FGV INVEST
Short Studies Series

FGV INVEST | 35

Crime e castigo: um estudo sobre impacto do sistema de combate à lavagem de capitais para o comércio de arte brasileiro

Fevereiro de 2024

Higor Borges Lima*

O texto avalia as regras impostas aos comerciantes de arte para combate à lavagem de capitais, tanto da perspectiva da estrutura normativa quanto do sistema de incentivos e custos desse regime legal. Discute-se como as características do mercado de arte, somadas às particularidades da legislação brasileira, interagem na criação de um sistema punitivo particularmente gravoso para empresas do comércio de arte, em oposição a efeitos menos gravosos para estruturas empresariais presentes em outros setores.

1. Introdução

Empresários de diferentes setores devem conviver com a necessidade de conformarem suas operações a uma série de regras legais, cujos exemplos mais típicos são as normas que regem a celebração de contratos, a responsabilidade por danos a terceiros, a legislação trabalhista e a legislação tributária. Em determinados casos, porém, eles estarão diante de conjuntos de regras menos usuais e cujos propósitos e implicações serão menos evidentes, a exemplo do que ocorre com a instituição de um conjunto de regras de transparência e reporte sobre os negócios do comércio de arte.

Dimensionar a significância prática de uma regra de direito pode melhor informar os agentes de mercado sobre o nível de cautela e a importância de comprimento de medidas que, ao menos em aparência, podem não ter grande relevância. O artigo se propõe a fazer isso: investigar a racionalidade que justifica que o comércio de artes, um mercado relativamente pequeno, esteja sujeito a graves penalidades associadas à tentativa de ocultação de patrimônio obtido ilegalmente.

A análise é conduzida com considerações de duas ordens: primeiro, da perspectiva da estrutura de Direito das regras aplicáveis ao comércio de arte; segundo, com dados da economia real e lançando mão de ferramentas teóricas típicas da Economia, como a atenção a custos e incentivos para a ação racional. Opta-se por tal abordagem com o objetivo de apontar possíveis comportamentos gerados pela estrutura de mercado e jurídica das artes.

Como objetivo secundário, o artigo busca informar como Direito e Economia podem ser articulados para avaliação de um problema concreto, dado o crescimento dessa modalidade de avaliação jurídica e econômica no Brasil,[1] o que requer que tanto juristas quanto economistas estejam sensíveis às preocupações, raciocínio e ferramental de cada área do conhecimento.

2. Contexto prático: interações entre a criminalidade e o mercado da arte

Exceto pelos casos em que uma obra de arte é o próprio objeto de um crime (caso de roubos e contrabando), a principal interação entre crime e arte está na possibilidade de o comércio artístico servir de veículo que viabiliza atividades ilícitas. É o que acontece quando algo adquirido por meio de crime é incorporado à economia formal e dissociado da sua origem ilegal, utilizando-se, para isso, transações com obras de arte.

A simulação de licitude da origem de recursos obtidos criminalmente é convencionalmente chamada de *lavagem de dinheiro* ou, em linguagem técnica, *lavagem de capitais*, sendo ela mesma um crime definido pela Lei 9.613/1998 como ato de "[o]*cultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*" (art. 1º, caput).

[1] Para uma revisão didática sobre o crescimento do papel da Economia na prática e teoria jurídicas do Brasil, PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian. **Tulane Law Review**, v. 90, p. 430-470, 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580490>. Acesso em janeiro de 2024.

As opiniões contidas nesse texto são de inteira responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as da FGV EESP.

É possível notar que essa definição é neutra com respeito a dois aspectos importantes: **(i)** *qual crime* foi cometido para dar origem aos recursos, tornando a lavagem aplicável a um espectro bastante amplo de atividades criminosas (terrorismo, tráfico de drogas, roubos etc.); **(ii)** *qual mecanismo ou operação* viabiliza a lavagem, ou quais suas características, novamente ampliando o alcance da lei, desta vez para uma gama também ampla de operações econômicas.

Se a amplitude do conceito de lavagem já bastaria para sua aplicação às artes, particularidades do contexto desse mercado tornam o tema especialmente relevante. Isso porque existe uma série de incentivos e características estruturais no comércio de arte que elevam o risco de ele ser utilizado para ocultação de patrimônio ilegal, o que levou à criação de legislação visando especificamente esse mercado.

Como Ana Luíza e Martin Rahal [2] documentam, há muito se consolidou uma tendência de autoridades internacionais criarem mecanismos antilavagem visando o comércio de artes em específico. A preocupação especial pode ser justificada por alguns motivos associados tanto à estrutura de funcionamento do comércio de arte (fatores *endógenos* a ele) quanto a características presentes em outros segmentos da economia (fatores *exógenos* ao mercado da arte).

