

# **O ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO SE APLICA À LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO – UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA E COMPATIBILIZADORA DO ART. 2º, § 2º, COM O ART. 4º, § 3º, DA LEI 9.613/98.**

**Daniela Zarzar Pereira de Melo  
Queiroz**

Subprocuradora-Chefe do Banco Central do Brasil em Brasília e pós-graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A interpretação doutrinária do art. 2º, § 2º, da Lei 9.613/98. 3. Duas razões para a validade da proibição legal da suspensão do processo e do curso do prazo prescricional: 3.1. Vedação à interpretação *contra legem*; 3.2. Constitucionalidade da restrição ao direito de defesa. 4. A compatibilização do art. 2º, § 2º, com o art. 4º, § 3º, da Lei 9.613/98. 5. Conclusão.

## **1 INTRODUÇÃO**

O art. 366 do Código de Processo Penal - CPP, com a redação da Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, dispõe:

“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 a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.”.

Significa dizer que o preenchimento dos dois requisitos: a) citação por edital do acusado e b) não-comparecimento ou constituição de advogado para se defender, importará em duas conseqüências jurídicas, uma imediata (suspensão do processo) e outra mediata (suspensão do prazo prescricional). A primeira é dependente de pronunciamento jurisdicional; a segunda não exige decisão judicial, por ser efeito automático da suspensão do processo<sup>1</sup>.

O processo, todavia, não será suspenso quando houver necessidade de: a) produção de provas urgentes e/ou b) decretação da prisão preventiva. A excepcionalidade dessas medidas se justifica porque, em regra, o processo permanecerá paralisado até que se encontre o acusado, o que pode levar meses, anos ou décadas. Até porque, a depender da doutrina que se adote quanto à definição do termo final da suspensão do processo a fim de não permitir a imprescritibilidade do ilícito, só a suspensão pode durar até trinta anos<sup>2</sup>.

Não se combate aqui a importante iniciativa do legislador de garantir ao réu uma efetiva oportunidade de se defender, como, aliás, está determinado no art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica, que assegura a toda pessoa acusada de delito o direito de, durante todo o processo, dispor de:

“b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; e d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;”.

## **2 A INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA DO ART. 2º, § 2º, DA LEI 9.613/98**

Embora o art. 366 do CPP constitua norma garantista, a repressão a determinados ilícitos indicados pelo legislador como graves autoriza-o a agir

<sup>1</sup> Quanto à exigência de pronunciamento judicial, ver JESUS, Damásio Evangelista de. *Boletim IBCCrim* n. 42, p. 3, jun.1996. Edição Especial .

<sup>2</sup> Antônio Scarance Fernandes apresenta, resumidamente, as quatro principais correntes sobre o tema na obra *Processo Penal Constitucional*, 2. ed., Editora Revista dos Tribunais, SP: 2000, p. 281/283. Damásio de Jesus, no já citado artigo, também demonstra as teorias existentes.

com maior rigidez, adotando leis restritivas do exercício de direitos fundamentais, tal como ocorreu com a Lei 9.613, de 3/3/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro<sup>3</sup>), cujo art. 2º, § 2º, previu: “*No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal*”.

Em que pese a taxatividade do dispositivo, muitos autores identificam contradição desse preceito com o previsto no art. 4º, § 3º, do mesmo diploma legal, segundo o qual:

“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 Código de Processo Penal”.

Solucionam o aparente conflito de normas dizendo não prevalecer o art. 2º, § 2º, ante o art. 4º, § 3º, concluindo que o art. 366 do Código de Processo Penal se aplica aos crimes de lavagem de dinheiro, sob o argumento de que o § 2º do art. 2º está em choque com o princípio do contraditório e da ampla defesa<sup>4</sup> e com o devido processo legal<sup>5</sup>.

ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, entendendo ser uma interpretação integradora, diz que:

“... como no art. 4º, § 3º, é feita menção ao mesmo art. 366, só restringindo a sua aplicação no tocante às medidas cautelares e de seqüestro, o melhor entendimento é de que permanece o art. 366 e a suspensão do processo com essa ressalva, ou seja, nos crimes de lavagem de dinheiro, apesar da suspensão pode ‘o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores’. Outra interpretação tornaria impossível a

<sup>3</sup> Empregar-se-á o termo lavagem de dinheiro por se tratar de expressão consagrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em decorrência de seu emprego internacional, assim como reconheceu o legislador no item 13 da Exposição de Motivos 692/MJ.

<sup>4</sup> BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro – implicações penais, processuais e administrativas. Análise sistemática da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998*. São Paulo : Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 84-89.

