



CYNTHIA YURI KAWAKAMI

Lavagem de dinheiro e advocacia: Dos deveres jurídicos dos advogados à cumplicidade mediante ações neutras

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Orientador: Professor Doutor Pedro Caeiro

Julho de 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Curso de Mestrado Científico

**LAVAGEM DE DINHEIRO E ADVOCACIA: Dos deveres jurídicos do advogado à
cumplicidade mediante ações neutras**

Cynthia Yuri Kawakami

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2o Ciclo de Estudos em Direito
conducente ao grau de Mestre, na Área de
Especialização em Mestrado Científico em
Ciências Jurídico-Criminais

Orientador: Professor Doutor Pedro Caeiro

**COIMBRA
2015**

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho não seria possível sem o apoio incondicional da minha família, meu pai, minha mãe e meu irmão. Agradeço eternamente por sempre acreditarem nos meus sonhos e planos. Agradeço, ainda, o Prof. Dr. Pedro Caeiro por toda paciência e apoio, além do Prof. Dr. Dres. h.c. Urs Kindhäuser por ter me acolhido de braços abertos como pesquisadora visitante no Instituto de Direito Penal na Universidade de Bonn. Aos amigos, Giovana Moreno, Daniella Hasegava, Mateus Caetano, Rodrigo Azambuja, Andy Carrión, Júlia Miranda, Catarina Woyames e Fernando Câmara que, de alguma maneira contribuíram de forma essencial com o desenvolvimento deste trabalho. A todos, o meu eterno agradecimento.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o entrelaçamento do crime de lavagem e o universo da advocacia, por meio do exame do bem jurídico tutelado no crime de lavagem, o estudo dos deveres jurídicos dos advogados trazidos pela recente lei brasileira n. 12.683 de 2012, especificamente o confronto entre o dever de comunicar atividade suspeita e direitos fundamentais previstos na Constituição. E, por fim, objetiva examinar a cumplicidade mediante ações neutras dos advogados por meio do recebimento de honorários maculados.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Advocacia. Deveres administrativos. Cumplicidade. Ações Neutras.

ABSTRACT

The present work aims to analyse the relation between the money laundering crime with the advocacy environment, through a study of the protected legal interest, the evaluation of the compulsory lawyer's duties established by the brazilian law n. 12.683 of 2012, especially concerning about obligation to inform suspect activities of the clientes and the violation of fundamentals rights determined by the Constitution. Moreover, aims to analyze the cumplicity through neutral actions of lawyers by the payment of "dirty" honorarium.

Key-Words: Money Laundering. Advocacy. Administrative Duties. Cumplicity. Neutral Actions.

SIGLAS E ABREVIATURAS

a. C. - Antes de Cristo

BCCI - *Bank of Credit and Commerce International*

BVerfG - *Bundesverfassungsgericht*

CEDH - Convenção Europeia Direitos do Homem

CICAD - Controle do Abuso de Drogas e outros Delitos Graves

COAF - Conselho de Controle de Atividade Financeira

EOA - Estatuto da Ordem dos Advogados

EUROSTAT - Gabinete de Estatísticas da União Europeia

ESAAMLG - FAFT Leste e Sudeste Africano

FAFT - *Financial Action Task Force*

FIU - *Finantial Intelligence Unit*

GAFI - Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro e financiamento ao Terrorismo

GDP - *Gross Domestic Product*

GPML - *Global Plan Against Money Laundering*

LOFTJ - Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais

MENAFATF - Oriente Médio e Norte Africano

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA - Organização dos Estados Americanos

OLG - *Oberlandesgericht*

STRs - *Suspicious Transactions Reports*

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

UNODOC - Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime

UNDCP - Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional de Drogas

UIF - unidade de inteligência financeira

VAT - *Value-Added Tax*

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	9
2. LAVAGEM DE DINHEIRO E POLÍTICA CRIMINAL	13
2.1. Orientações preventivas.....	13
2.2. A lavagem de dinheiro em números.....	21
2.3. A velha e recorrente questão: qual o bem jurídico protegido pelo crime de lavagem.....	27
2.3.1. Proteção do bem jurídico do crime antecedente.....	27
2.3.2. Proteção da ordem econômica	29
2.3.3. Proteção da administração da Justiça	33
2.3.4. Delito Pluriofensivo.....	35
2.3.5. Inexistência de bem jurídico afetado	38
3. DEVERES JURÍDICOS DOS ADVOGADOS NA PREVENÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO.....	39
3.1. O papel do advogado na sociedade	39
3.2. Deveres administrativos dos advogados sobre a comunicação de atividades suspeitas, identificação e manutenção de registro de clientes.....	42
3.2.1. Novidade trazida pela Lei brasileira nº 12.683/2012	42
3.2.2. Normativas internacionais	45
3.2.2.1. Diretiva 91/308/CE, Diretiva 2001/97/CE, Diretiva 2005/60/CE e Diretiva 2008/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho	45
3.2.2.2. Recomendações do GAFI/FAFT	47
3.2.2.3. Realidade Comparada: Portugal	48
3.3. Conflito entre o sigilo profissional <i>versus</i> o dever de comunicação e registro de dados dos clientes: uma investigação sob a ótica dos direitos e deveres deontológicos do advogado	50
3.3.1. O segredo/sigilo profissional como bem jurídico	50
3.3.2. Brasil.....	52
3.3.3. Portugal.....	56
3.4. Processo C-305/05: as considerações do Advogado-Geral M. Poiares Maduro	63
3.5. Advogado: Dever de garante?.....	67
4. ADVOCACIA E OS HONORÁRIOS MACULADOS NO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS.....	70
4.1. Considerações gerais	70
4.2. Critérios para restringir o âmbito de aplicação do delito de lavagem de capitais.....	73
4.2.1. Teorias Subjetivas	73
4.2.1.1. A solução pelo dolo.....	73
4.2.2. Teorias Objetivas.....	77
4.2.2.1. A cumplicidade por meio das ações neutras e os princípios da imputação objetiva na participação	77
4.2.2.2. Teoria da adequação social e adequação profissional.....	86
4.2.2.3. Teoria da redução teleológica do tipo	89
4.2.2.4. Interpretação conforme a Constituição	92
4.2.2.5. A teoria de Wohlers	93

4.2.3. Teoria da justificação.....	94
4.2.4. Jurisprudência.....	97
4.2.4.1. Brasil	97
4.2.4.1.1. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo - JTACrSP 70.....	97
4.2.4.1.1.1. Crítica	98
4.2.4.1.2. Seção Judiciária do Ceará 11a. Vara (Processo nº 2005.81.00.014586-0)	98
4.2.4.2. Portugal	99
4.2.4.3. Alemanha.....	100
4.2.4.3.1. Oberlandesgericht (OLG) de Hamburgo de 6 de janeiro de 2000: solução pelo tipo objetivo - interpretação conforme a constituição (<i>verfassungskonforme Reduktion</i>)	100
4.2.4.3.1.1. Críticas.....	103
4.2.4.3.2. Sentença do Tribunal Constitucional alemão (<i>Bundesverfassungsgericht</i> - BVerfG) de 30 de março de 2004: solução pelo tipo subjetivo - dolo (Vorsatzlösungen).....	103
4.2.4.3.2.1. Críticas.....	105
5. CONCLUSÃO	107
BIBLIOGRAFIA	112

1. INTRODUÇÃO

A lavagem de dinheiro é um tema exaustivamente discutido por diversos setores, encontrando especial predominância nas áreas da economia e do direito. Isso ocorre porque a conduta de lavagem é considerada crime em praticamente todos os ordenamentos jurídicos do globo, sendo comum fazer uma associação com prejuízo econômico por meio da circulação desses valores ilícitos no mercado. Nesse âmbito, o presente trabalho uniu esforços para dar uma atenção teórica ao tema, mas também preocupou-se em analisar de forma empírica o empenho mundial no combate da lavagem de dinheiro e os reflexos dos seus resultados.

O primeiro capítulo se ocupa em discutir de uma maneira geral sobre a lavagem de dinheiro e política criminal, partindo primeiramente da análise das orientações preventivas internacionais e os principais documentos e organismos de combate contra o crime, proporcionando uma breve noção histórica do surgimento do crime de lavagem de dinheiro e uma noção de como os países se unem por meio de organismo internacionais, em maior destaque podemos mencionar o FAFT (ou GAFI), que dita regras e recomendações padrões a serem seguidos pelos países membros.

Iremos utilizar de forma recorrente os termos lavagem de capitais e branqueamento de capitais (termo utilizado em Portugal) como sinônimo de lavagem de dinheiro. Como o próprio nome diz, lavar e branquear significa dar uma nova roupagem a determinado objeto. Essa "limpeza" denota, para muitos autores, um prejuízo em diversos setores, em especial a economia. Nessa senda, faremos o convite à reflexão de uma pergunta que nunca é respondida com uma base concreta: A economia é de fato prejudicada pela lavagem? Que setores são utilizados para lavar o dinheiro? Esta é uma dúvida que será trabalhada na segunda parte do primeiro capítulo por meio do exame da consequência da lavagem em números, tanto na economia como em outros setores, considerando os dados do EUROSTAT, do FAFT e GAFISUD. Essa análise do possível prejuízo decorrente da lavagem a economia será feita de modo estatístico, de maneira que um viés dogmático sobre a possibilidade da economia ser considerada como objeto de tutela do crime de lavagem de dinheiro será abordada no próximo capítulo.

Partiremos, então, para o terceiro ponto do capítulo, o qual traz uma certa inquietude da doutrina. O que se busca proteger no crime da lavagem? Qual é exatamente o bem jurídico tutelado? Há bem jurídico tutelado? No entanto, essa tema, que muito já foi discutido pela doutrina, não é o foco principal do trabalho. Julgamos ser importante ter em mente o bem a

ser tutelado pela lavagem para poder ter uma base sólida que será útil para discussão dos capítulos subsequentes, os quais tratam sobre os deveres jurídicos do advogado em relação ao crime de lavagem e a possibilidade do advogado ser incriminado por meio de condutas cotidianas, chamadas de condutas neutras.

O segundo capítulo cuida da relação do advogado com o crime de lavagem e o lavador, por conta da estreita relação com o agente supostamente lavador desencadeada pela profissão de defensor. Nos últimos anos, a política criminal da lavagem de dinheiro se voltou a preocupar-se com o advogado, cuja figura passou a ser tida como um agente sensível no crime do branqueamento. O ordenamento jurídico brasileiro trouxe, em 2012, a determinação de obrigatoriedades administrativas aos advogados, bem como o dever de comunicar atividades suspeitas, a identificação e a manutenção de registros de clientes.

Ao exigir que o advogado comunique as atividades suspeitas de seus clientes, o legislador brasileiro não foi explícito em especificar qual seria o tipo de advogado obrigado a cumprir suas determinações. A partir disso, surgem duas questões-chave: a primeira seria a indagação se apenas os advogados que atuam na área consultiva devem se submeter às condições determinadas pela lei ou os advogados que defendem cliente em juízo também estão abarcados. A segunda é concernente ao conflito de direitos fundamentais, como o sigilo entre advogado e cliente, bem como o direito a um devido processo legal e o direito ao livre exercício profissional *versus* o dever de comunicar.

Para resolver o primeiro impasse, nos remeteremos ao regramento internacional que há muito tempo já determinou essas obrigatoriedades em recomendações do FAFT e por Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho (Diretiva 91/308/CE, Diretiva 2001/97/CE, Diretiva 2005/60/CE e Diretiva 2008/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho).

Nota-se que a lei brasileira claramente se baseou nas determinações internacionais sobre os deveres administrativos do advogado, seguindo os padrões mundiais. Contudo, propositalmente ou não, deixou uma lacuna aberta para a discussão sobre qual o tipo de advogado que estaria submetido às mencionadas regras, diferenciando-se, assim, das recomendações internacionais que já determinam isso em suas leis. O FAFT, as Diretivas, e o ordenamento jurídico português - o qual foi trazido à tona com detalhes para uma apreciação a partir de uma realidade comparada -, além do ordenamento espanhol e alemão, por exemplo, parecem estar à frente da lei brasileira, porque em suas normas já se encontram especificadas as determinações que os advogados os quais estão submetidos aos deveres administrativos são

apenas aqueles que não atuam em processo ou aqueles que, embora não estejam atuando em juízo, realizam uma estratégia processual, ou seja, definem uma situação jurídica.

Já relativamente ao segundo problema apresentado sobre o conflito de direitos fundamentais, analisaremos o sigilo profissional por meio dos regramentos deontológicos do advogado. Outrossim, nos valeremos de uma análise também da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), ao passo que o segredo profissional (*legal privilege*) pode ser encontrado nos artigos 6º e 8º da Convenção, respectivamente versando sobre o "direito ao processo equitativo" (ou seja, a um devido processo legal) e ao direito à privacidade das comunicações entre cliente e advogado.

Para uma melhor visualização do problema, discorreremos brevemente sobre o caso *Michaud contra a França* (processo n. 12323/11) no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), cuja sentença foi proferida em 6 de dezembro de 2012 e sobre as considerações do Advogado-Geral M. Poiares Maduro sobre o processo C-305/05.

Frente às obrigações impostas aos advogados, o final deste capítulo se encerra com o exame da possibilidade do advogado ocupar a posição de garante ou não, diante da lei brasileira e portuguesa.

Por fim, o último capítulo trata da possibilidade do advogado ser condenado ao crime de lavagem por meio de ações classificadas pela doutrina como neutras. As ações neutras, de modo geral, podem ser entendidas como aquelas condutas que contribuem para o fato ilícito principal, mas não são, entretanto, puníveis manifestamente. Esse é o conceito de Luís Greco, contudo podemos encontrar outras definições doutrinárias que seguem no mesmo sentido.

Nesse tocante, questiona-se se o advogado pode ser condenado por cumplicidade pelo crime de lavagem de dinheiro ao receber honorários maculados devido a defesa de seu cliente acusado de lavagem. O presente trabalho se apoiou manifestamente na doutrina alemã e espanhola, especialmente pelo fato deste tema ser discutido há anos na Alemanha, o que levou a uma rica produção dogmática jurídico-penal sobre a questão e diversas teorias foram criadas, as quais são utilizadas hodiernamente como norteadoras.

Sobre o tema da cumplicidade mediante ações neutras, há infinitas teorias para solução dos casos de condutas cotidianas. Contudo, como o escopo do trabalho não é esgotar a análise de todas as teorias existentes sobre a questão, focaremos apenas naquelas que especificamente ajudam a solucionar o problema do advogado que recebe honorários

provenientes de lavagem de dinheiro. Essas teorias se dividem basicamente em teorias de tipo subjetivo, teorias de tipo objetivo e a teoria da justificação.

O último capítulo se encerra com a análise jurisprudencial do Brasil sobre ações neutras em geral, uma breve menção sobre o tema em Portugal e dois casos paradigmáticos ocorridos na Alemanha (*Oberlandesgericht* - OLG de Hamburgo - de 6 de janeiro de 2000 e Sentença do Tribunal Constitucional alemão - *Bundesverfassungsgericht* - BVerfG - de 30 de março de 2004).

2. LAVAGEM DE DINHEIRO E POLÍTICA CRIMINAL

2.1. Orientações preventivas

Acredita-se que desde a Idade Média já havia a prática da lavagem de dinheiro realizada pelos piratas por meio de manobras para ocultar os ganhos obtidos através dos crimes que cometiam na época

¹. Nas lições de Faria Costa², para o desenvolvimento de uma sociedade humana dotada de organização e um dinamismo valorizado, é de extrema importância a circulação e mobilidade de bens - independente de sua natureza - na comunidade. E assim, essa circulação de bens pode ser equiparada a uma "mobilidade ao nível político-social" e do direito. O dinheiro surgiu como a forma "mais elaborada e conseguida de alcançar aquela mobilidade ao nível dos bens" e de alguma maneira "pode quantificar o valor do 'uso' dos específicos e concretos bens materiais".

O termo *money laundering* surgiu nos Estados Unidos da América, aproximadamente em 1920. Este foi o período em que os gângsters norte-americanos ocultavam o dinheiro das atividades ilícitas que cometiam e como exemplo podemos citar a venda de bebidas alcoólicas ilegal, e assim os criminosos utilizavam as lavanderias para ocultar o valor originário dessa ocupação. Foi na década de 70³ que o tema passou a ser objeto de maior preocupação, época em que os Estados Unidos uniu maiores esforços na investigação do tráfico de drogas e passou a se empenhar em descobrir de que maneira se lavava o dinheiro proveniente desse crime⁴, pois antes a lavagem era encarada como um acessório do delito prévio e não como uma importância de crime autônomo. Também por volta de 1970 surgiu a primeira definição legal do crime de lavagem na Itália, especialmente por conta dos crimes cometidos pelas máfias e os proventos obtidos por esses delitos⁵.

Desse modo, foi também a partir de 1970 que surgiu a "primeira onda" de regulamentação financeira preventiva e administrativa diretamente relacionada às leis

¹ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo, Ed. Atlas, 2014, p. 6.