Motivos *endógenos* são **(i)** a notória dificuldade para a definição do preço de obras de arte,[3] o que cria espaço para a manipulação do valor das transações e potencializa seu uso como mecanismo de transferência de valor entre a economia lícita e ilícita, **(ii)** o fato de que o comércio de arte não está sujeito a uma regulamentação ampla, o que reduz o volume de formalidades e registros necessários para o fechamento de negócios, reduzindo também sua rastreabilidade e o patamar de acompanhamento e fiscalização exercido pelas autoridades sobre esse ramo econômico.

Os motivos *exógenos*, encontrados fora do mercado da arte e relacionados a outras atividades, funcionam como um reverso daqueles citados anteriormente. Logo **(i)** em muitos setores, a determinação de preços de bens e serviços obedece a critérios objetivos, chegando à uniformização em alguns casos[4],

[2] SANTOS, Ana Luiza Veira; RAHAL, Martin. Regulação e Crimes no Mercado da Arte. **GV Invest Short Studies Series**, n. 26, março 2020, p. 3. Disponível em: <https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/gvinvest_short_studies_series_26_-_regulacao_e_crimes_no_mercado_da_arte.pdf>. Acesso em janeiro de 2024.

[3] Registrando as dificuldades para aplicação da teoria econômica para o valor de arte e funcionamento desse mercado, vide BECKERT, Jens; ROESSEL, Joerg. The Price of Art: Uncertainty and Reputation in the Art Field. **European Societies**, vol. 15, n. 2, p. 178-195, 2013, p. 179.

[4] Um exemplo extremo são as comodities com preços indexados a determinados índices (como petróleo e gás). Outros setores e diversos outros bens e serviços possuem parâmetros mais objetivos Alguns exemplos: mercado de óleo e gás, minérios, produtos agrícolas, dentre outros.

As opiniões contidas nesse texto são de inteira responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as da FGV EESP.

algo que diminui o espaço para manipulação de preços e o potencial de incorporação do produto de crimes à economia formal, e **(ii)** outros setores são mais regulados que o mercado de arte, no sentido de que ou as transações que acontecem neles devem cumprir requisitos de registro mais elevados (caso de registros de preços ou arquivamentos da transferência de propriedades), ou os agentes estão sujeitos à fiscalização mais próxima pelas autoridades, como é o caso de setores que contam com autoridades com poderes especiais de fiscalização setorial (setor bancário, energia elétrica etc.).

A manipulação de preços e a possibilidade de realização de transações com poucos registros são importantes para os objetivos da lavagem. Como dito, a possibilidade de manipulação de preços permite que mais recursos sejam movimentados em uma única transação, ainda que não exista uma justificativa econômica para isso, enquanto a baixa rastreabilidade é propícia para esconder a origem dos recursos e sua ligação com outras etapas da cadeia de operação criminosa. Obviamente, não se trata de dizer que mercados com grande regulação ou de precificação mais objetiva não possam ser utilizados para atividades ilegais, apenas que, especificamente no que se refere às características do mercado de artes, a lavagem de capitais é facilitada por questões estruturais.

Por fim, outro aspecto que possibilita que as artes sejam utilizadas como veículo de lavagem pode ser explicado com um raciocínio típico dos economistas sobre o balanço entre o risco e retorno de portfólios de investimento: a existência de um incentivo para a diversificação do "portfólio" criminoso. Na medida que as atividades ilícitas gerem mais recursos, torna-se necessário que as iniciativas de lavagem também se ampliem, sobretudo como medida para diversificar o risco de detecção dos fluxos de capitais pelas autoridades. Apostar nas artes para tanto pode se revelar valioso em termos financeiros e estratégicos, portanto.

Assim, é possível afirmar que a realidade econômica do mercado da arte e de outras iniciativas, somada às características jurídicas do crime de lavagem, permitem atribuir significância do tema para o comércio de arte, na medida que o uso da arte para lavagem não só é possível como incentivado.

3. Custos de regime de prevenção de lavagem de capitais

Ao reconhecer o incentivo para a apropriação da arte como meio de canalizar recursos ilegais, os legisladores têm diversas alternativas de ação ao seu dispor. Seria possível impor a este mercado mecanismos rígidos de controles de preços, extensas obrigações de transparência, ou estabelecer

As opiniões contidas nesse texto são de inteira responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as da FGV EESP.

normas de fiscalização e normatização da atividade por um organismo especialmente dedicado às artes. Um mercado da arte regulado de tal forma funcionaria muito próximo ao que ocorre com o comércio de energia elétrica ou de serviços de internet e telefonia.

