

LAVAGEM DE DINHEIRO, ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O CONCEITO DA CONVENÇÃO DE PALERMO

Vladimir Aras¹

Sumário — Introdução – 1. Criminalidade organizada: fenômeno em expansão - 2. Conceito de crime organizado e aspectos penais – 3. Aspectos processuais do conceito de crime organizado – 4. Crime organizado e lavagem de dinheiro – 5. Conclusão.

Introdução

Provocou debates na doutrina e perplexidade entre os órgãos de persecução criminal a divulgação do voto ministro Marco Aurélio, no habeas corpus 96.007/SP, impetrado no Supremo Tribunal Federal em favor de líderes da Igreja Renascer.

Este artigo examina as bases teóricas sobre as quais se fundam aqueles que advogam a impossibilidade de invocação do inciso VII do art. 1º da Lei 9.613/98, que tipifica o crime de lavagem de dinheiro obtido em atividades de organizações criminosas.

O problema que se coloca é saber se o referido inciso está a se referir ao tipo penal de associação em organização criminosa, ou a um crime (qualquer crime) praticado por uma organização criminosa. É o que veremos.

1. Criminalidade organizada: fenômeno em expansão.

A criminalidade organizada não é um fenômeno recente. Na história da humanidade sempre houve grupos de delinquentes mais ou menos organizados, que reuniam suas forças para alcançar objetivos comuns de domínio territorial e de poderio econômico, quase sempre usando a violência e a corrupção.

¹ Procurador da República (MPF/BA), mestre em Direito Público (UFPE) e professor de Processo Penal (UEFS).

Segundo Eduardo Araújo da Silva, as mais antigas organizações criminosas de que se tem notícia são as

Tríades chinesas, que tiveram origem no ano de 1644, como movimento popular para expulsar os invasores do império Ming. Com a declaração de Hong Kong como colônia britânica em 1842, seus membros migraram para essa colônia e posteriormente para Taiwan, onde não encontraram dificuldades para incentivar os camponeses para o cultivo da papoula e exploração do ópio [...]. Um século mais tarde, quando foi proibido o comércio do ópio em todas as suas formas, as Tríades passaram a explorar solitariamente o controle do próspero mercado negro da heroína².

Uma característica evidente das organizações criminosas é a especialização. Há aquelas que atuam no narcotráfico; outras dedicam-se ao tráfico de armas de fogo; algumas especializam-se no contrabando. Existem ainda aquelas que agem apenas nos campos financeiro e econômico. Hoje as tríades ou sociedades secretas chinesas atuam em Macau e Hong Kong, na República Popular da China, em Taiwan, em Cingapura e em vários países ocidentais que contam com grande contingente de imigrantes chineses.

Tão famosas quanto as tríades chinesas (*Hēishèhui*) são a *Yakuza*, do Japão, a *Bratva* (*бpамба*) ou *Organizatsiya* russa e as diversas máfias italianas. Estas últimas começaram a enfrentar um certo declínio na Itália na década de 1980, em virtude das investidas do Estado italiano, como se viu nas operações *Manni Pulite* e *Antimafia*. Desta última foram bastiões os procuradores da República Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, entre outros. Os dois magistrados foram mortos em 1992 em audaciosos atentados a bomba, organizados pela máfia, em Palermo, no sul da Itália. Infelizmente, nos últimos anos, embora vários mafiosos tenham sido condenados e retirados de circulação, essa organização criminosa voltou a atuar, fortalecendo suas operações na Europa e noutros continentes.

Não foi, portanto, por acaso, que a Organização das Nações Unidas (ONU) elegeu a cidade siciliana de Palermo como sede de sua conferência sobre crime organizado, realizada em dezembro de 2000. Em pleno território da

²

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

Cosa Nostra, foi assinada a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (*United Nations Convention against Transnational Organized Crime*), ou UNTOC na sigla em inglês.

Assim, se o século XX assistiu ao fortalecimento de várias organizações de tipo mafioso – fato que ocorreu inclusive no Brasil, com o Primeiro Comando da Capital (PCC) e outros grupos semelhantes -, o século XXI significativamente já se iniciaria com um instrumento internacional de enorme importância para o combate à delinquência organizada transnacional: a Convenção de Palermo.

