

Validade do art. 2º, § 2º, da Lei 9.613/1998 (Lei de “Lavagem de Dinheiro”)

Denilson Feitoza Pacheco
Procurador de Justiça e Doutor em direito

O art. 2º, § 2º, da Lei 9.613/1998 (Lei de “Lavagem de Dinheiro” – LLD) estabelece: *No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal.*

O art. 4º, § 3º, da LLD, por sua vez, tem a seguinte redação: *Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, nos casos do art. 366 do CPP.*

Antônio Scarance Fernandes entende que se tornaria impossível a conciliação do art. 2º, § 2º, com o art. 4º, § 3º, da LLD se não se aplicasse o art. 366 do CPP aos processos por crimes de “lavagem de dinheiro”, pois aquele veda a aplicação e este só a restringe no tocante às medidas cautelares de apreensão e sequestro, o que tornaria inócua sua ressalva (note que a restituição a que se refere o art. 4º, § 3º, é a relativa à apreensão e ao sequestro mencionados no art. 4º, *caput* e §§ 1º e 2º). Ademais, a restrição do art. 2º, § 2º, da LLD representaria “retrocessos e grave restrição ao exercício da defesa”. Cita, por fim, em nota de rodapé, a posição de Marco Antônio de Barros de que o art. 366 do CPP “consagra garantia necessária do contraditório e da ampla defesa, evitando o processo do *faz-de-conta* e condenações injustas” e que, portanto, não deveria ser aplicado o art. 2º, § 2º, da LLD¹⁸.

Vejamos nosso entendimento a respeito.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa não são absolutos. Por força do princípio constitucional implícito da proporcionalidade, deve haver uma ponderação, no caso, entre eles e o princípio da igualdade ou isonomia. Assim, se identificamos o elemento diferencial dos agentes ou acusados de uma espécie de crime em relação à

¹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 294-5.

generalidade de outros agentes e crimes, podemos instituir tratamentos diferentes, na medida de suas desigualdades.

A "criminalidade macroeconômica" e as "organizações criminosas" possuem uma capacidade de causar danos à sociedade e ao Estado como um todo que são inimagináveis na ótica da generalidade de crimes que um cidadão comum pode praticar, com seus danos normalmente individualizados e comparativamente pequenos.

Por exemplo, a adulteração de combustível já se constituiu num percentual do produto interno bruto do Brasil, sem esquecer que o combustível é uma das principais fontes estaduais de arrecadação de ICMS, o que deixa de ocorrer com a adulteração, acarretando gravíssimas conseqüências para a execução das políticas sociais (escolas, hospitais, empregos etc.) por falta dos recursos econômicos necessários.

Segundo dados apresentados por Michel De Feo e Ernesto Savona no Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro e Crime Organizado, realizado na Itália em 1994, o crime organizado movimentaria cerca de 850 bilhões de dólares americanos por ano, no mundo¹⁹. Relatório anual do Programa das Nações Unidas pela prevenção do abuso e do tráfico ilícito de entorpecentes de 1997 avaliou que somente o tráfico de entorpecentes giraria cerca de 400 bilhões de dólares americanos anualmente²⁰. Estimativas mais recentes do Banco Mundial apontam que, atualmente, apenas o tráfico de entorpecentes já estaria em torno de 500 bilhões a um trilhão de dólares americanos por ano. Cerca de 10% do produto nacional bruto do México, que é uma economia do porte do Brasil, e 3% do produto interno bruto da Itália são produzidos por organizações criminosas²¹.

Essa imensa quantidade de recursos financeiros tem de ser submetida a um planejamento especializado e muito bem organizado de "lavagem de dinheiro" (lavagem de ativos).

Portanto, o poderio econômico-financeiro das organizações criminosas é suficiente para desestabilizar a economia de um país ou mesmo impedir seu desenvolvimento. Além de sua capacidade de corromper instituições públicas e privadas, as organizações

¹⁹ DAVID, Pedro R. *Globalizzazione, prevenzione del delitto e giustizia penale*. Milão: Giuffrè, 2001. (Título original: *Globalización, prevención del delito y justicia penal*), p. 40

²⁰ *Ibidem*, p. 2.

²¹ *Ibidem*, p. 23 e 21.

criminosas conseguem interferir nos mais variados aspectos da sociedade, como o social, político, econômico-financeiro e mesmo cultural.

Realisticamente, a Lei de “Lavagem de Dinheiro” se destina a uma outra espécie de agente e de criminalidade, o que enseja, portanto, um tratamento diferenciado, conforme permite o princípio constitucional da igualdade. O tratamento desigual procura igualizar *materialmente* o réu da LLD com o réu de outras espécies de crimes.

Teríamos, sim, um processo *faz-de-conta* se tratássemos abstratamente todos os agentes e acusados da mesma forma, como se os princípios da ampla defesa e da igualdade fossem absolutos e abstratos, ignorando completamente a realidade social e, portanto, as diferenças abissais que tais agentes e acusados possuem relativamente à generalidade.

Vejamos a questão da compatibilidade dos dois supracitados dispositivos legais.

O art. 2º, § 2º, da LLD estabelece que não se aplica o art. 366 do CPP aos crimes previstos na LLD. Refere-se às suspensões do processo e da prescrição, que são os institutos jurídicos que ensejaram a nova redação do CPP, no caso ou hipótese de não comparecimento do réu citado por edital em conjunto com a hipótese de não constituição de defensor.