² FARIA COSTA, José de. O branqueamento de capitais (algumas reflexões a luz do direito penal e da política criminal). In: *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume II*, Coimbra Editora, 1999, p. 303.

³ LEVI, Michael; REUTER, Peter. *Money Laundering*. The University of Chicago, 2006, p. 290.

⁴ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Op. cit.*, p. 6.

⁵ VERVAELE, John. Economic crimes and money laundering: a new paradigm for the criminal justice system? In: *Research Handbook on Money Laundering, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde*, 2013, p. 382 e 383.

bancárias e instituições financeiras adotada pelos Estados Unidos. A lavagem de dinheiro foi estabelecida como um crime autônomo em 1986 nesse país e, em 1988, ocorreu a primeira condenação por lavagem do banco *Bank of Credit and Commerce International (BCCI bank)*⁶.

Para combater o crime de lavagem de dinheiro é necessário um esforço conjunto entre as leis internas dos países e a cooperação internacional entre os Estados e órgãos internacionais. Atualmente, há seis grandes distintos órgãos principais que determinam regras ou possuem responsabilidades formais no monitoramento do combate ao crime, classificados como uma espécie de "*standard-setting bodies*", sendo eles: FATF (GAFI), o grupo Egmont, a Organização Internacional das Comissões de Valores Mobiliários, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODOC) e Comitê de Basel de Supervisão Bancária e a Associação Internacional de Supervisores de Seguros. Além desses órgãos, temos outros organismos subsidiários de caráter público, bem como os organismos regionais do FATF, sendo: o grupo da Ásia/Pacífico, Leste e Sudeste Africano (ESAAMLG), o *Caribbean Financial Action Task Force*, Moneyval (Europa), EAG (Eurasia), Oriente Médio e Norte Africano (MENAFATF) e na América Latina (GAFISUD), ao passo que o *The Offshore Group of Banking Supervisors* também faz parte desse grupo de caráter público. Na área privada, temos o *American Bankers Association* e o *Law Society of England and Wales*⁷.

Os primeiros esforços concretos contra o narcotráfico e a lavagem de dinheiro foram realizados pelas Nações Unidas através da “Convenção de Viena” (Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas⁸), ocorrida em 1988, na Áustria. Surgiu, então, o primeiro instrumento jurídico internacional que tornou típico o crime de lavagem de dinheiro. As organizações criminosas atingiram um patamar globalizado em forma empresarial, havendo a necessidade de unir empenhos internacionais dos Estados. Dentre várias medidas que os Estados-membros devem adotar após a ratificação da Convenção, uma delas seria o comprometimento de tipificar algumas condutas em seus ordenamentos pátrios no intuito de combater o crime organizado transnacional, sendo a lavagem de dinheiro um dos crimes incluídos, ao lado de, por exemplo, a corrupção e

⁶ VERVAELE, John. *Economic crimes...*, p. 379 e 383.

⁷ LEVI, Michael; REUTER, Peter. *Money Laundering...*, p. 295.

⁸ COAF. Brasil. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/cartilha.pdf>>. Acesso em: 5 abril 2015.

obstrução da justiça⁹. A tipificação do crime de lavagem de dinheiro potencializa o estímulo no combate o tráfico de entorpecentes¹⁰ e crimes correlatos¹¹.

Um dos organismos mais importantes no combate ao crime, conforme já mencionado, é o *Financial Action Task Force* (FATF) ou Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro e financiamento ao Terrorismo (GAFI), criada em 1989, em Paris, pelos 7 países mais ricos do mundo G7 - atualmente G20 - no cenário da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹². É um “órgão político de decisão (*policy making-body*)”¹³, dotada de 40 recomendações *soft law*¹⁴ criadas em 1990 e revisadas em 1996, 2001, 2003 e 2012¹⁵, objetivando a promoção e desenvolvimento de políticas tanto no âmbito nacional como no internacional, no combate ao crime de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo¹⁶. A organização possui 32 membros jurisdicionais e observadores, compreendendo ainda 2 organizações regionais.

As recomendações servem como um norte para os países membros a fim de padronizar as regulamentações, medidas legais e operacionais no combate à lavagem, ao financiamento ao terrorismo, proliferação de armas de destruição em massas, além de demais crimes que afetem o sistema econômico internacional¹⁷. De início, a organização tinha a preocupação apenas de combater o crime de lavagem, entretanto, em 2001, foram adicionados novos padrões, sendo dessa vez em combate ao crime de financiamento ao terrorismo criando oito recomendações especiais. Em 2004, foram criadas mais nove recomendações na luta contra ambos os crimes e, recentemente, em 2012 foi realizada uma revisão das recomendações, tendo sido adicionadas questões como o financiamento da proliferação de armas de destruição em massa¹⁸.

Além disto, o FAFT determina que os países membros devem constituir uma autoridade ou dispor de um mecanismo para a coordenação de políticas sobre antilavagem e

⁹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

¹⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*, Ed. Atlas, 2006, p. 15.

¹¹ O Brasil, por sua vez, ratificou a Convenção de Viena após três anos da sua realização, por meio do Decreto n. 154. Em: MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 15.

¹² COAF. Brasil. *Cartilha do COAF*, p. 11. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/cartilha.pdf>>. Acesso em: 5 abril. 2015.

¹³ FAFT. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/whoweare/>>. Acesso em: 8 abril 2015.

¹⁴ VERVAELE, John. *Economic crimes...*, p. 384.

¹⁵ FAFT. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/whoweare/>>. Acesso em: 8 abril, 2015.

¹⁶ COAF. Brasil. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/atuacao-internacional/participacao-no-gafi>>. Acesso em 24 fev. 2015.

¹⁷ FAFT. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

¹⁸ Ibidem.

combate do financiamento ao terrorismo internamente, bem como revisá-las de forma regular. Todas as autoridades supervisoras, em nível operacional, de supervisão e as autoridades capacitadas devem possuir dispositivos eficientes de modo que haja uma coordenação e cooperação nacional entre elas para o satisfatório desenvolvimento de tais políticas¹⁹.

Quanto às medidas preventivas - e aqui é onde trataremos de um dos temas centrais deste trabalho -, tem-se que os países devem assegurar que as leis protetivas sobre o sigilo das instituições financeiras não estejam na contramão das recomendações do GAFI e, ainda, estabelece que deve haver um “dever de diligência acerca do cliente” por parte das instituições financeiras e a realização da devida manutenção da mesma, detalhando especificamente o modo que devem ser operadas tais diligências, bem como sugere a criação de lei para referida imposição²⁰. Ademais, recomenda-se que, caso as instituições financeiras suspeitem que seus clientes de algum modo estejam praticando a lavagem de dinheiro ou que tenha ligação com o financiamento ao terrorismo, devem comunicar, sob o manto da lei, às autoridades responsáveis sobre as atividades de cunho duvidoso²¹.

A propósito, encontramos determinações de deveres administrativos de verificação de informações de clientes e obrigatoriedade de reportar atividades suspeitas especialmente por parte dos bancos e instituições financeiras em ordenamentos jurídicos não ocidentais, como no Iraque e Emirados Árabes Unidos, o que denota um esforço padrão mundial para combater a lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo²².

Em 1986, foi criada a Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas e outros Delitos Graves (CICAD) pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) no intuito de combater a produção, uso e tráfico ilegal de drogas no

¹⁹ COAF. Brasil. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferao-as-recomendacoes-do-gafi-1>>. Acesso em 25 fev. 2015.

²⁰ COAF. Brasil. *Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: As Recomendações do GAFI, Fevereiro de 2012*, p. 20. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferao-as-recomendacoes-do-gafi-1>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

²¹ Ibidem.

²² HASAN, Ahmed. Banks and financial institutions are considered to be the most targeted organizations by money launderers and terrorist groups, in efforts to hide their identities and conceal the sources of their illegitimate funds. *Anti-Money Laundering under Iraqi Law. A.T Law Update*, 269, 2, 2014, p. 1 a 3; SHUQAIR, Razan, *Anti Money Laundering Laws in the UAE and the DIFC, A. T. Law Update*, 175, 2005, p. 1 a 3.

hemisfério ocidental²³. E logo em 1992, criou-se o “Regulamento Modelo sobre os Delitos de Lavagem relacionado com o Tráfico Ilícito de Drogas e outros Delitos Graves” por um grupo de especialistas do CICAD. Este documento aponta determinações legais sobre o combate do crime de lavagem e financiamento ao terrorismo para os países membros da OEA²⁴. Em um panorama geral, o documento trata da prevenção e repressão contra a lavagem e o financiamento ao terrorismo e é constituído por 27 artigos, compreendendo determinações conceituais sobre os crimes, formas especiais de investigação, jurisdição, procedimentos a serem seguidos em caso de serviços ligados ao terrorismo, identificação do cliente e manutenção das informações, determinações sobre a delação das instituições financeiras em caso de atividades suspeitas, instituir programas de *compliance* pelas instituições financeiras, obrigações das autoridades competentes, sigilo dos bancos e cooperação internacional²⁵.

Foi realizada em 1998, a Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o Problema Mundial de Drogas, onde foram aprovadas a Declaração Política e o Plano de Ação contra a Lavagem de Dinheiro. Assim, a partir dessa reunião e levando em conta a Convenção de Viena, foram criados diversos planos de ação, sendo um deles sobre a lavagem de dinheiro, reforçando, desse modo, o *Global Plan Against Money Laundering* (GPML)²⁶. Este Plano de Ação contra a Lavagem de Dinheiro tem o escopo de combater o crime de lavagem por meio de uma cooperação por parte dos Estados membros da ONU e é representado no Brasil pelo Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional de Drogas (UNDCP)²⁷.

Sobre a lavagem de capitais e o terrorismo, a União Europeia adotou a Diretiva 91/308/CEE (Primeira Diretiva), posteriormente sobrevivendo outras Diretivas como a do ano de 2001²⁸, 2001/97/CEE (Segunda Diretiva), Diretiva 2005/60/CE (Terceira Diretiva), Diretiva 2006/70/CE (primeira modificação da Terceira Diretiva), Diretiva 2007/64/CE (segunda modificação da Terceira Diretiva), Diretiva 2008/20/CE (terceira modificação da

²³ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Inter-American Drug Abuse Control Commission. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/Main/AboutCICAD/about_eng.asp>. Acesso em: 27 fev. 2015.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

²⁶ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Disponível em: <<http://www.unodc.org/documents/money-laundering/GPML-Mandate.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

²⁷ COAF. Brasil. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/cartilha.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

²⁸ LEVI, Michael; REUTER, Peter. *Money Laundering*..., p. 307.

Terceira Diretiva)²⁹. Em 2012, o FAFT publicou uma revisão de suas 40 Recomendações, as quais foram adotadas em 2013 pela Quarta Diretiva Anti-Lavagem de Dinheiro. A revisão implica um reforço à "abordagem baseada no risco", de modo que tal implementação será um desafio no que se refere à determinação do risco e implica a necessidade de informações de qualidade elevada, tanto de nível nacional dos países europeus, como da UE³⁰.

Em 2000, foi assinada a Convenção contra o Crime Transnacional Organizado da ONU (UNODC), incluindo como delito todos aqueles crimes com características de crime transnacional, bem como a corrupção, tráfico de mulheres, de armas, de crianças, terrorismo dentre outros crimes, considerando-os como crimes antecedentes da lavagem e ao crime e de terrorismo pelo seu financiamento³¹.

No cenário atual, praticamente todos os países acolheram as orientações preventivas internalizando-as e tipificando a lavagem em seus ordenamentos jurídicos penais para combater o crime. Em países como a Alemanha, Liechtenstein, Austria e Suíça, delatar atividades suspeitas tem uma consequência direta com investigações criminais, ao passo que a elaboração de um relatório congela automaticamente a conta dos investigados por alguns dias até o promotor decidir se irá ou não abrir uma investigação formal³². Nos países da América do Sul, chama-se a atenção à situação da Argentina, que não inclui em seu ordenamento a obrigação imposta pelo FAFT do *self-laundering*, ou seja, a lavagem somente pode ser cometida por terceiros. O país ainda sofre de falta de recursos, pois os casos não são reportados com eficiência e tampouco as investigações conseguem prosseguir sem dificuldades. A análise da situação no Brasil também não passa sem críticas. No país, o financiamento ao terrorismo não é considerado crime, ou seja, advogados, por sua vez, não são obrigados a delatar o financiamento ao terrorismo. Além disso, o sistema de cooperação internacional é considerado lento e complexo³³.

Cada vez mais dispense-se uma preocupação maior sobre a lavagem de dinheiro, uma vez que ela se desenvolve na velocidade que também evolui a tecnologia e os meios de informação. E desse modo, no mundo globalizado que vivemos hodiernamente, mostra-se

²⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Receptación de las propuestas del GAFI de las Directivas Europeas sobre el blanqueo de capitales en el derecho español. In: *Política Criminal y Blanqueo de Capitales*, Ed. Miguel Bajo Fernández Silvina Bacigalupo, Marcial Pons, 2009, p. 39.

³⁰ EUROSTAT. *Money Laundering in Europe 2013*, p. 6. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/eurostat/fr/web/products-statistical-working-papers/-/KS-TC-13-007>>. Acesso em: 22 maio 2015.

³¹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/>>. Acesso em: 24 maio 2015.

³² LEVI, Michael; REUTER, Peter. *Money Laundering...*, p. 304.

³³ VERVAELE, John. *Economic crimes...*, p. 390.

imprescindível a cooperação de âmbito internacional no que se refere à troca de informação de diversas autoridades em diferentes áreas, além de facilitar a cooperação penal e processual penal. O crime de lavagem de dinheiro foi inicialmente criado para combater o narcotráfico e o terrorismo, entretanto hoje em dia não está mais vinculado somente à esses crimes, mas também à outros delitos graves, ao passo que em alguns países vincula-se à toda classe de delitos³⁴.

O direito penal serve como um instrumento voltado às necessidades da comunidade e o sistema jurídico, e desse modo, deve ser construído de maneira aberta aos fins e problemas sociais. Na política criminal³⁵ há métodos adequados para se lutar contra o delito (em sentido social³⁶), contudo, essa luta contra a criminalidade não deve ser realizada à qualquer custo, mas em um marco de um Estado de Direito³⁷. No entanto, ainda que a lavagem tenha sido tipificada em praticamente por todos os países, há quem critique o modo de perseguição do crime utilizando argumentos a partir de uma análise das medidas preventivas elaboradas, por exemplo, as recomendações do GAFI, sustentando que o combate ao crime de lavagem seria suficiente apenas por meio de suas sanções administrativas ou por medidas de ordem organizativa e política³⁸.

Por um lado, uma parte da doutrina entende que a criminalização da lavagem de dinheiro pode ser justificada pela política criminal voltada à reforçar a função da pena dos crimes antecedentes, o que não se deve confundir com a ideia que de o bem jurídico do crime prévio seja o mesmo que o do delito da lavagem³⁹. Busca, além disso, diminuir a possibilidade do autor do delito gozar do produto do crime, que em sua maioria age com um ânimo de lucro. Seria uma forma de diminuir os potenciais autores de crimes patrimoniais,

³⁴ BAJO, Miguel. El Desatinado Delito de Blanqueo de Capitales, In: *Política Criminal y Blanqueo de Capitales*, Eds. Miguel Bajo Fernández Silvina Bacigalupo, Marcial Pons, 2009, p. 11; TROVATO, Gustavo Fabián, La recepción de las propuestas del GAFI en la legislación penal Argentina, In: *Política Criminal y Blanqueo de Capitales*, Eds. Miguel Bajo Fernández Silvina Bacigalupo, Marcial Pons, 2009, p. 69.

³⁵ Ensina Figueiredo Dias e Costa Andrade que "o crime constitui também o objeto de um conjunto de disciplinas - as ciências criminais em sentido amplo - onde, além da criminologia, ganham particular relevo o direito penal e a política criminal". Em: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia: O homem delincente e a sociedade criminógena*, 1ª reimpressão, Coimbra Editora, 2013, p. 93.

³⁶ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Tradução e introdução por Francisco Muñoz Conde, 2ª ed., 1ª impressão, Ed. Hammurabi, 2002, p. 23 e 32.

³⁷ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Tradução de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 72.

³⁸ BAJO, Miguel. op. cit., p. 15.

³⁹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. Blanqueo de Capitales y Negocios Standards: Com especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo. In: *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Dir. Jesús-María Silva Sánchez, Marcial Pons, p. 150.

porque estes se motivam a cometer delitos com o intuito de manter os proventos econômicos do crime e dessa forma encontrarão dificuldades para alcançar os incrementos patrimoniais obtidos⁴⁰. Por outro lado, há também o entendimento de que adotar esse pensamento não é suficiente para explicar a característica autônoma da lavagem, abarcando somente uma parte do problema político-criminal⁴¹.