A Convenção de Palermo de 2000 é complementada por três protocolos adicionais, de livre adesão ou ratificação pelos Estados-parte do tratado-mãe. Trata-se do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao **Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea** e do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à **Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**. Estes acordos adicionais já foram incorporados ao direito interno brasileiro, por meio dos Decretos n. 5.016 e 5.017, de 12 de março de 2004. Um terceiro protocolo foi promulgado pelo Decreto 5.941, de 26 de outubro de 2006, relativo à **Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições**. Outros protocolos podem vir a ser firmados no âmbito da Convenção.

Embora nos últimos quatrocentos anos tenham existido, em todo o globo, diferentes espécies de grupos criminosos estruturados, foi no século XX que o crime organizado assumiu uma nova dimensão, com a sua profissionalização. Estudiosos da sociologia, da economia e do direito passaram a ocupar-se do tema, em suas mais variadas formas e manifestações.

Para a evolução do crime organizado, a globalização da economia teve e vem tendo grande importância, na medida em que todo o aparato desenvolvido para a economia formal e para trocas capitalistas legítimas foi

apropriado por esquemas criminosos ao redor do globo. Crimes antes praticados apenas no âmbito doméstico das nações passaram a ser cometidos também no plano transnacional, em razão das facilidades da nova economia global. O tráfico de armas, de drogas, de seres humanos, de animais silvestres e de bens arqueológicos, junto com a prostituição, a exploração de jogos de azar, a violação de direitos de autor e a biopirataria, são negócios explorados pelas novas máfias e que produzem lucros assombrosos, maiores do que o Produto Interno Bruto (PIB) de diversos países.

É evidente que as organizações criminosas, cada vez mais poderosas, acabariam procurando ganhos de escala, para ampliação dos seus mercados consumidores de entorpecentes, de produtos contrabandeados, de armas e outros bens e serviços ilícitos. Do mesmo modo, tais grupos não deixariam de se valer dos sucessos da integração econômica mundial, decorrente das novas tecnologias e dos cada vez mais eficientes sistemas globais de telecomunicações e de transportes. Essa logística pensada para o mercado legítimo de produtos e serviços foi fundamental para a ampliação do poder de tais organizações.

A maior mobilidade de pessoas e de valores (ativos), propiciada pelo levantamento de barreiras alfandegárias, pela dispensa de vistos de entrada, pela ampliação da malha de transportes de passageiros e de cargas, pelo estabelecimento de uma rede internacional de computadores (a Internet) e pela criação de câmaras internacionais de compensação, como o sistema “*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*” (SWIFT), são vantagens que foram percebidas pelos grupos mafiosos transnacionais e logo incorporadas às suas estratégias operacionais. Barateados os custos de produção e facilitados o transporte e a distribuição desses bens e serviços clandestinos, novos territórios foram alcançados, novos consumidores foram conquistados. Vale dizer, as tríades modernas são hoje mais poderosas do que jamais foram, podendo interferir na economia de nações menos desenvolvidas e na vida política de democracias instáveis como a brasileira.

A disponibilidade de enormes quantias de dinheiro e de bens de luxo propiciada por atividades mafiosas certamente não deixaria de atrair

adeptos, muitos adeptos. De fato, o crescimento de tais organizações tem também um vetor sociológico, ligado à pobreza e ao desejo de ascensão social rápida, de seus membros. Populações esquecidas pelo Estado, que vivem em bolsões de miséria e carecem de perspectivas de êxito pessoal pelo trabalho ordinário, são facilmente cooptadas por organizações criminosas e seduzidas pelo lucro fácil e pelo preenchimento de suas necessidades diante do vácuo de políticas públicas específicas. O recrutamento de novos *soldados* fica, então, facilitado.

Andrea Castaldo, professor de direito penal da Universidade de Salerno na Itália, pontua que

La delincuencia económica clásica estaba perfectamente integrada en la sociedad; el crimen representaba para el individuo un paréntesis aislado en el camino de su vida, y era considerada una expresión de elecciones individuales temporáneas. Sin embargo, la delincuencia económica contemporánea está nuevamente organizada: es una expresión de asociación de individuos no integrados, y que por medio del crimen intentan obtener prestigio y reinserción social³.

2. Conceito de crime organizado e aspectos penais

Há grande controvérsia doutrinária sobre o conceito de crime organizado. No Código Penal em vigor, que data de 7 de dezembro de 1940, não há tipificação do delito de associação criminosa organizada. Ali está apenas o art. 288, que cuida do bando ou quadrilha em norma incriminadora que não corresponde ao conceito doutrinário de crime organizado.