<sup>5</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo : Malheiros Editores, 1999, p. 125.

conciliação dos dois preceitos contidos na Lei de Lavagem de Dinheiro, pois, se em face do art. 2º, § 2º, não se aplicasse nunca o art. 366 nos processos por crimes de lavagem de dinheiro, a ressalva do art. 4º, § 3º, não teria qualquer sentido, seria inócua.”.

### **3 DUAS RAZÕES PARA A VALIDADE DA PROIBIÇÃO LEGAL DA SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL**

Não obstante as respeitáveis opiniões expostas, entendo hígido o citado art. 2º, § 2º que veda a suspensão do processo e, por conseguinte, do curso do prazo prescricional para o acusado por crimes previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro. Faço-o por duas razões, a seguir expostas.

#### **3.1 VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO *CONTRA LEGEM***

Em primeiro lugar, o aplicador do direito não pode interpretar *contra legem*. Fatalmente, este será o resultado da interpretação que conclui pela aplicação do art. 366 do CPP aos processos por crime de lavagem e ocultação, a partir da parte final do § 3º do art. 4º da Lei 9.613/98, quando o art. 2º, § 2º, da mesma lei expressamente veda a suspensão do processo. CARLOS MAXIMILIANO<sup>6</sup> esclarece, com propriedade:

“Em geral, a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender; porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém não – negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece. A jurisprudência desenvolve e aperfeiçoa o Direito, porém como que inconscientemente, com o intuito de o compreender e bem aplicar. Não cria, reconhece o que existe; não formula, descobre e revela o preceito em vigor e adaptável à espécie. Examina o Código, perquirindo das circunstâncias culturais e psicológicas em que ele surgiu e se desenvolveu o seu espírito; faz a crítica dos dispositivos em face da ética e das ciências sociais; interpreta a

---

<sup>6</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 16. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 79/80.

regra com a preocupação de fazer prevalecer a justiça ideal (*richtiges Recht*); porém tudo procura achar e resolver com a lei; jamais com a intenção descoberta de agir por conta própria, *praeter* ou *contra legem*.”

### 3.2 CONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO AO DIREITO DE DEFESA

Em segundo lugar, o art. 2.º, § 2º, da lei em comento é constitucional. Não há eivas aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, por estarem em consonância com o verdadeiro instrumento de avaliação da constitucionalidade de leis restritivas de direito, qual seja o princípio da proporcionalidade, com seus três subprincípios integradores: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>7</sup>.

ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, ao analisar o diferenciado tratamento dado às diversas formas de criminalidade no plano legislativo, reconheceu que o princípio da proporcionalidade tem aplicação<sup>8</sup>. Sustentou que o legislador estabelece uma proporção entre a gravidade do crime e as conseqüências jurídico-penais, classificando a criminalidade em: a) leve – para a qual se prevêm institutos descriminalizadores ou despenalizadores; b) comum – em que se preserva o sistema acusatório tradicional, com amplas garantias ao réu, sistema progressivo de pena, prisão processual excepcional; e c) grave<sup>9</sup>

<sup>7</sup> A posição aqui adotada utiliza como premissa os ensinamentos da professora Suzana de Toledo Barros, na obra *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília-DF:Brasília Jurídica, 1996, p. 223, para quem qualquer medida restritiva deve: 1) ser “*idônea à consecução da finalidade perseguida (p. 74)*” – princípio da adequação dos meios aos fins; 2) ser “*indispensável para a conservação do próprio princípio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra forma igualmente eficaz, mas menos gravosa (p. 76)*” – princípio da necessidade; e 3) estar “*em razoável proporção com o fim perseguido (p. 80)*” – princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

<sup>8</sup> Op. cit., p. 22/24.

<sup>9</sup> O autor, de forma didática, divide essa criminalidade grave em três espécies, a saber:  
“ – criminalidade grave, violenta e não organizada, que causa danos à pessoa determinada, como, por exemplo, o homicídio, o roubo, o estupro;  
– criminalidade grave, nem sempre violenta, não organizada, que atinge grupos de pessoas ou a coletividade, como, por exemplo, o envenenamento de água potável, o induzimento ao suicídio coletivo, os golpes financeiros; e  
– criminalidade organizada, cujas características não foram ainda bem definidas, mas que se manifesta no mundo através da ‘máfia’, dos cartéis do tráfico internacional de entorpecentes, dos grupos que atuam no tráfico internacional de armas, no tráfico de mulheres, de crianças” (p. 22/24).

– cujo tratamento legal tem merecido atenção dos países que objetivam outorgar eficiência ao sistema repressivo, sem agredir direitos e garantias individuais assegurados nas Constituições e Convenções Internacionais.

