



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARINA AZEVEDO SCHUBERT

**A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAR O
ADVOGADO PELO RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS
ILÍCITOS**

Salvador
2017

MARINA AZEVEDO SCHUBERT

**A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAR O
ADVOGADO PELO RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS
ILÍCITOS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Daniela Carvalho Portugal.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

MARINA AZEVEDO SCHUBERT

A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAR O ADVOGADO PELO RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS ILÍCITOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

A
Minha família e amigos, por todo o
apoio e amor.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e a minha família, que são minha base de tudo e sempre me serviram de exemplo. Meus pais, sempre presentes, maiores apoiadores e torcedores de meu sucesso e felicidade, dedico tudo. E a minha família, grande e impossível de ser listada, que mesmo distante por vezes, continua sempre presente em minha vida.

Aos meus amigos, que sempre estiveram presentes, torcendo e me apoiando, entendendo os momentos de ausência, mas ao mesmo tempo sempre estando presente. Agradeço em especial a Lúcia e Michel, que me acompanharam por todo esse percurso e tornaram os dias na baiana mais felizes. A Tarsila, Isis, Gabriela, Caio, Camila, Carlinha e Márcio, por sempre torcerem e me fazer acreditar que tudo dará certo. E a Robson, por todo o apoio (e cobranças) durante o processo de escrita.

A Baiana, que me surpreendendo se tornando muito mais que uma Faculdade, quase uma segunda casa. Onde eu descobri uma profissão e me tornei apaixonado pelo que faço. Agradeço aos meus professores, pela base jurídica criada, mas, em especial a Daniela, Roberto e Thaís, minhas principais bases do Direito Penal, que sempre me incentivaram e me auxiliaram a crescer e pesquisar cada vez mais.

“Quando os homens se reuniram em sociedade, foi para só se sujeitarem aos mínimos males possíveis; e não há país que possa negar esse princípio incontestável”

Cesare Beccaria

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o crime de Lavagem de Dinheiro e a conduta do recebimento de honorários advocatícios de origem maculada, verificando-se a possível responsabilização do advogado por tal prática. As fortes pressões internacionais para o combate aos crimes econômicos trouxeram ao Brasil a alteração legal da lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro) pela lei 12.683/12, aumentou-se, então, consideravelmente a tutela jurídica sobre existente para o combate de tal delito. Dentre os pontos alterados que merecem destaque, tem-se no art. 1º, §1º, II da Lei que é possível aplicar sanção ao sujeito que recebe dinheiro proveniente de qualquer infração. Tal disposição gera ao advogado, profissional liberal que necessita ter contraprestação pelo serviço prestado, um risco de punição arbitrária. Por conta disso, torna-se necessária a análise a fundo do tema, a fim de se delimitar as reais possibilidades de imputar o advogado pelo suposto crime de recebimento de honorários ilícito. Além disso, expande-se, na nova lei, o rol de sujeitos obrigados a comunicar operações suspeitas ao COAF, estabelecendo que profissionais que exercem atividade de consultoria ou assessoria, mesmo que esporadicamente, possuem essa função de “garantidor”. Ocorre que o advogado, como estabelece o Estatuto da Advocacia possui tais funções também e, por isso, poderia estar enquadrado em tal rol. Cria-se, por isso, um conflito com o dever de sigilo estabelecido pela profissão. A advocacia é considerada elementar para o desenvolvimento da Justiça, sendo de extrema importância para o exercício do contraditório e ampla defesa, principalmente no processo penal. A desnecessária restrição a prática de tal profissão traz prejuízos ao Estado Democrático de Direito. Por essa razão é fundamental delimitar as possibilidades de punir o profissional pelo recebimento de honorários ilícitos.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro, honorários advocatícios, origem ilícita, exercício da advocacia, dever de sigilo, direito de defesa.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the money laundering and the receipt of legal fees of tainted origin, verifying the possible liability of the lawyer for such practice. The international pressures to combat economic crimes brought to Brazil the legal amendment of Law 9.613/98 (Money Laundering) by Law 12.683/12, increasing considerably the legal protection on existing to combat such crime. Among the altered points that deserve to be highlighted in the new art. 1, §1º, II of the Law, it's possible to apply sanction to the person who receives money from any infraction. Such a provision gives the lawyer, a liberal professional who needs to be compensated for the service rendered, a risk of arbitrary punishment. Because of this, it's necessary to thoroughly analyze the subject, to delimit the real possibilities of imputing the lawyer for the alleged crime of receiving illicit fees. In addition, the new law expands the list of subjects required to report suspicious transactions to the COAF, establishing that professionals who carry out consultancy or advisory activities, even if sporadically, have this "guarantor" function. It happens that the lawyer, as established by the Statute of Advocacy also has such functions and, therefore, could be framed in such a role. This creates a conflict with the duty of secrecy established by the profession. Advocacy is considered elementary for the development of Justice, being of extreme importance for the exercise of the contradictory and ample defense, mainly in the criminal process. The unnecessary restriction on the practice of such a profession damages the Democratic State of Law. So, it's fundamental to delimit the possibilities of punishing the professional for the receipt of illicit fees.

Keywords: Money laundering, legal fees, illicit origin, practice of law, duty of secrecy, right of defense.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CP	Código Penal
CF/88	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
BACEN	Banco Central
GAFI	Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OLG	<i>Oberlandesgericht</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BVERFG	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
OEA	Convenção Interamericana de Combate à Corrupção OEA
OCDE	Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA E A NOVA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO	14
2.1 A FUNÇÃO DO ADVOGADO NO PROCESSO PENAL	14
2.2 FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL ECONÔMICO	17
2.3 A LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO E O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA	22
2.3.1 Contexto histórico da lei 9.613/98	25
2.3.2 O papel do COAF e do BACEN no combate à lavagem de dinheiro	29
2.3.3 As Recomendações do GAFI que afetam as atividades do advogado	32
2.3.4 A lei 12.863/12 e suas alterações ao ordenamento brasileiro	34
2.3.4.1 Os crimes antecedentes	35
2.3.4.2 A alteração do texto legal suprimindo o termo “que sabe” e o dolo eventual	37
3 A LAVAGEM DE CAPITAIS E O DEVER DE INFORMAÇÃO IMPOSTO AO ADVOGADO	42
3.1 O CONFLITO DE DEVERES GERADO ENTRE A NOVA DISPOSIÇÃO LEGAL E A FUNÇÃO DO ADVOGADO NO DIREITO	42
3.1.1 O dever de sigilo do advogado no exercício de sua profissão	43
3.1.2 Sobre o dever de sigilo do advogado e a (im)possibilidade de imputação delitiva ante ao descumprimento do dever de informação	47
3.2 DO DEVER DE <i>COMPLIANCE</i> E O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA	52
3.2.1 O <i>criminal compliance</i> e a lei de lavagem de dinheiro	56
3.2.2 O dever de <i>compliance</i> e o advogado como suposto garantidor	61
4 O RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS COM ORIGEM ILÍCITA E A (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA COAUTORIA DO ADVOGADO NA LAVAGEM DE CAPITAIS	65
4.1 AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO: O ADVOGADO NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	65
4.1.1 Desígnios autônomos e a Lavagem de Dinheiro	66
4.1.2 Teoria do Domínio do Fato	68

4.1.3 Teoria do Domínio da Organização	72
4.1.4 Teoria da Cegueira Deliberada	74
4.1.5 Cumplicidade através de ações neutras	77
4.2 A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL RELATIVA A ATUAÇÃO DO ADVOGADO NA LAVAGEM DE DINHEIRO	79
4.2.1 Decisão do <i>oberlandesgericht (olg)</i> - Hamburgo (06 de janeiro de 2000)	80
4.2.2 Decisão do <i>bundesgerichtshof (bgh)</i> de 4 de julho de 2001	82
4.2.3 Decisão do Tribunal Constitucional Alemão (<i>bundesverfassungsgericht – bverfg</i>) de 30 de março de 2004	84
4.2.4 Julgado brasileiro: Furto ao Banco Central (CE).	86
4.3 OS IMPACTOS DO CONHECIMENTO OU DESCONHECIMENTO NA TIPIFICAÇÃO DO “DELITO” PRATICADO PELO ADVOGADO	88
5 CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS	97

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização fez com que a comunicação e circulação de bens e pessoas entre os países aumentassem significativamente. Por se tratar de uma sociedade de riscos, que lida com riquezas e desigualdades, nota-se a crescente presença dos chamados “crimes financeiros”, dentre eles a Lavagem de Dinheiro.

Na década de 90, verificou-se um forte aumento das pressões internacionais para o combate de tal delito com a assinatura de Tratados e Convenções internacionais, tendo estes sido aderidos por diversos países, incluindo o Brasil.

Diante dessa realidade, em 1998 o Brasil editou a lei 9.613, que tipifica a conduta de lavagem de dinheiro, nomeando-a e caracterizando-a, como forma de executar os compromissos internacionais assumidos ao longo dos anos.

Porém, como fruto de crescente política de prevenção, ainda mais intensas, ao combate aos crimes de colarinho branco, editou-se a lei 12.683/12, que trouxe modificações a antiga Lei de Lavagem de Dinheiro, trazendo uma maior tutela preventiva ao bem jurídico.

Tal lei traz uma série de atividades profissionais, que ao perceber possível ilegalidade na origem do dinheiro de seu cliente, deve comunicar às autoridades fiscais financeiras. Dentre elas, traz profissionais que executam serviços de consultoria e assessoria.

A partir daí se iniciam os debates se o advogado criminalista estaria nesse novo rol de sujeitos obrigados, pois tais atividades também são executadas por esse profissional. Tem-se conflito de como lidar com o dever de sigilo imposto à profissão, elementar ao exercício dessa atividade.

Além disso, o novo art. 1º, § 1º, II, afirma que incorre na mesma pena (do crime de lavagem de dinheiro), quem recebe valores provenientes da infração penal. Com isso, gera-se o questionamento se os honorários advocatícios, pagos como remuneração pelos serviços profissionais prestados poderiam ser enquadrados na definição legal.

A advocacia é constitucionalmente prevista como atividade fundamental à administração da Justiça e, por isso, os atos praticados no exercício da profissão são invioláveis.

Ocorre que, com o endurecimento legal, as interpretações a esse respeito tornaram dúbias e com jurisprudências internacionais com posições ainda divergentes. No Brasil, ainda não há tratamento específico sobre a matéria da possível responsabilização do advogado pelo recebimento de honorários maculados.

Percebe-se a relevância de tal debate, então, pois a advocacia é atividade essencial para a Justiça, sendo seu livre exercício fundamental para o Estado Democrático de Direito. O advogado, principalmente o criminalista, lida com riscos constantes em sua profissão e, por conta disso, é elementar delimitar os limites das condutas advocatícias.

No tema a ser debatido tem-se, portanto, o conflito entre o livre exercício da profissão e a proteção da ordem socioeconômica, buscando a não circulação de dinheiro ilícito, de forma camuflada, na economia. O presente trabalho foi, então, dividido em três capítulos de desenvolvimento.

No primeiro capítulo de desenvolvimento, optou-se por trazer a função do advogado no processo penal, ressaltando sua importância para o exercício do direito de defesa. Traz, também, a visão sobre o Direito Penal Econômico, que tutela os chamados crimes de Colarinho Branco, dentre eles, a Lavagem de Dinheiro.

Ao falar da Lavagem de Dinheiro, destaca-se o seu processo histórico de criação, e fortalecimento no direito brasileiro com as alterações trazidas pela lei 12.683/12. Discute-se, também, o papel de entidades fiscalizadoras como o COAF e o BACEN, bem como os impactos das recomendações do GAFI para o ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, traz-se especificamente o conflito de deveres gerados pelas novas disposições legais da lei de Lavagem de Dinheiro e a função exercida pelo advogado, que tem o dever de sigilo estabelecido como inerente a profissão. O suposto dever de *compliance* é aqui trabalhado como forma de proteger o advogado de eventuais condenações geradas por esse conflito.

No terceiro capítulo de desenvolvimento trabalha-se a diferenciação entre autor e partícipe em um delito, realizando a análise através de teorias como o Domínio do Fato, o Domínio da Organização, a Teoria da Cegueira Deliberada, bem como a Cumplicidade através de ações neutras. Traz-se aqui, também, julgados (nacionais e internacionais) para a análise dos temas debatidos no caso concreto.

Pelo exposto, busca-se analisar a possibilidade de se responsabilizar o advogado pelo recebimento de honorários ilícitos, discutindo-se até que momento é considerada lícita tal conduta e quando será possível gerar tal responsabilização.

O presente trabalho foi realizado tomando como base pesquisas bibliografias, consultas doutrinárias e de legislações, nacionais e estrangeiras, a fim de alcançar uma reflexão crítica a respeito do tema e, assim, contribuir com o desenvolvimento da comunidade científica.

2 O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA E A NOVA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Na modernidade, a produção de riquezas é acompanhada pela produção social de riscos. Considera-se como risco da modernização o chamado “*big business*”, que parte da ideia de que as necessidades são insaciáveis e, por isso, constantemente procuradas. Cria-se, então, um “barril de necessidades” sem fundo, como afirma Ulrich Beck, que é interminável e infinito.¹

A tentativa exacerbada de se conquistar o que não se tem levou ao homem a criar riscos ainda maiores, para si e para todos ao seu redor. A tentativa de libertação da pobreza é o sonho de muitos países, de muitas pessoas.²

A busca desenfreada pelo poder e riqueza, porém, trouxe o cometimento de crimes econômicos que acabam por repercutir em todo o mundo. Dentre esses delitos tem-se a lavagem de dinheiro. E, como forma de se preservar de tal prática, os Estados passam a tutela-la com mais potencialidade, tornando a lei mais rígida a cada alteração legal.

2.1 A FUNÇÃO DO ADVOGADO NO PROCESSO PENAL

O advogado criminalista tem uma importância ainda maior no decorrer de um processo criminal. Isso acontece porque este advogado corre ao encontro da impopularidade devido à pressão social por justiça, que é tão ferrenha em determinadas situações que dificultam a própria defesa do réu, em prol da justiça a qualquer custo.³

É em situações como essa que a opinião pública pode exterminar a defesa de um sujeito. O clamor social acaba por cegar a aplicação imparcial das leis, dificultar que a defesa seja realizada de forma efetiva, prejudicando terrivelmente, a vida de um réu de um processo criminal.⁴

¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: 34. 2011, p. 23/28.

² *Ibidem*, p. 23.

³ *Ibidem*, p. 39.

⁴ BARBOSA, Rui. **O dever do advogado, carta a Evaristo de Moraes**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002, p. 36.

E, como afirma Rui Barbosa:

Voz do direito no meio da paixão pública, tão susceptível de se desanimar, às vezes pela própria exaltação da sua nobreza, tem a missão sagrada, nesses casos, de não consentir que a indignação degenera em ferocidade e a expiação jurídica em extermínio cruel.⁵

Renato Silveira e Vivian Schorscher ressaltam que tão ferrenha é a opinião pública que procura por justiça a qualquer custo que, por vezes, o advogado é confundido com seu cliente, sendo posto sob olhares profanos, na condição de coautor do crime.⁶

Nota-se o duplo preconceito, com o advogado que defende e, principalmente com o suposto autor do fato, que vê reduzida (ou inexistente) a sua presunção de inocência. E, são em momentos como esse que o papel do advogado ganha destaque, pela necessidade de se buscar que o julgamento do cliente seja procedido de forma correta, com base nas provas e no direito, e não apenas no clamor social.⁷

A função da defesa “consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais”. Cabe a esse profissional reivindicar a seu cliente um tratamento justo durante todo o seu julgamento (com o respeito às garantias legais, equidade, imparcialidade, humanidade, dentre os princípios do direito penal).⁸

Para Rômulo Moreira a defesa é uma arte, bem como a acusação. Mas, tal autor lembra que ninguém nasce para ser preso, já que as liberdades se encontram em nossa Carta Magna como grandes direitos a serem tutelados. E, por isso, deve-se destacar o brilho de se lutar pelo não encarceramento de um indivíduo.⁹

No processo criminal, não há a busca pela impunidade do cliente-acusado, mas sim, a obrigação em assegurar a justiça. Ter a certeza de que os princípios fundamentais do processo penal, como o contraditório, a ampla-defesa e a presunção de inocência, sejam cumpridos de forma efetiva.¹⁰

⁵ BARBOSA, Rui. **O dever do advogado, carta a Evaristo de Moraes**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002, p. 36.

⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo: Revista dos tribunais, v. 2, 2005, p. 144.

⁷ D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Sem advogado, não há justiça**. OAB. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2012/152>> Acesso em 02 set. 2016, p. 1.

⁸ BARBOSA, Rui. *Op. Cit.*, p. 36/37.

⁹ MOREIRA, Rômulo. A advocacia criminal. In: COUTINHO, L.; PIMENTEL, F., RIBEIRO W. (orgs.). **Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacellar**. Feira de Santana: ESA, p. 299.

¹⁰D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Op. Cit.*, p. 1.

Rui Barbosa, em carta para Evaristo de Morais Filho chegou a afirmar:

Ainda que o crime seja de todos o mais nefando, resta verificar a prova. Ainda que a prova inicial seja decisiva, falta não só apurá-la no cadinho dos debates judiciais, mas também vigiar pela regularidade estrita do processo nas suas mínimas formas.¹¹

O advogado criminalista não está defendendo o seu cliente por concordar com os supostos crimes por ele praticados. Realizar a defesa em um processo penal não significa ser cúmplice de atos delituosos, nem apoiador do crime, muito menos que está atuando com a finalidade de garantir a impunidade de seu cliente. Mas sim, é defensor de direitos e do correto andamento do jogo processual penal. Independentemente da parte que está representando.

Por mais atrozes que sejam as circunstâncias contra um réu, ao advogado sempre incumbe o dever de atentar por que o seu cliente não seja condenado senão de acordo com as regras e formas, cuja observância a sabedoria legislativa estabeleceu como tutelares da liberdade e segurança individual.¹²

Quando se atua em um processo a ordem legal estabelece a necessidade da presença da acusação e da defesa. E, por mais nefasto que seja o delito, não se torna a defesa menos especial ao processo.

No processo penal, o defensor é uma garantia ao acusado. O processo que corre sem a presença de um defensor para o réu possui vício grave, pois, o direito ao contraditório e a ampla-defesa são fundamentais para que ocorra o devido processo legal.

A advocacia criminal é fundamental para assegurar o cumprimento da justiça, como afirmou Raul Chaves “advogar é, na especialidade criminal, obstar, em muitos casos, que juízes e acusadores exerçam seus próprios instintos criminosos na punição dos quem delinquiram”.¹³

E, a importância do julgamento justo é trazida Amilton Bueno de Carvalho. Este chama atenção que o juiz não deve simplesmente julgar de forma vingativa, e sim da maneira

¹¹ BARBOSA, Rui. **O dever do advogado, carta a Evaristo de Morais**. 3.ed. rev. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002, p. 39.

¹² BARBOSA, Rui apud Blackstone. **Commentaries on the Laws of England in Four Books**, book 4, p. 356.

¹³ CHAVES, Raul. **A advocacia criminal nos anos de chumbo**. OAB/SP. Disponível em <http://josementor.com.br/wp-content/files_mf/1397772269CORAGEM.pdf> Acesso em 03 nov. 2016, p. 127.

mais humana. Ou seja, a condenação deve ir além do repúdio, a condenação deve ser feita com base na compreensão do sujeito.¹⁴

No mesmo sentido entende Jacinto Coutinho, trazendo a importância de o juiz atuar de forma a assumir compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais.¹⁵

Logo, a advocacia criminal tem o intuito que vai muito além de proteger “o bandido”, ela protege o direito em si e suas prerrogativas. Assegura que se cumpra o devido processo legal e que as pressões externas não interfiram na efetiva aplicação das normas, evitando injustiças e aplicando a pena em sua dosimetria necessária.

2.2 FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL ECONÔMICO

Bem jurídico, segundo João Carlos Castellar, é considerado aquele que forma um conjunto de valores e interesses que uma sociedade atribui relevância excepcional e cujo o ataque se busca evitar, punindo o sujeito com pena devidamente prevista.¹⁶

É o direito penal clássico que tem como tarefa dar proteção a tais bens jurídicos sempre que estes sofrerem violações mais graves e, os outros ramos do direito não lograrem êxito em exercer proteção eficaz. Ou seja, a função principal do direito penal é proteger os valores elementares da vida em comunidade, devendo o legislador selecionar os bens jurídicos aos quais deve recair a sua proteção.¹⁷

É importante destacar que tal ramo do direito deve ser utilizado como *ultima ratio*, dentro dos instrumentos disponibilizados pelo legislador, só podendo o direito penal estabelecer limitações quando for indispensável para a sociedade e os outros ramos de proteção tenham se mostrado ineficientes.¹⁸

Dentro do direito penal, é criado o direito penal econômico, visto como um conjunto de normas com objetivo de sancionar as condutas que, no âmbito das relações

¹⁴ CARVALHO, Amilton Bueno. **O (im)possível julgar**. Disponível em <<https://www.tjrs.jus.br/>> Acesso em 29 mar. 2017, p. 18.

¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no Processo Penal**. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br>> Acesso em 29 mar. 2017, p. 19.

¹⁶ CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus Direito Penal Convencional. A engenhosa arte de criminalizar os riscos para punir os pobres**. Rio de Janeiro: Revan. 2013, p. 68.

¹⁷ *Ibidem*, p. 67.

¹⁸ *Ibidem*, p. 68.

econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes à ordem econômica.¹⁹⁻²⁰

No desenvolvimento da humanidade, tem-se o início do “espírito lucrativo” remetido às sociedades primitivas, com a realização de trocas de produtos, que acabaram por criar as caravanas de mercadores e, conseqüentemente a pirataria (para o roubo dos bens).²¹

Como afirma Ulrich Beck, é importante perceber que a produção de riquezas ocorrida com a evolução é acompanhada pela produção de riscos sociais. Isso por conta dos problemas e conflitos gerados pela má distribuição de tais bens e desejo do ser humano em conquistar um pouco mais sempre.²²

Juntamente com desenvolvimento da economia capitalista durante a Revolução Industrial, ocorre a criação da figura concreta do empresário administrador das indústrias e, a Revolução Napoleônica que pôs fim aos resquícios do feudalismo. Tais fenômenos trouxeram uma nova feição com a forma de se encarar o capitalismo, impulsionando os países a modificarem as posturas em face das atividades econômicas, inclusive apresentando um novo conceito do direito comercial.²³

Percebe-se que, conforme a sociedade evolui, a velocidade com que ocorrem as mudanças aumenta gradualmente. E, como o direito é ciência mutável que tende a acompanhar a evolução social, nota-se o desenvolvimento cada vez maior do mesmo, no caso em questão, com enfoque no direito penal econômico.²⁴

Ocorre que, com a crise estadunidense de 1929, conforme aponta Gamil Föppel juntamente com Ilana Luz, iniciou-se a preocupação com a origem do dinheiro, o que gerou a necessidade de haver um controle sobre a economia popular.²⁵

¹⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973, p. 10.

²⁰ SANTOS, Gérson Pereira dos. **Direito penal econômico**. São Paulo: Saraiva. 1981, p. 98.

²¹ CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus Direito Penal Convencional. A engenhosa arte de criminalizar os riscos para punir os pobres**. Rio de Janeiro: Revan. 2013, p. 197.

²² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: 34. 2011, p. 23.

²³ CASTELLAR, João Carlos. *Op. Cit.*, p. 199/200.

²⁴ ARELLANO, Luis Felipe Vidal. **Fronteiras da responsabilização penal de agentes financeiros na lavagem de dinheiro**. 2012. Dissertação de mestrado. Orientador Renato de Mello Jorge Silveira (Curso de mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 11 et seq.

²⁵ FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. **Comentários críticos à lei brasileira de lavagem de capitais: Legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

E, ao direito penal foi conferido o papel de proteger a fragilizada economia dos países, bem como passou este a ser utilizado como instrumento de direcionamento para reformulação do mercado, agora sendo tutelado pelo Estado, não mais sob o viés liberal.²⁶

Apesar de se fazer referência a crise “estadunidense”, tal fragilidade ocorre na economia de diversos países, tendo, portanto, um impacto global. Significa dizer que não se pode mais, nesse período, ler a história mundial separando os países. O mesmo vem a ocorrer com o direito, que começa a se globalizar, encurtando distancias, entre os países, tendo a troca de conhecimentos e informações facilitada.²⁷

El derecho penal de la globalización económica y la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación y el que se relativizarán las garantías político-criminales, substantivas y procesales. En este punto, por tanto, el Derecho penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se percebe en las legislaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción.²⁸

Ou seja, quando se fala em tutela econômica do direito penal, não se pode mais ter uma interpretação singular e sim globalizada. E, tal globalização trouxe influências para o direito interno, pois foi necessário adaptar uma tutela que atendesse a todos de maneira pratica.

Leonardo Antunes aponta que, em cada Estado prevalece a sua própria cultura, por isso, a tendente uniformização do direito como pressuposto dessa globalização não deve ocorrer. Logo, destaca-se o processo de integração dos direitos, que se comunicam para que um acrescente o outro, mas nunca havendo duras imposições no território estrangeiro.²⁹

Rodrigo Rios lembra que a globalização traz ao direito demandas praticas, que devem ser abordadas de maneira eficaz para serem combatidas. Apesar de não poder haver

²⁶ CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus Direito Penal Convencional. A engenhosa arte de criminalizar os riscos para punir os pobres.** Rio de Janeiro: Revan. 2013, p. 200.

²⁷ FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. **Comentários críticos à lei brasileira de lavagem de capitais: Legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

²⁸ SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.** 3.ed. Montevideo: B de F Ltda. 2011, p. 83/84.