O problema da atuação incisiva está principalmente em seu alto custo de operação: de um lado, o mercado de arte seria bastante onerado e, de outro, o poder público ficaria responsável por fiscalizar o cumprimento da legislação, invariavelmente levando a um aumento de recursos humanos, técnicos e financeiros alocados na fiscalização por particulares e pelo próprio poder público.

Justificar politicamente tamanha intervenção não seria simples, em especial sob o aspecto da eficiência do gasto público: ainda que a arte possa ser atrativa para criminosos, não se trata de uma atividade que movimente recursos expressivos em relação a outros setores da economia, o que demanda mais esforço de convencimento para justificar a mobilização de legisladores e autoridades administrativas em disciplinar o mercado.[5] Em um exemplo anedótico: mundialmente, o comércio de arte apresentou faturamento estimado de aproximadamente U$ 68 bilhões em 2022,[6] contra a estimativa de U$ 101 bilhões de faturamento do mercado de biscoitos no mesmo período[7] – sendo que, com exceção de regras específicas sobre saúde e propaganda, os biscoitos são tipicamente pouco regulados tal qual as artes, embora representem um ramo quase 40% maior.

Outra opção para atacar o uso das artes para fins ilícitos está na instituição de obrigações de carga e intensidade menores, mas que ainda sejam capazes de auxiliar na investigação da economia criminosa.

Essa foi a estratégia legislativa adotada para combate da lavagem de capitais no comércio de arte, e consiste na criação de um conjunto mínimo de procedimentos que permitam a rastreabilidade de recursos que transitam pelo setor. Quando os agentes realizam os registros relativamente simples demandados pela lei e informam a existência e principais características de uma operação, eles criam um rastro de informações que poderão ser

[5] Ao menos do ponto de vista do gasto público, uma solução para o custeio de regimes de fiscalização especializada é a instituição de taxas fiscalizatórias que remunerem o poder público nas atividades de acompanhamento de um determinado mercado. Embora taxas assim sejam usuais em setores regulados intensamente (caso das telecomunicações, seguros e transportes), a alternativa não resolve o custo político da justificação sobre tamanha intervenção em mercados menos relevantes. Outro ponto é que a instituição de taxas regulatórias encarece o custo de operação em um dado setor, o que inspira questionamento sobre a proporcionalidade da adoção de tais medidas frente ao benefício que podem gerar para o interesse coletivo.

[6] Art Basel e UBS. **Art Market Report 2023**. Disponível em < https://www.ubs.com/global/en/our-firm/art/collecting/art-market-survey/download-report-2023.html>. Acesso em janeiro de 2024.

[7] Fortune Business Insights. **The global biscuits market size.** Disponível em: <https://www.fortunebusinessinsights.com/biscuits-market-108482>. Acesso em janeiro de 2024.

As opiniões contidas nesse texto são de inteira responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as da FGV EESP.

cruzadas com outros subsídios obtidos em investigações, o que pode revelar conexões com o cometimento de outros ilícitos.

Esse contexto explica a criação das regras de transparência do art. 9, XI, da Lei 9.613/1998, determinando que as pessoas físicas e jurídicas que atuam no mercado da arte estão sujeitas a um regime de transparência operacional, demandando cautelas e procedimentos mínimos de checagem e registro de negócios (art. 10), além de estabelecer comunicações específicas aos órgãos públicos sobre operações financeiras com determinadas características (art. 11).

O Instituto do Patrimônio Histórico e Cultural (IPHAN) recebeu da legislação competência para normatizar e acompanhar o cumprimento dessas regras sobre negócios com obras de arte e de valor cultural,[8] hoje contidas na Portaria 396/2016.

Segundo a Portaria, são deveres dos agentes do mercado: **(i)** realizar cadastro de comerciantes de arte no Cadastro Nacional de Negociantes de Arte e Antiguidades (CNART) (art. 2º), **(ii)** para empresas com mais de 10 funcionários, os procedimentos de transparência devem ser formalizados na documentação interna da empresa (art. 3º, Parágrafo Único), **(iii)** no caso de transações realizadas em valor igual ou superior a R$ 10 mil, deve-se realizar o registro da operação e sua comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) (art. 6º),[9] sendo que a própria ausência de transações com essas características ao longo de um ano deve ser informada, **(iv)** finalmente, em circunstâncias específicas que representam risco maior de ilicitude, as operações suspeitas devem ser imediatamente reportadas ao COAF, como é o caso de movimentações de valores elevados por pessoas sem tradição no mercado, ou quando o comprador se recusar a oferecer documentos que identifiquem a origem dos recursos usados na aquisição de obras (art. 7º).