Ontologicamente, então, o art. 366 do CPP, que prevê a suspensão do processo do acusado citado por edital que se manteve inerte, aplica-se à criminalidade comum, haja vista ser norma do sistema acusatório tradicional. Nada impede, e tudo aconselha, que essa norma não se aplique aos delitos de lavagem – criminalidade grave sujeita a tratamento legal diferenciado -, já que pode constituir-se na porta pela qual os acusados passarão à impunidade. Não houvesse a previsão legal proibitiva, todos os acusados cometeriam os crimes em tela, evadir-se-iam para não serem citados pessoalmente até ensejar a citação editalícia, e não se apresentariam em juízo a fim de se furtar à ação penal. Passados alguns anos, como a repressão não teria sido imediata, tornar-se-ia difícil a tutela. Pior: como o processo permaneceria parado, a polícia não poderia acompanhar os “avanços tecnológicos” da criminalidade, assim se distanciando cada vez mais a investigação dos modos de execução dos crimes.

Os acusados pelos delitos de lavagem não constituem parcela da população brasileira que mereça a proteção do Estado, tal como assegurada pela norma de suspensão. Ao contrário, são pessoas esclarecidas e ousadas que utilizam de conhecimentos científicos, manifestados pela atuação de advogados, contadores, economistas etc. (poder cultural), para legitimar ativos oriundos da prática de atos ilícitos penais, a fim de se furtar à atuação da Justiça<sup>10</sup>. Admitir que pudessem os processos permanecer suspensos até, quem sabe, ser alcançados pela prescrição, impediria que o Brasil cumprisse o compromisso internacional de reprimir as mais frequentes modalidades da criminalidade organizada em nível transnacional, na forma que se obrigou na Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, aprovada em

---

<sup>10</sup> A objetividade jurídica do crime de lavagem de dinheiro, como fartamente estudou MAIA, Rodolfo Tigre, *op. cit.*, p. 55, em regra, é a Administração da Justiça. No entanto, há um objeto jurídico específico que a esta se acresce, qual seja o dos crimes antecedentes ou crimes-base, razão pela qual a lavagem é crime pluriofensivo.

Viena aos 20/12/1988 e ratificada pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991<sup>11</sup>. Por vias transversas, estar-se-ia garantindo a impunidade para os crimes da espécie.

Não se há de argumentar que o art. 2º, § 2º, da lei em comento viola o princípio do núcleo essencial dos direitos fundamentais. A uma, porque “o contexto atual reclama cada vez mais tarefas do legislador, mesmo em relação aos clássicos direitos de liberdade, exatamente para garantir-lhes a efetividade desejada”<sup>12</sup>. A duas, porque, como alertam BOBBIO<sup>13</sup> e CANOTILHO<sup>14</sup>, nenhum direito é absoluto, havendo constante enfrentamento entre direitos igualmente fundamentais, a exigir do legislador concordância prática entre os direitos em jogo, de maneira a impedir o sacrifício de um em relação ao outro.

Nessa seara, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro técnico por meio do qual se verifica

“se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes. Afinal, o que se busca é a garantia aos indivíduos de uma esfera composta por alguns direitos, tidos por fundamentais, que não possam ser menosprezados a qualquer título.”<sup>15</sup>.

Por fim, a questão do conteúdo essencial do direito não produz a tutela esperada dos direitos fundamentais, senão quando encarado com os olhos do princípio da proporcionalidade. Afinal, como ainda adverte BARROS:

---

<sup>11</sup> Embora essa convenção só disponha sobre o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o fato é que o Brasil no art. 3º, “b”, assumiu o compromisso de direito internacional de tipificar penalmente o ilícito de lavagem de dinheiro, o que veio a ocorrer com a Lei 9.613/98 prevendo como crimes-base não apenas o tráfico, mas também outros considerados de especial gravidade pelo legislador (itens de 1 a 4 da Exposição de Motivos).

<sup>12</sup> BARROS, Suzana de Toledo, ob. cit., p. 94/98.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 42.

<sup>14</sup> CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional*. 6 ed., Coimbra : Almedina, 1993, p. 646/647.

<sup>15</sup> BARROS, Suzana de Toledo. Ob. cit., p. 26.

“é necessário julgar as razões das restrições a partir de um dado previamente fixo (**conteúdo essencial**), embora se deva valorizar uma solução que, prestigiando a **concordância prática** entre os vários bens concorrentes, possa definir limites mais elásticos aos direitos (mais além ou mais aquém daquilo que teoricamente se poderia prever como limite absoluto), dada a situação apresentada.”<sup>16</sup>.

Sob o pálio do princípio da proporcionalidade, assim, o legislador no art. 2º, § 2º, da Lei 9.613/98 restringiu o direito de o acusado, que, citado por edital, não compareceu nem se fez representar por advogado, conhecer efetivamente a imputação, permitindo o curso do processo à sua revelia e justificou dizendo que a suspensão do processo nestes casos “*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 e ocultação.*”<sup>17</sup>.