²⁹ ANTUNES, Leonardo Leal Peret. A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna. **Tribuna Virtual IBCCRIM.** Ano 01. Edição nº03. Abr./2013. Disponível em <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/7-A-Expansao-do-Direito-Penal-na-era-da-Globalizacao-e-a-Criminalidade-Moderna>> Acesso em 26 out. 2016, p. 22.

uma padronização do direito é notória uma progressiva uniformização nos tipos penais, bem como na cooperação internacional, já que todos estão a buscar o mesmo fim.³⁰

É importante destacar, conforme Jesús Sánchez, que essa integração econômica traz novas modalidades de delitos clássicos, bem como a percepção de novas formas de cometimento de crimes.³¹

A criminalidade trazida pela globalização difere da usualmente vista, aqui foge-se da esfera do “tipo Lombrosiano”, do cometimento de furtos e roubos, e parte-se para delitos caracterizados por sua magnitude e efeitos, via de regra econômicos, mas, também, políticos e sociais, trazendo notória desestabilização do mercado, que passa a ser visto como instrumento contaminado pela corrupção.³²

É a ideia do chamado crime de Colarinho Branco, definido por Edwin Sutherland como “crime praticado por uma pessoa de respeitabilidade e alto status social de sua atividade”³³. Ou seja, não há associação alguma com a ideia de pobreza usualmente relacionada aos crimes.

Sutherland desenvolve seu raciocínio afirmando que os critérios que têm sido utilizados para definir tal espécie delitiva não se diferem dos utilizados para taxar qualquer outra espécie criminal, logo, apesar de ser um crime praticado por sujeito passivo diferente do usual, é considerada conduta típica da mesma forma.³⁴

E, muito embora a impunidade ainda seja considerada a regra nos crimes de colarinho branco, aos poucos vem ocorrendo mobilizações a fim de combater tais práticas, tanto no Brasil, como no mundo.³⁵

A partir dos anos 80, com a intensificação de tal fenômeno no âmbito da economia, percebeu-se uma crescente onda criminalizante, gerando a expansão do direito penal,

³⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 43.

³¹ SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 3.Ed. Montevideo: B de F Ltda. 2011, p. 89/90.

³² *Ibidem*, p. 91.

³³ SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 33/34.

³⁴ *Ibidem*, p. 94/95.

³⁵ ANTUNES, Leonardo Leal Peret. A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna. **Tribuna Virtual IBCCRIM**. Ano 01. Edição nº03. Abril/2013. Disponível em <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/7-A-Expansao-do-Direito-Penal-na-era-da-Globalizacao-e-a-Criminalidade-Moderna>> Acesso em 26 out. 2016, p. 22.

a fim de proteger o funcionalismo do sistema de produção, distribuição e comercialização de bens.³⁶

Essa proteção é pelo fato que a atual mentalidade capitalista, fundada no pressuposto da ideologia econômica neoliberal produz um quadro de exclusão social, amplificando as desigualdades sociais, o que acaba por ser um fator de risco para o aumento da criminalidade. E, com a globalização, o crescimento da esfera criminal torna-se muito mais perigosa, por haver uma maior oportunidade de expansão.³⁷

Para Jesús Sánchez, a globalização do direito vem, então, como uma forma de criar uma resposta uniforme, ou, ao menos, harmônica aos delitos praticados. Com a facilitação da circulação de bens e serviços a cooperação entre países, para uma resposta efetiva, seria mais que necessária.³⁸

Chega-se, por fim, a ideia de João Castellar, que a criminalidade econômica “é convencionaada como sendo aquela que pratica ilícitos de natureza socioeconômica e que é regida por regras jurídico-reais distintas das previstas para o direito penal convencional”. Em tal conceito não se aplicam apenas os crimes praticados no âmbito do mercado de capitais, mas, também, é cabível à aplicação quando se refere a própria administração pública.³⁹

É importante destacar que “o direito penal econômico se fundamenta na ideia de que a ordem socioeconômica se constitui em bem jurídico merecedor da tutela penal, com vistas à proteção de interesses difusos e coletivos”. Logo, devido a tal importância não é necessário que ocorra a efetiva lesão ao bem jurídico, a mera colocação em risco, ou seja, a criação de um dano *sui generis* a esse bem já está sobre a tutela penal.⁴⁰

Isso porque, o que interessa é que tais condutas não sejam cometidas de forma alguma. E o objeto penal que se tutela é bastante amplo, podendo se imputar o crime,

³⁶ CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus Direito Penal Convencional. A engenhosa arte de criminalizar os riscos para punir os pobres.** Rio de Janeiro: Revan. 2013, p. 200.

³⁷ GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. O impacto da globalização sobre o direito penal. **Ciências penais. Revista da associação brasileira de professores de ciências penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 1, nº 1. Jul./dez. 2004, p. 255

³⁸ SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.** 3. Ed. Montevideo: B de F Ltda. 2011, p. 92.

³⁹ CASTELLAR, João Carlos. *Op. Cit.*, p. 203.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 240/241.

tanto quando se considera produto de crime antecedente, como quando ocorre às futuras transformações no capital, a fim de camuflar a origem do mesmo.⁴¹

2.3 A LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO E O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

Para Gamil Föppel e Ilana Luz, a preocupação com o que convencionou ser chamado de “Lavagem de Dinheiro” surgiu com o processo do avanço das tecnologias nas últimas décadas, encurtando distâncias e facilitando as comunicações entre os indivíduos estando conseqüentemente ligado com o processo de globalização.⁴²

Ao se falar em Lavagem de Dinheiro pensa-se, automaticamente, em dinheiro sujo. Mas, para o melhor entendimento do assunto é necessário citar a diferenciação entre o que vem a ser o “dinheiro sujo” e o chamado “dinheiro negro”. Apesar de ambas serem expressões utilizadas para caracterizar a irregularidade de certas operações, no âmbito financeiro elas possuem diferenciações.⁴³

Thaís Bandeira explica que se o dinheiro foi obtido por meio de atividades lícitas, porém, após isso, ocorreu a supressão ou sonegação das obrigações fiscais, é considerado negro o capital. Se, contudo, esses valores já são oriundos de um crime, ou seja, a ilicitude desse se apresenta desde a origem, tais valores serão tratados como “dinheiro sujo”.⁴⁴

O conceito da Lavagem de Dinheiro não está expresso na legislação pátria, a lei apenas se limita dizer a forma pela qual se pratica o crime (art. 1º)⁴⁵. Em que pese a ausência desse conceito, pode-se considerar por crime de branqueamento de capitais o processo a ser realizado a fim de “ocultar ou dissimular a posse de recursos monetários ganhos em atividades ilícitas, para posterior conversão em qualquer outro

⁴¹ SILVA, Cesar Antônio. **Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 57.

⁴² FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. **Comentários críticos à lei brasileira de lavagem de capitais: Legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

⁴³ PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. **Lavagem de capitais: (dis) funções político-criminais no seu combate**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 66.

⁴⁴ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

⁴⁵ “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.” (BRASIL. **Lei 12.683/12**. Alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm> Acesso em 19 out. 2016).

meio de pagamento, com o intuito de dar aparência legal à sua origem para futura utilização".⁴⁶

Tem-se, então, que a Lavagem de Dinheiro nada mais é que um conjunto de condutas por meio das quais reitera-se dinheiro de origem ilícita ao sistema econômico financeiro, como se lícito fosse.⁴⁷

E uma das características mais marcantes em tal delito é sua internacionalização. Isso porque, a transnacionalidade do crime dificulta a persecução por parte das autoridades, facilitando a ocultação do dinheiro. A quantidade de capitais envolvidos também é elemento diferenciador do crime, pois, surge em decorrência de um grande lucro oriundo de uma atividade ilícita.⁴⁸

Outrossim, tem-se a finalidade dessa prática criminal, que, para alcançar seu objetivo necessita de um profissional especializado nos diversos procedimentos envolvidos na lavagem. Tal fato traz um outro desdobramento para o delito, que é a cooperação, pois é necessária a presença de meios audaciosos para sua prática, com a participação profissionais de diversos setores para a sua consumação, devido à complexidade do crime em questão.⁴⁹⁻⁵⁰

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras, bem como a doutrina predominante, delinea a Lavagem de Dinheiro como processo que ocorre em três fases.

Tigre Maia afirma em sua obra:

A lavagem de dinheiro pode ser simplificada compreendida, sob uma perspectiva teleológica e metajurídica, como um conjunto complexo de operações (via de regra de natureza econômico-financeira), integrado pelas etapas de conversão (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*) de bens, direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundos da prática de atos ilícitos penais, mascarando esta

⁴⁶ BRASIL. Conselho de controle de atividades financeiras. **Principais conceitos**. Disponível em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro/lavagem-de-dinheiro-principais-conceitos>> Acesso em 26 out. 2016, p. 1

⁴⁷ FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. **Comentários críticos à lei brasileira de lavagem de capitais: Legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8.

⁴⁸ PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. **Lavagem de capitais: (dis) funções político-criminais no seu combate**. Salvador: JusPodivm. 2011, p. 73.

⁴⁹ SILVA, Cesar Antônio. **Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 52.

⁵⁰ PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. *Op. Cit.*, p. 74.

origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da Justiça.⁵¹

A primeira fase, a chamada conversão, ou colocação, tem como principal objetivo colocar o dinheiro em circulação, separando-o de sua origem. É necessária, pois, o acúmulo de grandes valores em papel dinheiro pode chamar atenção das autoridades.⁵²

Na segunda fase, é o momento da dissimulação, em que se mascara as origens dos valores. Irá aqui se realizar o maior distanciamento o possível do dinheiro ilícito a fim de dificultar o rastreamento.⁵³

Já a terceira fase é o momento da reinversão, ou seja, o momento da concretização do crime, já que os valores já estão prontos para serem reintegrados ao mercado financeiro como se lícitos fossem.⁵⁴

Significa dizer que as três fases da Lavagem de Dinheiro baseiam-se na conversão dos proveitos do crime. Seguida pela dissimulação, ou seja, a tentativa de camuflar a real origem dos valores. E, por fim, a terceira fase que é a utilização do capital adquirido para investimentos que revertam os valores ao mercado financeiro, já tendo o crime se concretizado em tal fase.⁵⁵

É importante destacar, que não é necessária a ocorrência das três fases para a configuração da reciclagem de capitais. O art. 1º da lei 9613/98, traz como núcleo do tipo o verbo “ocultar” ou “dissimular”, ou seja, esconder tal origem. Logo, é possível afirmar que o crime pode ser considerado consumado desde a sua primeira fase, sem a necessidade da incidência das demais. É essa, inclusive, a posição dos tribunais superiores.⁵⁶

⁵¹ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime), Anotações às disposições criminais da Lei n. 9613/98**. São Paulo: Malheiros. 1999, p. 53.

⁵² BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Fases da Lavagem de Dinheiro**. COAF. Disponível em <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/fases-da-lavagem-de-dinheiro>> Publicado 11 jun. 2014. Acesso em 26 out. 2016, p. 1

⁵³ *Ibidem, Loc. Cit.*

⁵⁴ PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. **Lavagem de capitais: (dis) funções político-criminais no seu combate**. Salvador: JusPodivm. 2011, p. 78.

⁵⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2005, p. 144.

⁵⁶ Lavagem de dinheiro: L. 9.613/98: caracterização. O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de "lavagem de capitais" mediante ocultação da origem, da

Quando se falar, por fim, na proteção criada pela lei de Lavagem de Dinheiro, tem-se a menção de bens jurídicos desde a saúde pública, pela estreita ligação entre a lei de drogas com a lei em questão; tem-se o bem jurídico tutelado pelo delito antecedente; bem como a ordem econômica, pela preservação do justo equilíbrio na produção e circulação de riquezas entre os grupos sociais; pode-se citar até mesmo a administração da justiça que aparece ferida quando se coloca para circular no mercado dinheiro que teve sua origem ocultada.

2.3.1 Contexto histórico da lei 9.613/98

É notório que, sempre haja a busca por novas formas de ocultar os frutos da atividade criminosa a fim de tirar os melhores proveitos da mesma e, tais técnicas foram, e vem sendo, aprimoradas com a evolução social.

Apesar de ser fenômeno antigo no mundo, Luiz Regis Prado lembra que a tipificação do delito de Lavagem de Capitais surgiu recentemente no cenário jurídico, sendo inicialmente uma forma de prevenção e combate ao tráfico de drogas, atualmente, porém, a um campo mais abrangente em sua tutela.⁵⁷

No Brasil, a edição da lei 9.613/98 teve como principal impulso para taxar tal figura típica, uma série de tratados e convenções internacionais que, paulatinamente foram se aprimorando a fim de combater o crime de Lavagem de Dinheiro.⁵⁸

É importante notar que o crime de Lavagem de Dinheiro é tipificado internamente, tendo suas sanções específicas em cada país. Todavia, por ser um ilícito que pode vir a repercutir em diversos países, possui uma atenção internacional e, por conta disso, sua esfera de proteção surge de forma ampla por todo o mundo.

localização e da propriedade dos valores respectivos (L. 9.613, art. 1º, caput): o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada "engenharia financeira" transnacional, com os quais se ocupa a literatura. (STF - RHC: 80816 SP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 18/06/2001, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 18-06-2001. PP-00013 EMENT VOL-02035-02 PP-00249).

⁵⁷ PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 6.ed. Revisado e atualizado. São Paulo: Revista dos tribunais. 2014, p. 363.

⁵⁸ BRASIL. Ministério da Fazenda. COAF. Disponível em <<http://coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>> Acesso em 30 ago. 16

Desde 1988, com a Convenção de Viena, havia a preocupação com o tráfico ilícito de entorpecentes, já que as convenções anteriores não teriam se mostrado eficazes. A relação que se cria com a Lavagem de Capitais é que o tráfico geraria, conforme Castellar, uma grande fortuna, que permitiria às organizações criminosas transnacionais “invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis”.⁵⁹

É perceptível, aponta Rodrigo Rios, que o interesse dos documentos internacionais assinados é de fortalecer as medidas antirreciclagem. O objetivo de tal medida é simples, retirar de circulação do mercado de capitais o dinheiro proveniente de outros crimes.⁶⁰

Dos instrumentos jurídicos de maior relevância na seara mundial, Vivian Schorscher destaca a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico de Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), com o objetivo de promover a cooperação internacional para o combate ao tráfico. Foi por meio dessa Convenção que o primeiro esboço para o tratamento do branqueamento de ilícitos veio ao Brasil, no decreto 154, de 1991, em seu art. 3.⁶¹

Igualmente, ocorreu a Convenção do Conselho da Europa (1990), que reforçava a ideia da incriminação da conduta. A Diretiva n. 91/308 do Conselho da Comunidade Europeia (1991), que trazia uma prevenção da utilização do sistema financeiro, recomendando a proibição de tal conduta. E, a Convenção de Palermo (2000), que tratava do crime organizado internacional.⁶²

Percebe-se, então, que a Lavagem de Dinheiro é um crime que não era inicialmente analisado por si só. Isso porque a ideia de “Lavagem” vem justamente relacionada com possibilidade de se esconder outros ilícitos. Pelo exposto, é ato típico fortemente relacionado com o tráfico de drogas, o terrorismo e para a corrupção. Porém, nas

⁵⁹ CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus Direito Penal Convencional. A engenhosa arte de criminalizar os riscos para punir os pobres.** Rio de Janeiro: Revan. 2013, p. 211.

⁶⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal.** São Paulo: Saraiva. 2010, p. 45.

⁶¹ SCHORSCHER, Vivian Cristina. **A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais.** 2012. Doutorado. Orientador: Prof. Sérgio Salomão Shecaira (curso de doutorado) - Faculdade de direito da USP, São Paulo, p. 38.

⁶² PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico.** 6.ed. Revisado e atualizado. São Paulo: Revista dos tribunais. 2014, p. 364.

últimas duas décadas, as políticas criminais já têm ganhado o foco no aspecto financeiro, buscando isolar o delito de lavagem de dinheiro.⁶³

A principal causa do espetacular desenvolvimento de tal crime é a globalização da economia juntamente com o progresso da informática e da comunicação. Isso porque tal fenômeno favoreceu ao mercado global do crime e, com a evolução da internet e o fluxo contínuo de informações, as técnicas de reciclagem de capitais se atualizam com constância.⁶⁴⁻⁶⁵

A realidade comercial no âmbito internacional, para Luiz Regis Prado, tem dado lugar a diversos efeitos prejudiciais ao mercado econômico, que desestabilizam os Estados provocando grave deterioração às ordens econômicas. E, a livre circulação de bens facilita a transação de capitais ilícitos e a evasão fiscal.⁶⁶

Para a proteção da ordem econômica moderna, um novo Direito Penal Econômico foi estruturado. Esse traz um olhar mais apurado para a Lavagem de Capitais, que realmente cria o tipo penal de forma a abranger toda a esfera protetiva e sancionadora.⁶⁷

A onda de criminalização da Lavagem de Capitais trouxe aos países signatários dispositivos processuais diferenciados, até então não comumente utilizados. “Foram estabelecidos e normatizados em matéria penal os conceitos de *know your business*⁶⁸ e *know your customer*⁶⁹”.

Para Castellar, tais conceitos obrigam as pessoas, físicas e jurídicas, com enfoque nos bancos e nas instituições financeiras em geral, a assumirem posição de

⁶³ RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45.

⁶⁴ FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. **Comentários críticos à lei brasileira de lavagem de capitais: Legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 6.ed. Revisado e atualizado. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 365.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 366/367.

⁶⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2005, p. 144.

⁶⁸ Conheça seu negócio.

⁶⁹ Conheça seu cliente.

garantidoras, isso porque foi-lhes atribuído o dever legal de comunicar aos órgãos fiscalizatórios qualquer movimentação financeira que fuja do padrão aceitável.⁷⁰

Quando se fala da nova versão do direito penal econômico e os novos deveres, é necessário fazer breve referência à criação dos códigos internos de conduta idealizados pelas empresas. Para Iván Mondaca, tais regulamentos internos desempenham papel de prevenir a prática de delitos, com o objetivo, então, de evitar a responsabilização penal, tanto da pessoa física, quanto da jurídica.⁷¹

No Brasil, o primeiro diploma legal a diretamente tratar a respeito da Lavagem de Dinheiro, atendendo às pressões internacionais, foi a lei 9.613, de 3 de março de 1998. Trazendo a criminalização da conduta, bem como dispendo sobre as obrigações ligadas à prevenção de tal prática.⁷²

Em seu texto, trazia uma lista de crimes antecedentes. Ou seja, só se configurava crime de Branqueamento se os respectivos valores ilícitos tivessem advindo de uma lista predefinida de atividades, como tráfico de drogas, terrorismo, contrabando de armas, sequestro, crimes praticados por organização criminosa e crimes contra a administração pública e o sistema financeiro.⁷³

Em tal redação criada pela lei brasileira, percebe-se que o legislador decidiu por adotar um sistema ainda mais amplo do que o norte-americano, fonte de inspiração mundial para a tutela da Lavagem de Dinheiro. Enquanto o sistema estadunidense trazia como bem jurídico antecedente apenas o tráfico de drogas, o Brasil criou um rol extenso, abrangendo diversos crimes que pudessem gerar benefícios financeiros ao agente.⁷⁴

Importante destacar, segundo Heloisa Estellita e Pierpaolo Bottini, que não havia previsão alguma para trazer o *ius puniendis* para aqueles que tinham como crime antecedente a evasão fiscal, os crimes econômicos (em sentido estrito), ou os

⁷⁰ CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus Direito Penal Convencional. A engenhosa arte de criminalizar os riscos para punir os pobres.** Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 213.

⁷¹ MONDACA, Iván Navas. **Los códigos de conducta y el derecho penal económico.** Barcelona: Atelier, 2013, p. 111.

⁷² FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. **Comentários críticos à lei brasileira de lavagem de capitais: Legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 7.

⁷³ ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. **Boletim IBCCRIM**, nº 237. Ago/2012, p. 2.

⁷⁴ FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. *Op. Cit.*, p. 8.

tradicionais crimes contra o patrimônio⁷⁵. E, apesar de a Lavagem de Dinheiro ser delito autônomo, Cesar Antônio Silva aponta que ela necessita que objetivamente se tenha realizado crime disposto anterior para configurar no delito de branqueamento de capitais.⁷⁶

A pena prevista para o sujeito que viesse a ocultar ou dissimular natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores oriundos da prática daqueles precisos crimes antecedentes seria de três a dez anos, e multa.

Vale ressaltar ainda que na lei de 1998, como forma de prevenção à Lavagem de Dinheiro havia disposto uma lista de pessoas obrigadas aos deveres de cadastro de clientes, manutenção de registros operacionais e a comunicação de operações consideradas suspeitas. Nessa lista de sujeitos obrigados havia a presença de bancos, corretoras de valores mobiliários e de imóveis, entre outros, mas, de forma alguma incluía profissionais como contadores, auditores, tabeliães e advogados.⁷⁷

2.3.2 O papel do COAF e do BACEN no combate à lavagem de dinheiro

A partir dos anos 80, passou-se a considerar prioritária a prevenção e combate à Lavagem de Dinheiro e ao crime organizado. Com uma maior pressão internacional e sucessivos tratados a fim de legislar a respeito do tema foram criados órgãos próprios para realizar tal fiscalização.⁷⁸

Na estrutura de combate à Lavagem deve-se destacar a atuação elementar do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), que é unidade de inteligência criada pela lei 9.613/98 (e alterada pelas leis 10.701/03 e 12.683/12) no âmbito do

⁷⁵ ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. **Boletim IBCCRIM**, nº 237. Ago./2012, p. 2.

⁷⁶ SILVA, Cesar Antônio. **Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 57.

⁷⁷ ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. Cit., Loc. Cit.*

⁷⁸ BRASIL. Banco Central do Brasil. **Ação do Estado e papel do Banco Central**. Banco Central. Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/fis/supervisao/acaoestado.asp>> Acesso em 12 out. 2016, p. 1.

Ministério da Fazenda. Este é órgão de deliberação com organização e estrutura definidos pelo decreto 2.799/98.⁷⁹

Como afirma Luiz Regis Prado, tal instituição foi criada com o objetivo de disciplinar as atividades financeiras, bem com aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na lei, obviamente, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.⁸⁰⁻⁸¹

É importante notar que o Conselho de Controle de Atividades Financeiras atua eminentemente na prevenção e combate à Lavagem de Dinheiro, sendo de suma relevância destacar que o §1º do art. 14 da lei atribuiu ao COAF a competência de regular os setores econômicos para os quais não haja órgão regulador ou fiscalizador próprio. E, em tais situações cabe ao órgão “definir as pessoas abrangidas e os meios e critérios para envio de comunicações, bem como a expedição das instruções para a identificação de clientes e manutenção de registros de transações, além da aplicação de sanções previstas no art. 12 da lei”.⁸²

Em síntese, é papel do COAF criar uma rede de informações com finalidade de combater a Lavagem de Dinheiro proveniente de atividades ilegais e identificar crimes contra o patrimônio público e o sistema financeiro.⁸³

⁷⁹ BRASIL. Banco Central do Brasil. **Ação do Estado e papel do Banco Central**. Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/fis/supervisao/acaoestado.asp>> Acesso em 12 out. 2016, p. 1.

⁸⁰ “Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades. § 1º As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12. § 2º O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores. § 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas”. (BRASIL. **Lei 9.613/98**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm> Acesso em 19 out. 2016).

⁸¹ PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 6.ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais. 2014, p. 372.

⁸² BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Competências**. Publicado em 20/03/2015. Disponível em <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/o-conselho/competencias>> Acesso em 12 out. 2016, p. 1.

⁸³ ARELLANO, Luís Felipe Vidal. **Fronteiras da responsabilização penal de agentes financeiros na Lavagem de Dinheiro**. 2012. Mestrado. Orientador: Prof. Renato de Mello Jorge Silveira. (Curso de pós-graduação). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

Juntamente com o COAF, existe a presença do Banco Central do Brasil (BACEN). Tendo sido criado em 1964, é uma autarquia federal, vinculada, também, ao Ministério da Fazenda.

Tal autarquia tem como principal missão assegurar a estabilidade do poder de compra e venda da moeda brasileira, bem como um sistema financeiro sólido e eficiente. E, como uma de suas principais atividades, destaca-se a regulação e a supervisão do Sistema Financeiro Nacional (SFN).⁸⁴

No art. 10-A, da lei 9.613/98, tem-se a estipulação da função do Banco Central em manter registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores.

Além disso, a Lei 4.595/64⁸⁵ (que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias e cria o Conselho Monetário Nacional), traz em seu art. 10, IX que o BACEN é o responsável pela regulamentação e fiscalização das atividades das pessoas jurídicas ou físicas que operam no sistema financeiro nacional.⁸⁶

Significa dizer que todos os sujeitos-obrigados listados na lei de Lavagem de Dinheiro estão submetidos ao controle do BACEN e devem manter registros de suas operações financeiras.

Não bastasse o controle interno, tem-se também o controle em âmbito internacional. Conforme já explanado, a Lavagem de Dinheiro ocorre em todo mundo. E, tamanha é a preocupação em preveni-la que o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional conduzem avaliações a respeito do cumprimento de padrões antilavagem de dinheiro.

⁸⁴ BRASIL. Banco Central do Brasil. **O que é e o que faz o Banco Central**. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/pre/portalCidadao/bcb/bcFaz.asp?idpai=PORTALBCB>> Acesso em 03 set. 2016.

⁸⁵ BRASIL. **Lei 4.595/64**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm> Acesso em 12 out. 2016

⁸⁶ SILVA, Antônio de Souza. Lavagem de dinheiro análise da lei 9613/98 e da atuação dos órgãos fiscalizadores frente aos crimes contra o sistema financeiro. **Publicação IV Congresso Nacional da FEPODI: direito penal, criminologia e processo penal**. São Paulo, 2015. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/z3071234/xzijgq71/523UGu4D4jPsb0b6.pdf>> Acesso em 12 out. 2016, p. 114.