De fato, para a existência de uma organização criminosa, não basta a reunião de quatro ou mais pessoas para a prática de crimes, o que corresponde ao modelo do crime de quadrilha (art. 288 do CP). É indispensável que haja uma formatação do grupo de tal modo que se perceba a divisão de tarefas, a compartimentação de informações sensíveis, uma estrutura hierárquica piramidal e objetivos comuns, essencialmente econômicos. Além disso, é necessário que tal

3

CASTALDO, Andrea. *La naturaleza económica de la criminalidad organizada*, p. 274. In: YACOBUCCI, Guillermo J. (coord.). *El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 2005.

grupo criminoso se apoie em mecanismos de violência e em práticas de corrupção para o atingimento de suas metas. Soma-se a essas características o estabelecimento de “divisão territorial” ou “segmentação de mercado” entre os diversos grupos criminosos envolvidos. Por fim, acrescem-se a esse padrão a terceirização de atividades de lavagem de ativos e a infiltração de agentes criminosos em tribunais, em órgãos responsáveis pela persecução criminal e nas agências de fiscalização tributária e aduaneira, reunidos na expressão em língua inglesa “*law enforcement agencies*”.

Não demanda muito esforço distinguir doutrinariamente uma simples quadrilha de uma organização criminosa. Contudo, o problema conceitual em torno da segunda figura persiste mesmo depois da Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, que “*dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e a repressão de ações praticadas por organizações criminosas*”. Tal diploma não logrou conceituar “organização criminosa” e ainda incorreu no equívoco de dar a este instituto e ao crime de quadrilha (art. 288 do CP) tratamento absolutamente semelhante no art. 1º, no que diz respeito aos meios de prova e procedimentos investigatórios, marcadamente a utilização de técnicas especiais de investigação (TEI), como a ação controlada, a interceptação ambiental (“escuta” ambiental), a infiltração de agentes policiais e a delação premiada (arts. 2º e 6º).

A Lei n. 9.034/95 foi alterada pela Lei n. 10.217/2001 e teve o seu art. 3º declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn n. 1.570-2, porque ali se estabelecia a figura do “juiz-investigador”. Na verdade, o dispositivo em apreço foi mal copiado da legislação italiana. Naquele país, a lei conferia aos membros do Ministério Público (que lá integram a magistratura) atribuições semelhantes à que se quis atribuir no Brasil aos juízes.

A integração da Convenção de Palermo ao direito brasileiro (mediante o Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004) resolveu essa questão da indefinição do que é organização criminosa apenas em parte. Realmente, hoje já temos um *conceito* de crime organizado. E esta definição é normativa. É da tradição brasileira que os tratados internacionais sejam acolhidos em nosso ordenamento

com força de lei federal ordinária⁴. Foi o que se deu com a UNTOC, que deve ser considerada como tal. Seu artigo 2º assim dispõe:

- a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de **três ou mais pessoas**, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer **uma ou mais infrações graves** ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;
- b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, **cujo máximo não seja inferior a quatro anos** ou com pena superior;
- c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, **ainda que** os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada.

Portanto, por força de lei, organização criminosa é a associação estável (requisito temporal) de três ou mais pessoas (requisito subjetivo) que pretendam alcançar vantagens econômicas ou materiais (requisito finalístico), mediante a prática de infrações penais graves ou de qualquer dos delitos previstos nos arts. 5º, 6º, 8º e 23 da Convenção (requisito material). Por "infração penal grave", entende-se o delito cuja pena máxima não seja inferior a 4 anos de reclusão ou detenção. Os demais delitos em questão são a própria associação em organização criminosa (fato atípico no Brasil), a prática de lavagem de dinheiro, a corrupção e as várias formas de obstrução da Justiça.

Para alguns, a definição de grupo criminoso organizado, veiculada pela UNTOC poderia soar demasiadamente ampla. Em alguns momentos, o texto se aparta do conceito doutrinário de organização criminosa, porque não faz menção à divisão de funções dos membros do grupo ou uma estrutura elaborada.

⁴

Salvo no caso de tratados de direitos humanos, aprovados pelo Congresso, em dois turnos de votação, mediante o voto de 3/5 de seus membros (art. 5º, §3º, da Constituição). Estes tratados têm estatura constitucional.

Além disso, tal definição internacional diferencia-se do nosso tipo de quadrilha uma vez que uma associação criminosa organizada pode ser composta por apenas três agentes, ao passo que o crime de bando exige pelo menos quatro membros.

