

Organização Criminosa e Lavagem de Dinheiro

Marcelo Amaral Colpaert Marcochi¹

Intróito

A prática de atos tidos como criminosos não é uma prerrogativa do mundo hodierno. Há tempos que o homem, com sua conduta ativa ou omissiva provoca a “lesão de algum d’aquelles sentimentos mais profundamente radicados no espirito humano e que seu conjuncto formam o que se chama *senso moral*”². Quando o senso moral de um indivíduo ou da sociedade em que ele vive é transgredido diz-se que foi praticado um delito, um fato criminoso.

Nessa seara, as infrações ao senso moral do indivíduo e da coletividade em que vive demudaram-se com a evolução do

¹ Advogado; Pós-Graduado em Direito Penal e Pós-Graduando em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura – EPM/SP; Membro da Comissão de Direitos e Prerrogativas da Câmara Criminal da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo – Subseção de Santos; Membro do Grupo de Estudos e Projetos Legislativos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM; Professor de Direito Penal e Processual Penal.

² R. Garofalo. *Criminologia – estudo sobre o delicto e a repressão penal*. São Paulo: Teixeira & Irmão – Editores; 1.893, pág. 04 – *redação original*. Nessa seara, Bentham. *Principes de legislation* (*apud* Garofalo. *Op. Cit.*, pág. 53) leciona que crime é “toda a ação que se julgou dever ser prohibida por causa do mal que produz ou tende a produzir”. A antiga escola francesa, seguindo Rossi, lecionava que delito não é outra coisa senão “a violação de um dever para com a sociedade e os indivíduos, exigível em si e útil à manutenção da ordem publica”, *apud* R. Garofalo. *Op.cit.*, pág. 54.

homem, como também modificaram-se os conceitos de “senso moral” e do que é ou não “proibido”³, “rechaçado”, moralmente inaceitável.

Notadamente - forçoso é reconhecer – que a prática de condutas criminosas evoluiu de tal monta que a necessidade de criação de freios inibidores dessas condutas mostra-se cada vez mais necessária; o homem que produz o crime clama, ao revés, por leis que freiem a prática desvirtuada de delitos. É assim com o chamado “crime organizado”⁴.

1. A Origem das organizações criminosas: A Máfia Siciliana

Ao estudo que se apresenta – *Lei 9.034/95 (dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção de ações praticadas por organização criminosa)* e *Lei 9.613/98 (dispõe sobre os crimes de “lavagem” de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os fins ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades*

³ Em que pese inexistir norma penal proibitiva, o conceito de “proibido” aqui utilizado traz a carga daquilo que não é aceitável, ou seja, a prática de condutas que lesem o interesse e a harmonia da sociedade.

⁴ Sem embargos aos entendimentos contrários, a meu ver o termo “crime organizado” é impróprio; não há, ao inverso, “crime desorganizado”, mas sim agentes que se associam de modo organizado com o escopo de praticar crimes. O crime é “simple crime”; quem o pratica é que o faz de modo “desorganizado” ou “organizado”.

Financeiras – COAF e dá outras providências) faz-se necessário, ainda que em epítome, indicar a nascente da chamada criminalidade organizada.

- Decorre a conduta organizada de agentes com o escopo de praticar crimes do que se tem pela primeira referência oficial à nomenclatura “máfia”; deu-se em um tribunal Siciliano nos idos de 1838 após ter sido difundida inicialmente em uma peça teatral de Giuseppe Rizzoto (1826) intitulada *I mafiusi di la Vicaria*⁵, ocasião em que apresentava como “mafiosos” as pessoas que gozavam de respeito e credibilidade frente à sociedade e ao próprio poder estatal porquanto ostentavam uma associação com estrutura hierarquizada e ordenada, representada “como uma família vinculada não pelo sangue mas pela nacionalidade siciliana” em que “através de um compromisso solene todos votavam nunca revelar os segredos da máfia mesmo sob dor ou morte”⁶.

⁵ Walter Fanganiello Maierovich. *A palavra máfia: origem e significados*, apud Reinaldo Ribeiro Checa Júnior. *Crime Organizado: Inovações e Aspectos Controvertidos da Lei 9.034/95* – trabalho apresentado como exigência parcial para a obtenção do título de pós-graduado em direito penal pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP, 2003; pág. 06.