Destaca-se também a atuação da Interpol que possui grupo específico para a investigação e combate à Lavagem de Dinheiro, agindo de modo a incentivar a cooperação policial nas investigações.⁸⁷

Deve-se mencionar também a ONU, que em um de seus ramos de atuação dedica-se à problemática da criminalidade internacional. E, com enfoque em prevenir à Lavagem de Dinheiro, criou-se o Programa Global contra Lavagem de Dinheiro (GPML), dentro do UNODC, que tem como função reforçar que países-membros passem a adotar medidas antilavagem de dinheiro.⁸⁸

Verifica-se, então, que são diversas as instituições responsáveis pelo combate e prevenção à Lavagem de Dinheiro, não somente no âmbito nacional, como também internacional.

2.3.3 As Recomendações do GAFI que afetam as atividades do advogado

Quando se fala em combate à Lavagem de Dinheiro não se pode deixar de mencionar o Grupo de Ação Financeira (GAFI). Tal grupo é entidade intergovernamental criada em 1989 pelos Ministros de países membros.

Tem como função definir padrões e promover a efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a Lavagem de Dinheiro, dentre outras. Com a colaboração internacional, o GAFI trabalha identificando as vulnerabilidades nacionais e atuando com o objetivo de proteger o sistema financeiro internacional.⁸⁹

E, é a partir de tais trabalhos que estabelece um sistema consistente de medidas que os países⁹⁰ devem adotar da maneira mais contundente com os seus ordenamentos.

⁸⁷ CARLI, Carla Verissimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. 2006. Mestrado. Prof. Aury Lopes Jr. (Curso de mestrado). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, p. 167/170.

⁸⁸ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

⁸⁹ FATF/GAFI. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: As Recomendações do GAFI**. Fev./2012. Disponível em <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf>> Acesso em 27 out 2016, p. 26.

⁹⁰ Dentre eles: Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, África do Sul, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Coreia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Hong Kong (China), Índia, Irlanda, Itália, Islândia, Japão, Luxemburgo, Malásia, México, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, Rússia, Reino Unido, Singapura, Suíça, Suécia, Turquia.

Ou seja, são estabelecidos padrões internacionais de conduta que devem ser adotados pelos países signatários da melhor maneira possível, levando em consideração as circunstâncias particulares.⁹¹

Heloisa Estellita aponta que, em relatório publicado, o GAFI analisou uma centena de serviços e, dentre as suas recomendações tem-se as de número 22 e 23, nelas há a indicação das Atividades e Profissões Não-Financeiras Designadas. E, em 2003, foi incluída nessa lista como uma das atividades o serviço de advocacia.⁹²

Ou seja, a partir dessa disposição, seria função expressa do advogado informar as operações financeiras suspeitas ao COAF, apesar de na atual Lei de Lavagem de Dinheiro apenas se referir a atividades de “consultoria”.

As obrigações de devida diligência acerca do cliente e manutenção de registros estabelecidas nas Recomendações 10, 11 12, 15 e 17 se aplicam às atividades e profissões não-financeiras designadas (APNFDs) nas seguintes situações: (d) Advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores – quando prepararem ou realizarem transações para seus clientes [...]⁹³

A lei brasileira, que apesar de algumas condenações referentes ao profissional advogado⁹⁴, pouco discutia sobre o assunto. Em julho de 2012, promoveu sua alteração legislativa, modificando substancialmente o texto da lei 9.613/98, impondo a uma nova gama de profissionais o dever de comunicar ao COAF operações suspeitas de seus clientes.⁹⁵

⁹¹ FATF/GAFI. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: As Recomendações do GAFI**. Fev./2012. Disponível em <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf>> Acesso em 27 out 2016, p. 26.

⁹² ESTELLITA, Heloisa. *Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação*. In.: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). **Exercício da advocacia e lavagem de capitais**. Rio de Janeiro: FGV. 2016, p. 12.

⁹³ FATF/GAFI. *Op. Cit., Loc. Cit.*

⁹⁴ Processual penal e penal. Crime do art. 1º, incisos V, VI e VII, da lei 9.613/1998 (lavagem de dinheiro). Inépcia da denúncia. Não verificação. Materialidade crimes antecedentes. Indícios. Suficiência. Ônus da prova. Inversão. Inocorrência. Conhecimento da origem ilícita do dinheiro. Comprovação. Crime praticado por organização criminosa. Condenação. Legalidade. Dosimetria. Fundamentação abstrata. Vedação. Reforma. Apelação parcialmente provida. [...] IV - Demonstrado na sentença que o acusado tinha plena consciência quanto ao caráter ilícito dos valores que movimentava, e que procurou, por meio de várias operações, dar aparência de lícito aos valores ilícitos. (TRF-1 - ACR: 69572020084013800 MG 0006957-20.2008.4.01.3800, Relator: Des. Federal: Cândido Ribeiro, Data de Julgamento: 15/04/2014, Terceira Turma, Data de Publicação: e-DJF1 p.253 de 02/05/2014).

⁹⁵ VASCONCELOS, Maurício. *A lavagem de dinheiro, o financiamento ao terrorismo e suas relações com a advocacia*. In: COUTINHO, L., PIMENTEL, F, RIBEIRO, W. (Org.). **Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacellar**. Feira de Santana: ESA, p. 494.

Logo, tem-se que as recomendações do GAFI não vinculam, mas influenciam o ordenamento brasileiro, vez que, a partir de suas instruções amplia-se o texto legal a fim de acrescentar o advogado no rol de sujeitos obrigados a comunicar o órgão responsável (COAF) a respeito de operações com procedência duvidosa, a fim de evitar que ocorra a Lavagem de Dinheiro.

Nas notas explicativas da recomendação de nº 23, porém, já se esclareceu que os advogados não se encontram obrigados ao dever de informar quando obtiverem as informações sob o sigilo da profissão, estabelecido por lei. Isso porque o sigilo profissional do advogado é um dos pilares da administração da justiça em uma sociedade democrática. Tal tema será aprofundado no ponto 3.1.⁹⁶

Com a finalidade de evitar tais responsabilizações a *International Bar Association* (BAR), a *American Bar Association* (ABA) e o *Council of Bars and Law Societies of Europe* (CCBE), publicaram guia⁹⁷ para auxiliar aos advogados na detecção e prevenção à Lavagem de Dinheiro no exercício de sua profissão. Tais recomendações tiveram como base o dever ético do profissional do direito em não coadunar com a prática de tais ilícitos.⁹⁸

2.3.4 A lei 12.863/12 e suas alterações ao ordenamento brasileiro

Em julho de 2012, devido a novas recomendações internacionais acerca do tema e, a fim de fortalecer o controle administrativo sobre os setores sensíveis a Lavagem de Capitais, a lei 9.613/98 foi alterada pela lei 12.683, de modo a tornar mais eficiente a persecução penal do dito crime.

O endurecimento no combate de tal infração já era perceptível em outros países e, por se tratar de crime transnacional, em que tal prevenção deve ser realizada em

⁹⁶ ESTELLITA, Heloisa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. In. ESTELLITA, Heloisa (coord.). **Exercício da advocacia e lavagem de capitais**. Rio de Janeiro: FGV. 2016, p. 14.

⁹⁷ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION; AMERICAN BAR ASSOCIATION; COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE. **A lawyer guide to detecting and preventing money laundering**. Nov/2014. Disponível em <<http://www.anti-moneylaundering.org/AboutAML.aspx>> Acesso em 11 jan. 2016.

⁹⁸ ESTELLITA, Heloisa. *Op. Cit.*, p. 12.

conjunto, as pressões internacionais tornaram-se crescentes para a alteração do texto legal brasileiro.

Três foram as modificações de maior polêmica na lei brasileira: a extinção do rol de crimes antecedentes, a possibilidade de utilização do dolo eventual por conta da supressão do termo “quem sabe”, no art. 1º, §2º, I da Lei e a sua repercussão da possível aplicação do dolo eventual ao crime de Lavagem e a possibilidade de enquadrar o advogado no rol de sujeitos obrigados a partir das alterações no art. 9º da lei. É a respeito dos seguintes temas que se passa a explicar. Vale ressaltar que as alterações no que tange o exercício da advocacia serão examinadas no capítulo 3.

2.3.4.1 Os crimes antecedentes

Em seu texto original, a lei de combate à Lavagem de Dinheiro trazia, em seu art. 1º, um rol de crimes antecedentes. Nele, encontrava-se explícito que caso o sujeito viesse a ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de produtos de certos crimes⁹⁹, estaria incorrendo na lavagem de capitais.

Significa dizer que para a antiga lei de Lavagem, apenas poderia haver a configuração do crime quando o delito antecedente estivesse descrito ou quando realizado por organização criminosa, conceito polêmico por não haver conceito específico. Ou seja, como afirma Cesar Antônio Silva, não seria para todo e qualquer crime que geraria tal subsunção.¹⁰⁰

Ocorre que, uma das grandes mudanças da lei 12.863/12 foi revogar os incisos do texto legal, retirando o rol de crimes antecedentes. O que se encontra na redação legal atual é: “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição,

⁹⁹ I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II - de terrorismo; III - de terrorismo e seu financiamento; IV - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; V - De extorsão mediante sequestro; VI - Contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VII - Contra o sistema financeiro nacional; VIII - praticado por organização criminosa. VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337- C e 337-D do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal).

¹⁰⁰ SILVA, Cesar Antônio. **Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 57.

movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Percebe-se que a nova redação tem o intuito de seguir as tendências mais modernas, bem como as recomendações do GAFI, além de cumprir com o compromisso assumido na Convenção de Palermo, adotando medidas mais intensas no combate à Lavagem de Dinheiro.¹⁰¹

Dentre as influências internacionais deve-se mencionar a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (também conhecida como Palermo)¹⁰², aprovada em 15 de novembro de 2000, pela Assembleia Geral da ONU. Em seu texto legal¹⁰³, há a exigência de que os países signatários ampliem o rol dos crimes antecedentes de suas leis, trazendo o maior número de delitos o possível.¹⁰⁴

É importante destacar que tal Convenção representou um importante avanço ao combate contra o crime organizado transnacional e, sua entrada em vigor em 2003 significou o reconhecimento por parte dos Estados-Membros a respeito da gravidade do problema, bem como da necessidade de intensificar a cooperação internacional a fim de enfrentar o crime organizado transnacional. Isso porque, através desse instrumento, os Estados signatários se comprometeram a adotar uma série de medidas contra o crime organizado.¹⁰⁵

Como afirma Celso Vilardi, se antes a lei de combate ao Branqueamento de Capitais tinha como objetivo prevenir a prática de crimes como o tráfico de drogas, ou terrorismo, ou crimes contra a administração pública, dentre outros. Com a alteração

¹⁰¹ FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. **Comentários críticos à lei brasileira de lavagem de capitais: Legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 72.

¹⁰² Ratificado pelo Brasil no decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

¹⁰³ Art. 6º: “Criminalização da lavagem do produto do crime: 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente: [...] a) Cada Estado Parte procurará aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à mais ampla gama possível de infrações principais; [...]” (BRASIL. Decreto 5.015/04. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm> Acesso em: 13 dez. 2016).

¹⁰⁴ RIOS, Rodrigo Sánchez. Alterações na lei de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos. **Boletim IBCCRIM**, nº 237. Ago/2012, p. 3.

¹⁰⁵ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Prevenção ao Crime e Justiça Criminal: marco legal**. Disponível em <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>> Acesso em: 13 dez. 2016, p. 1.

legislativa a lei deixa de trazer o rol de crimes antecedentes, passando a tutelar toda lavagem de bem, direito ou valor proveniente de infração penal.¹⁰⁶

Percebe-se que não apenas retiram o rol que taxava os crimes antecedentes, como houve também a substituição do termo “crime” por “infração penal”, tornando possível incluir até mesmo as contravenções penais ao tipo. Notória então a influência da Convenção de Palermo no tocante a ampliação do rol de crimes antecedentes, como aponta Ilana Luz em sua obra.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸

Se por um lado a alteração trazida pela lei aumenta a tutela de proteção aos bens jurídicos, evitando ao máximo que ocorra a Lavagem de Dinheiro. Por outro, a tutela exacerbada torna certas punições desproporcionais. Isso porque passa a punir com a mesma pena mínima cominada tanto o traficante de drogas quanto o organizador de bingo de quermesse que oculta seu rendimento.¹⁰⁹

Significa dizer que, apesar de proteger o bem jurídico de forma mais ampla, termina-se equiparando sujeitos e crimes de forma abrangente demais, sujeitos submetidos a penas de seus crimes antecedentes completamente destoantes, respondem igualmente pelo crime de Lavagem de Dinheiro.

2.3.4.2 A alteração do texto legal suprimindo o termo “que sabe” e o dolo eventual

Não bastasse excluir o rol de crimes antecedentes para configurar a Lavagem de Dinheiro, o art. 1º, §2º, I traz como nova redação: “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”.

Percebe-se a supressão do termo “que sabe” presente no antigo texto legal: “Utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo”.

¹⁰⁶ VILARDI, Celso Sanchez. A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. **Boletim IBCCRIM**, nº 237. Ago./2012, p. 17.

¹⁰⁷ FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. **Comentários críticos à lei brasileira de lavagem de capitais: Legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 73.

¹⁰⁸ EDITORIAL. Nova lei de lavagem de dinheiro: o excesso e a banalização. **Boletim IBCCRIM**, nº 237. Ago/2012, p. 1.

¹⁰⁹ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

O legislador demonstra a intenção de tornar criminosa qualquer utilização de bem, direito ou valor na atividade econômica ou financeira, abrangendo a tutela legal e endurecendo-a.¹¹⁰

Ou seja, a partir de tal supressão passa-se a admitir a figura do dolo eventual como elemento subjetivo do tipo, ao lado do dolo direto¹¹¹. Significa dizer que, mesmo quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas aceitar a produção de seu resultado como possível e/ou provável, assumindo o risco e não se importando com a sua ocorrência, resta possível a imputação penal.

Alguns doutrinadores, como Celso Vilardi, realizam a ressalva que nesse delito não irá se punir a utilização do dinheiro sujo, mas sim, aquele que tem a aparência lícita, ou seja, passou por um processo dissimulatório sem o qual não poderia circular no mercado.

Ou seja, que o sujeito que apenas usar o dinheiro ilícito não incorreria no delito específico de Lavagem de Dinheiro. Agora, a partir do momento em que atua de forma a participar de uma das três fases do delito (conversão, dissimulação, reinversão), independente de qual seja ela, neste caso se insere no tipo penal já descrito.¹¹²

Ocorre que é perceptível a atual intenção do legislador em imputar qualquer sujeito que venha a se aproximar da prática da Lavagem de Dinheiro. O que antes deveria ser circunstância objetiva para fim de subsunção do tipo penal, hoje torna-se um conceito cada vez mais aberto.

Tal abertura tem uma justificativa internacional. As Convenções das Nações Unidas, denominadas de Merida¹¹³ e Palermo¹¹⁴, que tem por objetivo o combate a corrupção

¹¹⁰ VILARDI, Celso Sanchez. A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. **Boletim IBCCRIM**, nº 237. Ago/2012, p. 17.

¹¹¹ RIOS, Rodrigo Sánchez. Alterações na lei de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos. **Boletim IBCCRIM**, nº 237. Ago/2012, p. 4.

¹¹² VILARDI, Celso Sanchez. *Op. Cit. Loc. Cit.*

¹¹³ Art. 28: O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas". [BRASIL. **Decreto nº 5.687/06**].

¹¹⁴ "Art. 6º: 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente: f) O conhecimento, a intenção ou a motivação, enquanto elementos constitutivos de uma infração enunciada no parágrafo 1 do presente Artigo, poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas". [BRASIL. **Decreto 5.015/04**].

e ao crime organizado, respectivamente, trazem em seus textos que elementos subjetivos podem inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.

O elemento subjetivo seria aquele em que se insere a consciência e vontade do autor, podendo ser justamente a própria intenção de realização de um delito. Já as circunstâncias objetivas são as externas ao próprio fato e a pessoa. Segundo Busato o dolo sempre dependerá de uma demonstração objetiva da intenção subjetiva.¹¹⁵

A partir do texto legal das mencionadas convenções torna-se possível imputar o sujeito apenas averiguando os elementos subjetivos da ação, aumentando as possibilidades de se imputar o sujeito pela Lavagem de Dinheiro.

Na teoria de Roxin percebe-se a importância de se configurar os elementos objetivos, pois, segundo ele, são esses elementos que configuram o crime. As circunstâncias subjetivas possuem importância, mas para avaliação dos possíveis riscos, bem como para distribuição das responsabilidades entre os diversos participantes.¹¹⁶

Como exemplo da periculosidade da abertura dos tipos penais subjetivos, tem-se o caso ocorrido em maio de 2012, quando o Procurador Regional da República ofereceu representação ao MPF a fim de instaurar inquérito penal contra o advogado e ex-ministro, Márcio Thomaz Bastos, que estava a prestar serviços a Carlinhos Cachoeira, empresário acusado de crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, dentre outros.

Tal representação teria como fundamento o fato de que o cliente não possuía renda lícita para arcar com seu advogado. Os honorários de Thomaz Bastos, na época, chegaram ao montante de quinze milhões de reais. Durante o texto da representação, o Procurador Manoel Pastana, afirmava:

Embora haja informação de que os bens e recursos de Cachoeira estejam bloqueados, a medida restritiva parece não ter sido suficiente, porquanto, se o fosse, ele não teria condições de custear o contrato advocatício em epígrafe. Destarte, faz-se necessário aprofundar a investigação, incluindo o próprio advogado, ora representado. É que, conquanto o patrocínio do ex-ministro da Justiça não seja ilegal (embora ofenda a moral e a ética), o recebimento dos honorários em tais circunstâncias é ilegal, por configurar, em tese, ilícito penal, conforme se verá a seguir.¹¹⁷

¹¹⁵ BUSATO, Paulo César. **Dolo e significado**. In: Paulo César Busato. Dolo e direito penal, modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 63/65.

¹¹⁶ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 38, abr/2002, p. 11 *et seq.*

¹¹⁷ BRASIL. Procurador Regional da República. **Representação contra Márcio Thomaz Bastos**. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/leia-a-integra-da-representacao-contrathomaz-bastos/>> Publicada em 28 mai. 2012. Acesso em 03 set. 2016, p. 1.

A argumentação do procurador baseia-se na ideia de que deixar que Bastos fosse pago com honorários ilícitos, seria permitir que Cachoeira tirasse proveito do produto do crime. Tal atitude é completamente contrária a um dos principais objetivos da lei que combate à Lavagem de Dinheiro, ou seja, impedir que o infrator obtenha vantagem de qualquer ordem da prática criminosa.

[permitir que] os recursos sujos ingressem no patrimônio do representado e passem a circular como capitais limpos, ganhos em atividade regular de advocacia, o que, a toda evidência, não é, porquanto salta aos olhos que o seu cliente não tem condições financeiras de pagar honorários, ainda que pequenos, com recursos legais.¹¹⁸

A periculosidade da consideração das circunstâncias subjetivas como objetivas se encontra em tais situações. Cria-se a insegurança ao profissional de até que ponto poderá agir em segurança. No caso apresentado, por exemplo, o possível conhecimento (desconfiança) sobre a origem ilícita de tal dinheiro poderia trazer-lhe uma sanção penal pela suposta prática de um crime, segundo o texto da convenção de Merida/Palermo.

Não bastasse isso, o Ministério Público Federal editou as chamadas “10 medidas contra a corrupção”, a fim de ter, segundo a propaganda “um país mais justo e com menos impunidade”. Dentre elas, tem-se a medida nº 2: “criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos”.¹¹⁹

Em tal medida a ideia é que o sujeito que enriquece ilicitamente não deve permanecer impune e, mesmo quando não for possível descobrir ou comprovar quais foram os atos específicos de corrupção praticados, ele deve responder pelo resultado. A justificativa que se dá a tal punição é que a corrupção, além de ser ato ilegal é também imoral e, por isso deve ser punida.¹²⁰

Percebe-se, então, que o texto originário da lei era considerado o chamado rol misto, sendo destinado a crimes específicos, devendo ser analisadas as circunstâncias

¹¹⁸ BRASIL. Procurador Regional da República. **Representação contra Márcio Thomaz Bastos**. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/leia-a-integra-da-representacao-contrathomaz-bastos/>>. Publicada em 28 mai. 2012. Acesso em 03 set. 2016, p. 2.

¹¹⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **10 medidas contra a corrupção**. Disponível em <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>> Acesso em: 13 dez. 2016.

¹²⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Medida 2: criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos e proteção à fonte de informação**. Disponível em <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_2_versao-2015-06-25.pdf> Acesso em: 13 dez. 2016.

objetivas, porém, com abertura no último inciso, em que se fazia referência a todos os crimes praticados por organizações criminosas.

Hoje, todavia, as pressões internacionais, com o objetivo de combater os crimes financeiros vêm abrindo caminhos para facilitar a punição de possíveis agentes criminosos. Não bastando deixar aberto o tipo penal de Lavagem de Dinheiro ao excluir o rol de crimes antecedentes, criou-se a possibilidade de se analisar as circunstâncias subjetivas, considerando-as objetivas, torna mais frágil a aplicação do direito, abrindo espaço para maiores arbitrariedades no momento da interpretação dos fatos.

3 A LAVAGEM DE CAPITAIS E O DEVER DE INFORMAÇÃO IMPOSTO AO ADVOGADO

Os riscos sociais gerados pela modernização e a procura infinita por mais lucros trouxe o medo à sociedade. A consequência gerada foi a tentativa dos Estados em se proteger.¹²¹

A nova lei de Lavagem de Dinheiro, editada após pressões internacionais, a fim de combater a criminalidade por meio do esvaziamento do estímulo econômico, trouxe o endurecimento legal que gerou repercussões diretas ao exercício da advocacia, mesmo sem haver expressamente a indicação do advogado na lei.¹²²

Porém, com um texto de interpretação abrangente surge a possibilidade de considerar esse profissional como sujeito garantidor, conseqüentemente trazendo-lhe o dever de cuidado. É sobre essas questões que se passa a explicar.

3.1 O CONFLITO DE DEVERES GERADO ENTRE A NOVA DISPOSIÇÃO LEGAL E A FUNÇÃO DO ADVOGADO NO DIREITO

A alteração da lei de Lavagem de Dinheiro trouxe uma grande repercussão ao ordenamento jurídico: a possibilidade de se enquadrar o advogado no rol de sujeitos obrigados a informar operações suspeitas ao COAF.

Isso porque em um dos incisos legais que estabelece quem são os sujeitos garantidores há presença do “consultor” e “assessor”, função que, segundo a OAB, pode ser exercida pelo advogado.

Além disso, recomendações internacionais, como a do GAFI, por exemplo, já trazem expressamente a função do advogado como responsável pelo combate a tal crime também. Ocorre que o dever de comunicar estabelecido entra em conflito direto com o dever de sigilo imposto a tal profissional no Código de Ética Profissional.

¹²¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: 34. 2011, p. 23/28.

¹²² BRASIL. Comissão de segurança pública e combate ao crime organizado. **Projeto de lei nº 2.902/11**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1030973.pdf>> Acesso em 07 abr. 2017.

3.1.1 O dever de sigilo do advogado no exercício de sua profissão

Em algumas profissões, o dever de sigilo é intrínseco ao ofício, principalmente quando se refere a áreas ligadas às ciências humanas, que envolvem o contato direto com outros indivíduos.

A advocacia constitui função social, porém, a relação entre advogado e cliente encontra-se em um patamar inconfundível à da mera e, tantas vezes, impessoalizada categoria da prestação de serviços. O exercício da advocacia requer o conhecimento do cliente para a realização da melhor defesa possível.¹²³

Como afirma Estelitta e Bottini, as informações repassadas pelo cliente devem ser protegidas com o sigilo e inviolabilidade pois, a Justiça Material demanda uma defesa técnica efetiva, e o advogado só é capaz de assim fazer, quando em posse de todas as informações relevantes para defesa de seu cliente.¹²⁴

A própria jurisprudência dos Tribunais de Ética e Disciplina coadunam:

O sigilo profissional é instrumento indispensável para garantir a plenitude do direito de defesa do cidadão porque assegura ao cliente a inviolabilidade dos fatos expostos ao advogado. Por isso se lhe atribui status de interesse geral e matéria de ordem pública. O advogado que toma conhecimento de fatos expostos pelo cliente não pode revelá-los nem deles se utilizar em benefício de outros clientes ou no seu próprio interesse, devendo manter-se em silêncio e abstenção eternamente.¹²⁵

¹²³ REALE JÚNIOR, Miguel. A relação advogado-cliente e o sigilo profissional como meio de prova. **Revista do Advogado**. Disponível em <<http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/A%20rela%C3%A7%C3%A3o%20advogado-cliente.PDF>> Acesso em 01 set. 2016, p. 78.

¹²⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n.º 129. Abr/2016, p. 135.