Entretanto, a imprecisão do conceito convencional é apenas aparente e não representa qualquer risco à segurança jurídica. A opção dos Estados-Partes por tal modelo descritivo deve-se à necessidade de estabelecer uma moldura flexível o suficiente para que um documento internacional com a proporção e as pretensões da Convenção de Palermo viesse realmente a ser assinado e ratificado pelo maior número de países do globo. Como é sabido, muitas dessas nações têm sistemas jurídicos bastante distintos do modelo romano-germânico, adotado no Brasil. Somente um normativo internacional maleável poderia acomodar as diferentes visões de mundo dos Estados membros.

De todo modo, embora já exista uma *definição de organização criminosa*, é inegável a necessidade de *tipificação* do crime de associação em organização criminosa. Mas isto, por motivos que não estão ligados ao art. 1º, inciso VII, da Lei 9.613/98. Em primeiro lugar, o fenômeno da criminalidade organizada exige um tratamento penal mais rigoroso, distinto do crime de quadrilha. Por outro lado, ao ratificar a Convenção de Palermo, o Brasil assumiu um compromisso internacional de criminalizar tal conduta, na forma do art. 5º do tratado:

Artigo 5

Criminalização da participação em um grupo criminoso organizado

1. Cada Estado Parte **adotará as medidas legislativas** ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente:

a) Um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa:

i) O entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício econômico ou outro benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado;

ii) A conduta de qualquer pessoa que, conhecendo a finalidade e a atividade criminosa geral de um grupo criminoso organizado, ou a sua intenção de cometer as infrações em questão, participe ativamente em:

a. Atividades ilícitas do grupo criminoso organizado;

b. Outras atividades do grupo criminoso organizado, sabendo que a sua participação contribuirá para a finalidade criminosa acima referida;

b) O ato de organizar, dirigir, ajudar, incitar, facilitar ou aconselhar a prática de uma infração grave que envolva a participação de um grupo criminoso organizado.

2. O conhecimento, a intenção, a finalidade, a motivação ou o acordo a que se refere o parágrafo 1 do presente Artigo poderão inferir-se de circunstâncias factuais objetivas.

3. Os Estados Partes cujo direito interno condicione a incriminação pelas infrações referidas no inciso i) da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo ao envolvimento de um grupo criminoso organizado diligenciarão no sentido de que o seu direito interno abranja todas as infrações graves que envolvam a participação de grupos criminosos organizados. Estes Estados Partes, assim como os Estados Partes cujo direito interno condicione a incriminação pelas infrações definidas no inciso i) da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo à prática de um ato concertado, informarão deste fato o Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, no momento da assinatura ou do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção.

Não há crime sem lei anterior que o defina. Incide aqui o princípio da legalidade penal estrita, previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição e no art. 1º do Código Penal. Não basta que a norma convencional estabeleça a obrigação de tipificar um delito. É imperioso que o Congresso Nacional, mediante lei, em sentido formal e material, criminalize essa dada conduta. Não é possível dar aplicabilidade imediata ou direta a normas convencionais de cunho penal-incriminador. A própria Convenção de Palermo encoraja essa interpretação garantista, na medida em que no seu art. 5º prevê o compromisso dos Estados de criminalização da participação dolosa em um grupo criminoso organizado.

Dito isto, confirma-se a hipótese. Ainda não existe no Brasil o *crime* de associação em organização criminosa. Por enquanto, o tipo penal que mais se aproxima da definição de um crime dessa ordem é o de formação de quadrilha ou bando, na sua forma tradicional (art. 288 do CP) e na forma qualificada prevista no art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos⁵. Pode ser lembrado também o delito do art. 37 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que consiste em colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da lei do tráfico de drogas. Na mesma linha, tem-se o crime de associação para o narcotráfico (art. 35), que se consuma quando se associam duas ou mais pessoas para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, 34 e 36 da Lei Antidrogas. Recorde-se ainda o art. 1º, §2º, inciso II, da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que tipifica o crime de participar de grupo, associação ou

⁵

“Será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo”

escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes de lavagem de dinheiro.

Falta o tipo penal, mas já se tem o *conceito legal* de organização criminosa. Entre nós, comprova a validade da definição de “crime organizado” a utilização da conceituação de Palermo para o estabelecimento da *competência das Varas Especializadas em Lavagem de Dinheiro e em Crime Organizado (VELD)* criadas a partir da Resolução n. 517, de 30 de junho de 2006, do Conselho da Justiça Federal, que alterou a Resolução n. 314, de 12 de maio de 2003, para “*incluir os crimes praticados por organizações criminosas na competência das varas federais criminais especializadas em crimes contra o sistema financeiro nacional e lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores*”. Os primeiros juízos federais especializados desse gênero foram instalados nos Estados sujeitos à jurisdição do Tribunal Regional da 4ª Região (TRF-4): Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Esta inovação, no plano da competência, não viola o princípio da legalidade penal, tendo em conta que as normas citadas não estabelecem tipos ou sanções novas; apenas organizam e racionalizam a prestação do serviço jurisdicional nesta complexa matéria.