Ademais, eventual suspensão seria incompatível com os objetivos do novo diploma legal, consistentes em reprimir a macrocriminalidade (criminalidade grave) “*representada pela lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores oriundos de crimes de especial gravidade*”, como ainda esclarecido pelo próprio legislador.

Ao editar o art. 2º, § 2º, da Lei 9.613/98, o legislador teve diante de si conflito entre dois interesses: a tutela da coletividade, considerada a repressão à impunidade e a proteção à Administração da Justiça, à integridade física e psíquica, à Administração Pública, entre outras objetividades jurídicas mediamente garantidas pelo crime de lavagem; e a tutela do direito individual de o acusado, citado por edital, defender-se pessoalmente em juízo. Considerou relevante, então, autorizar o prosseguimento da ação penal, não obstante a ausência do acusado, por entender que assim estaria combatendo as constantes modalidades de criminalidade organizada.

---

<sup>16</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *Ob. cit.*, p. 98.

<sup>17</sup> Exposição de Motivos à Lei 9.613/98, item 63.

O prosseguimento do processo à revelia do acusado, no entanto, não é novidade no Sistema Processual Penal brasileiro. Antes do advento da Lei 9.271/96, ninguém questionava, no Brasil, a constitucionalidade do regime jurídico da citação editalícia e da conseqüente ausência do réu. Sendo assim, não há por que a doutrina insurgir-se agora contra a decisão do legislador que, relativamente a crimes mais graves e dadas as peculiaridades de seus autores, excepciona a regra do art. 366 do CPP. Em verdade, o art. 2º, § 2º, da Lei de Lavagem simplesmente restabeleceu a revelia para a hipótese em que o réu, citado por edital, não compareceu e tampouco constituiu advogado.

#### **4 COMPATIBILIZAÇÃO DO ART. 2º, § 2º, COM O ART. 4º, § 3º, DA LEI 9.613/98**

Se o art. 2º, § 2º, da Lei 9.613/98 tem aplicação, como conciliá-lo com o art. 4º, § 3º, do mesmo diploma legal, que se reporta ao art. 366 do CPP? O legislador pretendeu impedir que o acusado que se mantivera revel no processo por lavagem pudesse vir postular a restituição, já que seria incongruente o Estado tê-lo ausente do processo principal (processo-crime) e admiti-lo num feito incidente.

Instituiu-se, assim, verdadeira condição para o conhecimento do pedido de restituição, qual seja a presença pessoal do acusado no processo principal. Aliás, isso restou consignado no item 68 da Exposição de Motivos, segundo o qual:

“Relevante modificação é introduzida na sistemática do procedimento da restituição de coisas apreendidas ou seqüestradas e que é regulado pelos arts. 118 a 124 do Código de Processo Penal. O projeto exige a presença pessoal do acusado para ter andamento o seu pedido de restituição (art. 4º, § 3º). Não importa a forma da pretensão, se exercida por meio de simples requerimento nos autos do inquérito ou da ação penal, ou mediante o ajuizamento de mandado de segurança, ação cautelar ou de outra natureza. Trata-se de condição indispensável para o conhecimento do pedido.”.

Sendo assim, a expressão “*nos casos do art. 366 do Código de Processo Penal*”, prevista na parte final do § 3º do art. 4º, refere-se à situação do acusado que, citado por edital, não compareceu nem constituiu advogado. Nada tem a ver com os efeitos que ocorrerão pela ausência do acusado, que são a suspensão do processo e do curso do lapso prescricional. Em rigor, a leitura do texto deve ser assim compreendida: nos casos em que o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, seu pedido de restituição não será conhecido, muito embora possa o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

## 5 CONCLUSÃO

Desse modo, a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional (art. 366 do Código de Processo Penal) não se aplica aos processos por crimes previstos na Lei 9.613/98, na forma prevista no art. 2º, § 2º, seja porque a restrição é proporcional ao direito de defesa e, portanto, constitucional; seja porque o entendimento contrário significa interpretação *contra legem*, por desconsiderar a possibilidade de o legislador atribuir tratamento diferenciado aos diversos tipos de criminalidade.

Válida a proibição de se suspenderem os processos por crimes de lavagem de dinheiro, a parte final do art. 4º, § 3º, da Lei 9.613/98 se reporta ao art. 366 do Código de Processo Penal, não para permitir a eclosão dos efeitos jurídicos da ausência do acusado citado por edital (suspensão do processo e do prazo prescricional), mas para autorizar o juiz a determinar medidas acauteladoras de bens, de direitos e de valores quando o acusado for revel.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BARROS, Marco Antonio de. *Análise sistemática da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
2. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 1996.

3. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
4. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed., Coimbra : Almedina, 1993.
5. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
6. MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo : Malheiros Editores, 1999.
7. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.