¹²⁵ Sigilo profissional - princípio de ordem pública que, excepcionalmente, admite flexibilização - possibilidade de violação do princípio sem configuração de infração ética - advogado acusado injustamente por cliente da prática de crime - necessidade de violação do sigilo para promoção de defesa do advogado - hipótese autorizada expressamente por lei, arts 25 e o CED e 3º caput da resolução 17/2000 do ted-1-sp - justificativa legal que, se e quando configurada, exclui a ilicitude da conduta desde que as revelações sejam feitas nos estreitos limites necessários à defesa do advogado - o profissional assume responsabilidade pessoal sobre as revelações - justificando perante a ordem sua necessidade de fazê-lo, poderá afastar a infração prevista pelo art. 34, VII e OAB, conforme determinação do art. 4º da resolução 17/2000 TED I/SP.. O sigilo profissional é instrumento indispensável para garantir a plenitude do direito de defesa do cidadão porque assegura ao cliente a inviolabilidade dos fatos expostos ao advogado. Por isso se lhe atribui status de interesse geral e matéria de ordem pública. O advogado que toma conhecimento de fatos expostos pelo cliente não pode revelá-los nem deles se utilizar em benefício de outros clientes ou no seu próprio interesse, devendo manter-se em silêncio e abstenção eternamente. O profissional que desrespeita esse princípio está sujeito à infração disciplinar (art. 34, inciso VII do EOAB) e se sujeita à tipificação do crime de violação de segredo profissional previsto no art. 154 do Código Penal. [...] Todavia a excludente de ilicitude só lhe aproveita se as revelações forem feitas no estrito limite e interesse de sua defesa, advertindo-se o

Significa dizer que para que o cliente possa se expor ao profissional que está a contratar, é preciso haver um vínculo de confiança e, é por conta disso que o sigilo é essencial. O sigilo radica na confiança. O cliente deve saber que o que está confessando ao seu advogado não será abertamente exposto e, somente utilizado a fim de lhe garantir uma defesa digna.¹²⁶

O próprio Código de Ética do advogado assegura que deve esse profissional “aprimorar-se no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal”.¹²⁷

A obrigação do sigilo profissional constitui para a profissão do advogado um núcleo que nunca poderá ser tocado. É de tamanha a importância de tal sigilo, que é recheada com múltiplos deveres, que, quando descumprindo, produzem consequências penais, civis e disciplinares.¹²⁸

Não há apenas disposição sobre o sigilo, o Estatuto da Advocacia prevê também a inviolabilidade do local de trabalho, bem como de seus instrumentos, sendo qualquer meio de comunicação do advogado com seu cliente, inviolável. Tal requisito traz, então, uma proteção ainda maior, pois, protege aquelas informações de possíveis terceiros interessados.¹²⁹⁻¹³⁰

A única exceção para a ocorrência da quebra da inviolabilidade ocorre nas situações em que o próprio advogado está sendo investigado, garantindo-se, porém, o sigilo dos outros clientes não envolvidos. Garantido da mesma forma, uma proteção ao cliente.

advogado que assume pessoalmente a responsabilidade pela violação (art. 4º da Resolução 17/2000). V.U., em 17/03/2011, do parecer e ementa da Rel. Dra. MARY GRUN - Rev. Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI - Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA. E-3.965/2010. Tribunal de Disciplina e Ética (SP).

¹²⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. A relação advogado-cliente e o sigilo profissional como meio de prova. **Revista do Advogado**. Disponível em <<http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/A%20rela%C3%A7%C3%A3o%20advogado-cliente.PDF>> Acesso em 01 set. 2016, p. 78.

¹²⁷ BRASIL. **Código de ética do advogado**. Preâmbulo. Disponível em <<http://oabam.org.br/downloads/pdf/codigodeetica.pdf>> Acesso em 02 set. 2016.

¹²⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. *Op. Cit. Loc. Cit.*

¹²⁹ Art. 7º São direitos do advogado: II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; (Estatuto da Ordem dos Advogados).

¹³⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n.º 129. Abr./2016, p. 137.

É importante ressaltar que o sigilo não precisa ser requisitado, é inerente à profissão. Previsto em diversos diplomas legais, a privacidade que deve surgir de tal relação deve ser inviolável. E, a sua quebra injustificada pode gerar sanções administrativas ao profissional.

O Código de Ética do advogado, aquele que disciplina os padrões de comportamento do profissional do direito, traz a previsão a respeito do sigilo em seus art. 25, 26 e 27. O texto legal dessa disposição afirma que tal dever é inerente à profissão e, o advogado é obrigado a guardar para si o que lhe é contado pelo cliente e, mesmo no processo de defesa, só deve repassar as informações que o cliente lhe autorizar.¹³¹

Não bastasse, o Código Civil prevê, em seu art. 229 que “ninguém pode ser obrigado a depor sobre um fato a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo”. E, como sanção pelo descumprimento, o Código Penal traz previsão expressa em seu art. 154: “revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”.

É tão forte tal prerrogativa, que é possível o advogado se recusar a prestar depoimento judicial, mesmo que autorizado por seu cliente. A exceção para tal regra ocorre, somente, quando há ameaça a vida ou a honra do profissional, ou quando se encontra confrontado por seu cliente, nos limites do interesse da causa.¹³²

O próprio Código de Processo Penal traz, no seu capítulo sobre provas que podem ser produzidas no processo que “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.¹³³

¹³¹ Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

Art. 27. As confidências feitas ao advogado pelo cliente podem ser utilizadas nos limites da necessidade da defesa, desde que autorizado aquele pelo constituinte. Parágrafo único. Presumem-se confidenciais as comunicações epistolares entre advogado e cliente, as quais não podem ser reveladas a terceiros.

¹³² BRASIL. **Código de ética do advogado.** Disponível em <<http://oabam.org.br/downloads/pdf/codigodeetica.pdf>> Acesso em 02 set. 2016.

¹³³ Art. 207, CPP.

Bem como o Código de Processo Civil, apresenta a mesma exceção à obrigação de depor¹³⁴. Ou seja, não há o que se questionar sobre o fato de que o advogado teria expressa proibição para servir de base probatória contra seu próprio cliente em razão de sua função/profissão.

A prerrogativa do sigilo na atuação do advogado, todavia, não irá ser restrita aos casos em que há representação judicial. Vale lembrar que este profissional pode atuar, também, como assessor ou consultor de uma determinada situação¹³⁵, por exemplo, definidos por Bonitti e Badaró como profissionais que “analisam a situação jurídica do seu cliente ou da operação por ele pretendida, limitando-se à análise ou aconselhamento jurídico, sem relação direta com um litígio”.¹³⁶

O advogado, então, tem o dever de sigilo e, este deve ser sempre respeitado, pois é a melhor forma de se estabelecer uma relação de confiança com seu cliente. No processo criminal, o advogado está ciente de possíveis atos cometidos por quem está defendendo, que, possivelmente não lhe contaria absolutamente detalhe nenhum se não houvesse a segurança do segredo.

Como já assegura a Constituição Federal em seu art. 5º, todos tem o direito à intimidade e a privacidade¹³⁷. Tal garantia fundamental baseia-se no conceito de que o indivíduo tem o controle para obstar a intromissão de estranhos em sua vida particular, bem como o poder de impedir o acesso à informações de sua vida ou de publicá-las. Significa dizer que, além de obedecer ao sigilo da profissão, cabe ao advogado respeitar a vida privada de seu cliente, preservando a intimidade do mesmo.¹³⁸

¹³⁴ Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos: II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo; (BRASIL. **Código de processo civil. Lei 13.105/15**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 05 abr. 12017).

¹³⁵ Estatuto da Ordem do Advogados: Art. 1º São atividades privativas de advocacia: II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

¹³⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 138/144.

¹³⁷ “Art. 5º: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; ”

¹³⁸ CUNHA Jr., Dirley da Costa. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 687.

Por ser imperativo da conduta do advogado a luta pela justiça, este deve pugnar pelo cumprimento da lei e da Constituição Federal, assegurando que esteja sempre em perfeita consonância com os fins sociais e os bens comuns.

Deve esse profissional, por consequência, proceder com lealdade e boa-fé em seu ofício a fim de “empenhar-se na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio, dando ao constituinte o amparo do Direito, e proporcionando-lhe a realização prática de seus legítimos interesses”.¹³⁹

Vale notar que a própria ONU já se manifestou, em seus Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados, que “os Governos devem reconhecer e respeitar a confidencialidade de todas as comunicações e consultas feitas entre os advogados e os seus clientes no âmbito das suas relações profissionais”.¹⁴⁰

Percebe-se, então, que o advogado tem como função garantir o cumprimento do devido processo legal, não assegurando que seu cliente se mantenha impune, mas sim, tendo a certeza de que terá a sanção proporcional ao delito. Realizando, para tanto, uma defesa adequada e, para essa, necessita da relação de confiança entre o profissional e seu cliente, a fim de fluir de forma efetiva.

3.1.2 Sobre o dever de sigilo do advogado e a (im)possibilidade de imputação delitiva ante ao descumprimento do dever de informação

O legislador traz inovações na lista de pessoas com obrigações impostas pelos arts. 10 e 11 da lei de Lavagem de Dinheiro.

O art. 9º dispõe em seu texto um rol de profissionais que tem a obrigação de manter registro de seus clientes, bem como de comunicar as entidades financeiras no caso de suspeita de Lavagem de Dinheiro. Dentre elas:

¹³⁹ BRASIL. **Código de ética do advogado**. Preâmbulo. Disponível em <<http://oabam.org.br/downloads/pdf/codigodeetica.pdf>> Acesso em 02 set. 2016.

¹⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Direitos Humanos na Administração da Justiça - Conduta profissional Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados. Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-pcjp-23.html>> Acesso em 05 abr. 2017, p. 5.

Art. 9º: Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza [...] ¹⁴¹

As atividades descritas em tal redação são perfeitamente compatíveis com serviços prestados na advocacia e, como não há exceção expressa prevista para as atividades de natureza jurídica, é perfeitamente possível inserir o advogado nesse rol de obrigados.¹⁴²

Tais alterações legais que tiveram como impulso as recomendações 22 e 23 do GAFI, as quais afirmam que profissionais, dentre eles, os advogados, devem manter registro sobre seus clientes, bem como comunicar as autoridades a respeito de operações suspeitas.¹⁴³

E, uma das obrigações impostas pela nova lei é a necessidade de comunicar ao COAF, abstendo-se, inclusive, de informar ao cliente a respeito, sobre as operações que constituam em sérios indícios dos crimes previstos na lei de Lavagem de Dinheiro.¹⁴⁴

Ocorre que o advogado, possivelmente enquadrado em tal rol de funções, possui também, como uma de suas prerrogativas, o dever de sigilo, devidamente determinado pelo Código de Ética da profissão. E, as possibilidades em que se torna desculpável a quebra de tal obrigação de sigilo, estão no próprio Código de Ética, logo, tem-se a ideia de que tal prerrogativa não pode ser violada.

¹⁴¹ BRASIL. Lei 12.683/12.

¹⁴² TEBET, Diogo. Lei de lavagem de dinheiro e a extinção do rol dos crimes antecedentes. **Boletim IBCCRIM**, nº 237. Ago./2012, p. 17.

¹⁴³ VASCONCELOS, Maurício. A lavagem de dinheiro, o financiamento ao terrorismo e suas relações com a advocacia. In: COUTINHO, L.; PIMENTEL, F; RIBEIRO, W (Org.). **Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacellar**. Feira de Santana: ESA, p. 493/494.

¹⁴⁴ “Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º: I - Dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; II - Deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: (...) b) das operações referidas no inciso I.” Lei 12.683/12.

Por conta disso, gera-se um conflito normativo entre o dever de comunicar as operações suspeitas de crime e a obrigação de manter os segredos de seus clientes.¹⁴⁵

Não bastasse, deve-se destacar, também, que a informação que o advogado supostamente deveria passar as autoridades é considerada sigilosa. O próprio artigo 5º da Carta Magna, que estabelece os direitos fundamentais, traz a proteção ao sigilo da privacidade e intimidade.¹⁴⁶

Além disso, como diz Rodrigo Sánchez, a possibilidade de enquadrar o advogado nesse rol, traria ao profissional um certo dever de pesquisar sobre o seu cliente, a fim de descobrir elementos suficientes para comprovar a (i)licitude do dinheiro.¹⁴⁷

É certo que este dever de pesquisa antes de formalmente aceitar realizar sua representação quebra com princípio fundamental estabelecido na Constituição Federal, o livre exercício da profissão. O advogado teria uma espécie de restrição para exercer representações judiciais a fim de evitar possíveis sanções administrativas e/ou judiciais.¹⁴⁸

Como a lei de Lavagem de Dinheiro é norma que tutela um bem jurídico de suma importância, nela há a previsão que aqueles profissionais que deixarem de cumprir os deveres impostos pela lei, são passíveis de algumas sanções, podendo ser elas: advertência, multa pecuniária, inabilitação temporária e, até mesmo, cassação da autorização para operação ou funcionamento.¹⁴⁹

¹⁴⁵ EDITORIAL. A nova lei de lavagem de dinheiro: o excesso e a banalização. **Boletim nº 237, IBCCRIM**. Publicado em ago./2012. Disponível <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 16.

¹⁴⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

¹⁴⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 100.

¹⁴⁸ “Art. 5º: XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

¹⁴⁹ SAADI, Ricardo Andrade. O combate à lavagem de dinheiro. **Boletim nº 237, IBCCRIM**. Publicado em agosto de 2012. Disponível <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 16, p. 8.

A recomendação de número 23, proposta pelo GAFI, conforme já foi exposto, excluiu da abrangência aqueles profissionais do direito que estivessem atuando no âmbito jurídico. Tal recomendação segue, também, as diretivas europeias sobre o tema, como exemplo tem-se a Diretiva 2005/60/CE¹⁵⁰, que exime o profissional atuante na esfera jurídica de expor qualquer informação sobre o seu cliente.

Apesar de aparentemente solucionado o problema, surge uma segunda questão: nem sempre o advogado estará prestando serviços jurídicos quando se deparar com situações ilícitas, isso porque poderá estar atuando ali como consultor ou assessor processual, por exemplo.

A ideia que vem tomando força para solucionar tal questão é que todos aqueles profissionais que estão a lidar com situações jurídicas sejam litígios, consultorias ou assessorias, devem obedecer ao sigilo profissional. A própria legislação portuguesa já trouxe previsão expressa:

No contexto da avaliação da situação jurídica do cliente, no âmbito da consulta jurídica, no exercício da sua missão de defesa ou representação do cliente num processo judicial, ou a respeito de um processo judicial, incluindo o aconselhamento relativo à maneira de propor ou evitar um processo, bem como as informações que sejam obtidas antes, durante ou depois do processo.¹⁵¹

Como forma de sintetizar Estellita e Bottini trazem a divisão das atividades de advocacia em alguns grupos. Primeiro, tem-se o advogado que atua em contencioso judicial ou extrajudicial e aquele que presta assessoria e consultoria jurídica voltada para análise de situação jurídica. Esses são sujeitos que desempenham função de

¹⁵⁰ “Enquanto membros independentes de profissões que prestam consulta jurídica legalmente reconhecidas e controladas, tais como os advogados, estiverem a determinar a situação jurídica de clientes ou a representá-los em juízo, não seria adequado impor-lhes, ao abrigo da presente directiva, a obrigação de comunicarem, em relação a essas atividades, suspeitas relativas a operações de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Devem estar isentas de qualquer obrigação de comunicação as informações obtidas antes, durante ou após um processo judicial ou aquando da apreciação da situação jurídica do cliente. Por conseguinte, a consultoria jurídica continua a estar sujeita à obrigação de segredo profissional, salvo se o consultor jurídico participar em atividades de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, se prestar consulta jurídica para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo ou se o advogado estiver ciente de que o cliente solicita os seus serviços para esses efeitos”. Parlamento Europeu e do Conselho. **Diretiva 2005: relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo**. 26 out. 2005. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0060&from=PT>> Acesso em 29 jan. 2017, p.3.

¹⁵¹ PORTUGAL. Lei 25/2008.

defesa do cliente. Por vezes atuando como representante, não apenas com a função de orientar. Nesses casos então, não há incidência alguma do dever de informação.¹⁵²

Já aqueles profissionais que fazem as chamadas consultorias estritas ou operações extrajudiciais, ou seja, operações que podem ser realizadas por qualquer indivíduo capacitado, não estão abarcadas pelas exceções da OAB, logo, haveria nesses casos o dever de informar.¹⁵³

O outro grupo profissional seria aquele que realiza aconselhamento jurídico sobre operações tributárias ou societárias, por exemplo, sem que haja um litígio em andamento ou uma antevisão clara. O entendimento, em tal situação, é que por inexistir o direito de defesa posto em prática, há o dever de comunicar. Ocorre que, há certa dificuldade em desvincular possível futuro litígio de uma situação como essa e, havendo a impossibilidade de separação clara, deve prevalecer o sigilo e a inviolabilidade, a fim de proteger a relação profissional previamente estabelecida.¹⁵⁴

Apesar de ser lei que combate à Lavagem de Dinheiro, não se pode ferir os princípios e normas constitucionais. O exercício da advocacia já teve sua importância reconhecida ao ser trazida constitucionalmente como equiparada a função pública. E, encontra-se disposto em lei que aquele profissional que viola o dever de sigilo é punível com sanção de censura (art. 36, I, Estatuto da OAB), além de poder ser imputado no crime de violação de segredo profissional (art. 154, CP).¹⁵⁵

Se de um lado tem-se uma norma genérica, em que o Legislativo decide aplicar o chamado silêncio eloquente¹⁵⁶ na lei. Do outro há norma específica que versa sobre a profissão. A Ordem dos Advogados já se pronunciou no sentido de que não há possibilidade de a lei genérica revogar princípios e artigos de lei específica sem fazê-

¹⁵² BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n.º 129. Abr/2016, p. 140.

¹⁵³ ESTELLITA, Heloisa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. In.: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). **Exercício da advocacia e lavagem de capitais**. Rio de Janeiro: FGV. 2016, p.22.

¹⁵⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. *Op. Cit.*, p. 140.

¹⁵⁵ RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 103.

¹⁵⁶ Segundo Daniel Sarmento o silêncio eloquente ocorre quando, ao se regular uma norma, não se consagra determinada incidência ou consequência, mas não por um esquecimento involuntário do legislador, mas em razão de uma escolha intencional, onde a não inclusão no texto legal, passa a significar a exclusão. [SARMENTO, Daniel. As lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de direitos e garantias fundamentais**. Vitória, n.º 12, jul./dez. 2012, p. 34].

lo de forma explícita, tornando a norma imposta pela Lei de Lavagem de Dinheiro inaplicável ao advogado.¹⁵⁷

3.2 DO DEVER DE COMPLIANCE E O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

Como afirma Maurício Januzzi, no sistema capitalista atual é inconcebível a ideia de uma sociedade sem a figura da empresa. Devido ao seu fortalecimento ao longo da história, criaram-se certas responsabilidades e a expectativa de um comportamento probo e transparente das mesmas. Atentos a essa dinâmica social, concluiu-se por adotar sistemas contínuos de verificação da legalidade de suas condutas, a fim de reduzir os riscos de suas operações.¹⁵⁸

Tal sistema de gerenciamento ficou conhecido como *compliance*, que é prática empresarial realizada para colocar padrões internos de acordo e em cumprimento de dados normativos. É, nada mais do que a conformidade das empresas com os regulamentos internos e externos. Ou seja, com as normas internas do local, bem como com as leis do país, e de outros países que se estenda vigência.¹⁵⁹

Devido à infinidade e complexidade de normas regulatórias para diversas atividades, as empresas e instituições desenvolveram setores voltados unicamente para assegurar que as regras a elas destinadas fossem cumpridas, evitando problemas

¹⁵⁷ Lei 12.683/12, que altera a lei 9.613/98, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Inaplicabilidade aos advogados e sociedades de advogados. Homenagem aos princípios constitucionais que protegem o sigilo profissional e a imprescindibilidade do advogado à Justiça. Lei especial, estatuto da Ordem (lei 8.906/94), não pode ser implicitamente revogado por lei que trata genericamente de outras profissões. Advogados e as sociedades de advocacia não devem fazer cadastro no COAF nem têm o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional. Obrigação das seccionais e comissões de prerrogativas nacional e estaduais de amparar os advogados que ilegalmente sejam instados a fazê-los. [Processo nº 49.0000.2012.006678-6/CNECO. Requerente: Presidência do Conselho Federal da OAB. Relatora: Daniela Teixeira].

¹⁵⁸ SANTOS, Mauricio Januzzi. **Criminal compliance: o direito penal aplicado em seu viés preventivo**. Coord: Elias Farah. Revista do instituto dos advogados de São Paulo. São Paulo: Revista dos tribunais. Ano 15. V. 29. Jan/Jun. 2012, p. 232.

¹⁵⁹ LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. Org: Carla Verrísimo De Carli. **Lavagem de dinheiro: Prevenção e controle penal**. Curitiba: Verbo Jurídico. 2011, p.53.

jurídicos.¹⁶⁰ A ideia principal é a criação de controles internos a fim de prevenir a responsabilização dos agentes, seja no âmbito cível ou criminal.¹⁶¹

A expressão é derivada do inglês “*to comply with*” a qual tinha a utilização plenamente médica, e indicava que o paciente deveria cumprir rigorosamente as instruções. Atualmente, foi adequada ao ramo empresarial, para caracterizar a adoção, pela empresa, de medidas internas com o objetivo de assegurar a observância das leis, estandartes e diretivas empresariais.¹⁶²

O mercado financeiro sempre foi visto como um risco potencial não só para a nação, como para o mundo. Em 2008 tal pensamento tornou-se realidade e, como afirma Arturo Berini, os tremores do mercado hipotecário americano trouxeram, em questão de meses, uma crise global.¹⁶³

Tal crise foi resultado de um processo de expansão do sistema financeiro americano em operações de financiamento imobiliário para operações de maior risco. Consistia na concessão de crédito para pessoas até então excluídas desse mercado, sem comprovação de renda (os chamados *subprime*).¹⁶⁴

Ocorre que, ao final de 2006, após o *boom* econômico, notou-se uma desaceleração do mercado americano, que mostrava sinais de retração e, em 2008 a economia americana entrou em colapso, levando o resto do mundo consigo.¹⁶⁵

O meio encontrado para solucionar a crise mundial foi a união dos países, para que atuassem de forma coordenada e conjunta a fim de solucionar e prevenir possíveis

¹⁶⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O que é compliance no âmbito do Direito Penal?** Conjur. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>> Acesso em 28 dez. 2016, p. 1.

¹⁶¹ SAAVEDRA, Giovani A.. Reflexões iniciais sobre o criminal compliance. In **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, jan. 2011, p. 12.

¹⁶² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva. 2015, p.65

¹⁶³ BERINI, Arturo González de León. Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídicos-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. Coord.: Raquel Motaner Fernández. **Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier. 2013, p. 77.

¹⁶⁴ FERRAZ, Fernando Cardoso. **Crise financeira global: impactos na economia Brasileira, política econômica e resultados**. 2013. Dissertação de mestrado. Prof. Carlos Pinkusfeld Monteiro Bastos. Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 10.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 11.

crises. Para tal objetivo cria-se uma nova regulação tanto do Estado como do setor privado, trazendo um maior compromisso com a ética e a transparência.¹⁶⁶

Foi a partir de tal crise que fortaleceram os debates públicos a respeito da necessidade de uma reforma no sistema de regulação e controle do setor de serviços financeiros. Diversos documentos foram expedidos por órgãos internacionais recomendando a intensificação de políticas de *compliance* empresarial, bem como leis de diversos países criaram a obrigação da instalação deste mecanismo de monitoramento interno.¹⁶⁷⁻¹⁶⁸

As agências reguladoras foram uma forma criada pelo Estado para um ponto de interseção do controle público sobre entidades privadas, agindo de forma a prevenir excessos. É importante notar que modelo adotado pelo Brasil possui forte inspiração das *independent regulatory agencies* norte-americanas, com as adaptações ao ordenamento.¹⁶⁹

Frente à crise no estado moderno, acabou abrindo-se espaço para que as empresas procedessem a autorregulação. E, em tal autocontrole há uma variada gama de experiências, pode-se mencionar os regulamentos internos de conduta, os códigos de controle, sistemas de normatização industrial, certificação, dentre outros. A principal função dessa autorregulação é o mecanismo de controlar e minimizar o risco de quebra do sistema.¹⁷⁰⁻¹⁷¹

O *compliance* envolve uma série de comportamentos corporativos que visam a garantir uma maior segurança no ambiente empresarial, tanto para cumprir normas jurídicas voltadas à atividade econômica, quanto no estabelecimento de

¹⁶⁶ HERBST, Kharen Kelm; DUARTE, Francisco Carlos. A nova regulação do sistema financeiro face à crise econômica mundial de 2008. **Revista de Direito Econômico e socioambiental**. Disponível em <doi:10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.04.002.AO02> Acesso em 15 mar. 2017, p. 22

¹⁶⁷ BERINI, Arturo González de León. Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídicos-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. Coord.: Raquel Motaner Fernández. **Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier. 2013, p. 78.

¹⁶⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O que é compliance no âmbito do Direito Penal?** Conjur. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>> Acesso em 28 dez. 2016, p. 1.

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, nº 47. 2009, p 166/175.

¹⁷⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 71.

¹⁷¹ BERINI, Arturo González de León. *Op. Cit.*, p. 79.

procedimentos internos de comportamentos que tenham por objetivo garantir a transparência necessária para atender às demandas do mercado.¹⁷²

É importante ressaltar que quando se refere ao *compliance*, há a observância de parâmetros não só legais, mas também de caráter ético e de política empresarial. E, esse dever de cuidado pode ser imposto tanto por determinação legal quando por iniciativa da pessoa jurídica.¹⁷³⁻¹⁷⁴

A autorregulação funciona, então, como parâmetro de comportamento e proteção para que a pessoa jurídica evite sofrer qualquer sanção penal. Não pode essa, porém, substituir plenamente a tarefa normativa do Estado, nem a sua fiscalização. A atuação do governo é essencial a fim de garantir que as atividades financeiras atinjam o interesse público em geral.¹⁷⁵

E, é por conta de um sistema altamente regulado, como ocorre com o sistema econômico nacional que deve-se falar no chamado “risco de *compliance*”, que nada mais é que o “risco de sofrer sanções regulatórias, de perda financeira ou de reputação que um banco pode sofrer como resultado de falhas no cumprimento de leis, regulamentações, código de conduta e das boas práticas bancárias”. É o risco, então, para a reputação da empresa, combinado com a possibilidade de sofrer punições pelo comportamento inadequado frente as disposições normativas e éticas.¹⁷⁶

Pode-se falar que o modelo de autorregulação é um meio de se redefinir o equilíbrio entre a liberdade das instituições financeiras para regular e controlar suas atividades de maneira mais eficiente e, por outro lado, o dever de exercer os benefícios e riscos

¹⁷² PEIXOTO, Geovane. **A adoção de sistema de compliance e o “novo” marco legal de combate à corrupção.** JusBrasil. Disponível em < <http://gdmpeixoto.jusbrasil.com.br/artigos/163966510/adoacao-de-sistema-de-compliance-e-o-novo-marco-legal-de-combate-a-corrupcao>> Acesso em 02 jan. 2017, p.1.