Diz o art. 1º da Resolução CJF n. 517/2006, que os Tribunais Regionais Federais, na sua área de jurisdição, poderão especializar varas federais criminais com competência exclusiva ou concorrente para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; e **os crimes praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transnacional ou não das infrações**. O parágrafo único desse ato normativo esclarece que os juízos especializados deverão adotar os “[...] *conceitos previstos na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.*”

3. Aspectos processuais do conceito de crime organizado

Como vimos, pelo menos no que diz respeito à Justiça Federal, o *conceito de organização criminosa* tem sido utilizado no âmbito processual, para a determinação de competência em razão da matéria para a tramitação de inquéritos e o julgamento de ações penais. O art. 109 da Constituição estabelece a competência dos juízes federais. A Lei n. 5.010, de 30 de maio 1966 e o art. 11, parágrafo único, da Lei n. 7.727/89 e resoluções dos cinco tribunais regionais federais existentes no País permitem a distribuição dessa competência entre suas diversas varas, desta forma organizando a Justiça Federal brasileira.

No TRF da 4ª Região (Sul do Brasil), as Resoluções n. 20, de 26 de maio de 2003; n. 42, de 19 de julho de 2006; n. 56, de 6 de setembro de 2006; e n. 63, de 5 de outubro de 2006, estabeleceram a competência das 2ª e 3ª Varas Federais de Curitiba/PR, da 1ª e da 2ª Varas Criminais de Foz do Iguaçu/PR, da 1ª Vara Federal de Porto Alegre/RS e da Vara Federal Criminal de Florianópolis/SC, para o processo e julgamento de crimes de lavagem de dinheiro, contra o Sistema Financeiro Nacional e praticados por organizações criminosas, *independentemente do caráter transnacional da infração*. Para esses crimes, a competência dos juízes federais das capitais sulistas abrange todo o território do Estado em que se situam, com exceção da subseção judiciária federal de Foz do Iguaçu/PR, na tríplice fronteira, que preserva sua competência na matéria. Essa distribuição de trabalho é acompanhada pelo Ministério Público Federal, que também reparte sua atribuição de persecução criminal em modelo similar em tais cidades ou regiões.

No entanto, a principal norma processual a respeito de criminalidade organizada ainda é a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Apesar das deficiências apontadas pela doutrina, quanto à indeterminação de conceitos e inconstitucionalidade de alguns de seus dispositivos, uma das quais já reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 1570-2, trata-se do único diploma que regula certos procedimentos especiais de investigação.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS

PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e §2º; e 144, §1º, I e IV, e §4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (STF, Pleno, ADI 1570-2, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Com efeito, na parte que subsiste, a Lei do Crime Organizado regula a utilização de procedimentos de investigação e formação de provas, denominados pela doutrina internacional de técnicas especiais de investigação (TEI). São elas:

- a) a **ação ou entrega controlada**, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organização criminosa, de modo que a intervenção legal se concretize no momento mais apropriado do ponto de vista da formação da prova (art. 2º, inciso II);
- b) o **acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais** (art. 2º, inciso III), que consiste no acesso a dados fiscais e eleitorais necessários à prova de delitos praticados por organização criminosa;
- c) a **captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos**, e o seu registro e análise, mediante autorização judicial (art. 2º, IV);
- d) a **infiltração de agentes policiais ou de inteligência** em organização criminosa, mediante autorização judicial circunstanciada e sigilosa (art. 2º, V).
- e) a **colaboração criminal premiada**, que consiste na redução da pena de 1/3 a 2/3 daquele agente que espontaneamente colaborar para o esclarecimento da

autoria e da materialidade de infrações penais praticadas por organização criminosa (art. 6º).

A disciplina sobre o acesso a dados bancários e financeiros, que também constava da Lei 9.034/95, foi alterada pela Lei Complementar n. 105/2001, que, em seu artigo 1º, §4º, prevê a possibilidade de obtenção de tais informações mediante autorização judicial:

§4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e **especialmente nos seguintes crimes:**

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante sequestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa.”