A política criminal também passou a englobar a implementação de medidas para desincentivar as condutas *a posteriori* que colaborem com o crime de intuito lucrativo, ou seja, aquelas condutas de terceiros que auxiliam o autor do crime a obter sua vantagem patrimonial⁴². Percebe-se então, que as medidas preventivas foram aos poucos cercando profissões que, na opinião do legislador, são suscetíveis à prática da lavagem de dinheiro, como advogados, notários, entidades financeiras, setor imobiliários. As obrigações foram alargando-se de maneira a seguir uma política do *know your client* e a cooperação aos órgãos administrativos. As empresas também devem participar do combate ao crime adotando medidas internas sob pena de sanções com multas altas⁴³.

As condutas criminosas que o legislador tenciona perseguir são condutas que buscam ocultar e dissimular a origem dos bens, dificultando o rastro do dinheiro ilícito até a sua origem, que em sua maioria está ligada às organizações criminosas. Por exemplo, nesse âmbito, sobre o conteúdo da lei de lavagem de dinheiro brasileira (Lei 9.613/98), a mera "utilização", sem a ocultação ou dissimulação da origem do bem, que esteja inserido no sistema legal como se fosse lícito, não constitui crime. Caso contrário seria ilógico, pois qualquer delinquente que fizesse uso do provento econômico obtido por meio de crime anterior seria caracterizado por lavagem. E não é só, seria inútil criminalizar as condutas de ocultar e dissimular o objeto lavagem ou ocultar e dissimular a utilização deste objeto, se o mero uso também equivaleria ao crime de lavagem⁴⁴.

⁴⁰ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Blanqueo de Capitales y Negocios...*, p. 151.

⁴¹ GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel, Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de lavado de capitales. In: *Derecho Penal y Criminología* 63, 2006, p. 63-65.

⁴² RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Blanqueo de Capitales y Negocios...*, p. 155. De acordo com Peter Alldridge, "Quando a 'limpeza' e a lavagem de dinheiro são divorciadas do crime antecedente, o crime (lavagem) torna-se globalizado". Em: ALLDRIGDE, Peter, Money Laundering and Globalization. In: *Journal of Law and Society*, volume 35, número 4, dezembro, 2008, p. 458.

⁴³ BAJO, Miguel e BACIGALUPO, Silvina, Las medidas administrativas y penales para la prevención del blanqueo de capitales, In: *Política Criminal y Blanqueo de Capitales*, Eds. Miguel Bajo Fernández Silvina Bacigalupo, Marcial Pons, 2009, p. 155.

⁴⁴ VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, março-abril, 2014, ano 12, Revista dos Tribunais, p. 20.

2.2. A lavagem de dinheiro em números

Sabe-se que em um sentido amplo, a delinquência da globalização é econômica e ainda que sejam outros bens jurídicos afetados, podemos considerá-la lucrativa⁴⁵. O "dinheiro negro" também pode corresponder à atividades não delitivas de caráter econômico pertencente a chamada "economia submergida", pois não estão inseridas nas estatísticas oficiais, como, por exemplo, a prostituição, delitos tributários e ainda atividades lícitas como o autoconsumo⁴⁶.

Uma das grandes dificuldades ao se combater a lavagem de dinheiro é obter uma estatística acurada sobre suas consequências econômicas e sociais. Nessa esteira, a União Europeia elaborou um estudo estatístico sobre o crime de lavagem de dinheiro na Europa por meio do Eurostat. De acordo com o relatório, em 2010, o número de "Relatório de Transações Suspeitas (*Suspicious Transactions Reports - STRs*)" é maior nas instituições de crédito, seguido por "outras categorias" e logo depois pelas instituições de transferência de dinheiro. Os países em que a porcentagem de STRs são maiores é na Itália (total 37.043), Letônia (total 26.003) e na Bélgica (total de 18.673). Já em relação ao número de atividade suspeitas de atividades envolvendo dinheiro nas fronteiras da União Europeia e reportadas à Unidade de Inteligência Financeira (*Finantial Intelligence Unit - FIU*), encontramos destaque na Bélgica (1096 casos), Lituânia (1979 casos), Holanda (2736 casos) e Portugal (2150 casos). No que tange à porcentagem de STRs enviada à FIU para autoridades repressivas competentes, temos a Bélgica com 161 casos reportados para investigação e 13% enviados pela FIU para autoridades repressivas competentes, na República Tcheca de 16 casos para 5%, na Alemanha 11042 casos para 100% (todos os casos de STRs são enviados à investigação policial), Estônia 47 casos para 4%, Lituânia 16 casos para 12%, Portugal 1459 casos para 608% (o número dos casos enviados pela FIU geralmente não excede o número de STRs, mas pode ocorrer quando o resultado de inclusão de investigações adicionais que não estão baseadas em STRs transmitidas pela FIU), Romania 96 casos para 18%, Eslováquia 64 casos para 8% e Eslovênia de 27 casos para 49%⁴⁷.

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La expansión de Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Segunda Edição, Civitas, 2001, p. 83.

⁴⁶ BAJO, Miguel. *El Desatinado Delito de Blanqueo...*, p.14; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Recepción de las propuestas del GAFI...*, p. 27.

⁴⁷ EUROSTAT. *Statistical working papers*, p. 29, 58, 59. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/eurostat/web/products-statistical-working-papers/-/KS-TC-13-007>>. Acesso em: 15 maio 2015.

A pesquisa elaborada pelo Eurostat também aponta que a Bélgica possui o maior número de condenações por lavagem de capitais em todos os anos de 2005 a 2010, seguido pela República Tcheca até 2007, Itália e Alemanha. O Reino Unido obteve um grande número de condenações em 2005 e 2006, não reportando dados nos outros anos. Baseada em dados reportados por 18 países membros, a pesquisa apresenta informações também no que concerne ao número de pessoas ou entidades legais condenadas por delitos envolvendo lavagem de dinheiro, sendo a Bélgica em primeiro lugar com 1156 casos, Alemanha com 704 casos, Itália com 739 casos, Estônia com 59 casos, Suécia com 40 casos, Finlândia com 20 casos, e demais países como Eslováquia, Letônia, Lituânia, Austria e Portugal com aproximadamente 15 casos⁴⁸. Países ocidentais mais ricos tendem a sofrer mais com a lavagem de capitais, ao passo que os Bálticos e a Europa oriental são os menos ameaçados. Já os Nórdicos sofrem menos com a lavagem porque possuem setores financeiros menores, além de possuir leis mais severas⁴⁹.

Muito embora os números fornecidos pelo Eurostat ajudem a figurar uma noção de como o crime de lavagem afeta os países europeus, não podemos considerar a pesquisa com exatidão, uma vez que não foram todos os países membros que enviaram dados ou que ainda coletam esses determinados dados examinados. Diversas críticas são apontadas nesse aspecto, afirmando que a maioria das estatísticas são especulações de modo que uma fonte leva a outra fonte, apresentando uma carência de um estudo empírico sólido⁵⁰.

As Recomendações do GAFI devem ser constantemente supervisionadas através de um questionário de autoavaliação anual e de avaliação mútua. As avaliações mútuas são as avaliações realizadas pelo GAFI sobre todos os países que integram o organismo, com o intuito de examinar o cumprimento das determinações e recomendações em matéria preventiva e repressiva de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo. Essa avaliação resulta em um documento chamado "informe", que retrata a situação de cada país membro em relação aos crimes mencionados⁵¹.

A Espanha, por exemplo, possui a qualificação máxima em diversos critérios considerados essenciais, bem como o exame de operações suspeitas ou sem finalidades

⁴⁸ EUROSTAT. *Statistical working papers*, p. 72, Disponível em: <<http://ec.europa.eu/eurostat/web/products-statistical-working-papers/-/KS-TC-13-007>>. Acesso em: 17 maio 2015.

⁴⁹ BRETTL, Jakub, Measuring money laundering threat. In: *Research Handbook on Money Laundering*, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, 2013, p. 108.

⁵⁰ FERWERDA, Joras. The effects of money laundering. In: *Research Handbook on Money Laundering*, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, 2013, p. 38.

⁵¹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Receptación de las propuestas del GAFI...*, p. 32-33.

econômicas, conservação de documentos de transações individuais, acesso a informação financeira, entre outros. Contudo, ainda que atue com a excelência mencionada, possui algumas deficiências no que tange ao controle dos sujeitos financeiros, como, por exemplo, os notários, imobiliárias e comerciantes que trabalham com produtos de valor alto, o que impulsionou a criação do Catálogos de Aprovação de Riscos e o Órgão Centralizado de Prevenção. O informe demonstra que apenas 18 comunicações suspeitas com escassa qualidade foram realizadas entre os anos de 2001 a 2004 por esses órgãos e classifica os cartórios e imobiliárias como setores sensíveis. Foram classificados dessa forma porque possuem uma relação direta com clientes que residem em paraísos fiscais, procedentes de países que não cooperam com o combate à lavagem ou ainda que possuem organizações ativas ligadas às organizações criminosas. Em número, temos que de 45.800 imobiliárias cadastradas, apenas 4.600 possuem mais de três empregados, concentrando-se em sua grande maioria na regiões de Madri, Catalunia, Andaluzia e Valência⁵².

Outra falha apontada à Espanha seria a ausência de inspeções em escritórios de advocacia, assessores, cartórios/notários e auditores. Apesar disso, a Espanha ocupa a segunda posição na classificação do GAFI como país com menos inexecuções (não executa apenas 3 de 49 recomendações), ficando atrás apenas da Bélgica, dentre os nove países avaliados no ano de 2009⁵³.

Relativamente ao Brasil, na página oficial do GAFISUD ou GAFILAT encontramos apenas um documento de informação mútua de 2004, ou seja, passados mais de 10 anos ainda não foi disponibilizado novo documento (ao menos na página oficial). Em 2012, com o advento da Lei 12.683 de 2012, mudanças substanciais foram incorporadas na já existente Lei de lavagem de dinheiro 9.613 de 1998, o que demonstra ainda mais a necessidade da elaboração de um documento que reporte os resultados obtidos por meio da implementação de novas determinações legais⁵⁴. O relatório sobre Portugal já é mais recente e podemos encontrar informações e dados comparativos dos anos de 2008 até o início de 2010. O estudo mostra que o número de condenações por lavagem cresceu e os crimes antecedentes que mais

⁵² DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Receptación de las propuestas del GAFI...*, p. 35.

⁵³ *Ibidem*, p. 34 e 36.

⁵⁴ GAFILAT. Disponível em: <http://gafilat.org.iplan-unix03.toservers.com/UserFiles//Biblioteca/Evaluaciones/Brasil_2nda_Ronda_2004.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2015.

geraram lavagem foram o tráfico de drogas (26%), *cyber* fraude (13%), fraudes fiscais (11%) e corrupção (8%)⁵⁵.

Na lavagem de dinheiro a incerteza ronda em torno de quem seria exatamente a vítima do crime, considerado por alguns como um "crime invisível". Nessa linha, podemos dizer que as políticas antilavagem de dinheiro são justificáveis quando se identifica quem são os prejudicados pelo crime⁵⁶ e qual proporção ela toma⁵⁷.

Do ponto de vista econômico, sempre que um dado fluxo de poder de compra que seja potencial é transformado em um poder de compra real e concreto, se realiza a lavagem de dinheiro⁵⁸. Podemos dizer que a lavagem, economicamente, pode trazer tanto prejuízos como aspectos positivos. Podem ser apontadas diversas consequências negativas e prejuízos à macroeconomia, como distorção do consumo, pode afetar poupanças, emprego, inflação, investimentos, concorrência, dentre outros. Além disso, alguns autores apontam um dano diretamente no setor financeiro causando o aumento de riscos, problemas de solvência, liquidez, prejudicando diretamente a integridade do setor. Sob o outro lado da moeda temos um ponto positivo, que seria o aumento do lucro do setor financeiro e que conseqüentemente leva a uma maior avaliação de crédito. Diante dessa informações surgem indagações se o crime de lavagem traz mais vantagens ou desvantagens para a economia, mas uma resposta com exatidão é incerta⁵⁹.

No mercado das drogas, estima-se que este setor produz cerca de 300 a 400 bilhões de dólares (UNODOC, 2010) e 80% da arrecadação criada por meio do tráfico de drogas são lavadas, ou seja, grande parte dessa quantia mencionada volta para o criminosos em forma de

⁵⁵ FAFT. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/PT_SecondUpdateReport_2010.pdf>. Acesso em: 18 jun 2015.

⁵⁶ Loek Groot defende que a lavagem de dinheiro é um crime sem vítima e que somente é criminalizada esta conduta para combater a evasão fiscal. GROOT, Loek. Money Laundering, drugs and prostitution as victimless crimes. In: *Research Handbook on Money Laundering, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde*, 2013, p. 66. De acordo com Ela Wiecko V. de Castilho, "a vulnerabilidade se encontra na especulação movimenta os ativos provenientes de evasão fiscal lícita e ilícita", em: CASTILHO, Ela Wiecko V., Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, março-abril, 214, ano 12, Ed. *Revista dos Tribunais*, p. 57.

⁵⁷ UNGER, B.; SIEGEL, G. Rawling M., FERWERDA, J., KRUIJFF, W., BUSUIOC, M., WOKKE, K., The amounts and effects of money laundering, Report for the Dutch Ministry of Finance, 2006, p. 102, apud, FERWERDA, Joras. *The effects of money laundering...*, p. 35.

⁵⁸ MASCIANDARO, Donato, Money laundering and its effects on crime: a macroeconomic approach. In: *Research Handbook on Money Laundering, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde*, 2013, p. 48.

⁵⁹ FERWERDA, Joras. op. cit., p. 35. Também sobre o impacto negativo da lavagem na macroeconomia: QUIRK, Peter J., Money Laundering: Muddying Macroeconomy, p. 7-9. Disponível em: <<http://mcta.org.au/wp-content/uploads/2014/06/IMF-money-laundering.pdf>>. Acesso em: 17 jun 2015.

dinheiro⁶⁰. E no processo para executar a lavagem é necessário contratar empregados, realizar alianças políticas, bem como outros serviços de apoio. Ademais, a corrupção política que envolve o crime torna menor a chance de haver investimentos legitimados, causando um aumento da dependência do Estado ao "mercado negro"⁶¹.

A evasão fiscal é também um crime característico da lavagem de dinheiro, sendo que alguns países como a Grécia reforça especialmente o combate a crimes de corrupção de evasão fiscal na luta contra a lavagem, assim como a Holanda. Uma solução para a evasão fiscal seria a implementação de leis mais transparentes, de modo que os criminosos sejam identificados mais facilmente e se sintam menos seguros em levar o dinheiro para o exterior⁶². No total, estima-se que a lavagem de dinheiro movimenta em todos os setores cerca de 1 a 2 trilhões de dólares por ano, segundo o *Global Financial Integrity*⁶³.

Temos ainda a questão do financiamento ao terrorismo. Na realidade, as condutas de terrorismo não são voltadas com o escopo de lavagem de dinheiro, mas apenas como um instrumento, até porque muitos atos de terrorismo não demandam muito dinheiro e nem sempre suas fontes são ilícitas. Outro ponto relevante seria o fato de que a lavagem é dependente de um crime prévio, ao passo que o financiamento ao terrorismo ocorre antes dos crimes serem realizados, podendo assim ser uma "ofensa preparatória" ou "atos preparatórios para o crime principal". Nessa senda, preocupando-se com a proporção que o terrorismo tomou, especialmente após o 11 de setembro, o FAFT elaborou 8 recomendações especiais ao combate ao financiamento ao terrorismo além das 40 Recomendações⁶⁴.

Dos países asiáticos, Macau é um dos que chama mais a atenção dos "lavadores", porque o crime organizado possui um relação estreita com os "jogos de azar", desde que o governo colonial Português legalizou o *gambling* em 1847. Por possuir uma das maiores indústrias de cassino do mundo, movimentando cerca de 10 bilhões de dólares por ano, a

⁶⁰ UNGER, B., *The scale and Impacts of Money Laundering*, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2007, apud MCCARTHY, Killian J., *Why do some states tolerate money laundering? On the competition for illegal money*. In: *Research Handbook on Money Laundering*, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, 2013, p. 132.

⁶¹ MCCARTHY, Killian J., *op. cit.*, p. 132.

⁶² KOMMER, Victor van, *Cash economy, measuring the tax gap from the tax administrative perspective*, *Research Handbook on Money Laundering*, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, 2013, p. 283.

⁶³ BAKER, Raymond W., *The scale of the global financial structure facilitating money laundering*, In: *Research Handbook on Money Laundering*, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, 2013, p. 189.

⁶⁴ VERVAELE, John., *Economic crimes...*, p. 385.

indústria dos jogos de dinheiro nos cassinos são tidos como canais de fácil acesso para quem deseja lavar dinheiro⁶⁵.

E por que alguns países toleram mais a lavagem de dinheiro que outros? Há grandes incentivos para governos de economias abertas para tolerar a lavagem de dinheiro por possuírem menores níveis de padrões regulatórios, atraindo assim os investidores criminosos⁶⁶. Além disso, alguns países oferecem maior proteção que outros no que tange ao segredo bancário, constituindo verdadeiros paraísos fiscais⁶⁷.