⁶ Jay Robert Nash. *World Encyclopedia of Organized Crime*, pág. 264. apud Guaracy Mingardi. *O Estado Desorganizado contra o crime organizado*, pág.07.

A organização de criminosos tornou-se em pouco tempo um “privilégio”⁷ não só da Sicília como de outros logradouros da Itália, difundindo-se, posteriormente, à diversos países. Em um contexto mundial podemos citar, hodiernamente, a Yakusa (Japão), Triade Chinesa (Hong Kong), os Narcocartéis (Colômbia), o Comando Vermelho – C.V (Rio de Janeiro) e Primeiro Comando da Capital – P.C.C. (São Paulo); todas decorrem de uma base estrutural hierarquizada e sólida.

2. Delinquência Organizada: Principais Características.

Desde a formação de inúmeras organizações criminosas e de suas participações no aumento da criminalidade atual, doutrinadores há que em vão, *s.m.j.*, procuram definir o seu conceito normativo penal⁸. Destarte, não temos a pretensão com estas apartadas linhas fazê-lo (hei de tentar), tornando-se oportuno apontar as características que devem coexistir para afirmarmos tratar-se de uma

⁷ Mais adiante ver-se-á o significado da nomenclatura “privilégio”.

⁸ O que há de concreto na doutrina atual são *conceitos criminológicos* de organização criminosa: Guaracy Mingardi assevera tratar-se de um “grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento dos lucros. Suas atividades baseiam-se no uso da violência da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias e serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da lei do silêncio aos membros ou outras pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção territorial”. *O Estado e o crime Organizado*, pág. 57.

organização criminosa ou mera associação estável e permanente com o fim na prática de crimes (formação de quadrilha ou bando –artigo 288 do Código Penal).

A uma, é característica das “organizações criminosas” possuir uma *estrutura hierárquica* precedida de um comando, de subchefes e agentes subordinados de modo que na ausência de qualquer deles as atividades ilícitas da ordem não são cessadas; promove-se a substituição do membro ausente (por força de sua prisão ou morte), dando-se continuidade ao trabalho. A duas, a estruturação deve fundar-se na *divisão de tarefas* onde o agente desempenhará as funções que guardem relação com sua “especialidade criminosa”.

Outro predicado é a *conexão estrutural com o Poder Público ou com agentes do Poder Público*; “as organizações criminosas, quando atingem determinado grau de desenvolvimento, buscam incessantemente uma simbiose com o Poder Público, seja mediante a corrupção de agentes públicos em seus mais diversos escalões, seja em virtude do chamado tráfico de influência com a finalidade de garantir a impunidade de seus membros”⁹.

⁹ Reinaldo Ribeiro Checa Júnior. *op.cit.*, pág. 14.

A oferta de prestações sociais, igualmente, mostra-se uma característica ínsita da criminalidade organizada; nesse sentido foi dito que a existência das citadas organizações é um privilégio para a sociedade em que ela se encontra: - o Estado enquanto permanece inerte nas suas obrigações abre margem para que a formação de “Estados paralelos”, que suprem a necessidade das comunidades menos abastadas com a oferta de cestas básicas, distribuição de remédios, transporte e segurança - na medida em que afasta a chamada criminalidade de massa ou micro-criminalidade¹⁰.

O alto poder de intimidação, que se impõe dentro e fora da organização, também é característica intrínseca a ela conquanto seus membros se submetem à força de seus superiores na medida em que a lei do silêncio dita as regras de convívio, atentando igualmente com o seu poder frente aos cidadãos do território em que ela se fixa.

Nesse contexto, em que pese não haver definição normativa acerca da organização criminoso, insta reconhecer que a

¹⁰ Há uma divisão no que toca aos tipos de criminalidade existentes hodiernamente no Brasil; há a criminalidade ostensiva, que lesam valores “clássicos” como a vida, a integridade física e o patrimônio, mas não o fazem de modo organizado, ou seja, é o criminoso do dia-a-dia, intitulada por Reinaldo Ribeiro Checa Júnior como criminalidade de massa ou micro-criminalidade; os crimes perpetrados por organizações criminosas, por seu turno, são chamados de macro-criminalidade.

união de agentes com o escopo de praticar crimes, para se caracterizar como tal, faz necessária a existência das citadas características.