Deste modo, qualquer crime *praticado* por “organização criminosa” pode ser investigado mediante a quebra de sigilo bancário, na forma da Lei Complementar 105/2001. Para identificar a hipótese de cabimento da medida de afastamento do sigilo, bastará ao juiz utilizar o conceito de “organização criminosa” do art. 2º da Convenção de Palermo.

Ao lado da disciplina das TEI, a Lei do Crime Organizado contém normas sobre: a especialização de órgãos policiais para o combate a organizações criminosas (art. 4º); a identificação criminal obrigatória de agentes envolvidos em organizações criminosas (art. 5º); a proibição de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, para os agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa (art. 7º); a duração da instrução criminal em caso de réu preso (81 dias) e réu solto (120 dias), nos processos por crime organizado (art. 8º); o cumprimento de pena em regime inicial fechado (art. 10). Todos esses dispositivos demandam a utilização do conceito contido no tratado internacional firmado em Palermo.

As implicações não cessam aí. À Lei n. 9.034/95 soma-se um plexo jurídico composto por diplomas legais dotados de dispositivos penais e/ou processuais imprescindíveis ao combate a organizações criminosas:

- a) Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984, alterada pela Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD);
- b) Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que regula a prisão temporária;
- c) Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos;
- d) Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, que cuida da interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas;
- e) Lei n. 9.613, de 3 de maio de 1998, que dispõe sobre a lavagem de ativos;
- f) Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999, que dispõe sobre medidas de proteção a vítimas, testemunhas e ao réu colaborador;
- g) Lei n. 10.054, de 7 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a identificação criminal;
- h) Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo bancário;
- i) Lei n. 10.446, de 8 de maio de 2002, que dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para os fins do art. 144, §1º, inciso I, da Constituição;
- j) Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição;
- k) Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que dispõe sobre o tráfico de drogas.

Entre estas, cumpre destacar a Lei n. 10.792/2003, que introduziu na Lei das Execuções Penais de 1984 o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). O RDD relaciona-se com a criminalidade organizada, na medida em que podem ser submetidos a suas regras “*presos provisórios ou condenados, nacionais*

ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (§1º do art. 52) e “**o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando**” (§2º do art. 52 da LEP).

Vê-se, portanto, que a utilização do conceito jurídico de “organização criminosa”, conforme definido em Palermo, reduz a possibilidade de inserção de presos no RDD. Não será a participação do preso em qualquer grupo ou quadrilha que permitirá sua inclusão em tal regime; mas apenas a participação em “organização criminosa”. Nesta linha, a opção pelo conceito da Convenção de Palermo, que tem força de lei, representa uma solução **garantista**, pois limitadora da ação do Estado contra o indivíduo encarcerado.

Destaque-se também o art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, que permite a aplicação de causa especial de diminuição de pena, de 1/6 a 2/3, ao agente que seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas “**nem integre organização criminosa**”⁶. Exercendo função garantista, o conceito do art. 2º da Convenção de Palermo permitirá ao juiz limitar a regra de exclusão do referido §4º do art. 33 da Lei Antidrogas, na medida em que o magistrado só poderá negar a redução de pena àqueles acusados que efetivamente fizerem parte de grupos estruturados na forma prevista no tratado, fechando-se assim o espaço a interpretações ampliativas ou arbitrárias que prejudiquem o acusado.

4. Crime organizado e lavagem de dinheiro

Lavagem de dinheiro e criminalidade organizada são temas umbilicalmente ligados. O objetivo último de qualquer organização criminosa é a

⁶ No mesmo sentido: BONFIM, Márcia Monassi Mougenot Bonfim; GARCIA, Gilberto Leme Marcos; LEMOS JUNIOR, Artur Pinto de. Doutrina e tratado definem organização criminosa. Disponível em: www.conjur.com.br/2009-nov-26/conceito-organizacao-criminosa-definido-tipificar-lavagem. Acesso em 26.nov.2009.

legitimação de valores derivados de suas práticas ilícitas, com ou sem lucro. Contrabando de mercadorias, violação de direitos de autor, tráfico de armas, de pessoas e drogas, exploração da prostituição e outras infrações graves geram vultosas somas de dinheiro ilícito que precisam ser recicladas e introduzidas na economia formal ou utilizadas, com aparência de legitimidade, pelos beneficiários finais de tais esquemas criminosos. Obtida a vantagem ilícita, torna-se necessário desvinculá-la de sua origem criminosa. E isto se faz mediante práticas de lavagem de dinheiro, que passam pela colocação (*placement*), pela dissimulação (*layering*) e pela integração (*integration*) dos capitais sujos em atividades empresariais de fachada ou para a aquisição de bens e serviços, quase sempre de alto valor, para os membros da associação criminosa. Parte desse dinheiro espúrio serve ainda para a prática de corrupção, mediante a destinação periódica ou ocasional de cotas a servidores públicos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, que possam de algum modo ser úteis à organização criminosa.