Excluídos os argumentos morais, seria a lavagem de dinheiro realmente uma ameaça econômica? Explica o autor Petrus C. van Duyne, que não seria se houvesse uma "limpeza do dinheiro" apropriada e conveniente. Isto é, nos casos em que torna-se parte do *Gross Domestic Product* (GDP⁶⁸) e seja um recurso tributável. Se assim não for, será gasto no dia a dia e será "branqueado" ou "lavado" assim que for trocado por um produto tributável, o que consequentemente gerará *Value-Added Tax* (VAT⁶⁹), ou ainda, impostos gerados pela venda, além do imposto de renda para o vendedor. O autor pontua que fica excluído do GDP e sendo assim considerado invisível, apenas o dinheiro que não foi gasto, guardado ou exportado. E assim indaga-se o que representaria o dinheiro não gasto: "o dinheiro enterrado no jardim ou colocado no colchão? Para responder essas questões, devemos também levar em consideração os 'ilícitos escondidos' (a 'economia negra' do trabalho lícito), o dinheiro ilícito e medir se eles se diferenciam em seus efeitos⁷⁰".

A exposição de argumentos até aqui discutidas dizem respeito às consequências da lavagem de um ponto de vista econômico. Para chegar a uma conclusão sobre as consequências da lavagem deve-se ter em conta qual seria o bem jurídico a ser protegido que, como veremos a seguir, há diversas divergências doutrinárias sobre a questão.

⁶⁵ SCHLOENHARDT, Andreas, Taming the Triads: Organizaed Crime Offences in PR China, Hong Kong, and Macau. In: *Hong Kong Law Journal*, 38 *HKLJ* 645, 2008, p. 18.

⁶⁶ MCCARTHY, Killian J. (nota 63), p. 133.

⁶⁷ VERVAELE, John., *Economic crimes...*, p. 379.

⁶⁸ Significado de GDP definido pela OECD: "*GDP is the standard measure of the value of final goods and services produced by a country during a period minus the value of imports. While GDP is the single most important indicator to capture these economic activities, it is not a good measure of societies' well-being and only a limited measure of people's material living standards.*" Disponível em: < <https://data.oecd.org/gdp/gross-domestic-product-gdp.htm>>. Acesso em: 19 jun 2015.

⁶⁹ Definição de VAT: "*A type of consumption tax that is placed on a product whenever value is added at a stage of production and at final sale. Value-added tax (VAT) is most often used in the European Union. The amount of value-added tax that the user pays is the cost of the product, less any of the costs of materials used in the product that have already been taxed.*" Disponível em: <<http://www.investopedia.com/terms/v/valueaddedtax.asp>>. Acesso em: 19 jun 2015.

⁷⁰ DUYNE, Petrus C. van, Crime money and financial conduct. In: *Research Handbook on Money Laundering*, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, 2013, p. 248.

2.3. A velha e recorrente questão: qual o bem jurídico protegido pelo crime de lavagem?

2.3.1. Proteção do bem jurídico do crime antecedente

Antes das inovações trazidas pela nova lei, o crime configurado como antecedente estava relacionado ao crime de tráfico de drogas, sendo então naturalmente a saúde pública como bem jurídico a ser tutelado. Nessa linha de pensamento, com a ampliação do rol dos crimes antecedentes trazidos com a vigência da nova lei, poderíamos ser levados a conclusão de que o bem jurídico tutelado do crime de lavagem seriam os bens afetados pelo crime anterior à lavagem de dinheiro⁷¹.

Há quem defenda essa teoria alegando que a pena no crime de lavagem teria a finalidade de prevenção geral, pois penalizar a conduta de lavagem de dinheiro teria como escopo reforçar a proteção do bem jurídico do crime anterior e assim faz com que o agente do crime anterior não utilize dos proventos do crime e induz que o cometimento de crimes não seria compensatório⁷². Tal argumento é rechaçado pelo fato de não ser favorável a uma política criminal ordenada, não satisfaz o princípio da ofensividade e vai contra o princípio da personalidade das penas⁷³.

A presente teoria ora exposta, poderia, hipoteticamente ocorrer, se os crimes elencados como antecedentes estivessem determinado por um rol taxativo, o que por exemplo na lei brasileira não ocorre. Ou seja, com a nova lei, qualquer delito pode ser considerado antecedente da lavagem e dessa forma seria inviável determinar quais seriam exatamente todos os bens jurídicos afetados⁷⁴.

A adoção dessa teoria leva também a discussão sobre a possibilidade de tal fato caracterizar um *bis in idem*, porque haveria dupla punição pelo mesmo bem jurídico afetado tanto no crime antecedente, como no crime de lavagem. Sobre essa questão, explicam Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini, que essa teoria estaria preservada se a norma penal fosse entendida como prevenção geral negativa, isto é, a punição da lavagem de dinheiro apenas teria o objetivo de "olhar para frente" e não ao delito antecedente, com o escopo de evitar

⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: Aspectos penais e processuais, comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12. 683/2012*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 52.

⁷² BLANCO-CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed., Thomson Reuters, 2012, p. 197.

⁷³ CAPARROZ, Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 222-223, apud, BLANCO-CORDERO, Isidoro. *op. cit.*, p. 197.

⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*, p. 52.

novos crimes com o dinheiro e a reiteração da conduta. Ocorre que a punição em perspectiva não é capaz de sustentar a fundamentação do *ius puniendi*, sendo contrário a um direito penal de punibilidade que "limita a responsabilidade ao autor do delito e exige um nexo psicológico entre ele a lesão produzida"⁷⁵.

Os autores ainda ensinam que, considerar o bem jurídico do crime antecedente como sendo o mesmo bem jurídico do crime de lavagem, impossibilitaria o autor do crime antecedente também o autor do crime de lavagem, configurando a autolavagem⁷⁶ (*selflaundering*). Assim, como o bem jurídico afetado seria o mesmo, a lavagem seria mero esgotamento do crime anteriormente praticado⁷⁷.

Outra importante questão a ser analisada é a proporcionalidade das penas. Seria proporcional fixar a mesma pena para condutas diferentes? Como a nova lei trouxe mudanças quanto ao rol dos crimes antecedentes e não há mais uma lista taxativa de crimes, então, seria não somente desproporcional, mas também ilegítimo, determinar a mesma pena para condutas que atingem bens jurídicos distintos⁷⁸.

Critica-se também, que a adoção dessa teoria como bem jurídico retira da lavagem sua característica autônoma. Ou seja, partidários dessa crítica afirmam que existe uma progressiva desvinculação dos delitos antecedentes, defendendo que o crime de lavagem possui em si uma lesividade e substancialidade próprias. Para o autor César Roberto Bittencourt, apenas uma conduta que prejudique a ordem financeira e econômica, que proporcionem riscos à concorrência, direito do consumidor e por fim a livre iniciativa, seria penalmente relevante⁷⁹. Bem, essa opinião comporta críticas como vimos no tópico anterior sobre a possibilidade da ordem econômica não ser prejudicada e ainda ser benéfica no que tange à possível arrecadação de tributos. Veremos adiante mais detalhadamente sobre a possibilidade da ordem econômica ser o objeto de tutela do crime e a se poderia afetar a livre concorrência ou não.

⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., *Lavagem de dinheiro: Aspectos penais...*, p. 53.

⁷⁶ No tocante à autolavagem, Gustavo Badaró e Pierpeolo Bottini aduzem que no Brasil não há vedação expressa ao *selflaundering* e ensinam que: "A impunidade do autor da infração do crime antecedente transformaria o delito em análise em crime próprio, pois somente poderia ser praticado por pessoas estranhas ao ilícito original". Como o bem jurídico do crime antecedente e do crime de lavagem são, em regra, considerado bens distintos, então a autolavagem não configura um eventual bis in idem, permitindo o concurso material de crimes. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., op. cit., p. 73 e 74.

⁷⁷ Ibidem, p. 54.

⁷⁸ Ibidem, p. 54.

⁷⁹ BITTENCOURT, César Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Lavagem de Dinheiro segundo a legislação atual. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCRIM 102, 2013*, p 175 e 176.

2.3.2. Proteção da ordem econômica

A segunda tese sobre o bem jurídico no crime de lavagem de dinheiro é o da tutela da ordem econômica. Acredita-se que lavar os bens provenientes de delitos abalaria o mercado econômico⁸⁰.

A propósito, Carlos Martínez Buján Perez considera que a ordem econômica pode ser de interesse difuso ou de interesse geral, dependendo do seu sentido. Caso o sentido seja estrito, representará então um interesse social geral considerando a "regulação jurídica da participação estatal na economia", por outro lado, quando o sentido for amplo, estaríamos diante de "um interesse econômico setorial de um grupo interveniente no mercado"⁸¹.

Nesse âmbito, é importante analisarmos o que se entende por delitos econômicos. Como identificação dessa categoria nos remeteremos novamente às lições do autor espanhol Carlos Martínez Bujan-Perez. O autor ensina alguns critérios para caracterizar um delito econômico, aduzindo ser imprescindível que haja uma violação direta a interesses supraindividuais de conteúdo econômico. Essa característica estende-se também aos delitos cujo objeto imediato de proteção não é supraindividual, mas que protege de forma imediata interesses individuais de essência econômica e tem como orientação a proteção de um bem jurídico mediato supraindividual. Isto é, o legislador determinou uma proteção de âmbito penal devido a existência de bens coletivos ou supraindividuais, os quais são necessários para o correto funcionamento do sistema econômico⁸².

Pois bem. Considerar a tutela da ordem econômica como bem jurídico é um argumento que sustentaria a exclusão do rol taxativo de crimes antecedentes. Sendo assim, tanto o tráfico de drogas, como o roubo ou furto, por exemplo, afetariam a ordem econômica e a diferença apenas se remontaria na quantidade do valor. O que importa aqui não seria o tipo de crime antecedente ou qual o seu bem jurídico lesado, mas como o resultado proveniente da conduta ilícita afeta o mercado econômico⁸³. Ainda, a mencionada tese possibilitaria o concurso material de crimes, uma vez que o bem jurídico do crime antecedente e o de lavagem seriam distintos⁸⁴.

⁸⁰ Nesse sentido: PRADO, Luís Regis. *Direito Penal Econômico*, 6ª ed., Revista dos Tribunais, 2014, p. 369.

⁸¹ BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho Penal Económico Parte General*, Valencia, Tirant lo blanch libros, 1998, p. 96.

⁸² *Ibidem*, p. 59.

⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., *Lavagem de dinheiro: Aspectos penais...*, p. 57.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 57.

Entretanto, há diversos pontos contrários a essa tese. Uma delas é considerar que nem sempre a economia será afetada, porque de um lado, ocultar a origem de uma grande quantidade de dinheiro e injetá-la no mercado pode afetar o mercado econômico, em contrapartida, não podemos considerar que a economia seja prejudicada por quem lava uma pequena quantidade de dinheiro proveniente de um delito. Ambas as condutas ferem igualmente apenas o encobrimento (primeira fase da lavagem)⁸⁵.

Outro argumento desfavorável seria dizer que a "ordem econômica" não possui um conceito definido, não sendo portanto possível considerá-lo bem jurídico, de modo que "a fluidez do bem jurídico afetaria a capacidade de orientar a interpretação judicial em casos concretos e dificultaria o desempenho da função de limite negativo à produção e aplicação da norma penal"⁸⁶. Blanco Cordero partilha do mesmo entendimento, acreditando que a ordem econômica possui um conceito muito vago e impreciso, além de defender que o crime de lavagem de dinheiro afetaria diretamente a "proteção da livre concorrência" de forma concreta, ao passo que, subsidiariamente atinge a "credibilidade, estabilidade e solidez do sistema financeiro"⁸⁷. Esse argumento pode ser rechaçado, uma vez que, conforme Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini bem apontam, existem inúmeros crimes (especificamente os autores mencionam os do ordenamento jurídico brasileiro) que afetam a ordem econômica, como, conforme citam, o crime de cartel⁸⁸.

Ocorre que o artigo 1^o da Lei 9.613/98 trata dos atos preparatórios do crime de lavagem (menciona-se em ocultar ou dissimular a origem de bens, valores ou direito, provenientes de delito) e, o parágrafo 1^o (converter em ativos lícitos, os negocia, transfere, recebe etc.) e 2^o, I, (utilizar na atividade econômica ou financeira os ativos ilícitos)⁸⁹ do mesmo artigo da mencionada lei fazem previsão de uma maior proximidade de violação ao bem jurídico. Nos dois últimos casos estaria configurada uma violação de fato da ordem econômica, diferente da primeira que encontra-se mais distante do momento da inserção do bem na atividade ilícita. Haveria, nesse caso, uma identidade das penas por comportamentos diferentes, o que não parece ser uma opção adequada, porque o direito penal é voltado a

⁸⁵ BLANCO-CORDERO, Isidoro., *El delito de blanqueo...*, p. 192.

⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz., op. cit., p. 58.

⁸⁷ BLANCO-CORDERO, Isidoro. op. cit., p. 220-221.

⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit. p. 59.

⁸⁹ BRASIL. Lei 9.613 de 1998. § 2^o Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 18 abril 2015.

proteção de bens jurídicos e preconiza que quanto mais próximo da sua violação, maior seria a intensidade da pena⁹⁰.

Parte da doutrina brasileira - Gustavo Badaró, Heloisa Estellita e Rodrigo Sánchez Rios - critica a desproporcionalidade da aplicação da pena de lavagem de dinheiro em contravenções penais como delito antecedente de baixa gravidade. Em sentido contrário, André Luís Callegari e Ariel Barazzetti Weber entendem não ser desproporcional a determinação da mesma pena da lavagem (pena de reclusão de três a dez anos) para delitos antecedentes de condutas com gravidades distintas, como, por exemplo, a contravenção penal do jogo de bixo, cuja pena é de prisão simples de quatro meses um ano (Artigo 58 da Lei 3.688/1941) e o tráfico de drogas com pena de reclusão de cinco a quinze anos (artigo 33 da Lei 11.343/2006). Isto porque, por adotarem a ordem socioeconômica como bem jurídico, argumentam que o jogo do bixo tem a capacidade de movimentar dinheiro ilícito assim como o traficante de drogas, ambos na mesma proporção⁹¹.

Podval, que é desfavorável à ordem econômica ser considerada bem jurídico do crime de lavagem, assevera que:

a ordem socioeconômica não é um bem jurídico, é uma esfera da vida coletiva, regida por valores e princípios constitucionalmente previstos. Este, os valores de determinada ordem socioeconômica, podem, eventualmente, merecer tutela penal. (...) A ordem socioeconômica é um subsistema social. Toda criminalidade relativa a atividade econômicas necessariamente repercute na sociedade, em seu aspecto "relações econômicas"⁹².

Podval ainda defende a ideia de que nem sempre o dinheiro "lavado" prejudica a economia. E mais, afirma que em muitos casos o dinheiro ilícito pode trazer benefícios para a ordem social e econômica⁹³. Em contrapartida, Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini entendem que, ainda que o dinheiro ilícito seja capaz de "esquentar" o setor econômico, afetaria a livre iniciativa e a livre concorrência, desequilibrando as forças da economia, pois o dinheiro ilícito estaria isento de encargos de capital lícito, como por exemplo os impostos⁹⁴. Opina Suárez González, que a valoração negativa do crime de lavagem se dá pelo fato de que, sob o ponto

⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: Aspectos penais...*, p. 60-61.

⁹¹ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro...*, p. 84.

⁹² PODVAL, Roberto. *Branqueamento de capitais na ótica da administração da justiça*. Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação do Professor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, 2001, p. 34.

⁹³ *Ibidem*, p. 34.

⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: Aspectos penais...*, p. 59.

de vista econômico, é indiferente se o poder econômico foi obtido de forma lícita ou ilícita, residindo a diferença apenas sob a ótica socioeconômica⁹⁵.

Relativamente à questão mencionada acima, sobre o desequilíbrio das forças da economia, há alguns pontos a serem criticados. Nem sempre o valor ilícito fica isento de encargos, pois, é de interesse do próprio criminoso evitar ao máximo a descoberta da origem ilícita do capital, o que nos leva a crer que há grandes chances dos encargos serem pagos e assim os lastros ficariam ainda mais encobertos. É sob esse aspecto que se pode afirmar que nem sempre o dinheiro proveniente de crime prejudica a economia, além do fato de que pequenas quantias de capital lavado também não causaria um grande impacto econômico.

Já em relação à concorrência, defende Pedro Caeiro que essa afirmação não merece prosperar. Isto porque, conforme suas lições:

(...) não se pode defender-se que a concorrência é ofendida, sequer em termos de perigo abstrato, por toda e qualquer conduta de branqueamento: para tanto, seria necessário que a lei estabelecesse limites mínimos ao montante das vantagens branqueadas ou, ao menos, restringisse o objeto da acção às vantagens provenientes de espécies de crimes presumivelmente geradoras de valores elevados - soluções que, ao que sabemos, nunca foram adoptadas por qualquer país e que se encontram cada vez mais distantes dos novos figurinos da punição do branqueamento⁹⁶.