Na prática, porém, o cumprimento dos deveres da lei pode gerar dilemas para os profissionais da arte, colocando em dúvida se os procedimentos descritos acima serão efetivamente adotados na prática. Existem indícios de que o cumprimento das regras de reporte seja deficiente no setor. Isso porque os dados dos reportes obrigatórios requeridos pela legislação são consolidados, ano a ano, pelo COAF em seu relatório anual de atividades. Chamam atenção no Relatório Integrado de Gestão de 2022[10] tanto o baixo volume de

[8] As atribuições foram estabelecidas pelos arts. 26 a 28 do Decreto-Lei 25/1937.

[9] O COAF é o órgão de inteligência financeira do Governo Federal responsável por realizar a coleta, o cruzamento e a análise de informações financeiras para dar suporte a investigações de crimes.

[10] Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). **Relatório Integrado de Gestão 2022.** Disponível

As opiniões contidas nesse texto são de inteira responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as da FGV EESP.

reportes obrigatórios realizados ao COAF tanto para operações com dinheiro vivo (COE) quanto operações suspeitas (COS) por agentes da arte no período entre 1998 e 2022, em especial quando esses números são contrastados com setores com características semelhantes, como é o caso do comércio de joias e de bens de luxo:

Setor	COS 1998-2020	COS 2021	COS 2022	COE 1998-2020	COE 2021	COE 2022	Tot.
Arte	135	2	3	51	4	9	**327**
Joias	275	1.968	1.477	13.027	658	658	**18.063**
Luxo	14.754	4.530	9.212	37.131	6.046	6.124	**77.797**

Demonstrar empiricamente que o cumprimento das regras de transparência e reporte está aquém das operações efetivamente verificadas no mercado da arte enfrenta desafios práticos relevantes, sobretudo devido à ausência de registro das transações efetivamente realizadas pelo mercado. No entanto, é possível afirmar que existem ao menos incentivos para que comerciantes de artes não cumpram com seus deveres.

Primeiro, os operadores do setor podem simplesmente desconhecer ou optar por deliberadamente descumprir deveres de transparência, quer por entenderem que elas não são relevantes, quer porque achem que a lavagem não representa um risco real para seu negócio. Tal visão, como visto inicialmente, seria problemática na medida que existem incentivos para aproveitamento das artes por criminosos, bem como pelo erro em se descumprir a legislação sem real dimensão da consequência dessa ação.

Segundo, o descumprimento pode acontecer porque existem custos diretos relacionados às obrigações, como é o caso da formalização de procedimentos antilavagem na documentação da empresa, que podem representar um incremento dos custos de operação que os profissionais do setor poderão desejar evitar. Ao menos no mercado de arte tal possibilidade é (ou deveria ser vista como) remota, na medida que as cautelas de registro e reporte são tão pontuais que os custos que representam são potencialmente desprezíveis.

Uma terceira espécie de preocupações pode ser mais problemática: a percepção de agentes de que regras que contrariam práticas arraigadas podem colocar em risco a conclusão de negócios. Um exemplo seira um comerciante que opte por não realizar o reporte simplesmente por entender que a transparência de uma operação contraria a (arraigada) discrição e o sigilo típicos do comércio de arte ao longo do tempo.

em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-do-coaf-1/rig-coaf-2022-publica-20230308.pdf>. Acesso em fevereiro de 2024.

As opiniões contidas nesse texto são de inteira responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as da FGV EESP.

Interessantemente, existem elementos empíricos que demonstram uma resistência declarada de agentes do setor de arte a regras que busquem aumentar o nível de verificação que vendedores devem fazer sobre a identidade e características dos compradores (conhecidas em jargão como "*conheça seu cliente*") ou o nível de registros que devem ser realizados em uma transação de arte. O prestigiado relatório anual sobre o mercado mundial de arte elaborado pela Art Basel em parceria com o banco UBS, com foco em pesquisas de percepção e tendências entre colecionadores, apontou que em 2023, tal como em 2022, a principal preocupação desses indivíduos com os rumos do mercado de arte para o ano subsequente residia na possibilidade de aumento de obrigações legais ou regulamentos que determinassem o registro de operações de compra e padrões mais elevados de conhecimento dos clientes. [11] Não deixa de ser impressionante, dado que essa preocupação com maiores padrões de transparência se igualou em prevalência, no mesmo trecho do relatório, à preocupação sobre proveniência e autenticidade das obras colocadas no mercado,[12] autenticidade esta que constitui um valor fundamental nas transações de arte, dado que afeta a própria natureza dos bens adquiridos no mercado.