Algumas organizações criminosas promovem a reciclagem de seus próprios ativos, nelas havendo agentes especializados na dissimulação da origem de tais capitais ilícitos. Outros grupos criminosos organizados “terceirizam” suas operações de lavagem de dinheiro, ao contratarem contadores, advogados, consultores tributários e operadores do mercado de capitais, que se ocupam das tarefas de dissimulação e integração. Há assim uma profissionalização da atividade de lavagem de ativos, na medida em que tais escritórios se dedicam, mediante remuneração das organizações criminosas, à adoção de vários mecanismos para ocultação patrimonial, desde a engenharia financeira ao planejamento tributário, passando também pela corrupção. É aí então que surgem as estratégias mais elaboradas para a reciclagem de ativos, como a utilização de interpostas pessoas (chamadas “laranjas” ou testas-de-ferro), a constituição de pessoas jurídicas instrumentais (empresas de fachada, empresas *offshore*, *trusts*, fundações, entidades filantrópicas), tanto no Brasil como no exterior, ou a realização de complexas operações nos mercados de câmbio, de títulos e de valores mobiliários e negócios fraudulentos no comércio exterior, a exemplo de importações e exportações superfaturadas ou subfaturadas.

Portanto, a legislação sobre lavagem de dinheiro não poderia desconhecer sua interligação com o tema da criminalidade organizada. O crime de lavagem de dinheiro está tipificado no art. 1º da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Considerado processualmente autônomo (art. 2º), o delito de reciclagem, todavia, tem sua configuração típica dependente da ocorrência de um crime antecedente ou precedente. No Brasil, que adota uma legislação de modelo misto nesta matéria, há uma lista de crimes antecedentes (*numerus clausus*), sem os quais não se consuma a lavagem de ativos, e um inciso aberto (o inciso VII), relativo aos crimes *praticados* por organizações criminosas.

São dois os momentos em que a Lei de Lavagem de Dinheiro refere-se aos crimes *praticados* por organizações criminosas. Inicialmente, entre os delitos antecedentes (aqueles do rol do art. 1º), a Lei n. 9.613/98 considera que se consuma o delito de reciclagem quando se oculta ou dissimula ativos provenientes, direta ou indiretamente, de “**crimes praticados por organização criminosa**” (inciso VII, do *caput*). É fora de dúvida que não existe no Brasil o crime de associação em organização criminosa. Mas também é certo que a Convenção de Palermo nos forneceu o conceito de organização criminosa. Assim, sem qualquer violação ao princípio da legalidade penal (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição c/c o art. 1º do Código Penal), e desde a integração da UNTOC ao ordenamento jurídico brasileiro (o que ocorreu mediante o Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004), já se pode adequadamente interpretar e aplicar o inciso VII do art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro.

Por conseguinte, para os fins da Lei n. 9.613/98, haverá lavagem de dinheiro sempre que o agente ocultar ou dissimular valores decorrentes de crimes (jamais de contravenções) que tenham sido *praticados* por uma organização criminosa, entendendo-se como tal o **crime** cuja pena máxima não seja inferior a 4 anos de reclusão ou detenção (infração grave) e por **organização criminosa** o grupo estruturado de três ou mais pessoas, de natureza estável, que cometa infrações graves, com o fim de obter uma vantagem material. Nesta linha de idéias, delitos não inseridos no rol taxativo da Lei de Lavagem de Dinheiro (art. 1º), podem ser considerados crimes antecedentes, desde que gerem alguma vantagem,

proveito ou produto passível de valoração econômica. É o exemplo dos crimes de homicídio cometidos mediante paga, dos crimes de sonegação fiscal e de vários delitos patrimoniais como o furto, o roubo e o estelionato, que, sem esta regra, estariam fora do campo da lavagem de ativos. Para que sejam lidos no rol, basta que os delitos ora enunciados sejam cometidos por um grupo criminoso organizado, no sentido convencional, e sejam também crimes-produtores, isto é, gerem ativos ilícitos.