Fernando Molina Fernández rechaça a presente teoria. Sob uma ótica socioeconômica compara que, se levarmos em conta que o dinheiro lavado proveniente de crime será lesivo, deve-se também considerar que uma grande quantidade de qualquer dinheiro procedente de "operações encobertas, mas não delitivas" que intervenha no mercado será igualmente lesivo. Entende-se por dinheiro sujo, aquele dinheiro ilícito e que é objeto material do crime de lavagem e, por sua vez, o dinheiro negro seria um dinheiro lícito, o qual não foi declarado, podendo gerar uma consequência à fiscalização tributária. Ou seja, todo tipo de dinheiro negro é afetado e não apenas aqueles frutos de delitos. A partir desse entendimento, indaga-se de que forma seria possível justificar a limitação típica? Há um conteúdo de desvalor suficiente? O autor explica que muito dos males econômicos da lavagem de capitais são "imputáveis à própria existência de dinheiro negro" e a existência do desvalor se dá por uma

⁹⁵ SUÁREZ GONZALEZ, Carlos. Blanqueo de Capitales y Merecimiento de Pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española, em CPC, n. 58, 1996, p. 144, apud, BLANCO-CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*, p. 197.

⁹⁶ CAEIRO, Pedro. A decisão-quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação da punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade oportunidade de uma reforma legislativa. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume III*, Coimbra Editora, p. 391.

razão muito mais grave do que garantir a "competência em igualdade de condições" ou "favorecer o tráfico lícito de bens" (nesses casos a lavagem muitas vezes mais favorece do que prejudica), ou seja, preocupa-se com o fato da lavagem poder favorecer uma ação criminosa⁹⁷. Segundo o autor, a prioridade seria combater os crimes que produzem esse dinheiro "sujo", porque percebe-se uma preocupação com o mau uso do dinheiro ilícito ou a "promoção e encobrimento" dos delitos originários do capital sujo do que interesses rigorosamente socioeconômicos⁹⁸.

2.3.3. Proteção da administração da Justiça

A terceira opção seria a administração da justiça como bem jurídico violado (acolhem essa teoria países como Itália, Suíça e Alemanha⁹⁹). Assim como na ordem econômica, o que importa não é diretamente o bem jurídico lesado no crime anterior, mas a "operacionalidade" e "credibilidade" do sistema da justiça sob uma perspectiva em geral¹⁰⁰.

Nesse tocante, há alguns aspectos que devem ser levados em conta, porque este é um bem jurídico instrumental e dotado de uma dificuldade de se precisar. De um lado há a "Administração da Justiça (em maiúscula)" como a parte da "organização administrativa encarregada de administrar a justiça" e de outro temos a "administração da justiça (em minúscula)", "entendida como a correta (de acordo com a lei) solução de controvérsias jurídicas". Apenas uma minoria dos crimes afetam a primeira opção e a lavagem se submete à segunda definição¹⁰¹.

Essa proposta é capaz de justificar a uniformidade das penas dos crimes anteriores ainda que os bens jurídicos sejam diferentes, pois o funcionamento da administração da justiça será afetado de igual forma¹⁰².

Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini elucidam que não são todos os crimes contra a administração da justiça que possuem o escopo de violar o seu funcionamento. Tomamos como exemplo o crime de favorecimento e a denúncia caluniosa, sendo que o primeiro

⁹⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la 'participación' en el delito. In: *Política Criminal y Blanqueo de Capitales*, Eds. Miguel Bajo Fernández Silvina Bacigalupo, Marcial Pons, 2009, p. 112 e 113.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 112.

⁹⁹ BLANCO-CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*, p. 192.

¹⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: Aspectos penais...*, p. 60.

¹⁰¹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *op. cit.*, p. 114.

¹⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.*, p. 60.

visa o lucro ou satisfação pessoal, e o segundo objetiva prejudicar o denunciado. Mas no caso da lavagem de dinheiro é perfeitamente identificável o dolo em prejudicar o funcionamento da justiça, porque o indivíduo no cometimento do crime busca afastar a relação entre o crime antecedente com o produto desse crime, transformando-o em lícito¹⁰³.

Os autores brasileiros ainda defendem que a ordem econômica não pode ser considerada como bem jurídico, exemplificando uma situação em que um indivíduo rouba um banco e com esse dinheiro compra um barco. Se a compra do barco for feita diretamente, configuraria-se, então, um mero exaurimento do crime. Caso o criminoso não o faça de maneira direta, mas deposite o dinheiro na conta de um terceiro e, a partir daí, compra o barco, então estaria configurado o crime de lavagem. Nota-se que o barco foi comprado em condições de preço de mercado, o que não afetaria a economia. Na segunda hipótese de lavagem de dinheiro, houve a ocultação, o mascaramento, ou seja, o funcionamento da justiça restou prejudica diante da intenção de ocultar a origem do bem ilícito.

No tocante ao bem jurídico acolhido pela doutrina portuguesa, entende Vitalino Canas que o legislador português, ao introduzir o crime de branqueamento de capitais (artigo 368-A) no Código Penal dentro da seção dos "crime contra a realização da justiça", capítulo III, seção V, da parte especial, deu uma evidente indicação sobre o bem jurídico do branqueamento ser a boa administração da justiça. A lavagem tem a capacidade de obstruir a administração da justiça impondo obstáculos na investigação, identificação, além da punição dos criminosos dos delitos antecedentes¹⁰⁴.

O autor ainda sublinha o fato da lavagem afetar diretamente a democracia, porque muitas vezes o capital lavado é canalizado para a corrupção das "estruturas de decisão" dos países, afirmando que a tipificação e perseguição ao crime de lavagem tutela o "adequado funcionamentos das estruturas políticas" em última análise¹⁰⁵.

Vitalino Canas defende o bem jurídico pluriofensivo, pois para ele o bem jurídico tutelado seria, além daqueles mencionados acima, a credibilidade, a estabilidade e transparência dos sistema financeiro e econômico. Apesar de adotar essa posição pluriofensiva, esclarece que o bem jurídico protegido pela lavagem não é sempre o mesmo¹⁰⁶.

¹⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: Aspectos penais...*, p. 59.

¹⁰⁴ CANAS, Vitalino, *O crime de branqueamento: regime de prevenção e repressão*, Almedina, 2004, p. 15-17.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 18.

¹⁰⁶ CANAS, Vitalino, *O crime de branqueamento...*, p. 18.

Outra relevante observação seria no tocante ao número 2, do artigo 368-A, do Código Penal Português¹⁰⁷, na parte em que o legislador menciona em "evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal", o que indica a intenção em tutelar a administração da justiça como bem jurídico. No que se refere ao número 2 e 3 do mesmo artigo, a intenção se direciona a proteção de outros bens jurídicos quando prevê "com o fim de dissimular a sua origem ilícita" e "quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos"¹⁰⁸. Vitalino Canas não é claro ao mencionar quais seriam esses "outros bens jurídicos", o que deixa dúvidas quanto nessa afirmação. Não há elementos que indiquem uma diferenciação do bem jurídico por meio da leitura do número 2 e 3, porque as condutas de ocultar e dissimular também podem ferir a administração da justiça.

Além da adoção da administração da justiça como bem jurídico, há quem defenda a proteção da paz pública, que estaria protegida sempre que a lucratividade dos crimes antecedentes da lavagem diminuísse e conseqüentemente o combate contra o crime gerasse uma diminuição das taxas de criminalidade. Essa proposição até pode fazer sentido, mas não é suficiente para justificar a persecução criminal ao crime e a gravidade da pena cominada¹⁰⁹.

2.3.4. Delito Pluriofensivo

Outra proposta de bem jurídico seria considerar o delito como pluriofensivo¹¹⁰, ou seja, viola mais de um bem jurídico ao mesmo tempo¹¹¹. Há teorias que defendem ser a

¹⁰⁷ PORTUGAL. Código Penal. DL n.º 48/95, de 15 de Março. (Lei n.º 30/2015, de 22/04). Artigo 368-A do Código Penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=109&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 19 maio 2015.

¹⁰⁸ CANAS, Vitalino. op. cit., p. 20.

¹⁰⁹ BITTENCOURT, César Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 174.

¹¹⁰ Esse é o bem jurídico adotado pela maioria da doutrina italiana. Neste sentido: A. PALMA, 101 e ss., *Giurisprudenza*, Cass, Sez. IV, 23 marzo 2000, Archieri ed altri, in *Riv. pen.*, 2000, 790; Cass., Sez. II, 12 giugno 2008, n. 25773, in C.E.D. Cass., n. 241444, secondo cui l'art 648-bis c.p. sarebbe posto a tutela del patrimonio e dell'ordine economico. Secondo cost. 19 luglio 2000, n. 302, in Cass. pen. 2001, 16, *la norma in esame delinea un reato pluriofensivo, nem quale è relegata in secondo piano la tutela del patrimonio individuale rispetto alla salvaguardia di interessi pubblici, identificati nell'amministrazione della giustizia, nell'ordine pubblico o nell'ordine economico. In dottrina v. di recente sul punto*, apud, CAPPÀ, Ermanno; CERQUE, Luigi Domenico, *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, prefazione di Anna Maria Tarantola, Giuffrè Editore, 2012, p. 54.

¹¹¹ Nesse sentido, Marcelo Mendroni defende a pluriofensividade, sendo o bem jurídico a ordem socioeconômica e a administração da justiça. Mais informações em: MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem...*, p. 30-31.

administração da justiça com uma maior ênfase na ordem econômica, outros acreditam ser o inverso, ferindo a economia com ênfase no funcionamento da justiça e também a teoria de que fere o delito anterior e a ordem econômica¹¹².

Marco Antônio Ferreira Lima é partidário da teoria do delito pluriofensivo e explica que estão abarcados dois grupos de bens jurídicos. O primeiro grupo seria os "imediatos", cuja proteção se remonta na credibilidade e estabilidade tanto do sistema econômico como do financeiro, já o segundo grupo dos "mediatos" protegem a ordem socioeconômica em si. Explica que os imediatos ligam-se a uma situação técnica, de confiabilidade do mercado, já a segunda opção abarca a proteção supraindividual ou coletiva. E por fim, menciona que não é toda conduta de lavagem de dinheiro que afetará o bem jurídico mediato, por exemplo, não quer dizer que sempre haverá sonegação de impostos com o dinheiro ilícito¹¹³.

A propósito dessa posição tomada pelo autor Marco Antônio Ferreira Lima, debate com propriedade o autor Carlos Martínez Bujan-Perez que a ordem econômica não pode se configurar como bem jurídico técnico (bem imediato) nos delitos econômicos, tanto em sentido amplo, como em estrito, mas somente como bem jurídico mediato genérico¹¹⁴. Ademais, considerando a definição de ordem econômica em sentido amplo como um conjunto de ferramentas que garantem, em certa sociedade, o seu funcionamento do consumo, da troca, das suas relações de produção e de distribuição¹¹⁵, pode-se concluir que a teoria de Marco Antônio não merece prosperar sem crítica, pois para se configurar um delito pluriofensivo é necessária a violação de dois bens jurídicos diferentes, e o que o autor Marco Antônio define como bem jurídico imediato já estaria abarcado pelo bem jurídico mediato, ou seja, pela ordem econômica, sendo então o mesmo bem jurídico.

Nesse diapasão, a concepção que me parece mais acertada seria que a diferenciação de bem jurídico mediato e imediato no crime de lavagem de capitais é apenas sistemática e classificatória para delinear o papel do bem jurídico com função teleológica e interpretativa, e não para fins de pluriofensividade como o autor Marco Antônio adota.

¹¹² BLANCO-CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*, p. 204-205.

¹¹³ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas*, 4ªed., Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

¹¹⁴ BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho Penal Económico...*, p. 97-100.

¹¹⁵ SOUZA, Aryur de Brito Gueiros. *Da criminologia à política criminal: direito penal e econômico e o novo direito penal*. In ____ (org.). *Inovações no Direito Penal Económico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011, p. 120, apud BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: Aspectos penais...*, p. 59.

Gustavo Badaró e Pierpaolo criticam a pluriofensividade asseverando que, o fato da lavagem de dinheiro poder causar um dano econômico não quer dizer que esse também deva ser o bem jurídico adotado, fazendo com que se configure uma pluriofensividade. E assim defendem:

a proposta da pluriofensividade retira a força dogmática da determinação do bem jurídico especificamente tutelado, importante para extrair consequências hermenêuticas e limitar a atuação do intérprete. A abdicação da indicação do bem jurídico, ou a designação de vários concomitantes, esvazia o conteúdo teleológico da norma¹¹⁶.

Apesar de haver a possibilidade de existir determinados casos em que mais de um bem jurídico seja violado, os autores defendem a opção do bem jurídico único, sendo apenas administração da justiça¹¹⁷.

Blanco Cordero opta pela proposta do delito pluriofensivo baseando-se na lei espanhola. Nas lições do autor:

A ocultação da origem pode dirigir-se a evitar o descobrimento do delito prévio, do delinquente ou a introduzir os bens na economia sem rastro de sua procedência. Sem embargo, se põe em conexão com a conduta seguinte regulada no mesmo número (realizada com o objetivo de ajudar os responsáveis do delito prévio, a eludir as consequências jurídicas de suas ações), chegamos a conclusão de que chegamos a evitar o descobrimento do delito e do delinquente. Se obstaculiza o normal funcionamento da Administração da Justiça no exercício do poder jurisdicional, ao impedir o acesso aos bens delitivos, já seja para meio de prova ou comisso. Em definitivo, tais ações prosseguem a lesão do bem jurídico previamente menosprezado pelo delito prévio, e, a sua vez, atacam a Administração da Justiça (tradução do autor)¹¹⁸.

Em que pese o bem jurídico socioeconômico, relata Blanco Cordero que nele se inserem as condutas de "aquisição, posse, utilização, conversão ou transmissão de bens". Ademais, o autor, partindo uma interpretação teleológica, observa que o legislador orientou-se para um bem jurídico socioeconômico, uma vez que o delito, no ordenamento jurídico espanhol, encontra-se inserido no artigo 301 do Código Penal Espanhol, no Título XIII, e se encontra intitulado como "Delitos contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica"¹¹⁹. Conforme mencionado anteriormente, o autor defende a ideia de que o conceito de ordem econômica é muito vaga e assim assevera que há dois elementos que são afetados pelo crime

¹¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: Aspectos penais...*, p. 63.

¹¹⁷ Ibidem, p. 63.

¹¹⁸ BLANCO-CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*, p. 213.

¹¹⁹ Ibidem, p. 213-214.

de lavagem, sendo a livre concorrência e a credibilidade, solidez e estabilidade do sistema financeiro¹²⁰.

No ordenamento italiano, o legislador optou por inserir a lavagem de dinheiro (*riciclaggio di denaro*) no livro II, dentro das disposições dos delitos contra o patrimônio mediante fraude ("*Dei delitti contro il patrimonio*"), no artigo 648 bis (*articolo* 648 bis), logo após o artigo que prevê o crime de receptação (*articolo* 648)¹²¹. De acordo com Ermano Cappa e Luigi Domenico Cerque, essa catalogação realizada pelo legislador não assume um valor decisivo. Para os autores, os bens tutelados no crime de lavagem possuem um papel preeminente na administração justiça, ao passo que a conduta criminosa deve ser capaz de obstaculizar a proveniência ilícita do capital ou de outros bens, ou seja, criam um perigo concreto ao "*paper trail*", prejudicando os rastros do crime, entavando o trabalho das autoridades competentes que apuram a conduta delituosa e sua fonte. Defendem, então, que a administração da justiça seria o "único bem diretamente e constantemente" lesado por meio de várias condutas enquanto ordem pública, econômica, economia pública, poupança, os quais são também apontados pela doutrina como bens tutelados¹²², mas assumem um papel no "fundo do cenário". E assim definem que o "núcleo da ofensa do delito de lavagem de dinheiro parece traçar muitos interesses reconduzíveis a administração da justiça, por apresentar várias veias heterogêneas¹²³".

2.3.5. Inexistência de bem jurídico afetado

Por fim, temos defensores que criticam a regulação atual e seguem um entendimento que corre na contramão do que tem sido constantemente defendido na atual política internacional no combate à lavagem, sustentando uma opinião minoritária de que não há desvalor algum no crime de lavagem, sob uma perspectiva socioeconômica¹²⁴ e também em relação aos bens jurídicos mencionados anteriormente.

João Paulo Orsini Martinelli, partidário da ausência de bem jurídico no crime de lavagem de dinheiro defende que as demais teorias não são dotadas de "solidez", o que leva o

¹²⁰ BLANCO-CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*, p. 221.

¹²¹Disponível em: < <http://www.diritto.it/codici/titolo/76-codice-penale-dei-delitti-contro-il-patrimonio>>. Acesso em: 18 jun 2015.

¹²² RAZZANTE, Ranieri, *Ill riciclaggio nella giurisprudenza: normativa e prassi applicative*, Giuffrè Editore, 2011, p. 57.