Portento, se a base de clientes dos comerciantes de arte é resistente a cautelas legais de transparência e de diligência, à semelhança daquelas instituídas pela lei brasileira, podemos assumir como razoável que os comerciantes sejam ao menos pressionados a cederem no cumprimento à legislação para que não percam oportunidades de negócio. E quando existe um benefício (ou a expectativa de um) no descumprimento da legislação, a questão que se apresenta é como compreender a decisão e as consequências que recaem sobre os agentes econômicos, como será tratado na próxima seção.

4. Custos e riscos do regime punitivo para o mercado das artes

Um campo tradicional de exploração da intersecção entre Direito e Economia está na aferição do poder de a lei instituir determinados incentivos e promover ou evitar comportamentos. O modelo básico de avaliação considera **(i)** a severidade da pena, em caso de condenação, **(ii)** a probabilidade de punição, e **(iii)** o benefício obtido pelo infrator em caso de impunidade. Ainda segundo a mesma proposição, a força dissuasiva da lei estaria em fazer com que o *resultado líquido* da ponderação entre cometer um crime e o benefício que se

[11] Art Basel e UBS. **The Art Basel and UBS Survey of Global Collecting 2023**, p. 146 Disponível em <https://www.ubs.com/global/en/our-firm/art/collecting/art-market-survey/download-survey-**report**-2023.html>. Acesso em fevereiro de 2024

[12] *Idem.*

As opiniões contidas nesse texto são de inteira responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as da FGV EESP.

esperaria dele fosse tão baixo (ou negativo) ao ponto de convencer um cidadão a não violar a lei.[13] Diz o ditado, o crime não compensaria.

Contudo, para dar conta das complexidades da realidade econômica concreta, uma análise do sistema punitivo deve considerar nuances que vão além desses aspectos gerais. O funcionamento efetivo desse mercado e variações e características do sistema legal podem ser contrastados para relevar implicações mais profundas da aplicação das regras legais. Esse, de fato, parece ser o caso do mercado de arte, na medida que determinadas características suas parecem agravar as implicações do cumprimento ou não da legislação antilavagem, como será argumentado a seguir.

4.1 Sanções e estrutura empresarial dos agentes do mercado de arte

O ponto de partida está em ter conhecimento das sanções previstas na lei. O descumprimento das obrigações de transparência da Lei 9.613/1998 e da Portaria 396/2016 leva à responsabilização do agente em três esferas jurídicas distintas: **(i)** na esfera administrativa, pois ao não adotar as cautelas legais o agente está sujeito à aplicação de multas definidas pelo Poder Executivo, com base no valor da operação não reportada ou registrada, **(ii)** na esfera civil, pois o agente poderá ser responsabilizado por reparar as perdas e danos causados a terceiros em conexão com a operação de venda de arte realizada sem os cuidados prescritos em lei, **(iii)** na esfera penal o descumprimento dos deveres de transparência tem papel fundamental na investigação sobre a ocorrência ou não do crime de lavagem, que está sujeito à pena de prisão de 3 a 10 anos, além de multa.

Determinadas circunstâncias sugerem que a estrutura do mercado de arte brasileiro torna esse regime particularmente gravoso, o que pode ser evidenciado por um exercício comparativo entre os efeitos da legislação sobre as formas mais comuns de comércio de arte e de outros negócios. Chama-se atenção para dois elementos: **(i)** o perfil econômico do setor é marcado por negócios com baixa disponibilidade financeira, o que torna a aplicação de multas particularmente severa para os negócios da arte, e **(ii)** a baixa complexidade organizacional das empresas de arte, que

[13] Um exemplo desta abordagem está na explicação geral do modelo de análise econômica do direito punitivo em COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics.* Berkley: Berkley Law Books, 2016, p. 463. Um modelo econômico comportamental para o cometimento racional de um crime é apresentado por Gary S. Becker considerando, além desses fatores, o perfil de aversão ao risco dos potenciais criminosos, o que denota um refinamento maior desta teoria, ainda que considerando, fundamentalmente, o mesmo esquema. Vide BECKER, Gary S. **Crime and Punishment: an Economic Approach**, in. BECKER, Gary S.; LANDES, WILLIAM M. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Nova York: Columbia University Press, 1974, p. 17.

As opiniões contidas nesse texto são de inteira responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as da FGV EESP.

agrava o risco de condenações e os efeitos de investigações sobre agentes do setor.

Para contexto, ainda que exista uma carência de estudos brasileiros sobre o perfil das empresas de arte, a literatura disponível sugere que limitações orçamentárias e a simplicidade organizacional sejam traços marcantes. Em um levantamento realizado pela Associação Brasileira de Arte Contemporânea (ABACT)[14] identificou-se que 87% das galerias de arte contemporânea do país em 2017 possuíam até 14 funcionários, enquanto 57% apresentavam faturamento bruto de até R$3,6 milhões de reais. Ou seja, a maior parte do mercado de arte contemporânea brasileiro seria composto de Empresas de Pequeno Porte (até 100 funcionários e faturamento limite de R$ 4,8 milhões anuais), mas geralmente se situando no limite inferior do espectro.