Destarte, a par dessas apertadas linhas, interessa-nos sobretudo cuidar das leis que positivaram a conduta em testilha.

3. A lei 9.034, de 03 de maio de 1995 – definição de Organização Criminosa.

Inúmeros embates – doutrinários e jurisprudenciais – tomaram corpo com a publicação da “lei do crime organizado”; sem embargos a entendimentos divergentes, fazendo-se um cotejo de seus dispositivos à luz do ordenamento penal e processual vigente, e sob a égide da Constituição Federal, permanece intocável apenas a condição legal e constitucional daquele a quem cuidou sancionar por derradeiro, senão vejamos:

Referido diploma lecionava em seu artigo 1º que “*esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando*”.

Da mesma sorte, o artigo 2º prescrevia que “*em qualquer fase de*

persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:”.

- A contenda se instalou no campo da definição ou não de um tipo penal e do conceito de organização criminosa.

Assim, foi o bastante para que doutrinadores impingissem a inconstitucionalidade do regramento com espreque no juízo de que a lei não definiu o definiu; Alberto Silva Franco ensina que “*embora tenha o diploma legal explicitado os meios de prova e procedimentos investigatórios necessários para a apuração e prova do ‘crime resultante de quadrilha ou bando’, força é convir que o açodado legislador se esqueceu de dar os contornos típicos desse ‘crime resultante’.* Destarte, o que denominou de organização criminosa não tem forma nem figura de tipo penal. Seu juízo funda-se no fato de o legislador não haver definido a conduta nem tampouco ter criado um tipo penal eis que “*não há verbo indicador da conduta humana; não há pólos subjetivos, ativos ou passivos; não há menção a meios*

instrumentais ou modos de execução; na há referência a nenhuma circunstância que gire em torno do comportamento proibido”¹¹.

Noutra seara, Luiz Flávio Gomes apregoava sua constitucionalidade porquanto a lei criou um tipo penal aberto em sentido estrito, ou seja, define o delito mas deixa à mercê do julgador o necessário complemento e adequação da conduta.

Outros doutrinadores¹² há, aos quais me afilio, que lecionavam haver aplicação da lei aos casos em que estivesse presente a conduta típica descrita no artigo 288¹³ da Carta Penal, qual seja, a formação de quadrilha ou bando.

-Explico: como se mostrava a redação do artigo 1º, em combinação com o artigo 2º - mencionados – forçoso era reconhecer que “*as ações praticadas por organização criminosa*” referida no parágrafo 2º guardava íntima relação com “*os crimes resultantes de quadrilha ou bando*” apontados no artigo 1º; essa era a interpretação, *s.m.j.*, mais correta porquanto restringia o escopo do legislador.

¹¹ *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. pág. 575.

¹² Geraldo Prado e Willian Douglas. *Comentários a lei do crime organizado*. Pág. 21.

¹³ Artigo 288 – Código Penal: Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de um a três anos; Parágrafo Único: A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha é armada.

Os entendimentos contrários supra mencionados ou ignoravam tal indicação ao asseverar a inconstitucionalidade frente à possível lacuna da lei, ou tornavam-se inconstitucionais na medida em que deixava ao talante do juiz a definição.

Assim, repita-se, afilio-me aos doutrinadores que apregoavam consistir, a organização criminosa, o preenchimento do tipo penal aludido no artigo 288 do Código Penal, ao qual se aplicaria aos procedimentos asseverados na lei em comento.

4. A lei 10.217 de 11 de abril de 2001 – Definição de Organização Criminosa.

No escopo de dirimir tais embates, sobreveio no ano de 2001 a lei de combate ao crime organizado; a ementa passou a vigorar com a seguinte disposição: - *“dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organização criminosa”*, tendo lecionado o artigo 1º no sentido de que *“esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações*

praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”.