¹²³ CAPPÀ, Ermanno; CERQUE, Luigi Domenico. *Il riciclaggio del denaro...*, p. 54-56.

¹²⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Qué se protégé...*, p. 109.

autor a apontar que incriminar a conduta de lavagem de dinheiro "torna-se ilegítima num direito penal garantista de proteção de bens penalmente relevantes¹²⁵".

Afirma, ainda, que mesmo que os bens jurídicos sejam aqueles elencados pela maioria da doutrina, estes já recebem proteção penal através de outras leis e considera que "cada etapa da lavagem de capitais constitui um crime já previsto na legislação penal. O conjunto destas condutas, portanto, não pode constituir crime autônomo¹²⁶".

3. DEVERES JURÍDICOS DOS ADVOGADOS NA PREVENÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

3.1. O papel do advogado na sociedade

O homem é um ser social por natureza, surgindo, então, a necessidade em se organizar por meio de condutas de âmbito individual e coletivo. Desse modo, nasceram posteriormente os ordenamentos jurídicos decorrentes da complexidade dessas relações do homem em sociedade, caracterizando-se como um a. C., instrumento legitimador do exercício do poder por meio da administração da justiça¹²⁷.

O esboço da advocacia se deu em 450 anos através da publicação da Lei das Doze Tábuas¹²⁸. Foi por meio da figura do patronato - aquele que defendia o cliente não como jurisconsulto em âmbito profissional, mas um trabalho baseado na retórica e nos fatos - na época romana, que surgiram as primeiras linhas orientadoras de regras deontológicas entre mandante e mandatário¹²⁹ e especificamente na civilização romana que a advocacia surgiu como profissão organizada¹³⁰.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 133, no Capítulo IV, "Das funções essenciais da justiça", determina que "o advogado é indispensável à administração da

¹²⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Lavagem de Dinheiro: uma análise crítica do bem jurídico, Ed. In House, 2011, p. 101.

¹²⁶ Ibidem, p. 101.

¹²⁷ ALVES, Adalberto. História breve da advocacia em Portugal, CTT Correios de Portugal, 2003, p. 28.

¹²⁸ Ibidem, p. 37.

¹²⁹ ALVES, Adalberto. *História breve da advocacia...*, p. 37.

¹³⁰ COSTA, Orlando Guedes. *Direito Profissional do Advogado: Noções elementares*, 7 ed., Almedina, 2010, p. 16.

justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei¹³¹".

Com efeito, podemos dizer que o advogado possui um papel imprescindível porque em praticamente toda sociedade há a existência de uma ordem jurídica. Possui função social, pois defende os direitos e garantias fundamentais para uma sociedade mais igualitária e humana. Tem, além de tudo, um compromisso com os direitos previstos na Magna Carta e representa os cidadãos sendo o seu instrumento de alcance à justiça. Há quem diga que a profissão do advogado seria uma das mais árduas, na medida que ele deve resolver problemas de questões morais¹³².

Nesse sentido, ensina Francisco Caputo que com o surgimento do Estado o homem passou a não decidir mais individualmente e assim passou de jurídica para estatal a sua tutela, e o devido processo legal tornou-se necessário para satisfazer determinados interesses. Assim, a garantia dos direitos básicos começaram a ser exigidos do Estado pelos cidadãos como poder de reivindicar a prestação jurisdicional. Isso representa a importância do advogado, que postula em nome da sociedade esses direitos, em juízo e fora dele¹³³."

O advogado deve agir, outrossim, de modo a fazer valer os princípios previstos na Constituição, especialmente no que tange à dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa¹³⁴, bem como o princípio da legalidade, que se perfaz como uma garantia constitucional de proteção individual no Estado Democrático de Direito¹³⁵.

A Lei 8.906 de 4 de julho de 1994¹³⁶ dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o qual trata das atividades do advogado, seus direitos, questões administrativas, sanções e infrações disciplinares. Além disso, há um Código de Ética e Disciplina¹³⁷ que determina os deveres do advogado com a comunidade, bem como as relações e deveres com clientes e outros profissionais, dentre outras disposições.

¹³¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 08 abril 2015.

¹³² OLIVEIRA, João Gualberto de. Segredo Profissional do Advogado, Primeiro Protetor da Justiça, Scientia Jyridica, ano 14, 1965, p. 7.

¹³³ CAPUTO, Fernando. *O advogado e sua função social*, 2011. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/22046/artigo-o-advogado-e-sua-funcao-social>>. Acesso em: 08 abril 2015.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 5.

¹³⁶ BRASIL. Lei 8.906 de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm> Acesso em 08.04.15..

¹³⁷ BRASIL. Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/codigode_etica.pdf>. Acesso em 08 de abril de 2015.

A inscrição em uma associação pública, de forma obrigatória, se dá devido o caráter público da profissão forense, fazendo que o exercício da profissão seja revestido de legalidade¹³⁸.

Mencionado Código de Ética preconiza dentre as regras deontológicas os deveres dos advogados em seu artigo 2¹³⁹, compreendendo, por exemplo, deveres de preservação da honra, dignidade, atuando com veracidade, boa-fé, lealdade, estimular a conciliação, e se abster em agir contrariamente aos princípios da advocacia entre outros deveres essenciais. As demais disposições relacionam-se com as relações com o cliente, sigilo profissional, publicidade, honorários profissionais, dever de urbanidade e outras disposições gerais.

Winston P. Nagan menciona a importância do advogado com o fenômeno da globalização - movimento de pessoas, serviços, bens, tecnologias e experiências humanas influenciadas pelo tempo e na comunidade de espaço mundial -, afirmando que a profissão jurídica tem um grande impacto sob essas transformações, devendo os profissionais dessa área observar não somente as fronteiras empíricas e normativas, mas também sobre as fronteiras do que realmente seria o direito, devendo-se repensar no seu modo de ensinamento, padrões da profissão, bem como traçar normas morais analisadas intimamente no conceito de profissionalismo¹⁴⁰.

A autora Deborah Freeland, analisa o papel do advogado sob um ponto de vista do direito norte americano, aduzindo que há quem diga que o papel do advogado seja para servir a justiça na função de representação de seus clientes e, outros, acreditam que o advogado seria apenas um agente do seu cliente, sem obrigações com a justiça ou profissionalismo. Explica ainda que o advogado é "comumente descrito como um funcionário do tribunal" (embora essa definição seja contestável) e também como "um defensor de seu cliente, se bem que alguns tribunais questionam se a advocacia 'zelosa' seria uma advocacia ética¹⁴¹".

Relativamente ao advogado que atua na área corporativa, o autor Christopher Pippel entende que o profissional forense não deve atuar como "armas contratadas" ou "técnicos imorais". Devem prover um auxílio crítico, mas também proporcionar independência ao

¹³⁸ COSTA, Orlando Guedes. *Direito Profissional do Advogado...*, p. 52.

¹³⁹ BRASIL. Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/codigode_etica.pdf>. Acesso em 08 de abril de 2015.

¹⁴⁰ NAGAN, Winston P., Layers Role, Identity, and professional responsibility in an age of globalism. In: *Florida Journal of International Law Florida Journal of International Law*, 13 Fla. J. Int'l L. 131, 2001, Spring, 2001, p. 2.

¹⁴¹ FREELAND, Deborah M. Hussey. What is a lawyer? A reconstruction of the lawyer as an officer of the court. In: *Saint Louis University Public Law Review*, 31 St. Louis U. Pub. L. Rev. 425, 2012, p. 2.

cliente para que atue de forma legalmente segura, sendo que o advogado não deve agir somente conforme os interesses do cliente, mas ter em mente a sua responsabilidade profissional¹⁴².

O advogado - que significa *ad vocatus*, ou seja, chamado a defender alguém¹⁴³ -, em seu papel em um Estado Democrático de Direito promove acesso público ao direito, às instituições governamentais, bem como também aos tribunais. Aqui, a referência se faz também especialmente às minorias raciais, aos pobres e pessoas privadas de seus direitos civis¹⁴⁴. Ainda, versa o Código de Deontologia do Advogados da União Européia que o papel do advogado propõe-se não somente ao cumprimento do mandato por um embasamento legal, mas no respeito à justiça, devendo o advogado, além de servir aos interesses de seu cliente, objetivar a boa administração da justiça¹⁴⁵.

3.2. Deveres administrativos dos advogados sobre a comunicação de atividades suspeitas, identificação e manutenção de registro de clientes

3.2.1. Novidade trazida pela Lei brasileira nº 12.683/2012

A Lei de Lavagem de Dinheiro nº 9.613/98 traz deveres específicos administrativos para as pessoas que classifica como agentes sensíveis decorrentes de determinadas funções e atividades. Veremos que essas medidas seguem de acordo com as normativas internacionais, as quais já foram arduamente debatidas no plano internacional especialmente no que se refere à classe dos advogados, mas que merecem ser revisitadas tendo em vista a recente introdução na lei brasileira.

A lista daqueles cujas obrigações lhes foram impostas, consideradas pelo legislador como setores sensíveis, encontram-se previstos no artigo 9º da Lei de Lavagem e as sanções administrativas pelo descumprimento das obrigações estão previstas no artigo 12. O presente trabalho ocupa-se em analisar as obrigatoriedades por parte dos advogados que, por sua vez, encontram-se incluídos genericamente. Neste âmbito, vejamos o que dispõe a lei:

¹⁴² PIPPEL, Christoph. "The Lawyer as Gatekeeper: Is There a Need for a Whistleblowing Securities Lawyer? Recent Developments in the US and Australia. In: *Bond Law Review: Vol. 16: Iss. 2, Article 4*, 2004, p. 133.

¹⁴³ ALVES, Adalberto. *História breve da advocacia...*, p. 39.

¹⁴⁴ GREEN, Bruce A., The lawyer's role in a contemporary democracy. In: *Fordham Law Review*, 77 *Fordham L. Rev.* 1229, March, 2009, p. 3.

¹⁴⁵ COSTA, Orlando Guedes. *Direito Profissional do Advogado...*, p. 6.

XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

- a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;
- b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;
- c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;
- d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;
- e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e
- f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.¹⁴⁶

Embora não haja a menção expressa do advogado no supracitado artigo, podemos observar que a lei aponta serviços de consultoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, o que nos permite concluir que os serviços jurídicos foram deste modo incluídos nessa previsão.

Desse modo, os advogados possuem o dever de identificar seus clientes e realizar a manutenção desses registros de transações que ultrapasse o limite fixado pela autoridade competente (artigo 10, inciso II). O cadastro deverá ser realizado e mantido no órgão fiscalizador ou regulador, sendo que, na ausência deste, tais procedimentos devem ser feitos ao órgão administrativo COAF (inciso IV).

É no artigo 11¹⁴⁷ que encontra-se previsto o dever dos advogados de comunicar as operações financeiras suspeitas de seus clientes ao órgão administrativo COAF. Com o advento da Lei 12.683 de 2012, algumas novidades foram introduzidas neste mesmo artigo, o qual dispõe que, ao COAF, devem ser comunicadas proposta ou realização, sem a necessidade da ciência de qualquer pessoa, sobretudo a pessoa envolvida, dando um prazo de 24 horas (inciso II). Ou seja, o advogado, além de comunicar as atividades suspeitas, não está obrigado a dar ciência ao seu cliente sobre tal ato.

Salienta-se que não são todos os tipos de informações - que por sua vez seria inviável! - que devem ser repassadas. O conteúdo da comunicação versa sobre todas as

¹⁴⁶ BRASIL. Art. 9º da Lei 9.613 de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 10 jun 2015.

¹⁴⁷ BRASIL. Art. 9º da Lei 9.613 de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 10 jun 2015.

transações em "moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas (inciso II, a)", acompanhadas com as informações dos clientes com seus cadastros atualizados, além do dever de comunicar as operações que "possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos na lei de lavagem, ou com eles relacionar-se" (artigo 11, inciso I)¹⁴⁸.

Ainda no artigo 11 (inciso III), foi determinada a obrigatoriedade da comunicação aos órgãos reguladores ou fiscalizadores de cada atividade. Por exemplo, no caso dos advogados, a comunicação deve ser feita à OAB ou quando esse não houver, ao COAF, sobre a "não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II". Por fim, o artigo 11-A, também introduzido com a nova lei, dispõe que "as transferências internacionais e os saques em espécie deverão ser previamente comunicados à instituição financeira, nos termos, limites, prazos e condições fixados pelo Banco Central do Brasil¹⁴⁹".

A partir dessa determinação do advogado no papel da política de prevenção de combate ao crime de lavagem de dinheiro, surgem diversas indagações: Uma vez que a lei é omissa, quais seriam os advogados que estariam incluídos nestas obrigações? Os advogados passariam a assumir o dever de garante? Como ficariam referidas obrigações em contraposição e violação ao sigilo profissional?

Para que encontremos possíveis respostas para essas questões, iremos nos valer da análise preliminar das normativas internacionais, sobretudo das Diretivas da União Europeia, antes de recorrermos às conclusões recentes da doutrina brasileiras sobre o tema. Segundo Rodrigo de Grandis, é evidente que o legislador brasileiro ao instituir o artigo 9º, parágrafo único, inciso XIV, foi fortemente influenciado pelas normas no plano internacional, em especial as Diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu que veremos a seguir¹⁵⁰.

¹⁴⁸ BRASIL. Art. 9º da Lei 9.613 de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 10 jun 2015.

¹⁴⁹ BRASIL. Art. 9º da Lei 9.613 de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 10 jun 2015.

¹⁵⁰ GRANDIS, Rodrigo de. "Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de 'lavagem' de dinheiro". In: *Boletim IBCCRIM ano 20, n. 237, agosto, 2012*, p. 9. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>>. Acesso em: 19 jun 2015.

3.2.2. Normativas internacionais

3.2.2.1. Diretiva 91/308/CE, Diretiva 2001/97/CE, Diretiva 2005/60/CE e Diretiva 2008/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho

A Diretiva 91/308/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de junho de 1991, versa sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de lavagem de capitais. A mencionada Diretiva faz determinações sobre o registro de clientes e comunicações de atividades e menciona expressamente tais obrigações às entidades de créditos e instituições financeiras. Esses deveres administrativos poderiam ser estendidos aos advogados a partir da interpretação do texto, quando menciona que, a lavagem de capitais pode ser realizada por meio de outras profissões, não somente pelas instituições financeiras e entidades de crédito, devendo-se então incluir as disposições da referida diretiva aos profissionais que exerçam atividades propícias ao crime em comento (artigo 12)¹⁵¹.

Por sua vez, a Diretiva 2001/97/CE datada de 4 de dezembro de 2001, surgiu com o escopo de alterar a Diretiva 91/308/CE, trazendo em si a determinação expressa de obrigações de comunicação e registro de clientes aos profissionais da área forense, incluindo, além disso, também os auditores, técnicos de contas externos, consultores fiscais, agentes imobiliários e notários, quando, todos estes profissionais estejam participando em determinadas categorias de serviços, como prestação de assistência, compra e venda de imóveis, gestão de fundos e etc (artigo 2º, A, nº 5).

E é no artigo 6º, número 3, segunda parte, que foi incluído o esclarecimento relativamente ao tipo de profissional forense que se encaixaria nessas obrigações. Assim dispõe:

Os Estados- Membros não são obrigados a aplicar as obrigações previstas no n.º 1 aos notários, profissionais forenses independentes, auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais no que diz respeito a informações por eles recebidas de um dos seus clientes ou obtidas sobre um dos seus clientes no processo de determinar a situação jurídica por conta do cliente ou no exercício da sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial ou a respeito de um processo judicial, inclusivamente quando se trate de conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo judicial, quer essas informações tenham sido

¹⁵¹ DIRETIVAS DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001L0097>>. Acesso em 13 abril 2015.

recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo¹⁵².

A partir da leitura do artigo 6º depreende-se que os advogados os quais estão incumbidos das obrigações administrativas junto aos órgãos fiscalizadores sobre seus clientes seriam apenas aqueles que estejam prestando serviço de consultoria jurídica, excluindo, expressamente, os profissionais forenses que exercem a defesa de um cliente diante de um processo litigioso, em juízo, e aquele que esteja com a missão de determinar a situação jurídica do cliente.

No seguimento do combate à lavagem de capitais, de forma a estender determinadas obrigações à todos os profissionais que, de algum modo, tenham seus serviços ligados de forma a propiciar o crime, a Diretiva 2005/60/CE manteve as obrigações expressas aos profissionais forenses que prestem serviços de consultoria, excluindo os que estejam em seu papel de defesa em juízo, trazendo, além disso, em sua disposição número 20:

Por conseguinte, a consultoria jurídica continua a estar sujeita à obrigação de segredo profissional, salvo se o consultor jurídico participar em actividades 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 efeitos¹⁵³.

Observa-se que, nesta previsão a intenção foi de diferenciar àqueles profissionais que, de fato, estejam participando diretamente sobre o crime de lavagem de dinheiro, não devendo responder uma sanção administrativa, mas sim penal.

