

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, §2º DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Gustavo Poloni SOARES¹

RESUMO: O presente trabalho fundamenta-se na verificação e defesa do princípio da isonomia frente a não suspensão da prescrição prevista pela Lei 9.613/98 para os casos em que o acusado for citado via edital e não comparecer ao juízo. Basicamente, serão esmiuçados os institutos que versam sobre o tema acima no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque naqueles elencados nas normas processuais penais, cuja finalidade maior reside no tratamento paritário daqueles que burlam os comandos legais.

Palavras-chave: Princípio da ampla defesa. Suspensão do prazo prescricional. Lavagem de Dinheiro. Código de Processo Penal.

1 INTRODUÇÃO

Não há quem ouse discutir a histórica preocupação dos juristas e demais agentes que atuam na órbita jurídica com a atuação do legislador pátrio adstrita as garantias fundamentais listadas na Lei Maior, visto que nem sempre os três poderes – legislativo, executivo e judiciário – andejarão nos mesmos ideais, desenhando no limiar de muitos assuntos e debates um verdadeiro conflito de interesses e predileções.

Em que pese haver essa divergência em determinados momentos da caminhada jurídica, percebe-se no legislador brasileiro um comportamento guiado pelos clamores sociais, bastando em certos casos a simples aparição de uma manchete ou até mesmo o início de uma onda de movimentos para que se produzam novas leis, como se a criação de códigos normativos estivesse estritamente adjunta aos fatores societários.

O trabalho em questão concentra-se nas possibilidades detidas pelo legislador de evitar certas manifestações da sociedade, com a uniformização das diretrizes atinentes a assuntos idênticos na órbita processual penal, que mantém

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: gustavo_ps10@hotmail.com

íntima ligação com a legislação extravagante, cabendo ao legislador zelar pela manutenção da estabilidade das decisões judiciais, desautorizando qualquer tratamento desigual de réus que ostentam a mesma situação jurídica.

Feito isso, destaca-se que o trabalho em questão versará sobre a suspensão do prazo prescricional, onde, de acordo com o artigo 366 do Código de Processo Penal, se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional.

Essa disposição abrange a totalidade dos crimes elencados no ordenamento jurídico pátrio, com exceção de um crime, qual seja, o crime de lavagem de dinheiro. Para este, a legislação especial nº 9.613/98 destacou que não se aplica o disposto no artigo 366 do Código de Processo Penal, com a justificativa de que tal medida é imprescindível para a solução de ilícitos dessa natureza, sob pena de solidificar a impunidade.

No entanto, a constitucionalidade de tal dispositivo é amplamente questionada no meio jurídico, visto que aparentemente atentaria direta e gravemente à uma série de comandos constitucionais. Diante disso, passemos a verificar se o dispositivo mencionado encontra ou não, guarida constitucional.

2 DA SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Elenca-se dois momentos na história que foram determinantes na descrição do procedimento adotado nos casos de revelia, tendo como divisor de águas o advento da Lei nº 9.271, de 17.04.1996, que alterou a redação do artigo 366 do Código de Processo Penal

Em sua redação original, o referido artigo disciplinava que, citado o acusado e este não comparece em juízo, o feito seguiria normalmente à sua revelia. No entanto, tal redação sofria com intensas críticas por parte da doutrina, com o argumento de que cerceava do acusado o seu direito de contraditório e ampla defesa.

Ocorre que, assim como inúmeros exemplos classificados nos ordenamentos jurídicos mundiais, é ilusória a afirmação de que é possível alcançar uma uniformidade de argumentos a respeito da opção do legislador em construir ou reconstruir determinada norma jurídica, visto que cada operador do direito, por mais

imparcial que possa se vangloriar, sempre carrega em seu âmago algumas convicções pessoais, que influenciam diretamente na sua interpretação da novidade legislativa.

