



## Luiz de Almeida: Críticos adotados pelo STF para lavagem trazem incerteza

Lavagem de dinheiro é prática reprovada pela lei e pela moral. Nisso não há paradoxo. Admitir os elementos firmados no julgamento do mensalão para a prática de lavagem de dinheiro e aplicá-los indistintamente aos políticos, ao grande industrial, ao pequeno empreendedor, a diretores e colaboradores e, além disso, defender a atividade empresarial e os direitos fundamentais dos envolvidos instaura o paradoxo.

No julgamento do mensalão o Supremo Tribunal Federal foi o palco onde, como cidadãos sedentos e movidos pelo sentimento de justiça, assistimos a situações de cada um dos ministros e torcemos, no íntimo, para que, em se comprovando as condutas imputadas e existindo adequação normativa, os culpados fossem efetivamente punidos.

O sentimento popular de impunidade em relação a determinados crimes e a pessoas de classes sociais abastadas foi positivamente abalado com esse julgamento.

Há outro lado, porém: o momento constitucional brasileiro. As relações institucionais que se desenvolveram pós-Constituição de 1988 são fatores determinantes para a compreensão do contexto no qual a decisão foi proferida.

O Judiciário está desenvolvendo atuação que, na linha defendida por renomados autores, permite afirmar que este será o "Século do Judiciário", já que no século XX foi vista uma hipertrofia do Executivo e no século XIX se viu preponderar o Legislativo. A afirmação é simplista e reducionista, sim; mas transmite com força uma ideia importante: o atual papel do Supremo Tribunal Federal.

Periodicamente assistimos ao Supremo Tribunal Federal decidir questões relevantes para a vida de todos os cidadãos — questões tributárias que atingem a composição dos preços, o aborto do feto anencefálico, a união homoafetiva, as cotas nas universidades, a demarcação de terras indígenas, entre tantas outras— com fundamento em normas extraídas do texto da Constituição, como não poderia deixar de ser.

No julgamento do mensalão, o Supremo também decidiu questões de alta relevância e repercussão. Entre tantos pontos relevantes, os ministros interpretaram constitucionalmente os limites das condutas que podem ser consideradas lavagem de dinheiro e indicaram elementos que possivelmente serão replicados pelos juízes de todo o Brasil. Apesar de vencido, a preocupação externada pelo ministro Marco Aurélio durante o julgamento é fundada: "Preocupa-me sobremaneira o diapasão que se está dando ao tipo lavagem de dinheiro".

Os jornais estão repletos de notícias sobre o julgamento do mensalão e as suas consequências para empresas, bancos, políticos, funcionários públicos, advogados e consultorias. Há nítida apreensão. E a apreensão é real e revela o paradoxo.

A atividade empresarial é constitucionalmente preservada juntamente com outros valores. Não há liberdade empresarial absoluta, mas na medida em que cumpre a sua função social. A pessoa jurídica



utilizada para a prática de lavagem de dinheiro não cumpre sua função social. O problema reside, porém, na definição de lavagem de dinheiro.

As falas dos ministros no julgamento do mensalão indicam elementos utilizados para definir quais condutas serão consideradas crime de lavagem de dinheiro. Não transcreveremos as falas, mas destacamos três elementos relevantes: (i) não se exigirá a intenção de praticar a conduta, ou seja, assumir o risco da prática de ilícito será suficiente (dolo eventual); (ii) o insuficiente controle no cumprimento das regras (compliance) será considerado elemento bastante para configurar o crime; (iii) o cargo de comando final presume o domínio dos atos praticados pelos subordinados (teoria do domínio do fato).

Esses elementos estão longe de terem conteúdo certo e trazem dúvidas e incertezas para todas as empresas e seus colaboradores, especialmente nas áreas tributária, contratual e trabalhista.

A legislação tributária é complexa e, em muitos pontos, há grande divergência jurisprudencial. As empresas precisarão adotar posições. Essas decisões são corriqueiras e muitas vezes são tomadas por funcionários dos departamentos fiscal ou contábil que as reportam à Diretoria e Presidência, que, na maioria das vezes, não são técnicos tributários. Essas decisões podem apresentar grandes riscos para cada um dos envolvidos, do presidente da empresa ao colaborador.

A desconsideração de um planejamento tributário, por exemplo, pode vir a se enquadrar numa das hipóteses da lei de crimes tributários. É antiga a discussão sobre a possibilidade de lavagem de dinheiro em relação a crimes tributários, porém, agora o tipo penal não elenca um rol fechado de infrações penais.

Intensificar o rigor dos procedimentos para cumprimento das regras legais, ou seja, intensificar o *compliance*, gerará questões contratuais com clientes e fornecedores, já que é obrigatória a manutenção de cadastros e controles (artigos 10, I e III da Lei 9.613/1998, com a redação dada pela Lei 12.683/2012). Há, também, a obrigação de comunicar ao Coaf operações que "possam constituir-se em sérios indícios" da prática do crime de lavagem (artigo 11 da Lei 9.613/1998, com a redação dada pela Lei 12.683/2012). Os principais "sérios indícios" de lavagem podem ser encontrados na Carta Circular do Coaf 3.542, de 12 de março de 2012.

Os procedimentos de controle e verificação dos atos dos subordinados, para mitigar os riscos decorrentes da eventual aplicação da "teoria do domínio do fato" encontrarão limites em situações controvertidas no Direito do Trabalho e no Direito Constitucional, como se viu no recente julgado do TST em relação aos limites de fiscalização dos e-mails corporativos.

Apesar da reprovabilidade em abstrato da lavagem de dinheiro, as circunstâncias concretas das condutas serão determinantes. Há um enorme abismo entre a pessoa jurídica utilizada para branquear dinheiro, valores e bens oriundos do tráfico internacional de entorpecentes, de estelionatos praticados "profissionalmente", entre outros, e a pessoa jurídica utilizada regularmente para a exploração de atividade empresarial que realiza planejamento tributário adequadamente fundamentado que não será considerado válido pela autoridade fiscal. Há, inclusive, diversos exemplos de aplicação retroativa de entendimento atual em prejuízo do contribuinte.

A análise da lavagem de dinheiro, em cada caso concreto, revelará grave colisão de direitos envolvendo



---

os limites da atividade empresarial em relação ao Estado, à sociedade, aos seus colaboradores e terceiros com quem se relaciona, bem como os direitos fundamentais dos investigados.

Considerando o remansoso desenvolvimento legislativo em temas de grande repercussão nos últimos anos, entre mensalões, mensalinhos, cachoeiras, cascatas e chuveirinhos, possivelmente o Supremo Tribunal Federal será chamado a dizer a medida dos elementos que indicou para a caracterização da lavagem de dinheiro. Até lá, permanece o paradoxo: aprovação, pela maioria, do resultado do julgamento do mensalão e ojeriza ao crime de lavagem de dinheiro, e, para muitos —de presidentes de corporações, colaboradores, políticos, advogados e consultores—, está viva a insegurança decorrente das consequências práticas do julgamento.