Nada sugere que essas conclusões não sejam extensíveis a outros segmentos, como galerias de arte moderna ou casas de leilão. Também vale notar que comerciantes autônomos (na figura típica dos *marchands*) são figuras bastante tradicionais do mercado, o que indica que estruturas econômicas ainda mais simples possam ser prevalentes.

4.2 Relação entre disponibilidade financeira e sanções

O caráter gravoso de baixa disponibilidade orçamentária e simplicidade organizacional emerge quando se avaliam as características da aplicação das normas punitivas. Em relação à escassez de recursos financeiros, é evidente que quanto menos recursos disponíveis a empresa tenha para serem comprometidos com defesas judiciais ou multas, mais nocivo será para o negócio realizar desembolsos, inclusive colocando em risco o fluxo de caixa necessário para as operações.

Por outro lado, empresários que contem com poucos recursos são particularmente prejudicados na defesa de seus direitos, pois ainda que nosso sistema jurídico permita uma série de recursos para contestar a legalidade de multas administrativas ou pleitos de reparação de danos na esfera civil, o exercício desse direito requer investimentos em advogados, peritos, assessores com conhecimento técnico etc. Empresas com poucos recursos livres não só poderão ter dificuldades para manter uma defesa ativa (por exemplo quando fariam uso do amplo espectro de modalidades de defesa e recurso da legislação), como se verão limitadas no acesso aos serviços de melhor qualidade,

[14] Associação Brasileira de Arte Contemporânea – ABACT. **Pesquisa Setorial – O mercado de arte contemporânea no Brasil**, 2018, pp. 21 e 30. Disponível em: <http://latitudebrasil.org/media/uploads/publicacoes/issuu/2018-11-30_pesq.pdf>. Acesso em janeiro de 2024.

As opiniões contidas nesse texto são de inteira responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as da FGV EESP.

como melhores advogados e assessores técnicos, agravando a chance de condenação.

Ainda, é possível identificar uma mecânica de autorreforço em que o menor acesso a recursos econômicos impossibilita os empreendedores de acessarem ferramentas de mitigação de custos e de geração de economias operacionais.

É possível abordar nesses termos o papel que o crédito desempenha. Quando disponível, ele viabiliza que uma empresa condenada ao pagamento de multas e indenizações recomponha seu fluxo de caixa e faça frente a obrigações correntes, ao menos de forma simultânea. Quando o acesso a crédito é mais difícil, por outro lado, uma condenação judicial coloca mais pressão sobre o negócio e cria obrigações paralelas, o que no limite pode inviabilizar o empreendimento.

A mesma coisa acontece quando o porte da operação, e não apenas seu caixa, é um fator de redução de custos. Negócios de maior porte frequentemente se beneficiam da redução proporcional do custo de defesa judicial porque podem recorrer a contratações por volume, utilizando sua carteira de processos para extrair condições mais vantajosas nas negociações com assessores técnicos e jurídicos. Quando a escala do negócio é inferior, como ocorre com o perfil das empresas de comércio de arte, tal alternativa também não se apresenta, o que reforça que o simples custo de defesa é proporcionalmente maior para elas.

4.3 Relação entre estrutura da empresa e sanções

Os efeitos da complexidade das estruturas empresariais sobre o regime punitivo são mais sutis e se conectam mais à nuances da legislação. Como visto, empresas do comércio de arte são relativamente simples, no sentido de que contam com um número limitado de colaboradores e, portanto, apresentarão estruturas internas de decisão e atuação menos intricadas. Um exemplo que vai no sentido contrário são as empresas de setores intensivos de capital, como é o caso de instituições financeiras e seguradoras, que contam com um número expressivo de colaboradores e se dividem em múltiplos departamentos para a condução de seus negócios.

Estruturas organizacionais influenciam a aplicação da legislação porque afetam o custo de investigação, produção de provas e evidenciação de alegações de lavagem em juízo. Por sua vez, o custo de prova está diretamente relacionado com as chances de eventual condenação em alegações de lavagem.

Para discutir este ponto com mais profundidade é preciso abordar os objetivos e a estrutura das investigações e processos penais, derivando de tais aspectos as implicações para os agentes das artes. Diferentemente da

As opiniões contidas nesse texto são de inteira responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as da FGV EESP.

responsabilidade administrativa e civil, em que a pessoa de direito que responde pela violação da lei pode ser (e frequentemente é[15]) uma pessoa jurídica, o Direito Penal é aplicado para responsabilizar pessoas naturais (pessoas físicas), salvo em exceções que não vêm ao caso.