Embora tenha ciência da fictícia pretensão de unânime concordância entre os operadores do direito, o legislador processual penal acompanhou a visão do constituinte originário e enumerou uma série de comandos legais que asseguram ao acusado de um fato criminoso a devida guarnição de seus direitos fundamentais, cuja violação sobrevém ao processo crime nulidade passível de invalidação do mesmo.

Nessa ótica, o legislador preferiu agarrar-se no pilar mais seguro de validação da norma jurídica, qual seja, a sua harmonização com o texto constitucional. Para tanto, alterou por intermédio da Lei nº 9.271/96 a redação do artigo 366 do Código de Processo Penal, que passou a vigorar com o seguinte conteúdo:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Tecendo comentários à alteração, Lima (2019, p. 680) descreve que:

O art. 366 do CPP, com redação determinada pela Lei 9.271, de 17.04.1996, alterou sobremaneira a disciplina da revelia no processo penal brasileiro, visando salvaguardar a mais ampla defesa do acusado. Com efeito, em prol de maior garantia ao direito de defesa, notadamente no que tange ao direito de audiência e de presença, desdobramentos da autodefesa, a Lei 9.271/96 deu nova redação ao art. 366 do CPP.

Por esse ângulo, notadamente percebe-se que a revelia nem sempre fora regrada com o fito de assegurar ao acusado a ampla defesa, muito em virtude das repressões políticas que influenciavam – há época do advento da referida lei – diretamente na estrutura do legislativo nacional, elegendo temas e assuntos que deveriam ser positivados pelo legislador, o que, via de regra, acarretava uma vasta gama de comandos legais impróprios e ineficazes para suprir os anseios da sociedade.

No mesmo espírito do autor supracitado, Marcão (2016, p. 904) pontua que:

Uma das preocupações da Lei n. 9.271/96, da qual decorre a atual redação do art. 366 do CPP, foi dar maior relevância e merecido destaque aos princípios da ampla defesa e do contraditório, dentro do devido processo legal, e permitir ao acusado não apenas o conhecimento formal da acusação. É revelada, portanto, sua feição nitidamente asseguradora.

Pelas regras introduzidas, o que se nota é que, para o legislador, a preservação das garantias constitucionais que integram o *due process of law* pressupõe a presença física do acusado ou do defensor por ele constituído; reclama conhecimento concreto e imediato do conteúdo acusatório.

Não obstante, precisamos pontilhar os impactos de tal alteração frente ao andamento processo penal e, para tanto, o próprio Lima (2019, p. 680) com a qualidade que o dissocia descreve que:

Em sua redação original, o art. 366 do CPP previa que o processo seguiria à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixasse de comparecer sem motivo justificado. Portanto, caso o acusado fosse citado por edital e não comparecesse, era possível que fosse condenado à revelia, bastando que o juiz providenciasse a nomeação de defensor técnico.

Não restam dúvidas de que a anterior previsão normativa acerca do instituto da revelia ostentava uma afronta direta as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que norteiam um processo justo e sem máculas.

Sabidamente, Capez (2006, p. 584) explica que:

O fundamento de tal inovação reside no direito à informação. Derivado dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, tal direito encontra-se previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, a qual foi assinada em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, passando a ter força de lei. Referida Convenção, em seu art. 8º, b, assegura a todo acusado o direito à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada. Assim, não mais se admite o prosseguimento do feito, sem que o réu seja informado efetivamente, sem sombra de dúvida, da sua existência.

É possível afirmar que a alteração promovida pelo legislador derivou de uma visão garantista do ordenamento jurídico, em que pese o legislador julgar ser inadmissível a permanência da redação original trazida pelo artigo 366, do Código de Processo Penal, sem desconsiderar também que despontou uma nova onda interpretativa das legislações infraconstitucionais, qual seja, a interpretação conforme a Constituição.