Por conseguinte, sobreveio a Diretiva 2008/20/CE, embora não tenha trazido novidades acerca do tema que envolve os profissionais forenses.

¹⁵² DIRETIVAS DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001L0097>>. Acesso em 13 abril 2015.

¹⁵³ DIRETIVAS DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001L0097>>. Acesso em 13 abril 2015.

3.2.2.2. Recomendações do GAFI/FAFT

As obrigações administrativas também se fazem presentes nas Recomendações do GAFI/FAFT. Importante salientar que as normas do GAFI/FAFT são norma de *soft law*, ao passo que as Diretivas são normas obrigatórias aos países membros da União Europeia¹⁵⁴.

O dever de diligência do cliente e manutenção de registro encontram-se nas Recomendações do GAFI 10, 11, 12, 15 e 17, aplicando-se, conforme o disposto na Recomendação 22, às atividades e profissões não-financeiras designadas e inclui o advogado em sua letra "d".

Os profissionais forenses submetidos às obrigações são os que realizam atividades relacionadas a:

Compra e venda de imóveis; Gestão de dinheiro, títulos mobiliários ou outros ativos do cliente; Gestão de contas correntes, de poupança ou de valores mobiliários; Organização de contribuições para a criação, operação ou administração de empresas; Criação, operação ou administração de pessoas jurídicas ou outras estruturas jurídicas, e compra e venda de entidades comerciais¹⁵⁵."

Dentre os deveres de diligência estão incluídas a identificação do cliente, bem como a sua verificação através de documentos, dados e informações de fontes confiáveis e independentes. Além disso, deve-se compreender a natureza e objetivos das relações do negócio a serem realizados¹⁵⁶.

O dever de comunicação de operações suspeitas encontra-se na Recomendação 20 e também é explicitamente imposta aos advogados, devendo ser obrigados, por lei, a comunicar suas suspeitas à unidade de inteligência financeira (UIF)¹⁵⁷. A Nota Interpretativa da Recomendação 23 é clara ao estabelecer que aos advogados e profissionais jurídicos independentes, bem como contadores e tabeliães, não será exigida a comunicação de operações suspeitas se "tiverem sido obtidas em circunstâncias em que estiverem sujeitos a segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal¹⁵⁸".

¹⁵⁴ STOUTEN, Maaïke; TILLEMANN, André. Respoting duty for lawyers versus legal privilege - unresolved tension. In: *Research Handbook on Money Laundering*, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, 2013, p. 427.

¹⁵⁵ RECOMENDAÇÕES DO GAFI. Número 22 Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferao-as-recomendacoes-do-gafi-1>>. Acesso em: 20 maio 2015.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ RECOMENDAÇÕES DO GAFI. Número 20. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferao-as-recomendacoes-do-gafi-1>>. Acesso em: 20 maio 2015.

¹⁵⁸ Ibidem.

Determina-se ainda, que cabe a cada país designar o que poderia ser abarcado pelo segredo profissional ou privilégio profissional, apontando ainda, que, geralmente, os casos acobertados são: "(a) durante a averiguação da posição legal de seu cliente, ou (b) durante seu trabalho de defender ou representar tal cliente em processos judiciais, administrativos, de arbitragem ou mediação¹⁵⁹."

No seguimento de combate à lavagem de dinheiro por meio das profissões jurídicas, foi criado em 23 de outubro de 2008 pelo GAFI/FAFT, um "Guia para a aplicação do enfoque baseado no risco para as profissões do âmbito jurídico". Referido Guia auxilia as orientações dos advogados em determinadas situações, em específico, àquelas mencionadas nas Recomendações 22. As recomendações do GAFI, por exemplo, não cobririam "uma reunião inicial antes que se realize qualquer trabalho preparatório, ou o típico conselho dado pela advocacia ou pela assistência jurídica gratuita ou em qualquer outra forma de tratamento ambulatorio¹⁶⁰".

3.2.2.3. Realidade Comparada: Portugal

Em Portugal, a Lei 25/2008 - Lei de Combate ao Branqueamento de Capitais e o combate ao Terrorismo, traz na secção III, os "Deveres específicos das entidades não financeiras" em seu artigo 35, número 1, sobre o dever de comunicação por parte dos advogados das operações suspeitas (previsto no artigo 16). Dessa forma, a comunicação deve ser feita ao bastonário da Ordem dos Advogados e ao presidente da Câmara dos Solicitadores, devendo esses comunicarem diretamente e sem uma filtragem prévia ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira. A segunda parte do artigo menciona a exclusão do dever de comunicação quando haja consultoria jurídica para avaliar a situação jurídica do cliente, na defesa em processo judicial ou ainda relativamente a um processo judicial, com o intuito de evitá-lo ou ainda propor o mesmo, além de informações as quais sejam tidas antes, depois ou ainda durante o processo¹⁶¹.

¹⁵⁹ RECOMENDAÇÕES DO GAFI. Número 20. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferao-as-recomendacoes-do-gafi-1>>. Acesso em: 22 maio 2015.

¹⁶⁰ GAFI/FAFT. Guia para a Aplicação do Enfoque baseado no risco para as profissões do âmbito jurídico, p. 8. Disponível em: <http://www.icafe.com/docs/noticias/guia_gafi.pdf>. Acesso em: 22 maio 2015.

¹⁶¹ PORTUGAL. Lei n.º 25/2008, de 05 de Junho. *Lei do combate ao branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo*. Lei n.º 62/2015, de 24/06. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=991&tabela=leis>. Acesso em: 02 de jun. 2015.

Podemos notar que a lei portuguesa retrata o mesmo conteúdo disposto nas normas da União Europeia (Diretivas do Parlamento e Conselho Europeu), além das disposições do GAFI, conforme anteriormente estudadas. Assim, o advogado que age com atos "próprios da advocacia" não está sujeito à obrigatoriedade de delação.

Carlos Pinto de Abreu indaga, em uma situação hipotética, se o advogado estaria obrigado a delatar caso surja uma suspeita no momento da elaboração de um contrato ou quando da realização de atos de preparação relativamente à constituição, alteração e ainda quando haja a extinção de negócios jurídicos. O autor defende que não, pois até o momento da suspeita o advogado está agindo de acordo com o propósitos de sua profissão, mas assim quando surge de fato uma suspeita deve o advogado se abster em realizar a operação "sob pena de considerar-se o advogado participante, co-autor ou cúmplice do crime de branqueamento"¹⁶².

Surge também a indagação sobre o que vem a ser "determinar a posição jurídica"? Nesse passo, Blanco Cordero explica que Nielson Sánchez Stewart (Presidente da Comissão de Prevenção de branqueamento de capitais do Conselho Geral de Advocacia) entende que determinar posição jurídica seria um assessoramento para determinar direito, obrigações, além das consequências para o cliente. Seria o momento prévio ao contencioso, um assessoramento com o fim de orientar se determinado caso pode derivar um conflito judicial ou até mesmo aconselhamento para evitar o litígio¹⁶³.

Rodrigo de Grandis exemplifica "determinar posição jurídica" como a orientação do advogado ao cliente, na possibilidade em aceitar ou não uma colaboração premiada, reparação de dano, suspensão condicional do processo, confissão ou arrependimento eficaz¹⁶⁴.

Segundo Carlos Gómez-Jara Díez, superada a problemática de quais seriam os advogados submetidos às obrigações, cabe definir como devem ser realizadas essas obrigações. A primeira delas seria a identificação formal do cliente, sendo conveniente guardar cópias de documentos, caso sejam solicitados por autoridades posteriormente, outra obrigação é a de identificar o objetivo e fiscalizar a índole do negócio realizado por seu cliente, de maneira que os dados disponíveis estejam em consonância com a realidade do

¹⁶² ABREU, Carlos Pinto de. "Branqueamento de capitais – a experiência portuguesa e algumas questões suscitadas pela proposta da 3ª Directiva". Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=112457&idsc=9562&ida=27503>. Acesso em 14.04.15, às 02:24.

¹⁶³ SANCHÉZ-STEWART, Nielson. "Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención", La Ley Penal, n. 53, 2008, apud BLANCO-CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*, p. 563.

¹⁶⁴ GRANDIS, Rodrigo de. *Considerações sobre o dever...*, p. 10.

negócio. Por fim, temos o dever de informação. Para tanto, é preciso que cada operação e risco de cada cliente seja analisado, devendo deixar documentos escritos que possam futuramente comprovar às autoridades competentes sobre as atividades realizadas referentes aos riscos analisados. Outro papel do advogado, seria analisar atividades que, por sua natureza, possam estar intimamente ligadas ao crime de lavagem de dinheiro e ao terrorismo, agindo com cautela em casos complexos. Por fim, devem os advogados informarem sobre atividades suspeitas, por iniciativa própria, deixando de atuar, em regra, nesses casos delatados aos órgãos competentes¹⁶⁵.

3.3. Conflito entre o sigilo profissional *versus* o dever de comunicação e registro de dados dos clientes: uma investigação sob a ótica dos direitos e deveres deontológicos do advogado

Podemos nos referir a deontologia profissional como aquele conjunto de normas jurídicas reguladoras do exercício de uma ou mais profissões, majoritariamente dotada de conteúdo ético¹⁶⁶. A profissão da advocacia possui diversos regulamentos de âmbito nacional e também comunitário - como, por exemplo, o Código de Deontologia dos Advogados da União Europeia¹⁶⁷ -, e, como o presente trabalho não objetiva o esgotamento de todos os deveres e direitos da referida profissão, nos valeremos somente daquelas normas que envolvem, de alguma forma, o sigilo profissional em contraste com o dever de comunicação, relativamente à questão levantada devido as obrigatoriedades determinadas nas leis de lavagem e normas internacionais.

3.3.1. O segredo/sigilo profissional como bem jurídico

A função do advogado como defensor dos interesses alheios e de consultor jurídico faz com que este atue também como "depositário de segredos", condição essencial para o

¹⁶⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "El rol del Abogado frente al Blanqueo de Capitales: Garante del Estado o defensor del cliente? In: *Boletim IBCCRIM ano 20, n. 237, agosto, 2012*, p. 11 e 12. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>>. Acesso em 06 maio 2015.

¹⁶⁶ COSTA, Orlando Guedes. *Direito Profissional do Advogado...*, p. 6.

¹⁶⁷ Criado com o intuito de integração da União Européia, para a defesa do interesse público por meio de normas uniformes as quais são aplicadas à todos os advogados pertencentes ao espaço europeu, independente da Ordem e Advogados que pertençam. Em: ARNAUT, António. *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado*, 14ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 209.

próprio exercício da sua profissão¹⁶⁸ e um importante valor para as sociedades democráticas¹⁶⁹.

Nos ensinamentos de Jorge de Figueiredo Dias, entende-se por segredo um fato ou um conjunto deste, cujo conhecimento se dá somente por um "círculo determinado" de pessoas - e também inicialmente restrito - "e em relação ao qual aquele a cuja esfera pertence tem a vontade, assente num interesse razoável e digno de tutela de que ele continue apenas conhecido daquele círculo ou (para além do círculo) de quem ele decidir"¹⁷⁰.

O segredo profissional possui natureza jurídica de foro não contratual¹⁷¹. O bem jurídico protegido pelo sigilo profissional é dotado de duas posições controvertidas, ou seja, uma delas seria um valor pessoal-individual (posição que se relaciona com a privacidade) ou, outra posição, seria considerar o bem jurídico como supra-individual institucional, sendo este relacionado com a confiança da comunidade e a "funcionalidade sistêmico-social de determinadas profissões ou ofícios"¹⁷².

Há quem entenda que o bem jurídico é constituído de ambas as posições, conforme o autor António Arnaut, que afirma que o bem jurídico consagrado pelo segredo profissional seria "o interesse social da confiança nos confidentes necessários, garantia da reserva da vida privada e preservação da própria liberdade profissional"¹⁷³.

Temos a prevalência no direito penal português vigente, o bem jurídico da privacidade em sentido material, ou seja, a posição de bem pessoal-individual¹⁷⁴. Costa Andrade explica que "a privacidade como bem jurídico da infração em exame tende, assim, a sobrepor-se ao direito de autodeterminação informacional progressivamente citado para significar o conteúdo e alcance do bem jurídico da violação de segredo"¹⁷⁵.

Salienta-se que a tese pessoal-individual não exclui a supra-individual, sendo que este último se relaciona com o "estatuto de interesses (apenas) reflexa e mediatamente protegidos" e indentifica-se com "o prestígio e confiança em determinadas profissões e serviços, como

¹⁶⁸ BEXIGA, Valério. *Manual de Deontologia Forense*, 2003, p. 199

¹⁶⁹ STOUTEN, Maaïke; TILLEMANN, André. *Reporting duty...*, p. 426.

¹⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial, Tomo I, artigos 131 a 201, 2ª ed.*, Coimbra Editora, 2012, p. 1126.

¹⁷¹ COSTA, Orlando Guedes. *Direito Profissional do Advogado...*, p. 346.

¹⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. *op. cit.*, p. 1120

¹⁷³ ARNAUT, António. *Iniciação à Advocacia. História Deontológica: Questões Práticas*, 11ª ed., Coimbra Editora, 2011, p. 116.

¹⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *op. cit.*, p. 1123.

¹⁷⁵ COSTA ANDRADE, *Manuel da. Direito Penal Médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra Editora, 2004, p. 183.

condição do seu eficaz desempenho sistêmico-institucional"¹⁷⁶, conforme ensina Jorge de Figueiredo Dias.

3.3.2. Brasil

As obrigatoriedades administrativas de registro de clientes, manutenção de registro das operações e dever de comunicação de atividades suspeitas impostas aos advogados ferem o princípio da confidencialidade, bem como o dever do sigilo, em determinadas situações no papel do advogado como defensor de seu cliente.

O sigilo profissional é resguardado não somente pela Constituição Federal¹⁷⁷ (artigo 5º, incisos XIII e XIV), mas também por leis ordinárias. Desse modo nos remetemos ao artigo 154 do Código Penal Brasileiro, o qual prevê o crime de violação de segredo profissional, além da previsão do artigo 207¹⁷⁸ do Código de Processo Penal acerca da proibição de depoimento a pessoas que, devido a sua função e profissão, devam guardar segredo. Versando sobre o mesmo conteúdo do sigilo no depoimento por conta da profissão temos o artigo 347, II e artigo 406, II, do Código de Processo Civil¹⁷⁹.

O advogado possui o sigilo profissional assegurado também pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Em especial, seu artigo 7, inciso XIX, preceitua que o advogado pode "recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional¹⁸⁰". Adicionalmente, o parágrafo único do artigo 27¹⁸¹, por sua vez, consolida que

¹⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal...*, p. 1125

¹⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 19 abril 2015.

¹⁷⁸ BRASIL. Código de Processo Penal. Artigo 207 do Código de Processo Penal Brasileiro: "Art. 207. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

¹⁷⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

¹⁸⁰ BRASIL. Artigo 27, inciso XIV da Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em 08 de junho de 2015.

¹⁸¹ BRASIL. Artigo 25, inciso XIV da Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em 08 de junho de 2015.

"presumem-se confidenciais as comunicações epistolares entre advogado e cliente, as quais não podem ser reveladas a terceiros."

Relativamente à possibilidade da quebra do sigilo profissional, temos uma possibilidade resguardada pelo Código de Ética da OAB, no artigo 25, capítulo III¹⁸², determinando o sigilo profissional "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". Nota-se que o artigo não menciona a quebra do sigilo profissional para o bom funcionamento da justiça, mas refere-se tão somente à proteção da vida e da honra.

Consoante examinado no capítulo anterior, a lei brasileira não é específica em mencionar a figura do advogado condicionado ao dever de comunicação, tampouco restringe em que situações a obrigatoriedade será sucitada, e é exatamente aqui onde reside o problema. Destarte, a doutrina brasileira tem se manifestado de forma massiva sobre essas questões dos deveres administrativos e quebra do sigilo dos advogados. Heloisa Estelita e Pierpaolo Bottini aduzem que a delação por parte do advogado sobre as informações de seu cliente, seriam, indiretamente, uma espécie de informação autoincriminadora, suscitando assim a possibilidade de ferir o princípio da não autoincriminação¹⁸³.

Com efeito, relembramos que o princípio do direito a não se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*) é princípio previsto constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Este encontra-se presente na Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica e incorporado pelo Brasil¹⁸⁴.

Trata-se da questão do ônus da prova ser da acusação, ao passo que o silêncio - direito previsto no artigo 5º, inciso LXIII - não pode ser considerado como uma confissão, não sendo ninguém obrigado a prestação de uma prova negativa, como um exame de DNA ou alcoolemia¹⁸⁵.

Nessa esteira, tendo em vista que a obrigatoriedade se estenderia à todas as atividades dos advogados, ou seja, especialmente aos que realizam funções típicas da

¹⁸² BRASIL. Artigo 25, inciso XIV da Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em 08 de junho de 2015.