Desta feita, o que eclodiu com o escopo de dirimir veio, à contra pé, fomentar as discussões e impor indefinições que nos levam a indicar que não há, hodiernamente, a previsão legal de “organização criminosa”, senão vejamos:

- Se dantes a quadrilha ou bando havia de ser considerada, para os efeitos da lei em voga, o substrato legal para se afigurar presente uma organização, agora sequer podemos apregoar tal juízo; quer a ementa, quer o artigo 1º fazem referência explícita à organização criminosa, ou seja, a lei se aplica tão somente a ela.

Todavia, esvaziou-se o seu conceito eis que agora encontram-se presentes duas outras figuras distinta, a *quadrilha ou bando* que nada mais é que o corpo do delito indicado no artigo 288 do Código Penal, e a *associação criminosa*, que deve respaldar-se na legalidade impingida pelo artigo 14 da lei de tóxico – 6.368 de 21 de outubro de 1976 - qual seja, “*associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes*

previstos nos arts. 12 e 13 desta lei”; é dizer, duas das três figuras indicadas n artigo 1º da lei de combate ao crime organizado estão definidas, ressalvado o que concerne à *quadrilha ou bando*.

Com efeito, reconhecido tal juízo – e não se pode perder de vista sua justa interpretação – a discussão agora encontra raiz na aplicação da lei porquanto a menção contida na ementa levar-nos-ia ao aceite de que a lei se aplica justamente aos casos que não estão definidos.

Ouso divergir daqueles que assim entendem na razão de que o legislador teve como fito equiparar as três figuras apenas no que concerne à aplicação da lei.

Em epítome, não restou definido o que vem a ser “organização criminosa”, mas a lei deveria ser aplicada, desde pronto, aos casos de formação de quadrilha ou bando e associação criminosa. Com *vênia*, diz-se que deveria porque um estudo dos demais dispositivos legais levar-nos-á ao entendimento de que o regulamento não tem aplicação eis que falacioso e carente de constitucionalidade.

5. Dos demais dispositivos “legais”.

Não tem o condão o presente estudo de discutir a lei em voga nos seus estritos termos, conquanto servi-nos da prerrogativa de lecionar no que toca, tão, - mas nem de longe “somente” – aos artigos inconstitucionais (!!)

da lei 9034/95, alterada pela lei 10.217/01.

5.1. Da Ação Controlada.

Indica o artigo 2º, II: *“Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”.*

Como se vê, a lei adicionou uma novel espécie de flagrante aos que se encontram positivados nos artigos 301¹⁴ e 302¹⁵ do Código de Processo Penal, e em que pese a boa intenção¹⁶ do legislador, a figura típica “fantasiada” não ultrapassa, máxima vênia, a seara da fantasia.

Com efeito, tem-se por ação controlada, na festejada lição de Reinaldo Ribeiro Checa Júnior, “*o retardamento da atuação policial que poderá aguardar, durante a ação de organização criminosa, o momento mais propício e eficaz, do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações, para intervir e efetuar a prisão em flagrante*”¹⁷.

À luz das espécies de flagrantes existentes, diga-se, artigo 302 do Código de Processo penal, umas possuem caráter compulsório na medida em que a autoridade policial deve sempre atuar, e outras de

¹⁴ Art.301 - Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

¹⁵ Art.302 - Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

¹⁶ *ad argumentandum*, para que não se diga que o presente estudo impingiu apenas críticas aos diplomas legais, curvo-me ao reconhecimento de que ao menos o legislador estava imbuído de bons pensamentos e intenções; e já basta.

¹⁷ *Crime Organizado: Inovações e Aspectos Controvertidos da Lei 9.034/95* – trabalho apresentado como exigência parcial para a obtenção do título de pós-graduado em direito penal pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP, 2003; pág. 61.

natureza facultativa quando deixa à conveniência de *qualquer do povo* promover a prisão em flagrante, o que nos remete ao juízo de que a lei em testilha abriu mão do poder dever da autoridade, facultando-lhe – à mercê de suas volições – prendeu ou não um agente infrator.