O art. 4º, § 3º, da LLD trata do pedido de restituição do bem objeto de apreensão ou de seqüestro, que somente será conhecido na hipótese (ou caso) de comparecimento pessoal do acusado. Acrescenta que, nos casos (ou hipóteses) do art. 366 do CPP, ou seja, nas hipóteses de não comparecimento pessoal do réu ou de não constituição de defensor, apesar disso, o juiz poderá determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

Os dois dispositivos, portanto, tratam de institutos diferentes (suspensões do processo e da prescrição, de um lado, e pedido de restituição de bem apreendido ou seqüestrado, de outro) e são plenamente compatíveis.

Por outro lado, há quem defenda que a “reforma processual penal” tenha, implicitamente, revogado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei de “Lavagem de Dinheiro” (Lei 9.613/1998)²².

²² É o entendimento de: MENDONÇA, Andrey Borges de. Reformas recentes. In: SEMINÁRIO REFORMAS DO PROCESSO PENAL, 1., 10 maio 2010, Belo Horizonte. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010.

As Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008 fizeram importantes alterações no Código de Processo Penal, que têm sido, em conjunto, denominadas “reforma processual penal” pela comunidade jurídica.

A Lei 11.719/2008 teria feito modificações no art. 366 do CPP com a “intenção” de que fosse aplicável a qualquer processo, inclusive às hipóteses da Lei 9.613/1998.

Além disso, o art. 8, n. 2, alínea “b”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) ou *Pacto de São José da Costa Rica* (Decreto 678/1992) estabelece que, durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, à garantia mínima da “comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”, que pode ser interpretado como comunicação real ou pessoal, ou seja, efetivamente realizada, e não ficta (como é a citação por edital e a citação por hora certa).

Portanto, o art. 2º, § 2º, da Lei 9.613/1998 teria sido, implicitamente, revogado, seja pela “reforma processual penal”, seja pela referida convenção.

Todavia, encontra-se bem firmado em nossa doutrina e jurisprudência que não há direitos absolutos.

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade nos possibilita ponderar esse direito de ciência pessoal (ou real) prévia, de um lado, com outros direitos constitucionais, como o direito constitucional à segurança (não apenas a segurança pública, mas a segurança do Estado, a segurança da sociedade e a segurança econômica).

O princípio da proporcionalidade, enquanto constituído pelas regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, é, portanto, uma implicação lógica do caráter jurídico da Constituição como norma rígida hierarquicamente superior, atributiva de proporções e impositiva de eficiência. Portanto, o princípio da proporcionalidade, apesar de ter sua origem como garantia de direitos fundamentais, aplica-se, presentemente, a quaisquer entes normativos, sejam objetivos, princípios, regras, direitos, deveres, garantias, interesses ou bens jurídicos, com uma carga argumentativa em favor dos fundamentais.

A pluralidade de fundamentos normativos do princípio da proporcionalidade decorre de sua inerência ao Direito. Por isto é possível interpretá-lo como corolário de entes normativos variados como princípio do Estado de Direito, princípio do devido processo legal, princípio da razoabilidade, princípio da igualdade, caráter principal das normas de direitos fundamentais, idéia de direitos fundamentais etc.²³

Há poucos anos atrás, a profunda desigualdade de fatos relativos aos sistemas financeiro e econômico ficou bastante evidente no Brasil. Durante crise mundial, em apenas cerca de dois meses, o Brasil perdeu metade de todas as suas reservas (por volta de 40 bilhões de dólares, à época).

²³ PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Se essa evasão financeira continuasse, ocorreria o caos social e econômico, com profundas implicações na vida de todos os brasileiros, como falências em série de empresas, desemprego em massa, saques em supermercados, falta de bens e serviços, alta das taxas de criminalidade etc.

Isso nos demonstra que os atores e os fatos relacionados a questões financeiras e/ou econômicas são profundamente desiguais quando comparados à generalidade das pessoas e dos fatos, pois têm a capacidade de desestabilizarem o Estado, a sociedade, a economia e o sistema financeiro de um país.

Podemos dizer que comparamos a importância das razões²⁴ que sustentam a não afetação negativa de um direito fundamental (direito à ciência prévia, real ou pessoal) com a importância das razões que sustentam a realização dos fins imediato e mediato da medida de intervenção em um direito fundamental (preservar outros direitos e normas constitucionais, como segurança da sociedade em geral, segurança do Estado, segurança pública em especial, segurança econômica etc.).

O princípio da igualdade, em conjugação com a justificação metódica de intervenção em direitos fundamentais estabelecida pelo princípio da proporcionalidade, possibilita o tratamento desigual em relação aos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores.

Normas de caráter geral, como o Código de Processo Penal e a “reforma processual penal”, não revogam e são compatíveis com a especialidade da Lei de “Lavagem de Dinheiro”, pois esta se funda em normas constitucionais.

O futuro Código de Processo Penal, cujo projeto, de conhecimento pública, tramita no Congresso Nacional, tampouco será incompatível com o referido dispositivo legal, se não o revogar expressamente.

Por fim, o art. 9º da Lei Complementar 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis (veja art. 59, parágrafo único, da Constituição da República), estabelece:

Art. 3º A lei será estruturada em três partes básicas:

[...]

III – parte final, compreendendo [...] a cláusula de revogação, quando couber.

Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.

²⁴ *Ibidem*, p. 230 e 236.

O dispositivo legal sob análise não foi revogado expressamente.

Em **conclusão**, o art. 2º, § 2º, da Lei de “Lavagem de Dinheiro” (Lei 9.613/1998) é constitucional e legalmente válido, juridicamente eficaz e compatível com o Código de Processo Penal (especialmente seu art. 366), com o art. 4º, § 3º, da Lei 9.613/1998 e com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), não tendo sido revogado pela “reforma processual penal” e não sendo passível de revogação por norma geral de futuro Código de Processo Penal, a não ser expressamente.