É nesse ponto que Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 155) enfatizam a figura de um processo justo, dispondo que:

O direito ao processo justo é multifuncional. Ele tem função integrativa, interpretativa, bloqueadora e otimizadora. Como princípio, exige a realização de um estado ideal de proteção aos direitos, determinando a criação dos elementos necessários à promoção do ideal de protetividade, a interpretação das normas que já preveem elementos necessários à promoção do estado ideal de tutelabilidade, o bloqueio à eficácia de normas contrárias ou incompatíveis com a promoção do estado de proteção e a otimização do alcance do ideal de protetividade dos direitos do Estado Constitucional.

Não é permitido ao legislador infraconstitucional, portanto, dispor de normas contrárias à preceitos regidos e atribuídos aos cidadãos pela Constituição Federal, sob pena de infringir não apenas a transcrição literal do comando constitucional, mas também uma série de princípios éticos e morais que norteiam a harmonia das relações sociais.

Pode-se afirmar, dessa maneira, que a Constituição Federal é o âmago de toda estrutura da legislação infraconstitucional, pois caso esta última encontre aparato em outra base que não seja a acima descrita, terá a sua constitucionalidade questionada.

Nesse contexto, sabendo que ao promover a mudança do conteúdo do artigo 366 do Código de Processo Penal o legislador almejava a efetivação das garantias constitucionais concedidas ao acusado, a lei que apresentar-se em descompasso com estes seguimentos poderá a qualquer momento ser declarada inconstitucional, desde que se observe os procedimentos legais.

Curiosamente, temos na legislação extravagante uma disposição em sentido contrário ao que prevê o artigo 366 do Código de Processo Penal e também aparentemente tolhendo o cidadão dos seus direitos constitucionalmente garantidos, sendo, dessa forma, passível de análise quanto à sua constitucionalidade, conforme será abordado a seguir.

2.1 Da (In) Constitucionalidade do Artigo 2º, §2º da Lei 9.613/98

A Lei nº 9.613 de 1998, mais conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro, apresenta através de seu artigo 2º, §2º, da Lei 9.613/98, o comando de

que o artigo 366 do Código de Processo Penal não se aplica ao crime de Lavagem de Dinheiro, ostentando a seguinte descrição:

Art. 2º. O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

[...]

§2º No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação do de defensor dativo. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

Para que seja possível a análise da constitucionalidade do parágrafo acima mencionado, destaca-se que a garantia da ampla defesa não restringe unicamente ao fato de se oportunizar ao acusado a nomeação de um advogado para defender em juízo os seus direitos e interesses, mas também a possibilidade que detém ao acusado de decidir os meios que se julgarem necessários para o alcance de um julgamento justo e em consonância com o cenário fático provocador da instauração do processo crime.

Nesse sentido, Nucci (2015, p. 368) revela que:

A defesa constitui direito inerente à pessoa humana, conferindo-se dignidade, no contexto das relações sociais. Representa uma proteção, uma oposição ou uma justificação voltada à acusação da prática de um crime, quando se está no cenário penal. Emerge de forma automática, na maior parte das vezes, tendo em vista a natureza humana, calcada no sentimento de preservação e subsistência.

A partir do momento em que a Lei de Lavagem de Dinheiro prevê a possibilidade de prosseguimento do feito sem a presença do acusado, afastando com isso a aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal para o crime de que trata a referida Lei, logo está cerceando do acusado o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, que, como visto em notas anteriores, não se sustenta apenas na defesa técnica, sendo um direito inerente à pessoa humana.

Neste sentido, as lições de Luiz Flávio Gomes e Marco Antônio Barros (1997, p. 357) são profundamente relevantes para o debate em questão, pois dissertam que:

A proibição contida no art. 2º, § 2º, de não aplicação do art. 366 do CPP para os crimes de lavagem de bens é absurda e inconstitucional [...]. Da inconstitucionalidade da proibição: cuida referido artigo (366), como sabemos, da suspensão do processo decorrente da citação por edital, desde que o acusado desaparecido não compareça nem constitua advogado. A garantia de ser informado o acusado do inteiro teor da peça acusatória é impostergável (v. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, que tem status constitucional, por força do art. 5º, § 2º, da CF). Todos têm esse direito. Faz parte da ampla defesa. É garantia constitucional, logo, integra a parte rígida do princípio do devido processo penal. Não pode, em consequência, ser suprimida pelo legislador infraconstitucional. Conclusão: o art. 2º, § 2, da Lei no 9.613/98 é mais um exemplo de lei que é um “não-direito”, de desconhecimento total do legislador dos seus limites. Ganhou vigência com sua publicação, mas não possui validade (v. Ferrajoli, “Diritto e Ragione”). Não é juridicamente válido. É um nada jurídico.