Ora, ameaçadora ao ordenamento tal prerrogativa quer porque a figura nova de flagrante deixa à margem de sua aplicabilidade a essência que dele não se pode divorciar, qual seja, o escopo de fazer cessar – no calor do crime – a conduta delitiva, quer porquanto a situação de flagrância pode perder-se no tempo e a autoridade, que aguardava a prática de outra conduta, não mais possui a prerrogativa de tomar por flagrância o delito cometido; da mesma feita, aguardar a prática de outro crime na intenção de (com)provar a prática de posterior delito que indicaria “sem sombra de dúvidas” haver laborado uma organização criminosa, pode tornar-se vazia na medida em que o esperado delito pode não ocorrer, e, no que toca ao pretérito, perdeu-se a flagrância, ocasião em que a autoridade há de ser responsabilizada por sua “inércia legal”, inclusive, criminalmente¹⁸.

¹⁸ Prevaricação - Art.319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Assim, por oportuno, insta asseverar que a ação controlada afronta inúmeras ordens legais e de natureza administrativa, merecendo manter-se, *quiçá*, na cartilha do “como não legislar”.

5.2. Do Agente Infiltrado.

Preceitua o inciso V do artigo 2º: “*infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial*”.

Ao propósito, a “infiltração policial” criou, igualmente, disparidade nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, conquanto não explicitou o que, ao meu juízo, mostram-se condições *sine qua non* à sua aplicabilidade: - a uma, ao silenciar acerca das condições da “circunstanciada autorização judiciária”, e, a duas, ao calar-se acerca de eventual *abolitio criminis* na medida em que o agente pratica crimes “permitidos” pelo ordenamento.

Creemos que a inércia primeira se “justifica” pela própria condição de inaplicabilidade do instituto, é dizer, não há como definir o momento e as condições da necessária autorização eis que a prática do crime por parte do agente infiltrado não pode preceder, de natureza prática – sobremodo - eventual autorização, v.g., há casos tais em que o agente será compelido a cometer um delito par poder figurar-se como associado à organização; nesse diapasão, como autorizar uma conduta que se restringe aos casos de haver organização criminosa se o agente sequer iniciou seus trabalhos à aferir a sua verdadeira existência(?). Nessa arte, torna-se fantasiosa a condição de o agente, v.g., antes de praticar o crime haver de postular a licença ao “chefe da organização” para ir a juízo requerer a autorização para a prática do delito, sem a qual ele não o faria.

Quanto á segunda lacuna, imperioso apontar que no projeto de lei havia a previsão da *abolitio criminis*, sendo certo que tal dispositivo foi vetado¹⁹. Contudo, tal permissão fazia referência tão e

¹⁹ Dispunha o artigo 2º: *em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre a ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além do já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: I – a infiltração de agentes de polícia especializada em quadrilha ou bando, vedada qualquer participação delituosa, exceção feita ao disposto no artigo 288 do decreto lei nº. 2.848, de 7 de setembro de 1940 – Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade.*

somente à conduta de o agente associar-se aos criminosos, não lecionando acerca de eventual prática delitiva.

De fato, exige-se no mínimo a exclusão da antijuridicidade no que toca à associação à organização, mas para dúvidas acerca da supressão da conduta criminosa que é consequência da própria associação.

Nesse campo, se partirmos do princípio que a infiltração não afronta as normas vigentes – sobremaneira a Constituição Federal – a responsabilidade do agente pela prática de eventuais crimes deve ser colocada à égide do princípio da proporcionalidade, que *“como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a*

máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes”²⁰.

Assim, insta apontar que a prática de eventuais crimes por parte do agente - em reconhecendo-se a validade da norma em testilha - merece cotejo frente ao princípio da proporcionalidade, sob pena de esvaziar o instituto porquanto não se pode negar que a autoridade, em casos tais, será compelida a delinqüir, quiçá, para permanecer vivo e ativo na sociedade criminosa.

5.3. A Ressurreição do Processo Inquisitivo.

Insta ressaltar a leitura dos dispositivos legais, *in verbis*:

Art. 3º Nas hipóteses do inciso III²¹ do art. 2º. desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. § 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela

²⁰ Suzana de Toledo Barros. *O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, pág. 89, *apud* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 11, edição especial – out.2003; pág. 11.