¹⁷³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção.** São Paulo: Saraiva. 2015, p.65

¹⁷⁴ FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade.** 2015. Dissertação de mestrado. Prof. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

¹⁷⁵ BERINI, Arturo González de León. Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídicos-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. Coord.: Raquel Motaner Fernández. **Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas.** Barcelona: Atelier. 2013, p. 79.

¹⁷⁶ LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. Org: Carla Verrísimo De Carli. **Lavagem de dinheiro: Prevenção e controle penal.** Curitiba: Verbo Jurídico. 2011, p. 55.

de um negócio em conformidade com o interesse público (preservando a estabilidade econômica).¹⁷⁷

Não há, então, um modelo único de *compliance*, um padrão. São diversos fatores que interferem em sua configuração, porém, tem-se certa a necessidade da adoção de regulamentos claros e específicos, acompanhadas de um código de conduta e ética, sendo estes influenciados por estruturas de diversas partes do mundo.¹⁷⁸

La importancia que tiene el flujo de información para el éxito de reglamentación; por otra parte, también debemos constatar el efecto de la globalización financiera en la capacidad de regulación. Y es que no cabe duda de que, en la actualidad, en un mundo globalizado en el que los mercados financieros están cada vez más interconectados, los gobiernos nacionales se enfrentan a muy serios desafíos en sus esfuerzos para regular y supervisar las instituciones financieras con actividad internacional. ¹⁷⁹

No Brasil, foi aplicado inicialmente no âmbito das instituições financeiras¹⁸⁰, hoje é perceptível em diversos setores da economia. Isso porque o sistema de *compliance* costuma auxiliar na respeitabilidade e confiança da empresa no cenário mundial, bem como evita despesas com multas e indenizações, por exemplo.¹⁸¹

3.2.1 O *criminal compliance* e a lei de lavagem de dinheiro

Com o sistema de autorregulação ganhando forças no mercado financeiro e um direito penal econômico cada vez mais sancionador surgiu o chamado “*criminal compliance*”. Este nada mais é do que “um sistema de contínua avaliação das condutas praticadas

¹⁷⁷ BERINI, Arturo González de León. Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídicos-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. Coord.: Raquel Motaner Fernández. **Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier. 2013, p. 84.

¹⁷⁸ PEIXOTO, Geovane. **A adoção de sistema de compliance e o “novo” marco legal de combate à corrupção**. JusBrasil. Disponível em <<http://gdmpeixoto.jusbrasil.com.br/artigos/163966510/a-adocao-de-sistema-de-compliance-e-o-novo-marco-legal-de-combate-a-corrupcao>> Acesso em 02 jan. 2017, p.1.

¹⁷⁹ BERINI, Arturo González de León. *Op. Cit.*, p. 81.

¹⁸⁰ Ganha força com a instituição da lei de Lavagem de Dinheiro em 1998, criando o COAF a fim de fiscalizar as instituições financeiras e prevenir a possível prática delitiva. É seguido posteriormente por recomendações do BACEN para que instituições bancárias adotassem medidas cautelares. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS INTERNACIONAIS; FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Função de compliance**. Disponível em <http://www.abbi.com.br/download/funcao-de-compliance_09.pdf> Acesso em 06 abr. 2017, p. 24.)

¹⁸¹ SANTOS, Mauricio Januzzi. **Criminal compliance: o direito penal aplicado em seu viés preventivo**. Coord: Elias Farah. Revista do instituto dos advogados de São Paulo. São Paulo: Revista dos tribunais. Ano 15. V. 29. Jan/Jun. 2012, p. 232.

na atividade da empresa, destinado a evitar a violação, ainda que inconsciente, de normas criminais, ou mesmo evitar a prática de crimes contra a empresa".¹⁸²

Tal instituto ganhou presença no ordenamento brasileiro com a entrada em vigor da lei 9.613/98 e, com a Resolução nº 2.554/98, do Conselho Monetário Nacional. Foi a partir desses diplomas normativos que surgiu para as instituições financeiras e as empresas de capital aberto o dever de colaborar com as investigações de Lavagem de Dinheiro e de criação de sistemas internos para prevenir delitos que pudessem comprometer a integridade do sistema financeiro.¹⁸³

Vale destacar, todavia, que a real força do *compliance* surgiu, no Brasil, com a edição da chamada Lei Anticorrupção (12.846/13), que aumenta a possibilidade de imputar pessoas jurídicas por determinados crimes.

Antes da Constituição de 1988 já existiam leis de combate à corrupção, como a lei da ação popular, mas foi necessário haver a criação de medida mais efetiva a fim de cumprir com tratados internacionais assinados pelo Brasil, dentre eles a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).¹⁸⁴

A influência de tal lei ao *compliance* está no fato de reduzir os riscos criminais das pessoas jurídicas, isso porque há o incentivo legal, com redução de possíveis penas, por exemplo, no momento em que se adotam medidas transparentes com maior ética e confiança.¹⁸⁵

¹⁸² SANTOS, Mauricio Januzzi. **Criminal compliance: o direito penal aplicado em seu viés preventivo**. Coord: Elias Farah. Revista do instituto dos advogados de São Paulo. São Paulo: Revista dos tribunais. Ano 15. V. 29. Jan/Jun. 2012, p. 232.

¹⁸³ SAAVEDRA, Giovani A.. Reflexões iniciais sobre o criminal compliance. In **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, jan. 2011, p. 12.

¹⁸⁴ BRASIL. **Exposição de motivos da lei 12.846/13**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20%20CGU%20MJ%20AGU.htm> Acesso em 16 mar. 2017.

¹⁸⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>> Acesso em 16 mar. 2017, p. 16.

Apesar dos esforços para implementação, ainda não é um campo muito estudado no país. É perceptível, porém, o aumento paulatino das preocupações com o *criminal compliance* pelo dever de cuidado e pressões internacionais.¹⁸⁶

Logo, com relação ao direito penal econômico a importância dos códigos de conduta é percebida claramente nos programas de prevenção de delitos para a responsabilidade das empresas jurídicas.¹⁸⁷

Para a implementação de tal modelo, tem-se duas etapas, na primeira ocorrendo pesquisas das condutas praticadas pela empresa em seu ramo de atividades para que, posteriormente, adéquem-nas as legislações pertinentes, evitando responsabilizações indesejadas.¹⁸⁸

A autorregulação, segundo Iván Mondaca, nada mais é, em verdade, que o resultado da evolução dos códigos de conduta corporativos, com premissas suplementares de implementação de condão penal. É uma forma de demonstrar uma boa intenção da empresa em postar-se fora do âmbito penal, estando também profundamente ligada aos conceitos de responsabilidade social corporativa, valores, princípios e a ética da empresa.¹⁸⁹⁻¹⁹⁰

É importante frisar que, quando se fala em regulação no direito penal econômico, não se refere somente a atribuir a responsabilidade por um ilícito cometido, mas, também, um estímulo à empresa não cometer ilícitos.¹⁹¹

O sistema de autorregulação auxilia, também, na confiabilidade social à empresa. Trazendo mecanismos que protegem os investidores e asseguram condições justas para o mercado de capitais. Tais medidas, como afirma Arturo Berini, incrementam a confiança (essa percebida através da demonstração de integridade da empresa, bem

¹⁸⁶ NÓBREGA, Antônio Carlos. A Nova Lei de Responsabilização de Pessoas Jurídicas como Estrutura de Incentivos aos Agentes. **Economic Analysis of Law Review**. V. 5, nº 1, Jan-Jun, 2014, p. 139.

¹⁸⁷ MONDACA, Iván Navas. Los códigos de conducta y el derecho penal económico. Coord.: Raquel Motaner Fernández. **Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier. 2013, p. 111.

¹⁸⁸ SANTOS, Mauricio Januzzi. **Criminal compliance: o direito penal aplicado em seu viés preventivo**. Coord: Elias Farah. Revista do instituto dos advogados de São Paulo. São Paulo: Revista dos tribunais. Ano 15. V. 29. Jan/Jun. 2012, p. 233.

¹⁸⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva. 2015, p.74

¹⁹⁰ MONDACA, Iván Navas. *Op. Cit.*, p. 112.

¹⁹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Op. Cit.*, p.72

como com o cumprimento efetivo das responsabilidades assumidas), sendo considerada um marco fundamental para a inteiração econômica.¹⁹²

O *criminal compliance* é ideia tratada no mundo inteiro atualmente. É, por conta disso, que não se pode mais pensar a dogmática do direito penal sob prisma unicamente nacional e, sim como ciência globalizada, já que a teoria do delito não tem por objetivo nenhum direito positivo dado, não sendo, portanto, uma teoria nacional.¹⁹³

O certo é que os códigos de conduta são considerados o coração de todo o programa de *compliance* já que a existência desse, atenua, ou até mesmo exime a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por delitos cometidos por particulares. Tal mecanismo representa uma base para a conformidade do dever de cuidado com o cumprimento do direito.¹⁹⁴

Os conceitos de *compliance* e *criminal compliance* eram, porém, de pouca ou nenhuma incidência até o advento da primeira previsão quanto à Lavagem de Dinheiro no país. Tal disposição trouxe o dever de *compliance* no que se refere as obrigações impostas a certas pessoas a fim de impedir a utilização do setor econômico para transformação de bens ilícitos em aparentemente lícitos. É uma noção preventiva bastante clara de evitar que ocorra o Branqueamento de Capitais.¹⁹⁵

A ideia da lei de prevenção à Lavagem de Dinheiro é que certos sujeitos, listados no art. 9º, tem o dever de comunicar operações suspeitas às entidades fiscalizadoras. Percebe-se que a lei amplia o campo de atuação dos órgãos regulamentadores, que irão orientar no conceito referido de “sérios indícios de operações suspeitas”. E, pelo descumprimento de tais deveres é expresso no art. 12, § 2.º, IV, da Lei 9.613/1998 as possíveis responsabilizações administrativas.¹⁹⁶

¹⁹² BERINI, Arturo González de León. Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídicos-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. Coord.: Raquel Motaner Fernández. **Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier. 2013, p. 86/87.

¹⁹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 67.

¹⁹⁴ MONDACA, Iván Navas. Los códigos de conducta y el derecho penal económico. Coord.: Raquel Motaner Fernández. **Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier. 2013, p. 122/123.

¹⁹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 173 et seq.

¹⁹⁶ LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. Org: Carla Verrísimo De Carli. **Lavagem de dinheiro: Prevenção e controle penal**. Curitiba: Verbo Jurídico. 2011, p. 61.

Para tornar mais palpável as recomendações presentes no diploma legal alterado, foi publicada Carta Circular do Bacen (nº 3.542/2012), em que se especifica as operações e situações que potencialmente possam configurar nos chamados “indícios” de lavagem de dinheiro.¹⁹⁷

Como parâmetro de orientação para o que seria suspeito, tomou-se como base as *JMLSG Guidance Notes*, que trouxe em sua versão provisória de 2003, situações como transações sem nenhum propósito, que fogem dos padrões, sem explicação razoável, quando o cliente se recusa a prover informações solicitadas, a desnecessária remessa de dinheiro através de conta de terceiros, dentre outras.¹⁹⁸

Após tornar palpável o que viria a ser uma operação suspeita a lei de combate à Lavagem de Dinheiro trouxe uma obrigação implícita: o dever de examinar por parte do profissional.

Isso porque é através do exame do caso concreto que irá se verificar o que vem a ser ou não uma situação suspeita. Na lei brasileira fica perceptível tal dever quando se faz a utilização da expressão “especial atenção”¹⁹⁹, que deixa clara a necessidade de se realizar análise sobre toda a situação. E, o papel dos sujeitos obrigados encontra-se nesse ponto.

Os detentores de valores ilícitos irão buscar pessoas qualificadas pela formação técnica para oferecer serviços que tornem a origem do dinheiro aparentemente legítima. A definição de tais profissionais como sujeitos obrigados foi feita com base na análise dos clientes de risco em potencial. E, dentre eles, vale ressaltar, encontra-se o advogado.²⁰⁰⁻²⁰¹

¹⁹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ-SAAD, Eduardo. *Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. V. 56. Abril 2012, p. 298

¹⁹⁸ Reino Unido. **Joint Money Laundering Steering Group**. Disponível em <<http://www.jmlsg.org.uk/>> Acesso em 12 fev. 2017.

¹⁹⁹ “Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º: I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; ”

²⁰⁰ LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. Org: Carla Verrísimo De Carli. **Lavagem de dinheiro: Prevenção e controle penal**. Curitiba: Verbo Jurídico. 2011, p. 70.

²⁰¹ Federal Financial Institutions Examination Council. **Bank Secrecy Act/Anti-Money Laundering Examination Manual**. < https://www.ffiec.gov/pdf/bsa_aml_examination_manual2006.pdf> Acesso em 12 fev. 2017, p. 300.

Nota-se que para um efetivo sistema de *compliance*, no âmbito da lei de Lavagem de Dinheiro, é preciso que haja adequada interação entre os agentes supervisores e os sujeitos obrigados.²⁰²

E, como forma de controle preventivo para esses profissionais já se tem a ideia do dever de identificação e diligência de não apenas conhecer o seu cliente como, também, conhecer o negócio do mesmo.

No Brasil não há norma específica que dite sobre os deveres de cuidado do advogado. Há regulamentos diversos que versam sobre certas condutas, como por exemplo, a tutela quanto a manutenção dos dados cadastrais dos clientes (Circular nº 3.461/98), mesmo assim, não afirma ser necessário o conhecimento sobre os negócios do seu cliente, tornando ainda aberto o dever de cuidador de apenas manter registros.²⁰³

Entende-se, então que o *compliance* é um dever de cuidado. Uma responsabilidade para fins de evitar sanções das mais diversas, sendo uma ferramenta preventiva. Mas, dentro desse conceito geral, há utilização atual do chamado *criminal compliance*, em que se tenta diminuir as chances de cometimento de um crime (evitando, conseqüentemente, suas sanções).

É por conta desse viés preventivo, que faz parte da essência do dever de *compliance*, que dificilmente se encontrará uma perfeita harmonia com o ramo do direito penal, que trabalha após o dano (ou criação do perigo).²⁰⁴

3.2.2 O dever de *compliance* e o advogado como suposto garantidor

Pela presença da incompatibilidade do viés preventivo com *criminal compliance* que se geram as maiores polêmicas a respeito do tema. A ideia da falta de dever de cuidado poder gerar sanções penais é uma questão de complexa análise.

²⁰² ARAS, Vladimir. As controvérsias da lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro). In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org). **Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: ESMPU. 2011, p. 377

²⁰³ BRASIL. **Circular 3.461/09**. Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/>> Acesso em 12 fev. 2017.

²⁰⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APN 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. V, 106. Jan. 2014, p. 217 et seq.

O STF, na AP 470/MG, discutia se a violação do dever de *compliance* no âmbito empresarial poderia gerar responsabilização. E, fica claro durante os votos²⁰⁵ tal possibilidade:

A dimensão dos fatos, a posição dos acusados de diretores das áreas envolvidas nas fraudes, os contatos pessoais com os demais envolvidos, a prova de participação específica em alguns atos e a fraude nos relatórios semestrais de *compliance* são significativos e constituem provas suficientes da responsabilidade criminal dos principais dirigentes do Banco Rural pelos crimes de gestão fraudulenta (...).²⁰⁶

O que se entendeu durante tal julgamento é que os relatórios de *compliance* foram levados em conta para condenação dos dirigentes da instituição financeira em questão por realizarem uma gestão fraudulenta. Ou seja, um precedente já positivo para a possibilidade de responsabilização pela violação dos deveres de cuidado.

No mesmo sentido entende Vladimir Aras, que afirma ser possível responsabilizar os agentes de *compliance* diretamente por crime de Lavagem de Dinheiro, tanto na condição de coautor como de partícipe.²⁰⁷

Ambas as justificativas se baseiam na violação pela prática do chamado crime comisso por omissão, previsto no art. 13, §2º, a do código penal²⁰⁸ (na AP 470 ocorrendo de forma demasiadamente simplificada). A obrigação aqui violada é devido ao diploma legal que traz o dever para o sujeito em conhecer, registrar, reportar

²⁰⁵ Sem embargo da ausência de provas de que o réu tenha aprovado ou renovado os mútuos contratados pelo Banco Rural aceitando frágeis garantias dos devedores, bem como de que o 13º réu tenha efetuado *ratings* (classificações) dos riscos de crédito dos mutuários ligados a Marcos Valério, a sua atuação no Banco Rural impõe a condenação pela prática do tipo veiculado pelo art. 4º da Lei nº 7.492. A condescendência do 13º réu (Vinícius Samarane) com a prática rotineira de lavagem de dinheiro conduz inexoravelmente à gestão fraudulenta. Nesse contexto, é de extremo relevo o fato de o réu Vinícius Samarane exercer, atualmente, o cargo de vice-presidente do Banco Rural, porquanto revela o profundo conhecimento das práticas de sua instituição, bem como a sua relação íntima com os administradores do referido banco. A atuação do réu no sentido de permanecer inerte diante dos saques ilícitos ocorridos em agências do Banco Rural caracteriza a conduta criminal de gestão fraudulenta. [BRASIL. **Acórdão AP nº 470**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/>> Acesso em 28 abr. 2017, p. 2.733].

²⁰⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APN 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. V, 106. Jan. 2014, p. 217.

²⁰⁷ ARAS, Vladimir. As controvérsias da lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro). *In*: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org). **Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: ESMPU. 2011, p. 378

²⁰⁸ Art. 13, Código Penal - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

(dentre outras). A lógica, então, é de criar um sujeito garantidor que deve agir sempre que verificar situações suspeitas.

A lei de lavagem de dinheiro traz em seu texto a previsão de que determinados agentes, no caso de suspeita de atividades ilícitas, tem a obrigação de informar às organizações responsáveis. A não comunicação, então, poderia gerar responsabilizações e, por conta disso, entende-se tal obrigação como dever de *compliance*.

O art. 13 do código penal, contudo, traz como requisito para formação desse sujeito garantidor a necessidade de estar prevista expressamente em lei. Ou seja, não há o que se falar em configurar um sujeito com tal função sem o devido respeito à legalidade.

Quando se pensa na possibilidade de encaixar o advogado como garantidor deve-se remeter-se a lei 9.613/98. Apesar de citar em seu art. 9º os sujeitos obrigados, ainda não deixou claro se o advogado estaria ou não nesse rol, por se utilizar expressões genéricas (consultor e assessor).

Ocorre que, conforme já explicado, há aqueles advogados que atuam judicialmente (ou como consultores/assessores judiciais). Nesses casos em que está a representar seu cliente, não há o que se falar em dever de informar.

Percebe-se que a ação do advogado em não comunicar às autoridades, ou de não pesquisar a origem de seu dinheiro, são omissões em verdade. E, segundo Juarez Tavares, para crimes omissivos é insuficiente realizar a análise do dolo, reconhecendo a mera consciência da situação fundamentadora do dever de agir. É necessário demonstrar que o sujeito incluiu na sua decisão a não execução da ação possível e necessária.²⁰⁹

Isso quer dizer que, nos delitos omissivos impróprios, deve integrar a representação do omitente a ocorrência do resultado, a modalidade de conduta necessária a impedir o resultado, a possibilidade de sua atuação, a evitabilidade do resultado em virtude de sua atividade, a subsistência de uma relação legal ou contratualmente prevista, faticamente assumida, de proteção ao bem jurídico ou ainda a prática de uma conduta antecedente arriscada.²¹⁰

²⁰⁹ TAVARES, Juarez, **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons. 2012. p. 393/394.

²¹⁰ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

Significa dizer que nos delitos omissivos impróprios, não basta a análise do dolo simplesmente como acontece com os crimes comissivos. Há uma análise muito mais profunda.

Luciana Monteiro afirma que:

el castigo de la omisión requiere haber actuado con dolo o, al menos, imprudencia. [...] El agente debe haber tenido, en su actuación, la posibilidad de conocer las exigencias de acción derivadas de su posición de garante y comportarse de acuerdo con ellas. Y también debe estar en situación de, conforme a sus capacidades personales, ver y atenerse a sus deberes impuestos penalmente.²¹¹

Mesmo que se atribuem as sanções administrativas pela falta de dever de cuidado, conforme Bottini e Badaró, é insuficiente que se atribua a responsabilidade por omissão, pois, para isso é necessário também observar a capacidade de impedimento e o dolo de resultado.²¹²

Tem-se, então que, para imputar ao advogado pela prática da Lavagem de Dinheiro, dever-se-ia comprovar, também, que ele possui ciência da ocorrência do branqueamento, que tinha o dever de evitar tal delito, como garantidor legal e, o mais complexo de todos, que possuía meios para interromper o processo.

²¹¹ MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **La autoría mediata em los delitos imprudentes**. Valencia: Trintar. 2013, p. 585.

²¹² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 151.

4 O RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS COM ORIGEM ILÍCITA E A (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA COAUTORIA DO ADVOGADO NA LAVAGEM DE CAPITAIS

Como se viu, a alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro trouxe a possibilidade de imputar sanção ao advogado pelo recebimento de honorários ilícitos. A lei 12.683/12 trouxe a possibilidade de considerar tal profissional como sujeito listado no rol de obrigados ao dever de informação. Nesse caso, criaria ao advogado um dever de cuidado, de pesquisar a origem de seu pagamento, bem como de comunicar ao COAF no caso de suspeitas pelo recebimento de honorários ilícitos.

Ocorre que, o advogado tem como função profissional a defesa dos direitos de seu cliente possuindo, com esse, um vínculo de respeito e confiança. Por conta disso, o Estatuto da OAB, bem como o Código de Ética profissional estabelecem o dever de sigilo. A partir desse ponto surgem os conflitos já trabalhados.

Tem-se agora a análise da possibilidade de se imputar o advogado pelo recebimento de honorários ilícitos. Parte-se da noção de se diferenciar o autor e participe no delito. Isso porque, acredita-se que a cumplicidade só pode ser punida quando estiver revestida de um sentido delituoso. É necessário, por isso, avaliar como se enquadraria a atuação do advogado em meio a esse debate.²¹³

4.1 AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO: O ADVOGADO NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Apesar de o Código Penal²¹⁴ não trazer expressa a necessidade de diferenciação dos modos de atuação em um delito (autoria e participação), prevê a possibilidade de penas distintas entre os agentes (na medida de sua culpabilidade).

²¹³ BATISTA, Nilo. **Crítica do mensalão**. Rio de Janeiro: Revan. 2015, p. 73 (parecer, e-book).

²¹⁴ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. §1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. §2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Por essa razão, cria-se, no direito brasileiro, a discussão a respeito das teorias que tracem a diferença entre o autor e o partícipe (como a Teoria do Domínio do Fato e a Teoria do Domínio da Organização).

Além disso, por se estar falando da possível imputação ao advogado pelo recebimento de honorários ilícitos, mais alguns pontos devem ser analisados: a possibilidade de se aplicar a Teoria da Cegueira Deliberada nessas situações ou se tal atitude seria, em verdade, uma ação neutra. Importante apenas lembrar que o delito a ser analisado é o de Lavagem de Dinheiro. É sobre tais pontos que passasse a discorrer a seguir.

4.1.1 Desígnios autônomos e a Lavagem de Dinheiro

Segundo Cláudio Brandão, para a formação de um concurso de pessoas em um delito, deve-se verificar requisitos objetivos e subjetivos: (1) a presença de uma relação de causalidade entre a conduta do agente e o resultado criminoso; e (2) um acordo de vontades para a prática do ato, sem ele, cada conduta deve ser avaliada de forma separada.²¹⁵

Bottini e Badaró consideram autor aquele que é chamado “titular” do delito, aquele que pratica o verbo-núcleo típico²¹⁶. Já o partícipe é quem colabora sem executar diretamente qualquer conduta descrita no tipo penal, ou seja, sem controlar em definitivo o resultado. Tem-se nessa divisão, um critério de diferenciação na punibilidade do sujeito. Significa dizer que o delito pode ocorrer em concurso de pessoa somente quando há o liame subjetivo entre os agentes.²¹⁷

Vale destacar que também podem haver situações em que os agentes atuam de forma independente, sem haver qualquer prévia combinação, mas atuam com um fim em comum, essa é a chamada autoria colateral, fenômeno também conhecido como “concausa”, quando há confluência de mais de uma causa para o resultado. Nessa situação não há um concurso de pessoas, mas ambas atuam de forma independente pretendendo alcançar o mesmo resultado.

²¹⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 233.

²¹⁶ Pela teoria restritiva.

²¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 122.

Nesse ponto existem as concausas absolutamente independentes, que excluem o nexo causal, não podendo ser imputado ao agente de forma alguma (por exemplo, o advogado e o cliente, sem qualquer acordo estão simultaneamente lavando dinheiro), e as concausas relativamente independentes, que ao se excluir a conduta do agente pela fórmula da *conditio sine qua non* o resultado também será excluído.²¹⁸

Percebe-se que a relação de causalidade entre a conduta humana e o resultado é uma relação valorada, que deve ser analisada em conjunto com o vínculo subjetivo do agente, sendo previsível e mentalmente antecipada pelo agente.

No caso da ocorrência de ações independentes Bitencourt²¹⁹ acredita que deve realizar análise se a conduta não contribui em nada para a produção do resultado (juízo hipotético de eliminação). Já para Cláudio Brandão²²⁰, em situações como essa ocorreria a exclusão do nexo causal, que não poderia ser imputado ao agente.

Significa dizer que o advogado e o cliente que atuam, separadamente, com o dolo de realizar a Lavagem de Dinheiro possuem ações separadas. A ausência de vínculo subjetivo entre os sujeitos quebra com o nexo causal das condutas, pois aqui há ações distintas.