A outro giro, na exposição dos motivos que ensejaram vedação da suspensão da prescrição no crime de lavagem de dinheiro, o legislador elenca que:

Trata-se de medida de política criminal diante da incompatibilidade material existente entre os objetivos desse novo diploma legal e a macrocriminalidade representada pela lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores oriundos de crimes de especial gravidade. A suspensão do processo constituiria um prêmio para os delinquentes astutos e afortunados e um obstáculo à descoberta de uma grande variedade de ilícitos que se desenvolvem em parceria com a lavagem ou a ocultação”. (item 63 da Exposição de Motivos 692/MJ).

Todavia, a maioria esmagadora da doutrina penalista refuta essa impossibilidade de aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal ao crime de lavagem de dinheiro, tendo como um dos expoentes o Promotor de Justiça e renomado Professor Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 682), que leciona cautelosamente que:

Em que pese o teor do citado dispositivo, parece-nos ser plenamente possível a aplicação do art. 366 do CPP aos processos criminais referentes à lavagem de capitais. Isso em virtude de verdadeira inconstitucionalidade de que padece o dispositivo do art. 2º, §2º, da Lei 9.613/98. De fato, em prol de uma maior efetividade no combate à lavagem de capitais, não se pode desprezar a aplicação do preceito do art. 366, consectário lógico da garantia da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88). Trata-se, assim, o art. 2º, §2º, da Lei 9.613/98, de mais um exemplo de norma que ganhou vigência com sua publicação, mas que não possui validade.

Na mesma toada, Barros (2004, p. 226) destaca que:

O prosseguimento do processo até final sentença, em ação penal na qual o réu foi fictamente citado, nos remete a um longo período de produção em

série de condenações dos réus revéis. Camuflava-se a efetividade das garantias do contraditório e da ampla defesa com o chamado faz-de-conta. Faz-de-conta que o réu tem ciência da existência da ação penal; faz-de-conta que o réu tem ciência da existência da ação penal; faz-de-conta que a sua defesa – ainda que elaborada nos termos técnicos –, é a melhor; faz-de-conta que todas as providências tendentes ao estabelecimento da verdade foram determinadas e realizadas, enfim, faz-de-conta que o processo criminal, assim concluído, não representa uma séria restrição à defesa de mérito.

Em um tom notadamente irônico, o autor supramencionado destaca à ilusória pretensão do legislador, que descaradamente visa tão somente o combate aos crimes de lavagem de capitais, sem qualquer apego aos preceitos constitucionais garantidos ao acusado.

Tal conjuntura provoca nos operadores do direito, em especial os constitucionalistas, uma certa preocupação e desosssego, posto que se a liberdade de um é supedâneo para cerceamento da liberdade de outrem, as proporções de certas medidas poderão alavancar a instabilidade das relações jurídicas, sendo este um cenário diverso do que prega o Estado Constitucional.

Brilhantemente Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 211) ensina que a suspensão simultânea do processo e do prazo prescricional foi uma medida encontrada pelo legislador para conciliar os interesses da sociedade, perturbada com a violação da ordem jurídico-penal, em razão do cometimento do ilícito, e a ampla defesa. Por isso, uma das justificativas para a suspensão simultânea do processo e da prescrição é justamente a promoção de equilíbrio.