²¹ Artigo 2º, Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo. § 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc. § 3º O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos caso de divulgação. § 4º Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz. § 5º Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

A imparcialidade do juiz frente às partes tomou novamente o corpo do fantasma da inquisitividade eis que o legislador, por sua flagrante incompetência, abdicou do processo acusatório em que o juiz deve permanecer equidistante das partes - garantindo-lhes a paridade e igualdade de direitos e deveres - ao processo inquisitivo em que o magistrado atua como acusador e julgador.

“Esqueceu-se” da lição do artigo 144 da Constituição Federal e seus parágrafos, sobremaneira o §4º que impõe a competência das *“polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, a quem incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”*, bem como o artigo 129 e seus parágrafos, que institui o poder investigatório do Ministério Público.

A imparcialidade é uníssona nas indicações de que: 1. as diligências devem ser realizadas por ele (juiz) pessoalmente; 2. o auto circunstanciado será por ele lavrado pessoalmente, que será conservado fora dos autos em lugar seguro (v.g., na gaveta da mesa de

seu gabinete); 4. dar vistas às partes em recinto fechado (?), dentre outras falácias.

5.4. Delação Premiada.

Impõe o artigo 6º: *“Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”*.

Não se trata de inovação legislativa o instituto da delação premiada, eis que as Ordenações Filipinas²² já faziam menção ao instituto.

Não obstante, a exemplo dos demais dispositivos da lei em voga, o referido artigo que na lição festejada de Marco Antonio de

²² Livro V, Título CXVI – Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros á prisão - “Qualquer pessoa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artificio mingoar, ou corromper a verdadeira (...); tanto que assi der à prisão os ditos malfeitores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu à prisão, participante em cada hum dos ditos meleficios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte. 1. E aém do sobredito perdão, qie assi outorgamos, nos praz, que sendo o malfeitor, que assi foi dado à prisão, salteador de caminhos, que aquelle, que o descobrir, e der á prisão, e lho provar, haja de Nos trinta cruzados de mercê”. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, Typographia do Instituto Philomathico; 1870, pág. 1272, (redação original).

Barros afigura-se como “estímulo à produção da verdade”, carece de maiores estudos antes de efetiva aplicação, porquanto não se afigura como meio legítimo, legal e hábil na busca da verdade.

Com efeito, *“as diligências e meios empregados com o intuito de se descobrir a verdade devem ser isentos dessa colaboração, que muito se aproxima de um conluio, do qual nenhum prestígio se transfere ao exercício do jus puniendi estatal. Melhor seria se os agentes estatais incumbidos do exercício da persecução penal não fossem incentivados e legalmente autorizados a estabelecer essa relação de aproximação com delatores-criminosos visando descobrir a verdade”*²³.

Outro ponto que nos remete à críticas é a impossibilidade de o réu apelar em liberdade bem como a restrição no que concerne à liberdade provisória. Destarte, cuidaremos dessa seara ao lecionar acerca da lavagem de dinheiro, adiante.

Nesse lanço, podemos concluir afirmando que a lei do crime organizado, *“infelizmente, é mais um sinal do tempo presente,*

²³ Marco Antonio de Barros. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. Ed. RT, pág. 282.

no qual a segurança pública foi praticamente arrasada pela tormenta de criminalidade violenta que a todos nós assola, e assim, sob o argumento de que a medida é necessária para o restabelecimento da ordem e da paz social, segue o poder estatal dando vida a medida que outrora haviam sido descartadas”²⁴.

6. Lei 9.613, de 3 de março de 1998.

Dito foi no início do presente estudo que o Direito Penal serve-se, hodiernamente, de freio inibidor ao desenfreado acúmulo de condutas delituosas, sobremaneira as praticadas por entes que se organizam com o escopo de aumentar o “custo benefício” de sua empreitada, o que, por seu turno, torna-se um óbice cada vez maior ao Estado que se vê algemado e impotente, nada fazendo ou podendo fazer para freá-las. Nessa seara, com o vínculo entre o Poder Público estatal e as organizações criminosas, ademais de sua internacionalização, os proveitos dos crimes que antes eram disseminados de pronto – até para evitar posterior responsabilidade por parte dos criminosos, agora permanecem em suas mãos eis que se

²⁴ Idem, pág.283.

tornam moeda de troca, ou, no mais das vezes, voltam a integrar o “mercado de negócios” como se fossem produtos ou valores legais.

