou uma separação do ato político de concepção do crime do conhecimento do público. Como resultado, o bem jurídico tutelado pela lei continua sendo ferido e ameaçado de forma penalmente irremediável sem que a sociedade civil tenha consciência disso, pois subestima o custo.

O presente trabalho, portanto, demonstra a necessidade de as análises jurídicas, tanto em nível doutrinário quanto jurisprudencial, incorporarem outras variáveis, como o descompasso fático apontado por Buchanan entre decisão política e bem público, que podem ser tomadas emprestadas de outros ramos do saber, como a economia, num saudável processo interdisciplinar, sob pena de o discurso jurídico tornar-se falacioso e estéril.

Bibliografia

- ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado financeiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- BUCHLOZ, Todd G. *Novas idéias de economistas mortos*. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro*. 15. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002.
- GAROFALO FILHO, Emilio. *Câmbios no Brasil: as peripécias da moeda nacional e da política cambial, 500 anos depois*. São Paulo: BM & F, 2000.
- GOMES, Luis Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- IZAGUIRRE, Mônica. Conversibilidade do real poderá eliminar CC5. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 8 nov. 1999.

LARRAIN, Felipe B.; SACHS, Jeffrey D. *Macroeconomia*. São Paulo: Makron Books, 1995.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PROGRAMA DE ESTÍMULO À REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (Brasil). *Pela ética na gestão do Sistema Financeiro Nacional: a promiscuidade público-privado com especial menção às contas CC5*. São Paulo: Loyola, 2000.

QUIRK, Peter J. Lavagem de dinheiro: sujando a macroeconomia. *Finanças & Desenvolvimento*, [S. l.], mar. 1997.

TANZI, Vito. Lavagem de dinheiro e o sistema financeiro internacional. *Mercosul: Informações Seleccionadas*, [S. l.], n. 19, set./dez. 1996.

TOSCANO, Idalvo. O Brasil e as reformas liberais do anos 1990: deu no que deu! *Argumento Inesc*, [S. l.], n. 9, out. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.