Para maior parte da doutrina, o referido artigo em debate é inconstitucional, pois atenta contra uma série de princípios constitucionais – dentre eles, o devido processo legal e a isonomia – e configura um prefácio para a insegurança jurídica, não compactuando este cenário confuso e indeciso com o Estado Democrático de Direito, que tanto se preconiza nos bastidores jurídicos.

Portanto, atualmente tanto doutrina quanto a jurisprudência tendem a aceitar a aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal ao crime de lavagem de dinheiro, dada a viciosa descrição ostentada pelo artigo 2º, §2º da Lei nº 9.613/98, existindo na órbita jurídica como um texto normativo revestido apenas de publicação, dada a sua insuficiência constitucional no plano de validade.

3 CONCLUSÃO

Dessa maneira, portanto, não se olvida que a tendência dos operadores do direito é no sentido da inaplicabilidade do artigo 2º, §2º, Lei nº 9.613/98, sob o fundamento de que o mesmo carece de guarnição constitucional e é largamente prejudicial ao acusado.

Assim, para rematar a discussão, menciona-se a dissertação de Lima (2019, p. 1314), que louvavelmente destaca que:

A ausência do acusado citado por edital, com a subsequente suspensão do processo, jamais funcionará como um prêmio ou obstáculo à descoberta de uma grande variedade de ilícitos relacionados à lavagem de dinheiro. A uma, porque o próprio art. 366, além de impor a suspensão da prescrição, pesado fardo que recai sobre o acusado que se encontra em local incerto e não sabido, possibilita que o juiz determine a produção antecipada das provas consideradas urgentes, além de estar autorizado a decretar sua prisão preventiva, desde que presente uma das hipóteses listadas no art. 312 do CPP.

Com a facilidade que o dissocia, o autor refuta os motivos que ensejaram a inserção do artigo 2º, §2º na Lei de Lavagem de Dinheiro, onde basicamente o legislador justificara tratar-se de medida necessária em prol da efetivação no combate aos ilícitos de que trata a lei mencionada. Ocorre que, como visto acima, a disposição do artigo 366 do Código de Processo Penal se reveste largamente de maior amplitude no combate efetivo aos crimes de lavagem de dinheiro, despontando como a principal base desse entendimento a própria suspensão da prescrição, que nas linhas do autor acima é um pesado fardo que recai sobre a acusado.

Todavia, o autor supramencionado (2019, p. 1.314) continua pontuando outro motivo que dissipa a não suspensão da prescrição nos crimes de lavagem de dinheiro, conforme transcrito abaixo:

A duas, porque ao juiz é deferido o poder de determinar a execução de medidas cautelares, como a busca e apreensão e o sequestro de bens, direitos e valores do acusado, ou existentes em seu nome (art. 4º, caput, da Lei 9.613/98), salvaguardando, assim, a eficácia do processo principal, com a ressalva de que a restituição dos bens só poderá ser deferida com o comparecimento pessoal do acusado (art. 4º, §3º, da Lei 9.613/98).

Nesse contexto, portanto, embora o artigo 2º, §2º, da Lei 9.613/98 esteja inserido formalmente no ordenamento jurídico pátrio, o mesmo carece de aplicação prática, onde, caso fosse literalmente aplicado, colocaria em pauta indubitavelmente a segurança jurídica dos processos judiciais, dado o profundo desrespeito e afronta à Lei Maior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10/08/2019.

BRASIL, **Lei 9.271, de 17 de abril de 1996**. Altera os arts. 366, 367, 368, 369 e 370 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9271.htm. Acesso em: 15/08/2019.

BRASIL, **Lei 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 15/08/2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

CENTRO UNIVERSITÁRIO "ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO" de Presidente Prudente. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas – com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98**. São Paulo, Ed. RT, 2004, 226p.

GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raul. Crime Organizado. **Enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e política criminal**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 7ª ed. Salvador, Ed. JusPODIVIM, 2019.

_____, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7ª ed. Salvador, Ed. JusPODIVIM, 2019.

MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo, Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 3ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

_____, **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4ª ed. Editora: Forense, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3. 35 ed. São Paulo: Saraiva. 2013