Nesse passo, sobrevém a “lei de lavagem de dinheiro” com o fim de criar um tipo penal a fim de impedir a ocultação e dissimulação da *res* produto de crime; sua ementa preceitua: - *“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”*.,

O escopo então, em epítome, é impedir a proliferação e a camuflagem dos produtos provenientes de delitos; todavia, a exemplo da lei de combate ao crime organizado, a lei em testilha carece de reparos e de críticas, *s.m.j.*, com o que nos serviremos dos pontos mais discutidos.

O artigo 1º leciona: *Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime;* e em sue respectivos incisos passa a preconizar os crimes

antecedentes que dão margem, possivelmente, à ocultação ou dissimulação da *res* que deles provem, valendo-nos citar:

Do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins: - quis o legislador, ao meu juízo, abarcar todas as condutas criminosas previstas na lei 6.368/76; contudo, alguns doutrinadores apregoam que o referido inciso guarda relação somente com as condutas no artigo 12 e do artigo 16 eis que não existe a conduta “tráfico” prevista nos tipos; *De terrorismo:* - inócua tão previsão conquanto não há previsão legal no ordenamento vigente - mas tão somente um conceito criminológico - acerca do que se entende por terrorismo; nesse contexto, não há o que se falar de ocultação ou dissimulação da natureza, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, do terrorismo, eis que o crime de terrorismo “não existe”: *Praticados por organização criminosa:* - como se depreende dos capítulos anteriores, ante a ausência de um conceito normativo penal do que se entende por criminalidade organizada, a exemplo do terrorismo, não se afigura possível a lavagem de dinheiro proveniente de um tipo penal inexistente, qual seja, “o crime organizado”.

Com efeito, outra questão imprópria que se encontra no regramento em voga é a proibição da liberdade provisória e da concessão da fiança. Ora, a Carta Maior preconiza que a regra é a liberdade, sendo certo que a manutenção da prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória é medida de exceção, que deve ademais revestir-se de natureza cautelar, não podendo ser impingida com espeque em critérios puramente objetivos, ou seja, “ante a vedação legal, deixar de conceder a liberdade legal”.

No que toca à obrigatoriedade de o réu ter que se submeter ao cárcere com o fim de apelar, a lei de lavagem foi “menos infeliz” que a do crime organizado, eis que aquela deixa margem à manifestação do juiz no sentido de fundamentar a decisão da não concessão e esta, por seu turno, criou impedimento compulsório.

Em comento, a não concessão do direito de apelar em liberdade só tem fundamento se o réu manteve-se preso por força da necessária cautela que deve revestir a “prisão” anterior à sentença final, e que agora, após a decisão, ainda não perdeu seu caráter precípua.

Distinto regramento é o que vem aposto no artigo 2º, II: -
O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país.

Teve a intenção o legislador de afastar por completo eventual juízo de dependência entre o processo e o julgamento do crime anterior, diga-se, de uma das condutas previstas nos incisos do artigo 1º, e o processo e julgamento do crime posterior que é a própria lavagem do dinheiro.

Todavia, não há como eleger determinadas causas como prejudiciais ao reconhecimento de eventual tipicidade do crime de lavagem, valendo-nos citar, em epítome: *a tentativa do crime antecedente* só dá margem ao reconhecimento do crime de lavagem se a tentativa foi bastante para criar bens aptos a serem ocultados, dissimulados ou integrados posteriormente; *as excludentes de ilicitude* – legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito e estado de necessidade, ademais das causas supralegais (consentimento do fendido), impedem a imputação do crime de lavagem eis que afastam a antijuridicidade do crime anterior,

que deve existir, ainda que o julgamento seja independente; *as causas extintivas da punibilidade* não impossibilitam o reconhecimento da lavagem, exceção feita à anistia e à *abolitio criminis*, eis que igualmente afetam a tipicidade do fato anterior.

Assim, a independência preconizada não tem caráter absoluto eis que cede à determinadas causas que afetam a tipicidade do crime anterior.

Como se vê, as referidas leis carecem de melhor redação, sendo certo que muitos pontos que não foram aqui tratados devem ser refutados pelos operadores do direito conquanto revestem-se de natureza inconstitucional.