O segundo momento de conexão legislativa da lavagem de ativos e da criminalidade organizada está no art. 1º, §4º, da Lei n. 9.613/98, que prevê uma causa especial de aumento de pena para o caso de o agente cometer o crime de reciclagem de forma habitual ou **por meio de organização criminosa**. Em tal situação, a pena de 3 a 10 anos de reclusão e multa será aumentada de um terço a dois terços. Esse aumento de pena só incidirá em relação aos agentes que realmente sejam membros de organizações criminosas, não se podendo agravar a sanção penal daqueles que componham meras quadrilhas.

5. Conclusões

Reconhecemos as grandes dificuldades doutrinárias de definir o que vem a ser crime organizado. De um lado, tem-se uma perspectiva teórica de que se trata de uma das manifestações do direito penal do inimigo, ou uma faceta do movimento “*law and order*”. Por outro lado, não se pode ignorar a influência das organizações criminosas na economia global. O fato é que o poderio dos grupos criminosos organizados que atuam no mundo tende a crescer cada vez mais. Seus lucros astronômicos não prescindem de esquemas de legitimação, por meio da reciclagem de ativos. Expressivas cotas desse estrondoso resultado econômico são destinadas à corrupção de funcionários públicos, o que contribui para facilitar novas práticas ilícitas. As disputas “comerciais” nesse grande submundo criminoso são resolvidas com base na violência, o que acentua a lesividade social de tais esquemas delinquentes.

O Brasil ainda se ressentir da falta de um tipo penal de associação em organização criminosa. Tramita no Senado o PLS 150/2006, que tem em mira tipificar esse delito e regular as técnicas especiais de investigação criminal. Certo é, porém, que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, integrada ao ordenamento jurídico brasileiro em 2004, com força de lei federal ordinária, já fornece um conceito normativo de “organização criminosa”. Longe de ser uma encarnação do direito penal do inimigo, a utilização do conceito de Palermo, para a complementação de várias normas penais e processuais penais (normas em branco) faz mercê a uma perspectiva garantista, na medida em que reduz o arbítrio estatal na investigação e no processo penal, restringindo as ações da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário a uma moldura normativa produto de consenso universal e acolhida pelas Nações Unidas.

Dito assim, percebe-se quão útil é o conceito de “organização criminosa”, do art. 2º da Convenção de Palermo para ampliar a efetividade da ação protetiva dos órgãos de persecução criminal e trazer mais segurança jurídica para o investigado, o acusado e também para o sentenciado nos casos de:

a) fixação da competência das varas criminais federais especializadas em lavagem de dinheiro e crime organizado, à luz das resoluções do Conselho da Justiça Federal e dos Tribunais Regionais Federais;

b) aplicação de alguns dos institutos da Lei 9.034/95 (Lei do Crime Organizado), como, por exemplo, aferir a necessidade de identificação criminal obrigatória e a fixação do regime inicial fechado para início da execução;

c) quebra de sigilo bancário, que poderá ser determinada quando o crime sob investigação houver sido praticado por organização criminosa;

d) imputação do crime de lavagem de dinheiro, previsto no art. 1º, inciso VII, da Lei 9.613/98, o que somente poderá ser feito em relação a quem tiver obtido ativos ilícitos em decorrência de delitos praticados por organizações criminosas;

e) aplicação da causa especial de aumento de penal, prevista no art. 1º, §4º, da Lei de Lavagem de Dinheiro, o que só ocorrerá se o agente praticar o próprio crime de lavagem de dinheiro por meio de organização criminosa;

f) aplicação de causa especial de diminuição de pena a réus primários que não integrem organizações criminosas, na forma do art. 33, §4º, da Lei Antidrogas; ou

g) sujeição de presos provisórios ou condenados ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), nos termos do art. 52 da LEP.

Enfim, na sua dimensão político-jurídica e na sua vertente econômica, há controvérsias sobre a criminalidade organizada, suas origens, suas causas e seu tratamento penal. É imperioso, porém, que reconheçamos sua realidade concreta, na medida em que são organizações criminosas que, diuturnamente, e por todo o globo traficam toneladas de entorpecentes; movimentam ilegalmente dezenas de milhares de migrantes; exploram de forma vil o trabalho humano e a prostituição; dedicam-se a atividades que infringem direitos de autor; transportam animais silvestres para comercialização clandestina, contribuindo para sua extinção; e transacionam com armas de fogo de elevado poder de destruição. Porque os bens jurídicos em jogo estão listados entre os de maior relevo penal, cabe aos Estados, sem prejuízo das garantias individuais, fazer frente a essa ameaça e combatê-la, sempre que forem atingidos os direitos de outros cidadãos e os direitos da coletividade.