Uma condenação depende da comprovação de todos os elementos daquilo que os juristas chamam crime em sentido técnico: **(i)** um fato típico (isto é, descrito pela lei como crime), **(ii)** antijurídico (isto é, que representa um comportamento reprovável para o Direito, ou contrário a seus objetivos) e **(iii)** culpável (ou seja, cometido por quem possa ser juridicamente responsabilizado por seus atos).[16] Para esta discussão nos importa especialmente a tipicidade, critério que avalia se a pessoa praticou atos que se enquadram na definição legal do crime.

Determinar se uma conduta é típica requer a identificação da autoria (quem cometeu o ato) e dos elementos subjetivos (estado de consciência ou intenção do autor) e objetivos (circunstâncias concretas) do crime. E aqui a simplicidade estrutural é um fator agravante do risco em processos e condenações, pois atua como um redutor do custo de prova e evidência contra o réu.

De fato, a lavagem de capitais demanda definição sobre a intenção do autor em ocultar ou similar a origem ilícita de recursos econômicos, o que implica na necessidade de estabelecer sua intenção ou assunção consciente de risco de praticar o crime. Concretamente, também, é preciso definir e identificar quais atos praticou para viabilizá-la, por exemplo, se o indivíduo inflou artificialmente o valor de um bem para permitir a transferência de valor entre a economia lícita e ilícita, se recebeu dinheiro em espécie ou outra forma de transferência oriundo do crime, dentre outros.

Estruturas empresariais pouco complexas permitem a rastreabilidade maior das ações dos indivíduos e a correlação mais clara entre seus atos e os requisitos da tipicidade penal. Uma venda feita por um *marchand* que atua autonomamente é talvez o exemplo mais claro disso, já que é um único indivíduo que exerce domínio sobre todas as etapas da operação e será exclusivamente sobre essa pessoa que as provas precisarão ser colhidas e avaliadas.

---

[15] Sobretudo em casos de responsabilização civil, é comum que os autores dos pedidos de reparação recorram ao Judiciário simultaneamente contra pessoas naturais e jurídicas em bases muito semelhantes (ou idênticas). Contudo, existe um incentivo para que as ações foquem na responsabilização de empresas e contra elas sejam feitos os pedidos de indenização mais expressivos, já que as pessoas jurídicas por regra possuem mais patrimônio contra o qual recorrer.

[16] PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal: Parte Geral.* São Paulo: Editora Atlas, 2020, p. 182-183.

As opiniões contidas nesse texto são de inteira responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as da FGV EESP.

Estruturas empresariais complexas não são assim. Ainda que certos indivíduos possam ter um maior grau de influência sobre determinado negócio, tipicamente há uma diluição das contribuições individuais de cada pessoa para o resultado mais amplo da atuação de organizações complexas. Não é raro que processos decisórios sejam fragmentados e haja intervenção de mais de um órgão da empresa, cada qual com políticas, práticas e cadeias de responsabilidade relativamente autônomas entre si. Tudo isso faz com que o conhecimento da ilicitude de um comportamento, a performance do ato que concretize a lavagem e a evidência de assunção de riscos sejam mais sutis.

O resultado é que identificar e provar o ato criminoso torna-se mais difícil em uma investigação, enquanto convencer um juiz de que há elementos suficientes para a condenação também é mais custoso.

4.4 Agravantes decorrentes do regime legal

Dois outros aspectos, agora jurídicos, ressaltam a gravidade das implicações da legislação antilavagem. Primeiro, porque a responsabilidade na esfera penal não se extingue com o simples cumprimento das obrigações de transparência, diferentemente do que ocorre com as responsabilidades administrativa e cível.[17] No âmbito criminal a adoção de registros e reportes somente contribui como um elemento de convencimento sobre as intenções do autor, mas a lei não impede alegações de lavagem contra quem tenha cumprido tais deveres. As autoridades podem considerar que a verificação ou não dos requisitos antilavagem contribui, dado o conjunto de provas, para revelar aspectos da autoria, por exemplo demonstrando que um indivíduo sabia ou não poderia ignorar que determinado negócio implicava em uma conduta criminosa. Ou seja, o cumprimento da legislação de transparência mitiga sem eliminar o risco penal, o que ressalta sua gravidade.

Segundo, porque considerar apenas os efeitos de uma condenação distorce o sistema de custos e riscos a que os indivíduos estão sujeitos. Como visto, o modelo simplificado de análise econômica do Direito Penal vê na probabilidade de condenação e no patamar da pena os principais fatores que indivíduos racionais consideram, mas isso só pode acontecer caso eles ignorem que diferentes processos incorporam, eles mesmos, custos nem sempre desprezíveis.