Além disso, é necessário destacar que a Lavagem de Dinheiro é considerada, no Brasil, como delito autônomo, logo há completa independência quanto ao sujeito que pratica o delito antecedente e aquele que realiza a Lavagem de Dinheiro, conforme a própria jurisprudência do STJ:

[...] 4. A simples existência de indícios da prática de algum dos crimes previstos no artigo 1º já autoriza a instauração de ação penal para apurar a ocorrência do delito de lavagem de dinheiro (delito autônomo), não sendo necessária, por conseguinte, a prévia condenação ou comprovação plena da materialidade e autoria referente ao ilícito antecedente. [...]²²¹

Nota-se, então, que existem dois delitos, dois dolos diferentes quando se avalia o crime de Lavagem de Dinheiro, inclusive podem ser considerados dois autores

²¹⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 47.

²¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 85

²²⁰ *Ibidem*, p. 46/47.

²²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **HC 162957/MG**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>> Acesso em 28 abr. 2017.

distintos. Ou seja, o autor do delito do crime antecedente não necessariamente será quem realiza o Branqueamento de capitais.

Tem-se a situação de sujeito que pratica crime antecedente e, então, contrata advogado para lhe defender. O primeiro delito é autônomo e o advogado não possui nenhuma relação delituosa com tal fato.

Se o cliente, porém, contrata o advogado a fim de camuflar seu dinheiro, o cliente pode possuir essa segunda vontade de cometer o delito dois, mas, não necessariamente estará o seu defensor ciente e em participação com essa atitude. É importante notar, então, que não se pode considerar o advogado como autor/partícipe de forma arbitrária, deve-se analisar o caso concreto.

4.1.2 Teoria do Domínio do Fato

Como afirma Luís Greco, na Teoria do Domínio do Fato propõe-se a realizar a distinção entre o autor e o partícipe. Não se trata definir se o agente será punido, mas se será considerado autor ou mero partícipe do crime. Ou seja, tal tese tem como objetivo a limitação da responsabilidade, não podendo ser utilizada como fundamentação da punibilidade de um sujeito.²²²⁻²²³

Alaor Leite a considera como teoria diferenciadora e restritiva do conceito de autor. Diferenciadora pois prevê a necessidade de distinguir, já no plano do tipo, quem seria o autor ou o partícipe. E, restritiva pois acredita ser o autor quem viola a norma inscrita na parte especial do Código, e a punição da participação seria produto de uma norma extensiva de punibilidade.²²⁴

²²² GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito. **Revista dos Tribunais**. Thomson Reuters, v. 933, ano 102, jul./2013, p. 65.

²²³ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 106, ano 22, jan-fev./2014, p. 61.

²²⁴ *Ibidem*, p. 58.

O esforço para realizar tal diferenciação vem do fato que a participação revela conteúdo meramente acessório em relação à autoria e, em razão disso, deve haver uma diferença de pena entre o autor e o partícipe.²²⁵⁻²²⁶

O Código Penal brasileiro, contudo, não exige que se faça tal distinção em seu art. 29²²⁷. Nele, afirma-se que podem haver autores de maior ou menor importância, porém, todos os concorrentes seriam autores. Diferentemente do que ocorre na Alemanha, onde foi criada a Teoria do Domínio do Fato, em que o Código Penal estabelece a necessidade de distinguir as duas figuras.²²⁸

Na visão de Roxin, autor seria a figura central do acontecer típico, enquanto o partícipe seria aquele quem contribui para um fato típico em caráter meramente secundário. A essência do pensamento é que o autor seria aquele quem atua com o domínio do fato (com o controle do atuar criminoso), podendo manifestar-se como domínio da ação, o domínio da vontade e o domínio do fato.²²⁹

O domínio sobre a própria ação é aquele de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo (autor imediato). Significa dizer que o indivíduo, através de sua própria conduta, preenche sozinho todos os pressupostos do delito.²³⁰

Já o domínio da vontade ocorre quando terceiro é reduzido a mero instrumento, por determinadas razões. Um indivíduo se serve de outro para atingir seus fins, dominando o acontecimento de forma mediata. Podendo tal domínio ocorrer de três formas distintas segundo Roxin: pela coação, pelo induzimento ao erro e pelo domínio da organização (explicada no tópico seguinte: 4.1.3).²³¹

²²⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. 2ª ed. Madrid: Civitas, p. 213.

²²⁶ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 106, ano 22, jan-fev./2014, p. 57.

²²⁷ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

²²⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito. **Revista dos Tribunais**. Thomson Reuters, v. 933, ano 102, jul./2013, p. 65.

²²⁹ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 212.

²³⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 112.

²³¹ *Ibidem*, p. 125.

A ideia principal da coação é que o homem de trás domina diretamente o coagido. O legislador cria abertura a fim de responsabilizar o homem de trás que provoca ou se aproveita da situação. Nota-se que o “domínio da vontade” significa que a última e definitiva decisão sobre o que deve ocorrer está com o homem de trás, não bastando considerar a existência de mera influência.²³²⁻²³³

No segundo grupo de razões, Roxin posiciona o erro, dividindo-o em quatro grupos: (1) quando o executor age sem dolo, nesse caso há erro de tipo excludente de dolo, em que o autor imediato atua de forma inculpável ou com culpa inconsciente; (2) o executor age em erro de proibição; (3) o executor erra sobre os pressupostos do estado de necessidade; (4) executor que atua de forma “plenamente criminosa”, nessa situação o autor imediato já pretendia cometer delito, porém foi levado a erro quanto identidade da vítima, agravantes do delito, medida do injusto, por exemplo.²³⁴⁻²³⁵

Já a terceira maneira de dominar o fato é através de uma atuação coordenada, dividindo-se as tarefas, com mais de uma pessoa. Parte-se de uma decisão conjunta de praticar o fato, com contribuições relevantes, em que cada qual será coautor da ação como um todo, ocorrendo uma imputação recíproca, ambos respondendo pelo mesmo crime. Esse é o chamado “domínio funcional”.²³⁶

Callegari destaca que a contribuição de cada coautor deve alcançar uma determinada importância funcional, de modo que toda ação corresponda a uma parte essencial na realização do plano conjunto.²³⁷

A principal característica da coautoria, que a distingue estruturalmente da autoria direta e da autoria mediata, é em virtude de que há nela uma divisão de trabalhos. Ou seja, na execução ocorre uma repartição de trabalhos essenciais para alcançar o fato

²³² GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito. **Revista dos Tribunais**. Thomson Reuters, v. 933, ano 102, jul./2013, p. 69/70.

²³³ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 128.

²³⁴ *Ibidem*, p. 131/133.

²³⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. 2ª ed. Madrid: Civitas, p. 213.

²³⁶ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *Op. Cit.*, p. 75.

²³⁷ CALLEGARI, André Luís. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG. **Revista dos Tribunais**. Thomson Reuters, v. 933, ano 102, jul./2013, p. 115.

planejado e que lhe possibilita, por meio de sua parte do fato, um domínio do acontecimento. Cada sujeito aqui tem função insubstituível.²³⁸

Como pressupostos tem-se (1) o acordo de vontades para o cometimento de crime, que decorre da divisão de tarefas; (2) é imprescindível que a execução ocorra de forma conjunta, não necessariamente ao mesmo tempo, mas todos devem executar suas funções, pois a desistência aqui consideraria ocorrida a renúncia ao domínio; (3) a contribuição deve ser considerada relevante para a consumação do fato típico.²³⁹

Em meio a tais discussões, Roxin traz o questionamento de quem seria o autor nos delitos de dever, perfeitamente podendo se enquadrar o dever de informar ou investigar a origem dos honorários pelo advogado, por exemplo.

Nesses tipos o legislador, ao invés de descrever a forma mais precisa o possível às ações humanas que lesionam o bem jurídico, se apoia em descrever deveres, cuja a violação gera sanção penal. E o autor do crime seria quem viola esse dever especial.²⁴⁰

É fundamental, porém, haver a descrição típica a fim de determinar a autoria, que é configurada pela vinculação ao dever, e não pela forma de contribuição concreta. Para tanto, deve-se analisar se o sujeito encontra-se no âmbito de responsabilidade para evitar determinado resultado, bem como se o risco juridicamente desaprovado foi criado a partir da produção do resultado. Ou seja, deve haver a análise se o sujeito se comporta dentro do risco permitido no exercício de sua atividade profissional.

Como afirma Jackobs, uma sociedade sem riscos não é possível e, por isso, não são consideradas as condutas “típicas” comportamentos que lesam ou colocam o bem jurídico em perigo se este ocorreu nos limites estabelecidos pelo ordenamento²⁴¹. A desaprovação de um risco, então, só pode ocorrer quando sobre a base desse fato indicador, se proceder a análise de cada situação concreta.²⁴²

²³⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 112.

²³⁹ *Ibidem*, p. 119.

²⁴⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito. **Revista dos Tribunais**. Thomson Reuters, v. 933, ano 102, jul./2013, p. 76/78.

²⁴¹ JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Argentina: Ad Hoc. 1996, p. 44

²⁴² CALLEGARI, André Luís. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG. **Revista dos Tribunais**. Thomson Reuters, v. 933, ano 102, jul./2013, p. 120/121.

4.1.3 Teoria do Domínio da Organização

A mais notória forma de autoria mediata é a possibilidade de domínio por meio de um aparato organizado de poder, a chamada “Teoria do Domínio da Organização”. Essa, nada mais é que uma hipótese que permite que indivíduo que faz uso de uma organização verticalmente estruturada seja punido.

Significa dizer que o sujeito que emite ordem de cumprimento, que é entregue a executor fungível que funciona como mera engrenagem de uma estrutura automática, esse indivíduo será punido juntamente com o executor do ato delituoso.²⁴³

Tal parte da teoria serve como fundamentação para punir, a título de autor mediato, aquele que se encontra no ápice ou nas instâncias intermediárias retransmissoras de uma ordem para delinquir.²⁴⁴

O que se tem é que a responsabilização se forma através do cumprimento de determinados requisitos: (1) a emissão da ordem parte de sujeito com posição de poder dentro da organização que é verticalmente estruturada; (2) essas têm como essência de suas atividades práticas dissociadas do direito; e (3) existe uma fungibilidade dos executores.²⁴⁵

Há discussão se seria possível a aplicação da Teoria do Domínio da Organização para atividades empresariais (não dissociadas do direito). Para Roxin, não haveria tal possibilidade, pois, o fundamento aqui seria a ideia do funcionamento clandestino na conformação completamente apartada da ordem jurídica.²⁴⁶

²⁴³ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito. **Revista dos Tribunais**. Thomson Reuters, v. 933, ano 102, jul./2013, p. 70/71.

²⁴⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 105, ano 21, nov-dez./2013, p. 76.

²⁴⁵ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *Op. Cit.*, p. 72.

²⁴⁶ ROXIN, Claus. **El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata**. Revista Penal. Disponível em <www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/> Acesso em 26 abr. 2017, p. 247.

No mesmo sentido, não se pode dizer que há uma vontade elevada dentro de um ambiente corporativo para cometimento de delitos. Enquanto em uma organização criminosa o autor mediato seria facilmente substituível.²⁴⁷⁻²⁴⁸

É importante notar que dominar uma organização apenas transforma o cúmplice instigador em autor mediato, não significando a transferência de responsabilidade de baixo para cima, já que o autor imediato continua assim caracterizado.²⁴⁹

Portanto, em uma situação em que se aplica o Domínio da Organização, seria considerado autor do delito aquele indivíduo que executou o ato (autor imediato, pelo domínio da ação), bem como aquele que proferiu a ordem de executor (como autor mediato pelo domínio da organização), sendo ambos os sujeitos autores do delito.

Percebe-se, então, uma diferença entre a Teoria do Domínio do Fato e a Teoria do Domínio da Organização: a primeira pressupõe que os autores atuam em conjunto, as ações por ele praticadas são determinadas são feitas em acordo de vontade, todos ali possuem o mesmo poder (com a ideia de horizontalidade).

Já na Teoria do Domínio da Organização tem-se a ideia da verticalidade, em que a ordem é proferida por alguém que se encontra em posição de poder e é cumprida por algum de seus subordinados.

Definida a finalidade de uso de ambas as teorias é necessário traçar comentário a respeito da AP 470 (mensalão). Em tal julgamento, como bem afirma Alaor Leite, a utilização da Teoria do Domínio do Fato não foi para realizar a distinção entre autor e partícipe, mas para fundamentar a responsabilidade daqueles que ocupavam posição de comando, criando “espécie de autoria por domínio da posição”, que nada tem relação com a Teoria do Domínio do Fato.²⁵⁰

Nota-se que uma tentativa equivocada de aplicar a ideia do Domínio da Organização, juntamente com o Domínio do Fato, desvirtuando por completo a teoria criada por Roxin. Por essa razão, verifica-se a completa impossibilidade de considerar tal

²⁴⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 146.

²⁴⁸ ROXIN, Claus. **El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata**. Revista Penal. Disponível em <www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/> Acesso em 26 abr. 2017, p. 247.

²⁴⁹ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 106, ano 22, jan-fev./2014, p. 66.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 88/89.

decisão como um precedente a ser seguido, já que se trata de um equívoco cometido pelos ministros do STF.²⁵¹

4.1.4 Teoria da Cegueira Deliberada

A Teoria da Cegueira Deliberada ou “*willful blindness*”²⁵² traz a responsabilidade do agente baseada em seu conhecimento. É um meio de condenar acusados de delitos de tipos penais que precisam do conhecimento. Retira-se a necessidade de conhecimento do tipo objetivo a fim de realizar a imputação.²⁵³

A teoria é aplicada para indivíduos que, ao invés de assumir o risco da ocorrência de um resultado, optam por não saber do fato²⁵⁴. Assim, como afirma Bernardo Sánchez, o sujeito provoca intencionalmente a sua própria cegueira, por ser de maior interesse e comodidade moral. É situação de criação de um fato delitivo de forma intencionalmente deliberada.²⁵⁵

A jurisprudência americana, onde a tese é desenvolvida com mais força, entende que em circunstâncias em que é possível que o agente identifique o crime e não o faz, pode ele ser punido da mesma forma, como exemplo, tem-se:

*Under the statute, it would be enough if a jury could conclude that some felony was so obviously the source that Trinidad had to know it. [...] Indeed, because governing law equates willful blindness with knowledge, Frigerio-Migiano, it would suffice for the jury to conclude that Trinidad consciously averted his eyes from the obvious explanation for the funds; he did not have to witness drug dealing or hear a confession. And the jury was free to draw common-sense inferences from the nature of the transactions and efforts to conceal.*²⁵⁶

²⁵¹ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 106, ano 22, jan-fev./2014, p. 88/89.

²⁵² Tal teoria também é denominada de “Instruções do Avestruz” (*ostrich instructions*) ou “Evitação da Consciência” (*conscious avoidance doctrine*).

²⁵³ RODRIGUEZ, Shawn D. **Caging careless birds: examining dangers posed by the willful blindness doctrine in the war on terror**. University of Pennsylvania Journal of International Law, v. 30, 2014. Disponível em <<http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol30/iss2/6>> Acesso em 23 abr. 2017, p. 23/24

²⁵⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ago. 2016. V. 122, p. 5.

²⁵⁵ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial**. InDret. Disponível em <<http://www.indret.com/es/>> Acesso em 22 abr. 2017, p. 3.

²⁵⁶ “Pelos normas do estado, seria suficiente um júri concluir que alguns sujeitos era tão obviamente a fonte que Trinidad deveria de conhecê-los. [...] Na verdade, como a lei governante equipara a cegueira intencional com o conhecimento, Frigerio-Migiano, basta que o júri conclua que Trinidad

A *willful blindness* foi o meio que a doutrina encontrou para punir, de forma igual, aquele que tem pleno conhecimento e o sujeito que se coloca em situação de desconhecimento. Isso porque o grau de culpabilidade de quem conhece o fato não é diferente de quem, podendo e devendo conhecer, prefere não o fazer.²⁵⁷

Mas, não se pode arbitrariamente aplicar a teoria, para a efetiva punição acredita-se que o agente deve agir de forma a deliberadamente evitar o conhecimento de fatos, de forma consciente, tendo como principal objetivo burlar sua responsabilização por conhecer tal fato delituoso.²⁵⁸

Então, como requisitos para aplicação da dita teoria tem-se (1) o alto risco de conhecimento da existência de um fato elementar de crime; e (2) que o deliberadamente agiu de forma a evitar conhecimento condenador.²⁵⁹⁻²⁶⁰

Significa dizer que a teoria é utilizada quando o acusado pretende não ver os fatos que ocorreram. Mas, sua aplicação não pode ocorrer de forma arbitrária. Deve-se haver provas que o agente tinha o conhecimento da elevada probabilidade de que os valores eram objeto de crime, e que esse fato lhe foi indiferente.²⁶¹

Ou seja, como afirma Renato Silveira, não basta simplesmente ignorar a existência de fato possível. A aplicação da teoria é forma de traçar um equivalente do conhecimento.²⁶²

Para fins de melhor caracterização da *willful blindness*, porém, deve-se trazer a diferença do mero comportamento negligente. Isso porque a Teoria da Cegueira

conscientemente desviou os olhos da explicação óbvia; Ele não tinha que testemunhar o tráfico de drogas ou ouvir uma confissão. E o júri era livre para tirar conclusões de senso comum da natureza das transações e esforços para esconder.” Tradução livre. UNITED STATES COURT OF APPEALS, FIRST CIRCUIT. **318 F. 3d 268 - United States v. Rivera-Rodriguez**. Disponível em: <<http://openjurist.org/318/f3d/268/united-states-v-rivera-rodriguez>> Acesso em: 28 abr. 2017.

²⁵⁷ MARTINS, Luiza Farias. A doutrina da cegueira deliberada na Lavagem de Dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. **Revista de Estudos Criminais**. 55 Out./Dez 2014, p. 137.

²⁵⁸ RODRIGUEZ, Shawn D. **Caging careless birds: examining dangers posed by the willful blindness doctrine in the war on terror**. University of Pennsylvania Journal of International Law, v. 30, 2014. Disponível em <<http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol30/iss2/6>> Acesso em 23 abr. 2017, p. 24.

²⁵⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ago. 2016, v. 122, p. 7.

²⁶⁰ RODRIGUEZ, Shawn D. *Op. Cit.*, p. 27.

²⁶¹ PHILIPPI, Patrícia. A Possibilidade de Adoção da Teoria da Cegueira Deliberada nos Crimes de Lavagem de Capitais. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Disponível em <<https://www.mpdft.mp.br/revistas/index.php/revistas/article/view/182>> Acesso em 21 abr. 2017, p. 14

²⁶² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit., Loc. Cit.*

Deliberada requer a intenção de obstinar o conhecimento. Tal ideia retira a responsabilidade de estados mentais de descuido/negligente.

A aplicação da Cegueira Deliberada, portanto, necessita que o acusado realmente esteja ciente da circunstância ou fato delituoso, isso é, deveria possuir mais do que um simples pensamento hipotético do chamado “homem médio” que poderia ou deveria saber do fato.

A afirmação de que o sujeito poderia conhecer o fato ou circunstância, então, é insuficiente para sustentar a convicção para ofensa a um bem jurídico que requeira no seu tipo penal o conhecimento. E, o mesmo vale para o segundo requisito, o indivíduo deve agir de forma deliberada para evitar a culpa pelo seu conhecimento.²⁶³

No Brasil, a construção de tal teoria se assemelha à formulação do dolo eventual. Ao se falar da nova lei de Lavagem de Dinheiro, que trouxe força a Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil, percebe-se que o legislador tornou mais rigorosa a aplicação do instrumento de coibição aos crimes de Lavagem de Capitais, permitindo, agora, a condenação por dolo eventual.²⁶⁴

Por tal alteração tornou-se possível o enquadramento do sujeito que tem ciência da elevada possibilidade da procedência ilícita dos recursos, assumindo o risco de produzir o resultado ao agir, de modo indiferente a esse conhecimento. No tópico seguinte (4.2.4) será trabalhada jurisprudência brasileira que menciona tal teoria.²⁶⁵

Percebe-se, que a nova lei de Lavagem de Dinheiro trouxe uma maior abertura para criar hipóteses de punibilidade. Com a possibilidade de se punir pela atuação com o dolo eventual, levando em consideração o tema em debate, cria-se a possibilidade de aplicar sanção ao advogado que diante de todas as circunstâncias fáctica percebe que seu pagamento será proveito de crime e age de modo a ignorar.

²⁶³ RODRIGUEZ, Shawn D. **Caging careless birds: examining dangers posed by the willful blindness doctrine in the war on terror**. University of Pennsylvania Journal of International Law, v. 30, 2014. Disponível em <<http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol30/iss2/6>> Acesso em 23 abr. 2017, p. 29/30.

²⁶⁴ PHILIPPI, Patrícia. A Possibilidade de Adoção da Teoria da Cegueira Deliberada nos Crimes de Lavagem de Capitais. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Disponível em <<https://www.mpdft.mp.br/revistas/index.php/revistas/article/view/182>> Acesso em 21 abr. 2017, p. 36.

²⁶⁵ MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre Lavagem de Dinheiro: Cegueira deliberada e honorários maculados. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 17, n. 64, jan/abr. 2014, p. 180/181.

4.1.5 Cumplicidade através de ações neutras

São consideradas ações neutras as contribuições a fato ilícito alheio que pareçam completamente normais, à primeira vista. São situações aparentemente irrelevantes ao direito penal, com aspecto inocente.²⁶⁶

Ou seja, nada mais são que atitudes rotineiras, próprias do exercício da profissão que estejam dentro do risco permitido, e que sejam utilizadas para prática de infração penal alheia.²⁶⁷

Podem não ser consideradas condutas exemplares, mas, estão inseridas no marco da liberdade de ação social. A questão aqui é analisar se essas determinadas condutas permanecem sempre neutras ou adquirem relevância penal e, para isso utiliza-se a imputação do comportamento.²⁶⁸

Para melhor avaliar a existência ou não de ações neutras, Greco preferiu em sua obra realizar descrição de conceito aberto, fixando critérios para identificar tais ações, valorando o risco criado como juridicamente permitido, ou não.²⁶⁹

Como primeiro pressuposto de avaliação tem-se a análise da criação de risco, ou seja, se a ação produzida é perigosa. É importante lembrar que a sociedade atual já é vista como uma “sociedade de riscos”, sendo esses imprevisíveis e incontroláveis, não estando na margem de escolha do indivíduo.²⁷⁰

Trabalha-se aqui com a técnica chamada “prognose póstuma-objetiva”. Nessa há uma avaliação do homem médio, realizada no momento da ação, a respeito do que se está ocorrendo, sendo ele dotado de conhecimentos especiais, para assim verificar se aquela ação traz consigo a possibilidade de um dano.²⁷¹⁻²⁷²

²⁶⁶ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004, p. 110.

²⁶⁷ CALLEGARI, André Luís. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG. **Revista dos Tribunais**. Thomson Reuters, v. 933, ano 102, jul./2013, p. 118/123.

²⁶⁸ RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. 2012. Tese. Orientador: Prof. Vicente Greco Filho (Curso de Doutorado da USP) - Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 27.

²⁶⁹ GRECO, Luís. *Op. Cit.*, p. 170.

²⁷⁰ LIMA, Vinícius de Melo. **Lavagem de dinheiro e ações neutras. Critérios de Imputação Penal Legítima**. Curitiba: Juruá. 2014, p. 30.

²⁷¹ GRECO, Luís. *Op. Cit.*, p. 117.

²⁷² LIMA, Vinícius de Melo. *Op. Cit.*, p. 31.

Ou seja, poderia se dizer que essa análise é feita por um homem “do futuro”, com maiores conhecimentos do fato ocorrido e, esse indivíduo faria o juízo de valor da existência ou não de uma ação neutra.

Não basta, porém, a existência de um risco, deve ele ser juridicamente proibido para a ocorrência do tipo objetivo. Isso porque, na técnica da prognose póstuma-objetiva, deve-se haver uma ponderação de interesses (liberdade daquele que pratica a ação e a proteção ao bem jurídico supostamente tutelado). A desaprovação de um bem jurídico do risco, então, é um componente de desvalor da ação.²⁷³

E, para a proibição ser legítima, deve ser uma medida idônea. Ou seja, na análise de um juízo de proporcionalidade, deve essa proibição ser adequada (alcançar o fim almejado), necessária (que não haja medida menos grave que possa atingir o mesmo fim) e proporcional em sentido estrito (numa ponderação de interesses, não esteja limitando a liberdade excessivamente). A exigência de uma medida idônea, portanto, significa que só haverá risco desaprovado juridicamente se a não prática da ação proibida representar uma melhora relevante ao bem jurídico.²⁷⁴

Importante notar que um resultado somente pode ser imputado ao sujeito quando o autor cria risco não permitido para o objeto da ação, ou seja, quando o risco efetivamente se realizou no resultado concreto, estando esse resultado dentro do alcance do tipo.²⁷⁵

Tal ideia é importante devido ao princípio do *cogitationis poenam nemo patitur*, a impossibilidade de se punir o pensamento. Ou seja, o comportamento criminoso já deve estar no plano externo para se diferir dos comportamentos não criminosos. Relevante tal informação pois alerta sobre a impossibilidade de se punir certos atos no *iter criminis*.²⁷⁶

O dolo ou mero conhecimento da possibilidade da ação, então, não irá determinar a relevância penal da conduta, ainda quando os conhecimentos especiais do autor

²⁷³ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004, p. 119/121.

²⁷⁴ GRECO, Luís. *Ibidem*, p 136/143.