Embora já tenham sido apresentados os custos de defesa e contratação de advogados, é possível expandir o mesmo conceito de custo

[17] Enquanto a Lei 9.613/1998 prevê no art. 11, III, Parágrafo Segundo, que a realização das comunicações obrigatórias extingue a possibilidade de penalização administrativa e penal do agente, a responsabilidade penal não é indicada.

As opiniões contidas nesse texto são de inteira responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as da FGV EESP.

processual para outros que não sejam estritamente monetários. Por exemplo, o simples fato de ser investigado por autoridades policiais pode trazer efeitos extremos sobre o bem-estar psíquico de uma pessoa, o que se agrava à medida que as investigações avancem e se desdobrem em processos penais.

Igualmente, a simples divulgação de que um empreendimento está envolvido em práticas criminosas pode custar em termos reputacionais,[18] afastando potenciais clientes e gerando prejuízos praticamente impossíveis de serem calculados (ou revertidos).[19]

Por tudo indicado acima, percebe-se que aspectos jurídicos e estruturais da legislação apresentam uma relação simbiótica e, particularmente para o mercado de arte, revelam um sistema de riscos e custos especialmente gravoso. A desconformidade com a lei poderia ser entendida como o resultado da ação racional de um indivíduo informado frente a tais circunstâncias, mas é válido questionar se os empreendedores que assim procedem teriam verdadeira consciência sobre a extensão e a gravidade do regime de responsabilidade legal.

Dada a extensão dos riscos jurídicos a que os empresários das artes estão sujeitos, a avaliação acima serve, ao menos, para sugerir um nível maior de conhecimento e consciência no setor sobre as implicações do sistema de combate à lavagem de dinheiro. A abordagem conjunta entre avaliação jurídica e raciocínio econômico é uma aliada nesse esforço

5. Conclusão

A popularização da interação Direito e Economia na avaliação e abordagem de problemas concretos possui potenciais relevantes tanto em termos teóricos quanto práticos.

No caso do combate à lavagem de capitais no mercado da arte, esse ferramental é capaz de dar um contexto mais completo sobre cenários de cumprimento, riscos de operação e funcionamento das regras jurídicas. Também, torna-se possível revelar como as estruturas de mercado são afetadas e afetam o funcionamento do Direito, inclusive com potencial de conscientizar os agentes de

[18] Vale lembrar que na esfera penal os autos são, em regra, públicos. Assim, o réu pode tanto ser associado ao cometimento de um suposto crime quanto ter parte significativa de sua intimidade exposta amplamente.

[19] É possível questionar qual é a real significância dos danos reputacionais para empreendimentos de arte. Por se tratar de um mercado que transaciona bens singulares, potenciais compradores terão incentivos para ignorarem o histórico criminal de um vendedor frente à oportunidade de adquirirem determinada obra. Além disso, pode-se questionar qual a real relevância que potenciais compradores colocam sobre o histórico de lavagem de seus vendedores. Caso a atitude social no mercado de arte seja complacente com esse tipo de crime, o dano reputacional efetivamente experimentado pelos agentes seria menor, inclusive em seus reflexos sobre o volume de negócios de um vendedor.

As opiniões contidas nesse texto são de inteira responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as da FGV EESP.

mercado sobre o significado prático das regras que condicionam seus negócios.

Com base em tal conjunto de considerações, pode-se afirmar que existem incentivos para a tentativa de uso do comércio de arte como forma de lavagem de capitais. Por conta disso, um sistema relativamente simples e barato de fiscalização, por meio de regras de transparência pontuais, foi instituído no Brasil. Tal sistema, por sua vez, pode ser oposto contra empresas de baixa complexidade operacional e com poucos recursos financeiros disponíveis, o que sugere que eventuais processos e sanções têm seu poder amplificado pela redução dos meios de defesa, facilitação da prova de cometimento de crimes e pela gravidade que processos e condenações judiciais podem ter sobre indivíduos e negócios de arte. Todo esse conjunto de considerações sugere atenção à compreensão do regime antilavagem pelos agentes da arte, além de atuação estratégica frente às demandas da lei.

Existe espaço amplo de aprofundamento da relação entre raciocínio jurídico e econômico, o que demandará maior consciência de especialistas de cada campo sobre o funcionamento, métodos e limitações de cada área. Espera-se que este artigo contribua com a construção de um espaço de compreensão mútua.

** Higor Borges Lima é bacharel em Direito, advogado e pesquisador do núcleo de Economia da Arte do FGV-Invest – FGV/EESP.*

As opiniões contidas nesse texto são de inteira responsabilidade do autor e não refletem necessariamente as da FGV EESP.