²⁷⁵ CALLEGARI, André Luís. **Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas do Direito penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 33

²⁷⁶ GRECO, Luís. *Op. Cit.*, p. 129.

devam ser levados em conta na determinação da tipicidade da concreta conduta analisada.²⁷⁷

Como afirma Callegari, não basta haver a violação formal ou o literal cumprimento de uma regulamentação. Estes funcionam tão somente como indicadores de uma eventual desaprovação do risco criado, mas de forma alguma são considerados requisitos para desconsiderar uma ação como neutra. Pois, a desaprovação de um risco só pode ser categoricamente afirmada quando, sobre a base desse fato indicador, se proceder a análise de cada situação concreta.²⁷⁸

Luís Greco, então, conclui seu livro afirmando que as contribuições que podem ser obtidas em qualquer outro lugar, por qualquer outra pessoa que age no plano da licitude, sem apresentar dificuldades para o autor principal, não podem ser consideradas proibidas, pois tal restrição seria inidônea para proteger o bem jurídico concreto.²⁷⁹

Quando se pensa no advogado que pode ser punido por receber honorários ilícitos, pode-se fazer o raciocínio: é profissional que está diante de uma atividade cotidiana; a defesa que ele exercer pode ser praticada por um defensor público, alcançando o mesmo resultado prático e, por tal razão, talvez essa proibição de executar a defesa de seu cliente torna-se inidônea, já que no final haveria o mesmo resultado prático, não sendo, por isso, tal medida adequada.

4.2 A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL RELATIVA A ATUAÇÃO DO ADVOGADO NA LAVAGEM DE DINHEIRO

A respeito da temática de possível responsabilização do advogado pelo recebimento de honorários ilícitos, a jurisprudência alemã apresenta três julgamentos emblemáticos.

A primeira decisão pelo Tribunal Superior de Hamburgo (OLG), datada de 06 de janeiro de 2000. A segunda, com decisão diametralmente oposta, preferida pelo

²⁷⁷ CALLEGARI, André Luís. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG. **Revista dos Tribunais**. Thomson Reuters, v. 933, ano 102, jul./2013, p. 123

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 121

²⁷⁹ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004, p. 170.

Tribunal Federal Alemão (BGH), em 04 de julho de 2001. E, por fim uma decisão “final” sobre o tema em 30 de março de 2004, realizada pelo Tribunal Constitucional Alemão (BverfG).

Quanto à jurisprudência brasileira, tal tema ainda se encontra em debates, não havendo posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Resta, portanto, analisar situações que podem ser consideradas similares e podem conduzir a construção de um raciocínio lógico.

4.2.1 Decisão do *oberlandesgericht (olg)* - Hamburgo (06 de janeiro de 2000)

Em 10 de fevereiro de 1999, a polícia alemã deteve mulher que transportava no interior de seu veículo um quilo de cocaína, tal droga teria destino a cidade de Colônia. E, por intermédio de interceptações telefônica descobriu-se a vinculação dessa com o suspeito de liderar uma organização criminosa destinada ao tráfico de entorpecentes.²⁸⁰

Ao tomar conhecimento da prisão, esse suposto mandante realizou contratação de advogado, entregando-lhe a quantia de cinco mil marcos a título de honorários. Dinheiro esse que o Ministério Público entendeu ser proveniente também do tráfico. Por conta disso, o advogado foi acusado do delito de Lavagem de Dinheiro (§261 do StGB), sub a alegação de o profissional ter atuado de forma imprudente em relação aos cuidados exigidos no tocante à origem da lavagem de dinheiro.²⁸¹

O Tribunal Superior de Hamburgo, porém, confirmou a tese de que a percepção de honorários por parte do advogado é conduta situada além do alcance do tipo penal objetivo do delito de branqueamento de capitais.²⁸²

A decisão baseia-se na perspectiva da colisão de interesses: entre a necessidade de isolar economicamente o criminoso e a necessidade de se preservar direitos

²⁸⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 132

²⁸¹ *Ibidem*, p. 247/248.

²⁸² *Ibidem*, p. 248.

fundamentais (direito do acusado em escolher seu defensor e o direito deste ao livre exercício da profissão).²⁸³

É importante destacar que tal decisão se aplicaria somente aos casos em que o pagamento ocorre mediante retribuição pela prestação de serviço de defensor técnico num processo criminal, jamais aplicando-se tal extensão aos negócios “cotidianos”, ou atividades de assessoramento.²⁸⁴

Alega ainda o tribunal que a aceitação de honorários maculados de um cliente acusado de cometimento de crime, poderia constituir suspeita de Lavagem. Ocorre que a aceitação de tal ideia geraria enfraquecimento da posição processual da defesa, que garante ao profissional o livre exercício de sua profissão.²⁸⁵

Chega o Tribunal à conclusão que a regra seria a impossibilidade de imputar ao advogado o delito de Lavagem de Dinheiro no caso de recebimento de honorários ilícitos.

As exceções ocorreriam quando o bem recebido pelo advogado fosse proveito de crime cuja vítima é perfeitamente identificada (no caso de preço de resgate por sequestro, por exemplo); quando o advogado age de modo a interferir no funcionamento da justiça a fim de favorecer seu cliente; ou quando o pagamento dos honorários não representa contraprestação, mas engodo, fraude simulada.²⁸⁶

Percebe-se no caso a preocupação do Tribunal Alemão, ainda nos anos 2000 em resolver problema que a jurisprudência/doutrina brasileira apenas começou a se preocupar nos últimos anos.

A primeira tendência demonstra-se ser a interpretação e aplicação de um tipo penal mais restrito. Frente a tendência de querer aumentar o grau de protecionismo de tal

²⁸³ RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 249.

²⁸⁴ GRANDIS, Rodrigo de. O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro. In.: CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Curitiba: Verbo Jurídico. 2011, p. 132.

²⁸⁵ RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. 2012. Tese de doutorado. Orientador: FILHO, Vicente Greco. Curso de direito. Faculdade de direito da USP, p. 210.

²⁸⁶ GRANDIS, Rodrigo de. *Op. Cit.*, p. 133.

bem jurídico, nota-se a exclusão do âmbito de aplicação da lei às atividades cotidianas (ações neutras).²⁸⁷

4.2.2 Decisão do *bundesgerichtshof* (*bgh*) de 4 de julho de 2001

Apesar da primeira decisão ter se mostrado favorável a proteção ao direito escolha do defensor e ao livre exercício da advocacia, em 2001 houve julgamento diametralmente oposto pelo Supremo Tribunal Alemão.

O caso ocorreu em 1994 quando casal fundador do “*European Kings Club*”, foi acusado de associação criminosa e fraude continuada. Para realização de sua defesa, dois advogados foram contratados. Esses receberam o montante de duzentos mil marcos para o desempenho da defesa, tendo sido o valor pago em espécie e antecipadamente.²⁸⁸

Em 04 de julho de 2001, foram os advogados condenados pelo Tribunal, sob a alegação que restou comprovado que era conhecida e certa a origem ilícita dos valores recebidos. A justificativa se fortalece pelo fato de que os advogados sequer haviam firmado documento escrito à guisa de contrato de honorários advocatícios ou de recibo de valores, tendo esses recebido valor desproporcionalmente alto e em espécie.²⁸⁹⁻²⁹⁰

Não bastasse, o Tribunal alegava ser de conhecimento dos advogados a conduta delituosa dos clientes, que já haviam praticado mesmo tipo penal em 1992. E, as disposições alemãs que tutelam a Lavagem de Dinheiro deixam clara a vontade de

²⁸⁷ DELGADO, Juana Del Carpio. **Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales**. InDret. Disponível em <<http://www.indret.com/es>> Acesso em 12 abr. 2017, p. 14.

²⁸⁸ GRANDIS, Rodrigo de. O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro. In.: CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Curitiba: Verbo Jurídico. 2011, p. 133.

²⁸⁹ RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 260.

²⁹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo: Revista dos tribunais, v. 2, 2005, p. 154

isolar economicamente o agente do delito, estando, por isso, abrangida a conduta do advogado.²⁹¹

Quanto à fundamentação de que se violaria direito fundamental a defesa, o Tribunal sustentou que o direito ao livre exercício de profissão não incluiria a faculdade de receber valores que sabidamente são provenientes de atividade criminosa.

Isso porque o acusado não tem o direito de pagar honorários com valores proporcionados pelo crime. E, o direito de escolha do defensor pressupõe que o acusado tenha a capacidade de arcar com o mesmo. Não havendo, a nomeação de defensor público é perfeitamente possível, não ferindo de forma alguma o direito de defesa, por não ser tal profissional inferior ao advogado.²⁹²

Restava ainda ao Tribunal afirmar que seria obrigação do advogado o questionamento do seu cliente sobre a origem do dinheiro utilizado para realização de tal pagamento. Além disso, não seria a confissão do cliente a única forma de obter tal informação, sendo o advogado capaz de “calcular” a procedência espúria e, assim, recusar o cliente.²⁹³

É importante notar que após tal decisão ser proferida, conforme aponta Rios, ocorreu o ápice da insegurança e ameaça ao exercício da profissão dos advogados criminalistas alemães.

Ocorre após tal decisão uma completa deturpação da atividade do advogado, que passou ser um acusador inicial do suposto autor do fato delituoso, violando por completo com a presunção de inocência e o direito à ampla defesa e contraditório.

Criar ao particular esse dever positivo pelo simples fato de constituir atividade advocatícia é extremamente complicado de se justificar. O Estado concede ao particular, a um profissional liberal, uma atividade completamente diversa de sua

²⁹¹ RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 260/261.

²⁹² GRANDIS, Rodrigo de. O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro. In.: CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Curitiba: Verbo Jurídico. 2011, p. 134

²⁹³ RIOS, Rodrigo Sánchez. *Op. Cit.*, p. 263

função. O dever de investigar a ilicitude de práticas e atividades suspeitas pertence a polícia, e não ao advogado.²⁹⁴

Além disso, há de se verificar o argumento que o advogado teria indícios claros de que as rendas de seus clientes seriam ilícitas ou que não haveria maiores dificuldades em comprovar tais fatos: se é tão simples a comprovação de tal fato, deveria a polícia, também, ter alcançado a essa conclusão e realizado sua função judiciária e, assim, iniciar ao menos inquérito penal. A falta de investigações nesse ponto demonstra que não está a se tratar de fatos tão públicos e notórios assim.²⁹⁵

4.2.3 Decisão do Tribunal Constitucional Alemão (*bundesverfassungsgericht – bverfg*) de 30 de março de 2004

Tamanha foi a polêmica gerada pela situação que em 30 de março de 2004 ocorreu o julgamento do Procedimento de Reclamação Constitucional, realizado pelo Tribunal Constitucional Alemão (*bverfg*). Através de tal julgamento houve a restrição novamente à interpretação do que havia sido veiculada pelo Tribunal Federal no caso “*European Kings Club*”, tornando-se novo paradigma interpretativo.

A partir desse momento, o entendimento que passou a ser seguido foi o de que o recebimento de honorários advocatícios maculados somente será enquadrado como delito de branqueamento de capitais quando o advogado possuir o conhecimento seguro quanto à origem delitiva do recurso, ou seja, aceitou-se unicamente a figura do dolo direto.²⁹⁶⁻²⁹⁷

No julgamento ocorreu a ponderação sobre o papel desempenhado constitucionalmente pelo defensor. A aplicação do delito de forma abrangente acaba

²⁹⁴ SÁNCHEZ, Javier; TRELLES, Vera Gómez. **Blanqueo de capitales y abogacía: un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva.** *Indret*. Disponível em <<http://www.indret.com/es>> Acesso em 12 abr. 2017, p. 16.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 15.

²⁹⁶ Para Juarez Tavares considera-se a ocorrência do dolo direito, em geral, quando o sujeito incorpora a lesão de bem jurídico como seu objetivo final (dolo direto de primeiro grau) ou como consequência necessária de sua conduta (dolo direito de segundo grau). Ou seja, em tal situação, consideraria culpado o advogado que age diretamente com o intuito de realizar a Lavagem de Dinheiro. (TAVARES, Juarez, **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons. 2012. p. 395).

²⁹⁷ GRANDIS, Rodrigo de. O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro. In.: CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Curitiba: Verbo Jurídico. 2011, p. 134.

por afetar não só o direito ao livre exercício da profissão, como também ao direito de escolha do cliente.

Isso porque, a possibilidade de imputação do delito de Lavagem de Dinheiro ao advogado pelo recebimento de honorários ilícitos, coloca em risco o próprio exercício da atividade profissional, bem como fragiliza a relação de confiança com o cliente.²⁹⁸

O advogado então, por receio, não poderia exercer a atividade profissional por ele escolhida de forma livre, perdendo a função constitucionalmente criada de defender o interesse do denunciado.

Cria-se um ambiente de desconfiança, de um lado o cliente que ocultaria informações com medo de ter elas reveladas, de outro o advogado e a possibilidade de responder a processo por receber honorários de procedência ilícita, passaria o advogado a se preocupar unicamente com seus interesses.²⁹⁹

Quebra-se por completo as noções do princípio da confiança. A ideia de que deve o profissional do direito agir em respeito ao seu cliente, confiando no mesmo. O cliente tem o direito de poder confiar no profissional que o representa, bem como advogado deveria possuir ficção de se confiar normativamente no que lhe é entregue (ou seja, nesse caso considerar como lícitos os honorários recebidos).³⁰⁰

Pelo exposto, foi o entendimento dos julgadores a necessidade de haver uma limitação da abrangência da imputação do crime, pois é ausente no ordenamento jurídico a expressão dos deveres de cuidado a serem observados pelo advogado em matéria de recebimento de honorários maculados.³⁰¹

A necessidade de restringir aplicação legal é latente a fim de proteger a atividade da advocacia. A necessidade de investigar e o constante receio de poder ter suas informações reveladas pelo próprio advogado fariam com que os clientes evitassem tais profissionais pela falta de confiança que geraria.

²⁹⁸ RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 266.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 270.

³⁰⁰ SÁNCHEZ, Javier; TRELLES, Vera Gómez. **Blanqueo de capitales y abogacía: un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva**. Indret. Disponível em <<http://www.indret.com/es>> Acesso em 12 abr. 2017, p. 18/19.

³⁰¹ RIOS, Rodrigo Sánchez. *Op. Cit.*, p. 271.

De maneira alguma despreza-se o trabalho exercido pelas defensorias públicas, mas, é previsto em lei o direito de escolha de defesa, bem como é prevista pela lei brasileira a importância da advocacia no âmbito jurídico.

A interpretação de maneira extensiva da lei traria grandes problemas à justiça brasileira, ao colocar em risco uma atividade profissional considerada como elementar. Portanto, nota-se a necessidade de realizar restrições ao tipo penal em questão, cuja abertura poderia causar estado contínuo de insegurança jurídica.

4.2.4 Julgado brasileiro: Furto ao Banco Central (CE).

O processo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, processo nº 2005.81.00.014586-0³⁰², versa sobre a apuração de variadas condutas desenvolvidas por organização criminosa após subtração (de R\$ 164.755.159,00) do Banco Central em Fortaleza (CE), dentre elas o planejamento, financiamento, documentações falsas, bem como a compra e venda de veículos e ocultação do produto do furto.

O crime envolveu uma série de planejamentos, que se desenrolaram desde ao aluguel de casa em frente ao Banco até a estruturação para cavar túnel refrigerado que alcance o local em que se encontrava o dinheiro. Percebe-se a estrutura de um furto destramente elaborado que chocou o país pela sua estruturação.

Após a prática delitiva os agentes dirigiram-se a loja de venda de carros seminovos e realizaram compra de onze veículos automotores, com pagamento em espécie em notas de cinquenta reais, totalizando o valor de R\$ 980.000,00. Por este fato, foram os vendedores da dita loja processados pelo delito de Lavagem de Dinheiro (lei 9.613/98, art. 1º, II, §2º).³⁰³

³⁰² Penal e processual penal. Furto qualificado à caixa-forte do banco central em fortaleza. Imputação de crimes conexos de formação de quadrilha, falsa identidade, uso de documento falso, lavagem de dinheiro e de posse de arma de uso proibido ou restrito. Sentença condenatória. Preliminares: juntada de novas razões recursais. Impossibilidade. Preclusão consumativa. Cerceamento de defesa. Omissão da sentença quanto à apreciação de todas as teses da defesa. Livre convencimento. Alegação de nulidade por falta de correlação entre a acusação (de lavagem de dinheiro) e a sentença condenatória. Hipótese de *emendatio libelli*. Inexistência. Mérito: autoria e materialidade. Parcial procedência da denúncia. Crime contra a *wjot*. [Ementa].

³⁰³ É importante notar que tal delito ocorreu antes da alteração legal trazida pela lei 12.683/12 e, por tal razão, pela perda de certo argumentos, com a finalidade de aplicar tal julgado nos casos atuais, não será explanado o caso de maneira completa.

Dentre os argumentos apresentados pelo Relator a fim de restringir o tipo subjetivo, tem-se o fato de que os apelantes (vendedores) vivem da atividade de compra e venda de veículos e, mesmo que não seja prática corriqueira o pagamento em dinheiro em espécie, não seria incomum.

Além disso, é importante notar que não havia a percepção que tais valores tinham sido derivados do furto de Banco, pois o delito ocorreu na madrugada de sexta-feira para o sábado, e somente constatado no início do expediente da segunda-feira, tendo sido a compra efetuada na manhã de sábado.

Apesar de ser perfeitamente plausível a possibilidade de se considerar tais valores como provenientes de origem ilícita. Seria necessário, para tal imputação, a produção de outras provas denotadoras da cumplicidade dos agentes com a conduta autor do delito antecedente.³⁰⁴

O mero argumento de conhecer, ou ter a possibilidade de conhecimento, das circunstâncias objetivas do fato, não a transformam em algo subjetivo. Apesar de as condutas serem fortes elementos caracterizadores do crime, inexistia nos autos, qualquer meio indiciário que apontasse ter a empresa em questão, como atividade principal ou secundária, a prática de Lavagem de Capitais.

A ausência de elementos que demonstrassem a ciência dos atos aponta para existência de uma culpa grave, pela falta de diligência da loja em questão, porém, em momento algum há indícios claros apontando uma atuação dolosa.

Por tais razões optou o julgador por estabelecer mecanismos eficientes para diferenciar os profissionais cumpridores de seus deveres daqueles que determinam com a sua atuação, uma inescusável aproximação com o fato delitivo antecedente.³⁰⁵

O julgamento ao roubo do Banco Central foi um dos primeiros que trouxe a discussão para a possível aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada. Embora em primeiro grau tenha havido a incriminação dos agentes por haver (1) o conhecimento da elevada probabilidade de que o dinheiro utilizado para realizar o pagamento era proveniente de crime; e (2) os agentes agiram de modo a evitar o conhecimento condenador.

³⁰⁴ RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva. 2010, p.315.

³⁰⁵ *Ibidem*, p.318/320.

Em sede de recurso o relator do processo entendeu pela absolvição, pois faltava nos autos elementos concretos na sentença que demonstrassem que os valores recebidos eram de origem ilícita.

Tal decisão, contudo, ocorreu antes da alteração legal da lei de Lavagem de Dinheiro. A mudança sofrida pelo art. 1º, § 2º, I, conforme já visto, traz a possibilidade de se aplicar a Teoria da Cegueira Deliberada de forma mais abrangente no direito brasileiro.³⁰⁶

No caso em questão, porém, verifica-se que apesar de os sujeitos possuírem indícios de que o dinheiro advinha de procedência ilícita (devido a quantidade, em espécie), não havia como os vendedores suspeitarem que era proveniente do roubo ao Banco Central, que ainda não havia sido descoberto.

Bem como, há de se lembrar que em tal situação a concessionária agia conforme sua finalidade econômica (venda de veículos), podendo se falar que sua atitude de vender os carros faz parte de seu dia-a-dia, podendo, então, ser considerada uma ação neutra também.

4.3 OS IMPACTOS DO CONHECIMENTO OU DESCONHECIMENTO NA TIPIIFICAÇÃO DO “DELITO” PRATICADO PELO ADVOCADO

Tem-se que a Lavagem de Dinheiro é crime autônomo, completamente desvinculado do ato antecedente, podendo, inclusive o sujeito está respondendo pelo Branqueamento de Capitais sem necessariamente haver o trânsito em julgado do processo que julga o crime passado. E, o autor desses crimes, não necessariamente será o mesmo.

Pela Teoria do Domínio do Fato seria autor aquele que tem o total controle da situação, podendo controlar o resultado e, pela Teoria do Domínio da Organização, considera-se autor (mesmo que mediato), o mandante (de organização ilícita) desse crime.

³⁰⁶ PHILIPPI, Patrícia. A Possibilidade de Adoção da Teoria da Cegueira Deliberada nos Crimes de Lavagem de Capitais. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Disponível em <<https://www.mpdft.mp.br/revistas/index.php/revistas/article/view/182>> Acesso em 21 abr. 2017, p. 19.

É partícipe do crime, então, aquele que atua de forma meramente acessória. Importante notar que, para haver a punição do partícipe, deve haver um resultado delituoso produzido pelo autor do crime.³⁰⁷

O delito teoricamente praticado pelo advogado ao receber honorários ilícitos estaria na Lei 9.613/98:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

II - Os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere

Tal delito é característico de quem atua como partícipe no crime. Aqui o advogado não atuaria com o dolo de esconder ou camuflar o dinheiro, apenas estaria a utilizar daquele proveito do crime. Logo, pelo mero recebimento dos honorários ilícitos, não poderia ele ser considerado autor do delito de Lavagem de Dinheiro, no máximo, partícipe de tal ação.

E, como afirma Ambos, para o risco de a conduta do cúmplice ser considerado deve haver, necessariamente, no evento principal a manifestação da vontade externa de ser cúmplice, que vai além da simples predisposição interna de se querer colaborar.³⁰⁸

Pela Teoria da Cegueira Deliberada, afirma-se que quando há o alto risco de conhecimento da existência de um fato elementar de crime e o sujeito age de forma deliberada para evitar esse conhecimento condenador, deve ele responder da mesma forma pelo delito.

Um advogado que recebe altos valores de seu cliente, que está defendendo de crimes que lhe geraram vultosas quantias em dinheiro (por exemplo, o caso de Márcio Thomas Bastos), deveria por essa teoria ser responsabilizado por “fechar os olhos à realidade”, recebendo proveito de crime antecedente. Porém, para a aplicação real da *willful blindness* é necessário que o advogado haja de forma deliberada a não querer conhecer a origem do seu dinheiro.

³⁰⁷ Baseado na ideia da acessoriedade da participação.

³⁰⁸ AMBOS, Kai. La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. **Revista de derecho penal y criminología**. 2ª Época, nº 8, 2001, p. 198.

Ocorre que, além da Teoria do Avestruz, tem-se de outro lado as chamadas ações neutras. Colocando em confronto atividades cotidianas como práticas delituosas. Conforme já foi dito, vive-se em uma sociedade de riscos e, atitudes profissionais podem ser muito semelhantes com ações delituosas.

Greco³⁰⁹, então, traz o critério diferenciador, afirmando que casuisticamente deve-se analisar, por exemplo, se essas contribuições geradas podem ser obtidas em outro lugar, por qualquer outra pessoa que age no plano da licitude, sem apresentar dificuldades para o autor principal, e se são medidas idôneas para que haja o alcance da tutela penal.

No caso do advogado, percebe-se que, ele recebe seus honorários como forma de contraprestação a serviço de defesa exercido em prol de seu cliente. Nota-se que, mesmo que o sujeito não contratasse um advogado, recorresse a uma defensoria público, por exemplo, o resultado final, ou seja, a sua defesa seria exercida da mesma forma.

Logo, haveria um temor de o advogado exercer sua profissão pelo receio de acabar sendo imputado por usufruir de proveito de crime e, tal sanção seria completamente inidônea para proteger o bem jurídico que está sendo tutelado. De forma alguma o sujeito que pratica delito antecedente deixaria de praticá-lo, iria meramente recorrer a outra instituição.

Não há o que se falar em impedir “qualquer vantagem” proveniente do crime como por vezes é argumentado. A contratação do advogado para realização da defesa do indivíduo não configura um benefício e sim um direito a ele garantido.

Lembra-se que o direito de defesa é constitucionalmente previsto e, como afirma Callegari, o direito de ser defendido por um profissional habilitado abrange, também, a possibilidade de escolher quem seria ele.³¹⁰

A norma, então, que taxaria o advogado como participe de crime, seria completamente desproporcional. Aqui existem em choque o direito de defesa do cliente, a liberdade do advogado e a tutela ao bem jurídico.

³⁰⁹ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004, p. 170.

³¹⁰ CALLEGARI, André Luís. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG. **Revista dos Tribunais**. Thomson Reuters, v. 933, ano 102, jul./2013, p. 136.

E, como afirma Sebastian Mello³¹¹, por ser o direito penal ramo essencialmente residual, visando a resguardar o mínimo ético de convivência e sobrevivência de um Estado, não pode se admitir que possam haver regras de aplicação, interpretação e tutela que sejam antagônicas entre si. A proibição ao livre exercício da profissão do advogado seria um perigo constitucional.

Percebe-se isso nas decisões alemãs apresentadas, após restringir o direito de defesa, aumentando o rigor a lei de Lavagem de Dinheiro, a Alemanha enfrentou grandes problemas no exercício da advocacia, pela dificuldade no exercício da profissão após a maior possibilidade de aplicar sanções (tópico 4.2.2).

O medo que tal abertura causaria aos advogados iria limitar por completo sua atuação. E não simplesmente o advogado criminalista, mas todos os outros ramos estariam a mercê da possível criminalização pela suposta falta de dever de cuidado.

A situação gerou tantas polêmicas que poucos anos depois o caso voltou a ser debatido, sendo entendida a necessidade de flexibilizar tal interpretação a fim de se preservar os direitos de defesa e livre exercício da profissão.

Como bem já foi mencionado, o advogado é profissional como tantos outros, que lida constantemente com riscos, mas não pode ser ele o responsável por realizar o papel da polícia judiciária, ou dos órgãos de controle. E, um dos principais argumentos é a necessidade de preservar dever ético exigido pela sua atividade: o sigilo profissional.

Pode-se, então, crer que o advogado não pode ser responsabilizado pelo mero recebimento de honorários ilícitos, quando se está no livre exercício de sua profissão. Isso porque, essa atitude seria considerada uma ação neutra que retiraria a ação do rol criminal.

E quando se fala em contraprestação ao serviço prestado, deve-se mencionar que, pelo Código de Ética do Advogado não há proibição expressa para que o pagamento seja em bens³¹². Logo, não haveria diferença na aplicação da Teoria das Ações

³¹¹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Microsistemas jurídico – penais e a lavagem de dinheiro – aspectos da lei 9.613/98. **Revista Jurídica dos Formandos em direito da UFBA**. Salvador: UFBA, v. 6, jun./dez.1999, p. 330.

³¹² A exceção ocorre nas cláusulas quota litis, que estabelecem que o pagamento deve ser realizado obrigatoriamente em pecúnia. [Art. 38. Na hipótese da adoção de cláusula quota litis, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos de honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte ou do cliente. Parágrafo único. A participação do advogado em bens particulares de cliente, comprovadamente sem condições pecuniárias, só é tolerada em caráter excepcional, e desde que contratada por escrito].

Neutras no quesito de como se dá a forma de pagamento, no máximo, poderia se falar no aumento a reprovabilidade social pelo fato de o advogado ser pago com um bem. O próprio Código Penal também, por exemplo, traz a possibilidade de substituir uma pena pecuniária por prestação de cesta básica, logo, não há o que se falar em diferenças entre as duas formas de pagamento.

Importante destacar que o conhecimento ou o dolo, em situações em que se avalia a prática de uma ação neutra, são irrelevantes. É necessário, em verdade, analisar a situação concreta.³¹³

E, o mesmo raciocínio deve ser aplicado a eventual tentativa de realocar o crime para a receptação ou favorecimento real:

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.

Art. 349 - Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime.

No caso do favorecimento, o advogado, no exercício de sua profissão, não está de maneira alguma atuando com o dolo de tornar seguro o proveito do crime. Tornando impossível, por isso, a taxação desse delito.

Já na receptação, tem-se o mesmo raciocínio quanto às ações neutras, aplicado a Lavagem de Dinheiro. O advogado, igualmente, recebe o dinheiro a fim de ser pago pelos seus serviços. A lógica de representar proibição inidônea de alcançar o resultado prática pretendido é o mesmo.

Bem como, deve-se acrescentar a opção de o advogado que recebe o pagamento de valor que foi fruto de Lavagem de Dinheiro. O regresso para punição aqui poderia gerar uma aplicação muitas vezes arbitrária de sanções penais pelo tipo de receptação culposa ou dolosa.

A intervenção penal aqui, poderia gerar uma paralisação da vida social, como bem ocorreu na Alemanha após a decisão do Supremo Tribunal Alemão (Decisão do *bundesgerichtshof* de 4 de julho de 2001). Haveria um medo constante dos profissionais em serem alvo de ações penais por conta de uma contraprestação e, ao

³¹³ CALLEGARI, André Luís. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG. **Revista dos Tribunais**. Thomson Reuters, v. 933, ano 102, jul./2013, p. 123.

mesmo tempo, não haveria a produção real da tutela ao bem jurídico que se tenta proteger.

Além disso, verifica-se que falta no advogado, que recebe dinheiro (ou bem) como forma de contraprestação por seus serviços prestados, o dolo de realizar crime de Lavagem de Dinheiro.

Tal delito necessita de dolo para existir e, por isso, todos os elementos do tipo devem ser analisados necessariamente. Não pode aqui ocorrer uma presunção criminal para que ocorra uma aplicação arbitrária de uma sanção sob a justificativa de se preservar um bem jurídico.

Percebe-se ainda a abertura trazida pelos tratados internacionais, que tem trazido a possibilidade de se avaliar a existência do crime analisando apenas as circunstâncias subjetivas. O risco aqui de imputações arbitrárias é evidente. Logo, para a real consideração de que o advogado está realizando crime de Lavagem de Dinheiro, deve-se verificar a existência do dolo.

Não bastasse isso, é necessário frisar que a Teoria do Domínio do Fato é utilizada para diferenciar o autor do partícipe e não para criar uma culpabilidade de um indivíduo que nem se que chegou a atuar no delito. Esse erro cometido pelo STF no julgamento da AP 470 não deve ser repetido. Essa teoria não pode ser utilizada como fins probatórios de que o sujeito atuou lavando dinheiro sem que se analise a real atuação do profissional: o dolo de realizar o branqueamento.

O advogado, então, que atua no livre exercício de sua profissão e recebe valores (ou bens) como forma de contraprestação ao serviço prestado não atua com dolo de lavar dinheiro e, por isso, não deve ser responsabilizado pelo recebimento de honorários maculados.

5 CONCLUSÃO

O advogado tem importância fundamental no processo criminal a fim de se preservar o contraditório e ampla defesa. Além disso, a profissão é vista como elementar a administração da Justiça.

Devido a globalização e o aumento dos riscos sociais ocorreu o aumento da tutela dos crimes econômicos e, dentre eles, a Lavagem de Dinheiro. Devido às pressões internacionais, em 2012 o Brasil alterou o dispositivo legal que versava sobre o tema trazendo um maior endurecimento do tratamento dos tipos ali dispostos, vale destacar: a extinção do rol de crimes antecedentes, a possibilidade de utilização do dolo eventual e a possibilidade de enquadrar o advogado no rol de sujeitos obrigados a comunicar ao COAF no caso de atividades suspeitas.

As novas disposições trouxeram polêmicas ao meio profissional do advogado, que se viu com a possibilidade de ter que informar às autoridades sobre atividades de seus clientes que poderiam ser consideradas suspeitas, ferindo, assim, o dever de sigilo imposto por sua profissão. Cria-se aqui um dever de cuidado e a discussão se o advogado seria considerado garantidor pela Lei de Lavagem de Dinheiro.

Além disso, com o endurecimento penal, o texto da lei 12.683/12 abre a possibilidade de o advogado ser enquadrado nesse tipo por estar recebendo dinheiro proveniente de crime antecedente. Por tal discussão a melhor solução a ser aplicada é avaliar se o pagamento se enquadra como uma conduta neutra. Por tais razões, conclui-se:

- A. Os tratados internacionais que dispõem sobre a Lavagem de Dinheiro têm trazido a possibilidade de se avaliar a existência do crime analisando apenas as circunstâncias subjetivas. Contudo, tal abertura lógica gera a possibilidade de se aplicar interpretações arbitrárias pelo crime de Lavagem. E, por essa razão, é necessário que se leve em consideração as circunstâncias objetivas do crime como fonte de análise da existência do delito.
- B. Quanto à possibilidade de considerar o advogado inserido no rol de sujeitos obrigados a comunicar ao COAF a respeito de operações suspeitas tem-se que o advogado que atua em contencioso judicial ou extrajudicial e aquele que presta assessoria e consultoria jurídica voltada para análise de situação jurídica não

possui obrigação de informar ao COAF, por estar abarcado pelas disposições da OAB.

- C. Já os profissionais que fazem as chamadas consultorias estritas ou operações extrajudiciais (que possam ser realizadas por qualquer indivíduo capacitado), possui a obrigação de comunicar, pois não estão protegidos pela exceção da OAB.
- D. Aqueles profissionais que realizam aconselhamento jurídico sobre operações tributárias ou societárias, sem que exista litígio em andamento ou uma antevisão clara, teoricamente, há o dever de informar.
- Caso haja dificuldade em desvincular possível futuro litígio de uma situação como essa, no caso de dúvida, deve prevalecer o sigilo e a inviolabilidade. Logo, não haveria o dever de comunicar.
- E. O advogado não poderia de forma alguma responder por crime de Lavagem de Dinheiro pelo simples não comunicar as atividades suspeitas, pois estaria ali realizando um crime omissivo e, nesse é necessário realizar a análise do dolo, demonstrando que o sujeito incluiu na sua decisão a não execução da ação possível e necessária.
- F. O advogado não pode ser considerado garantidor da lei de Lavagem de Dinheiro pois tal profissão não está taxada de forma expressa na lei (que não traz menção expressa do profissional) ou no art. 13, CP que traz a necessidade de previsão legal para assim configurar a posição de garantidor.
- G. No caso de o cliente e o advogado, atuando em separadamente, sem comum acordo, agirem de maneira delituosa, ocorre aqui a exclusão do nexos causal, que não poderia ser imputado ao agente. Isso porque são ações distintas.
- H. O advogado que atua no delito (com dolo) de Lavagem de Dinheiro recebendo bens ilícitos seria, no máximo, partícipe do crime, pois não possui nenhum real domínio sobre o fato.
- I. Para a aplicação da *willful blindness* é necessário que o advogado haja de forma deliberada a não querer conhecer a origem do seu dinheiro, não sendo aplicado, via de regra, na situação do advogado pois, quando se fala em ações neutras retira-se a necessidade de se avaliar o conhecimento, elemento necessário para aplicar a Teoria da Cegueira Deliberada.
- J. Na aplicação das ações neutras torna-se irrelevante o conhecimento ou o dolo do sujeito, sendo necessária a avaliação do caso concreto. Isso porque é profissional

que está diante de uma atividade cotidiana e a aplicação de sanção apenas dificultaria o exercício da advocacia, sendo medida inidônea para o combate a Lavagem de Dinheiro.

- K. Não há restrição, em geral, para que o advogado receba o pagamento apenas em pecúnia, por conta disso, não haverá diferenças penais quando o pagamento for em dinheiro ou em bens.
- L. Pode-se considerar a conduta do advogado como uma ação neutra, pois:
- M. A defesa praticada no processo poderia ser praticada por um defensor público, e isso alcançaria o resultado prático da mesma forma.
- N. A proibição da prática da advocacia em tais circunstâncias seria medida inidônea para evitar a prática de Lavagem de Dinheiro. De forma alguma deixar-se-ia de praticar tal delito, bem como o advogado não está se valendo de “proveito do crime” e sim, sendo remunerado por serviço prestado.
- O. Contratar advogado não deve ser medida considerada como “vantagem conquistada” e sim como um direito de defesa, que é constitucionalmente previsto.
- P. A Teoria das Ações Neutras irá ser aplicada de forma similar para os casos de receptação.
- Q. A abertura do tipo penal causaria aos advogados o temor e receio constante de responder a processo penal. Restringiria, por isso, a atuação do profissional do advogado, podendo isso trazer prejuízos a sociedade como a quebra de um Estado Democrático de Direitos, já que a advocacia é profissão constitucionalmente prevista como elementar para a administração da Justiça, bem como poderia dificultar o processo do contraditório e ampla defesa.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva. 2014.

AMBOS, Kai. La complicitad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. **Revista de derecho penal y criminología**. 2ª Época, nº 8, 2001.

ANTUNES, Leonardo Leal Peret. A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna. **Tribuna Virtual IBCCRIM**. Ano 01. Edição nº03. Abr./2013. Disponível em <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/7-A-Expansao-do-Direito-Penal-na-era-da-Globalizacao-e-a-Criminalidade-Moderna>> Acesso em 26 out. 2016.

ARAS, Vladimir. As controvérsias da lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro). In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org). **Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: ESMPU. 2011

ARELLANO, Luis Felipe Vidal. **Fronteiras da responsabilização penal de agentes financeiros na lavagem de dinheiro**. 2012. Dissertação de mestrado. Orientador Renato de Mello Jorge Silveira (Curso de mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS INTERNACIONAIS; FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Função de compliance**. Disponível em <http://www.abbi.com.br/download/funcao decompliance_09.pdf> Acesso em 06 abr. 2017.

BARBOSA, Rui. **O dever do advogado, carta a Evaristo de Moraes**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002.

BATISTA, Nilo. **Crítica do mensalão**. Rio de Janeiro: Revan. 2015.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: 34. 2011.

BERINI, Arturo González de León. Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídicos-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. Coord.: Raquel Motaner Fernández. **Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O que é compliance no âmbito do Direito Penal?** Conjur. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>> Acesso em 28 dez. 2016.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo Código de Ética. **Revista do Advogado.** São Paulo: AASP, n° 129. Abr/2016.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

BRASIL. **Acórdão AP nº 470.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/>> Acesso em 28 abr. 2017, p. 2.733.

_____. Banco Central do Brasil. **O que é e o que faz o Banco Central.** Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/pre/portalCidadao/bcb/bcFaz.asp?idpai=PORTALBCB>> Acesso em 03 set. 2016.

_____. Banco Central do Brasil. **Ação do Estado e papel do Banco Central.** Banco Central. Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/fis/supervisao/acaoestado.asp>> Acesso em 12 out. 2016.

_____. **Circular 3.461/09.** Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/>> Acesso em 12 fev. 2017.

_____. **Código Civil. Lei nº 10.406.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 07 abr. 2017.

_____. **Código de Ética do Advogado.** Disponível em <<http://oabam.org.br/>> Acesso em 02 set. 2016.

_____. **Código de Processo Civil. Lei 13.105/15.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 05 abr. 2017.

_____. **Código de Processo Penal. Decreto-lei 3.689/41.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 07 abr. 2017.

_____. **Código Penal. Decreto-lei nº 2.848.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 07 abr. 2017.

_____. Comissão de segurança pública e combate ao crime organizado. **Projeto de lei nº 2.902/11.** Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1030973.pdf>> Acesso em 07 abr. 2017.

_____. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **Fases da Lavagem de Dinheiro.** COAF. Disponível em <<http://www.coaf.fazenda.gov.br>> Acesso em 26 out. 2016.

_____. _____. **Principais conceitos.** Disponível em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro/lavagem-de-dinheiro-principais-conceitos>> Acesso em 26 out. 2016.

_____. Constituição Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 30 abr. 2017.

_____. Decreto 5.015/04. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. **Decreto nº 5.687/06.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 30 abr. 2017.

_____. **Exposição de motivos da lei 12.846/13.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20%20CGU%20MJ%20AGU.htm> Acesso em 16 mar. 2017.

_____. **Lei 4.595/64.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 12 out. 2016

_____. **Lei 9.613/98.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 19 out. 2016.

_____. Ministério da Fazenda. COAF. Disponível em <<http://coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>> Acesso em 30 ago. 16

_____. _____. _____. **Competências.** Publicado em 20/03/2015. Disponível em <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/o-conselho/competencias>> Acesso em 12 out. 2016.

_____. Procurador Regional da República. **Representação contra Márcio Thomaz Bastos.** Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/leia-a-integra-da-representacao-contra-thomaz-bastos/>> Publicada em 28 mai. 2012. Acesso em 03 set. 2016.

_____. Processo nº 49.0000.2012.006678-6/CNECO. (OAB). Relatora: Daniela Teixeira.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **HC 162957/MG.** Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>> Acesso em 28 abr. 2017.

_____. V.U., em 17/03/2011, do parecer e ementa da Rel. Dra. MARY GRUN - Rev. Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI - Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA. E-3.965/2010. Tribunal de Disciplina e Ética (SP).

BUSATO, Paulo César. **Dolo e significado.** In. Paulo César Busato. Dolo e direito penal, modernas tendências. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2014.

CALLEGARI, André Luís. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG. **Revista dos Tribunais.** Thomson Reuters, v. 933, ano 102, jul./2013.

_____. **Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas do Direito penal.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

CARLI, Carla Verissimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. 2006. Mestrado. Prof. Aury Lopes Jr. (Curso de mestrado). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

CARVALHO, Amilton Bueno. **O (im)possível julgar**. Disponível em <<https://www.tjrs.jus.br/>> Acesso em 29 mar. 2017.

CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus Direito Penal Convencional. A engenhosa arte de criminalizar os riscos para punir os pobres**. Rio de Janeiro: Revan. 2013.

_____. **Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

CHAVES, Raul. **A advocacia criminal nos anos de chumbo**. OAB/SP. Disponível em <http://josementor.com.br/wp-content/files_mf/1397772269CORAGEM.pdf> Acesso em 03 nov. 2016.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APN 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. V, 106. Jan./2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no Processo Penal**. Disponível em <<http://emporiadodireito.com.br>> Acesso em 29 mar. 2017.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Sem advogado, não há justiça**. OAB. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2012/152>> Acesso em 02 set. 2016.

DELGADO, Juana Del Carpio. **Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales**. InDret. Disponível em <<http://www.indret.com/es>> Acesso em 12 abr. 2017.

EDITORIAL. A nova lei de lavagem de dinheiro: o excesso e a banalização. **Boletim nº 237, IBCCRIM**. Publicado em ago./2012. Disponível <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 16.

ESTELLITA, Heloisa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. In.: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). **Exercício da advocacia e lavagem de capitais**. Rio de Janeiro: FGV. 2016.

_____; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões. **Boletim IBCCRIM**, nº 237. Ago/2012.

FATF/GAFI. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: As Recomendações do GAFI**. Fev./2012. Disponível em <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf>> Acesso em 27 out 2016.

Federal Financial Institutions Examination Council. **Bank Secrecy Act/Anti-Money Laundering Examination Manual**. <

https://www.ffiec.gov/pdf/bsa_aml_examination_manual2006.pdf> Acesso em 12 fev. 2017.

FERRAZ, Fernando Cardoso. **Crise financeira global: impactos na economia Brasileira, política econômica e resultados**. 2013. Dissertação de mestrado. Prof. Carlos Pinkusfeld Monteiro Bastos. Universidade Federal do Rio de Janeiro.

FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade**. 2015. Dissertação de mestrado. Prof. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Matins. **Comentários críticos à lei brasileira de lavagem de capitais: Legislação penal especial em homenagem a Raul Chaves**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRANDIS, Rodrigo de. O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro. In.: CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Curitiba: Verbo Jurídico. 2011.

GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

_____; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito. **Revista dos Tribunais**. Thomson Reuters, v. 933, ano 102, jul./2013.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. O impacto da globalização sobre o direito penal. **Ciências penais. Revista da associação brasileira de professores de ciências penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 1, nº 1. Jul./dez. 2004.

HERBST, Kharen Kelm; DUARTE, Francisco Carlos. A nova regulação do sistema financeiro face à crise econômica mundial de 2008. **Revista de Direito Econômico e socioambiental**. Disponível em <doi:10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.04.002.AO02> Acesso em 15 mar. 2017.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION; AMERICAN BAR ASSOCIATION; COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE. **A lawyer guide to detecting and preventing money laundering**. Nov/2014. Disponível em <<http://www.anti-moneylaundering.org/AboutAML.aspx>> Acesso em 11 jan. 2016.

JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva en el derecho penal**. Argentina: Ad Hoc. 1996.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 106, ano 22, jan-fev./2014.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. Org: Carla Verrísimo De Carli. **Lavagem de dinheiro: Prevenção e controle penal**. Curitiba: Verbo Jurídico. 2011.

LIMA, Vinícius de Melo. **Lavagem de dinheiro e ações neutras. Critérios de Imputação Penal Legítima**. Curitiba: Juruá. 2014.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre Lavagem de Dinheiro: Cegueira deliberada e honorários maculados. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 17, n. 64, jan/abr. 2014.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime), Anotações às disposições criminais da Lei n. 9613/98**. São Paulo: Malheiros. 1999.

MARTINS, Luiza Farias. A doutrina da cegueira deliberada na Lavagem de Dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. **Revista de Estudos Criminais**. Out/Dez 2014.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Microsistemas jurídico – penais e a lavagem de dinheiro – aspectos da lei 9.613/98. **Revista Jurídica dos Formandos em direito da UFBA**. Salvador: UFBA, v. 6, jun./dez.1999.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **10 medidas contra a corrupção**. Disponível em <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>> Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. **Medida 2: criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos e proteção à fonte de informação**. Disponível em <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_2_versao-2015-06-25.pdf> Acesso em: 13 dez. 2016.

MONDACA, Iván Navas. Los códigos de conducta y el derecho penal económico. Coord.: Raquel Motaner Fernández. **Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier. 2013.

MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **La autoría mediata em los delitos imprudentes**. Valencia: Trintar. 2013.

MOREIRA, Rômulo. A advocacia criminal. In: COUTINHO, L.; PIMENTEL, F., RIBEIRO W. (orgs.). **Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacellar**. Feira de Santana: ESA.

NÓBREGA, Antônio Carlos. A Nova Lei de Responsabilização de Pessoas Jurídicas como Estrutura de Incentivos aos Agentes. **Economic Analysis of Law Review**. V. 5, nº 1, Jan-Jun, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, nº 47. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Direitos Humanos na Administração da Justiça - Conduta profissional Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados. Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-pcjp-23.html>> Acesso em 05 abr. 2017.

Parlamento Europeu e do Conselho. **Diretiva 2005: relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo**. 26 out. 2005. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0060&from=PT>> Acesso em 29 jan. 2017.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. **Lavagem de capitais: (dis) funções político-criminais no seu combate**. Salvador: JusPodivm, 2011.

PEIXOTO, Geovane. **A adoção de sistema de compliance e o “novo” marco legal de combate à corrupção**. JusBrasil. Disponível em <<http://gdmpeixoto.jusbrasil.com.br/artigos/163966510/a-adocao-de-sistema-de-compliance-e-o-novo-marco-legal-de-combate-a-corrupcao>> Acesso em 02 jan. 2017.

PHILIPPI, Patrícia. A Possibilidade de Adoção da Teoria da Cegueira Deliberada nos Crimes de Lavagem de Capitais. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Disponível em <<https://www.mpdft.mp.br/revistas/index.php/revistas/article/view/182>> Acesso em 21 abr. 2017.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973.

PORTUGAL. Lei 25/2008.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 6.ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais. 2014.

RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. 2012. Tese. Orientador: Prof. Vicente Greco Filho (Curso de Doutorado da USP) - Faculdade de Direito da USP. São Paulo.

REALE JÚNIOR, Miguel. A relação advogado-cliente e o sigilo profissional como meio de prova. **Revista do Advogado**. Disponível em <<http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/A%20rela%C3%A7%C3%A3o%20advogado-cliente.PDF>> Acesso em 01 set. 2016.

Reino Unido. **Joint Money Laundering Steering Group**. Disponível em <<http://www.jmlsg.org.uk/>> Acesso em 12 fev. 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Disponível em

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>> Acesso em 16 mar. 2017.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. Alterações na lei de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos. **Boletim IBCCRIM**, nº 237. Ago/2012.

RODRIGUEZ, Shawn D. **Caging careless birds: examining dangers posed by the willful blindness doctrine in the war on terror**. University of Pennsylvania Journal of International Law, v. 30, 2014. Disponível em <<http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol30/iss2/6>> Acesso em 23 abr. 2017.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 38, abr/2002.

_____. **Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. 2ª ed. Madrid: Civitas.

_____. **El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata**. Revista Penal. Disponível em <www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/> Acesso em 26 abr. 2017.

SAADI, Ricardo Andrade. O combate à lavagem de dinheiro. **Boletim nº 237, IBCCRIM**. Publicado em agosto de 2012. Pg. 8. Disponível <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 16.

SAAVEDRA, Giovani A.. Reflexões iniciais sobre o criminal compliance. In **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, jan. 2011.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial**. InDret. Disponível em <<http://www.indret.com/es/>> Acesso em 22 abr. 2017.

SÁNCHEZ, Javier; TRELLES, Vera Gómez. **Blanqueo de capitales y abogacía: un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva**. Indret. Disponível em <<http://www.indret.com/es>> Acesso em 12 abr. 2017.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 3.ed. Montevideo: B de F Ltda. 2011.

SANTOS, Gérson Pereira dos. **Direito penal econômico**. São Paulo: Saraiva. 1981.

SANTOS, Mauricio Januzzi. **Criminal compliance: o direito penal aplicado em seu viés preventivo**. Coord: Elias Farah. Revista do instituto dos advogados de São Paulo. São Paulo: Revista dos tribunais. Ano 15. V. 29. Jan/Jun. 2012.

SARMENTO, Daniel. As lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de direitos e garantias fundamentais**. Vitória, nº 12, jul./dez. 2012.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. **A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais**. 2012. Doutorado. Orientador: Prof. Sérgio Salomão Shecaira (curso de doutorado) - Faculdade de direito da USP, São Paulo.

SILVA, Antônio de Souza. Lavagem de dinheiro análise da lei 9613/98 e da atuação dos órgãos fiscalizadores frente aos crimes contra o sistema financeiro. **Publicação IV Congresso Nacional da FEPODI: direito penal, criminologia e processo penal**. São Paulo, 2015. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/z307l234/xzijgq71/523UGu4D4jPsb0b6.pdf>> Acesso em 12 out. 2016.

SILVA, Cesar Antônio. **Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ago. 2016. V. 122.

_____; DINIZ-SAAD, Eduardo. *Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. V. 56. Abril 2012.

_____; _____. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____; SCHORSCHER, Vivian Cristina. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo: Revista dos tribunais, v. 2, 2005.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 105, ano 21, nov-dez./2013.

STF - RHC: 80816 SP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 18/06/2001, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 18-06-2001. PP-00013 EMENT VOL-02035-02 PP-00249.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TAVARES, Juarez, **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons. 2012.

TEBET, Diogo. Lei de lavagem de dinheiro e a extinção do rol dos crimes antecedentes. **Boletim IBCCRIM**, nº 237. Ago./2012.

TRF-1 - ACR: 69572020084013800 MG 0006957-20.2008.4.01.3800, Relator: Des. Federal: Cândido Ribeiro, Data de Julgamento: 15/04/2014, Terceira Turma, Data de Publicação: e-DJF1 p.253 de 02/05/2014.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Prevenção ao Crime e Justiça Criminal: marco legal.** Disponível em <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>> Acesso em: 13 dez. 2016.

UNITED STATES COURT OF APPEALS, FIRST CIRCUIT. **318 F. 3d 268 - United States v. Rivera-Rodriguez.** Disponível em: <<http://openjurist.org/318/f3d/268/united-states-v-rivera-rodriguez>> Acesso em: 28 abr. 2017.

VASCONCELOS, Maurício. A lavagem de dinheiro, o financiamento ao terrorismo e suas relações com a advocacia. In: COUTINHO, L., PIMENTEL, F, RIBEIRO, W. (Org.). **Estudos em homenagem ao professor Thomas Bacellar.** Feira de Santana: ESA.

VILARDI, Celso Sanchez. A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. **Boletim IBCCRIM**, nº 237. Ago./2012.