¹⁸³ ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. "Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões". In: *Boletim IBCCRIM ano 20, n. 237, agosto, 2012, p. 2*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>>

¹⁸⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 9ªed., Ed. Saraiva, 2012, p. 155.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 155.

advocacia (ex. representação em juízo, consultoria para definir situação jurídica) previstas no Estatuto da OAB e também nas diversas normativas até aqui apresentadas, podemos considerar esse dever de comunicação uma afronta ao princípio do *nemo tenetur*. Haveria violação dos direitos e garantias no devido processo legal. E, se pensarmos que a relação entre o advogado e seu cliente pauta-se pela confiança e confidencialidade, de modo que comunicar as atividades - ainda que suspeitas - de seus clientes seria uma ruptura desse elemento essencial que recobre a relação advogado-cliente.

Entretanto, aos serviços jurídicos em que o advogado agiria como um "gestor de bens" ou "administrador de negócios", tal exigência seria legítima, pois como sabemos, o segredo profissional não é absoluto e deve ser flexibilizado diante de um interesse maior. Partilha desse mesmo pensamento Pierpaolo Bottini, vejamos:

“Mas, se adentrarmos ao mérito, a imposição do *dever de comunicar* ao advogado que exerce funções *típicas* previstas no Estatuto macula profundamente relação de confiança entre o profissional e o cliente, e, por consequência, obstaculiza o regular exercício da profissão. (...) Não pode o advogado se tornar um “*policia encoberto sob o manto da relação profissional*”. *Uma coisa é a imposição do dever de abstenção ao advogado, vedando sua colaboração com qualquer ato de lavagem de dinheiro. Outra diferente é tratá-lo como informante para o combate do delito, situação que impede – de antemão – a construção de qualquer mínimo vínculo de confiança entre ele e o cliente, imprescindível para a atividade profissional.*

Mais. A exigência de comunicação do advogado macula o princípio de que o réu não deve ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). *De nada adianta garantir ao cidadão o direito de não autoincriminação e exigir do depositário legal de sua confiança a notificação às autoridades de qualquer irregularidade.*

Por outro lado, se as atividades do advogado vão além daquelas *privativas* previstas em lei específica, ou seja, se o causídico age como *administrador de bens*, ou como *gestor de negócios*, ou presta consultoria em questão *não jurídica*, incidem os deveres administrativos previstos na Lei 9.163/98, uma vez que tais atividades extrapolam o âmbito daquelas previstas no Estatuto da Advocacia (grifo nosso)¹⁸⁶.”

Muito embora a Lei de Lavagem de Capitais brasileira seja recente, merecida crítica deve ser feita ao atraso em que a legislação brasileira encontra-se em relação às normativas internacionais que pautam o tema. Consoante analisamos, a questão de quais seriam os advogados submetidos às obrigações administrativas, sobretudo sobre o dever de comunicar, encontram-se presentes e esclarecidas nas Recomendações do GAFI, nas Diretivas do Parlamento, na legislação espanhol e portuguesa, por exemplo.

¹⁸⁶ BOTTINI, Pierpaolo. *Advocacia e Lavagem*, 2014. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/48>>. Acesso em: 5 de jun de 2015.

O Brasil deve-se atentar à essa deficiência legislativa, além da necessidade de um posicionamento da Ordem dos Advogados do Brasil para que a questão seja superada, evitando-se futuro litígios desnecessários.

No seguimento da discussão sobre a questão da inviolabilidade do sigilo diante do dever de comunicar, Rodrigo de Grandis é enfático ao defender que o dever de comunicar não é inconstitucional, tendo em vista o empenho político-criminal adotado pelos Estados no combate ao crime de lavagem para análise da questão, além da infinidade de atividades realizadas pelos advogados. Para ele, deve-se realizar uma interpretação conjunta de alguns dispositivos constitucionais, sendo o artigo 5º, caput, que por sua vez garante como direito fundamental, a inviolabilidade e a segurança; artigo 5º, inciso XIII, o qual dispõe que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer"; o artigo 5º, inciso LIV, que prevê que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" e, por fim, o artigo 133, o qual determina que "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei"¹⁸⁷.

A partir da leitura do artigo 133 da Constituição, sobre o advogado ser indispensável à administração da justiça, bem como o artigo 5º, XIII e LIV (em que aduz que o devido processo legal deve ser respeitado, além do respeito ao livre exercício de profissão), Rodrigo de Grandis defende que tais artigos seriam "um reforço de proteção da atividade advocatícia vinculada estritamente à administração da justiça, ou, mais precisamente, à defesa de direitos e garantias em juízo". Com efeito, protege-se o advogado que utiliza de seu conhecimento técnicos na defesa de direitos e garantia do devido processo legal, sustentando a tese de que apenas serão isentos do dever de comunicação os advogados que estejam atuando em juízo na defesa de seu cliente e aqueles que exercem um papel de consultoria sobre uma "concreta situação jurídica vinculada a um processo judicial", como, por exemplo, aquele que orienta a possibilidade de se realizar uma reparação de dano, suspensão condicional do processo, confissão e etc¹⁸⁸. Nota-se que esse pensamento se alinha ao que é pregado pelas Diretivas da União Europeia previamente analisadas.

O mesmo autor ainda suscita o direito à segurança jurídica acobertado pela Constituição Federal como argumento à favor sobre a obrigatoriedade do dever em comunicar atividades suspeitas, se atuante apenas em simples consultoria jurídica não processual

¹⁸⁷ GRANDIS, Rodrigo de. *Considerações sobre o dever...*, p. 10.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 10.

(tributária, societária, administrativa, sucessória), podendo ser tal comunicação, naturalmente, objeto de controle. Tal fato se dá, devido à flexibilização da inviolabilidade do sigilo que, a partir de uma ponderação de valores protegidos, prioriza a correta administração da justiça e os direitos e garantias em juízo¹⁸⁹.

Já Pierpaolo Botini possui uma linha argumentativa diferente diante deste cenário de normas conflitantes e recorre ao princípio da especialidade para solucionar a questão. Explica que a Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), de mesma hierarquia que a lei de lavagem de dinheiro, trata sobre a consultoria jurídica e prevê o sigilo profissional (7º, XIX), além da inviolabilidade do local de trabalho, escritório, proteção de documentos entregues pelo clientes (7º, II e §6º), com a exceção da situação em que o cliente se vê investigado como concorrente por crime de lavagem de dinheiro praticado pelo advogado. Com efeito, como a lei de lavagem de dinheiro não foi expressa em revogar o sigilo dos profissionais forenses (mas apenas menciona sobre consultores de qualquer natureza), prevalecendo a Lei do Estatuto da Advocacia pelo princípio da especialidade, assumindo a lei de lavagem de dinheiro um papel subsidiário onde não haja conflito¹⁹⁰. Em suma, os atos privativos de advogados (representação em juízo, consultoria jurídica processual, assessoria) estão cobertos pelo sigilo, entretanto os atos não jurídicos, como a função de gerir bens e administrar negócios recai o dever, vez que extrapola âmbito do previsto pelo Estatuto da Ordem¹⁹¹.

3.3.3. Portugal

Em Portugal nos deparamos com um cenário diferente do brasileiro. Isto porque a lei portuguesa, no seguimento das normas internacionais, delimita quais atividades advocatícias se acobertam do sigilo profissional. Ainda assim nos valeremos da discussão acerca do segredo profissional e o aparente conflito de normas.

Temos as garantias dos advogados portugueses previstas constitucionalmente no artigo 208, assegurando aos profissionais forenses o exercício do mandato e regula "o

¹⁸⁹ GRANDIS, Rodrigo de. *Considerações sobre o dever...*, p. 10.

¹⁹⁰ BOTTINI, Pierpaolo. *Advocacia e Lavagem*, 2014. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/48>>. Acesso em: 07 de jun de 2015.

¹⁹¹ Ibidem.

patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça¹⁹²". Além disso, há disposições sobre os advogados presentes na Lei n. 52/2008 (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais - LOFTJ), aduzindo sobre sua vinculação com a legalidade, às normas deontológicas, assegura as imunidades necessárias, reconhece e garante o segredo profissional, determinando, outrossim a proteção das comunicações com o cliente e o sigilo dos documentos ligados ao exercício de defesa¹⁹³.

O Estatuto da Ordem dos Advogados de Portugal também faz previsão dos direitos e deveres dos profissionais forenses que, basicamente, se coaduna com todas as disposições anteriormente mencionadas. Dentre os deveres deontológicos do profissional advogado destaca-se o dever de probidade, o dever geral de urbanidade e o dever de uma elevada consciência moral¹⁹⁴.

Conforme podemos analisar, todas as disposições até aqui relatadas acerca das regras deontológicas dos advogados levam a uma característica essencial da relação entre advogado e cliente: a confiança. O cliente troca confidências - fatos da vida privada, entrega de documentos, por exemplo¹⁹⁵ - com seu patrono e, sem o fator da confiança, o advogado se veria prejudicado para dar cumprimento a missão por ele acolhida¹⁹⁶. Caminha juntamente com a confiança o elemento do segredo profissional, pois "o fundamento ético-jurídico do segredo profissional radica no princípio da confiança e na natureza social da função forense¹⁹⁷". Em verdade, podemos dizer, nas palavras de Orlando Guedes da Costa, que "se o valor da confiança da sociedade numa profissão também é resultante da deontologia profissional, talvez não seja muito ousada a afirmação de que é resultado, sobretudo, do dever de segredo profissional a confiança da sociedade na profissão de Advogado¹⁹⁸".

O segredo profissional é um dever do advogado para com o cliente e também entre os próprios profissionais da área. O artigo 87 do Estatuto da Ordem dos Advogados é dedicado inteiramente ao segredo profissional sobre fatos conhecidos durante a sua função e prestação

¹⁹² PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Artigo 208 da Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis>. Acesso em: 17 de maio 2015.

¹⁹³ COSTA, Orlando Guedes. *Direito Profissional do Advogado...*, p. 8.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 13.

¹⁹⁵ ARNAUT, Artónio. *Iniciação à Advocacia...*, p. 108.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, João Gualberto de. *Segredo Profissional...*, p. 7.

¹⁹⁷ ARNAUT, Artónio. *op. cit.*, p. 108.

¹⁹⁸ COSTA, Orlando Guedes. *op. cit.*, p. 345.

de serviços¹⁹⁹. Sob a mesma perspectiva, impõe o Código Deontológico do CCBE, item 2.3, que a revelação de informações que o cliente confere ao advogado, advindo da confiança, se mostra como uma característica imprescindível como critério do exercício livre da profissão forense. Sublinha que "sem a garantia da confidencialidade não pode haver confiança", e além disso, reveste-se como elemento fundamental, tanto nos direitos como nos deveres dos advogados. A obrigatoriedade do segredo profissional por parte dos advogados objetiva "garantir razões de interesse público, nomeadamente a administração da justiça e a defesa dos interesses dos clientes" e, como consequência, "esta obrigação deve beneficiar de uma proteção especial por parte do Estado"²⁰⁰.

O *legal privilege* (segredo profissional) pode ser encontrado nos artigos 6º e 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, respectivamente versando sobre o "direito ao processo equitativo" (ou seja, a um devido processo legal) e ao direito à privacidade das comunicações entre cliente e advogado, seja decorrente ou não de atividade litigiosa e consultoria jurídica²⁰¹.

Nesse contexto, houve o caso *Michaud contra a França* (processo n. 12323/11) no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cuja sentença foi proferida em 6 de dezembro de 2012. Em suma, o caso trata exatamente sobre a inviolabilidade do sigilo e confidencialidade na relação advogado-cliente imposto pela lei francesa e em consonância com o direito comunitário, confrontando o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos que trata sobre o direito ao respeito à vida privada²⁰². O conteúdo das Diretivas foram incorporadas ao Código Monetário e Financeiro francês, sendo que as informações suspeitas não devem ser remetidas diretamente à Unidade de Inteligência Financeira, mas a um organismo de Colegios profissionais e, estes, por sua vez, filtram as informações e remetem à UIF²⁰³. O Conselho Nacional dos Advogados (*National Bar Association*) determinou essas medidas administrativas aos advogados franceses, o que motivou Richard Michaud a entrar com a ação alegando que o Conselho não tinha legitimidade para tanto, além afirmar que o

¹⁹⁹ ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS. Artigo 87 do EOA. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=128>. Acesso em: 20 maio 2015.

²⁰⁰ CCBE. Item 2.3 do Código Deontológico do CCBE Disponível em: <https://www.oa.pt/CD/contenudos/artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31834&idc=1052&idsc=63605>. Acesso em: 20 maio 2015.

²⁰¹ STOUTEN, Maaïke; TILLEMANN, André. *Reporting duty...*, p. 427-428.

²⁰² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115377#{"itemid":\["001-115377"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115377#{)>. Acesso em: 22 maio de 2015.

²⁰³ COCA VILA, Ivó. El abogado frente al blanqueo de capitales: Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia. In: *Indret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, Outubro, 2013, p. 5.

termo "suspeitas" (sobre as operações) não estaria clara, entrando em confronto com o artigo 7º da Convenção²⁰⁴.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidiu por não acolher os argumentos suscitados por Michaud. Entende o Tribunal que não houve violação do artigo 8º da CEDH, pois há base legal para tanto, além de alegar que o sigilo não é absoluto podendo ser quebrado em casos de um interesse geral essencial. Afirma que os próprios crimes em jogo (a lavagem e o terrorismo) são uma afronta ao sistema democrático²⁰⁵. Argumenta também que não há violação porque os advogados condicionados ao dever são aquele que não atuem como função típica da advocacia²⁰⁶.

Veja-se que o segredo profissional - dotado de uma natureza jurídica de foro não contratual²⁰⁷ - é considerado um bem jurídico de tamanha relevância que recebe proteção de âmbito penal²⁰⁸. O artigo 195 do Código Penal²⁰⁹ prevê o crime de violação de segredo, que pune independentemente de dano patrimonial e perigo, configurando-se como um crime de dano²¹⁰. Outrossim, é um crime semi-público, uma vez necessita-se de queixa ou participação²¹¹.

Jorge de Figueiredo Dias explica que o Código Penal Português não adotou um rol taxativo das profissões acobertadas pelo segredo profissional, diferentemente do código alemão e suíço. O autor ainda critica a escolha taxativa dessas profissões pelo legislador, classificando-as como arbitrárias, ao passo que até hoje os doutrinadores não encontram uma "racionalidade político-criminal e axiológica" para explicar os critérios da escolha²¹². Quanto ao legislador português, podemos afirmar que ele se refere a profissionais que requerem "determinados níveis de formação acadêmica", bem como a realização da inscrição em "organizações profissionais", na medida que a prática dessas profissões ficam condicionadas à estatutos e códigos deontológicos que "regulam o sigilo profissional em termos que o direito

²⁰⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Disponível em: < [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115377#{"itemid":\["001-115377"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115377#{)>. Acesso em: 22 maio de 2015.

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ COCA VILA, Ivó. *El abogado frente...*, p. 9-11.

²⁰⁷ COSTA, Orlando Guedes. *Direito Profissional do Advogado...*, p. 346.

²⁰⁸ Ibidem, p. 347.

²⁰⁹ PORTUGAL. Código Penal. Artigo 195 do Código Penal Português. DL n.º 48/95, de 15 de Março. "Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão, ou arte, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena e multa de até 240 dias". Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&ta_bela=leis>. Acesso em: 26 de maio de 2015.

²¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal...*, p. 1118.

²¹¹ Ibidem, p. 1117.

²¹² Ibidem, p. 1117.

penal acaba por aceitar, para efeitos de reafirmação e tutela às custas das reações criminais"²¹³.

Entretanto, voltemos ao artigo 87 do EOA. O número 2 deste artigo merece especial atenção, vez que afirma que haverá o segredo profissional quando o serviço requerido ao advogado tenha envolvimento ou não, de representação judicial e extrajudicial. Engloba, ainda, casos em que seja remunerado ou não, além de abranger situações em que "o advogado haja ou não chegado a aceitar e a desempenhar a representação ou serviço, o mesmo acontecendo para todos os advogados que, directa ou indirectamente, tenham qualquer intervenção no serviço"²¹⁴.

O que se pode concluir desta previsão é que o segredo profissional valerá sempre que ocorrer o exercício da atividade advocatícia, sendo ele relacionado a processo ou não. Nesse sentido, ensina Jorge de Figueiredo Dias, que o segredo profissional não está direta e imediatamente ligado à fatos concernentes ao processo. Diz o autor que "o cliente pode aproveitar a consulta com o advogado para pedir conselho sobre outras questões que o preocupam. Também, os factos pertinentes estão cobertos pelo dever de sigilo"²¹⁵. Ora, se o que acabamos de analisar leva ao entendimento de que merece o segredo profissional a informação decorrente do exercício profissional do advogado com a relação com seu cliente, sendo ela relacionada a processo ou não, sendo ela um simples consultoria ou não, estaríamos diante de um conflito aparente de normas, vez que a a lei portuguesa de branqueamento retira o sigilo profissional no caso específico do advogado não atuante em juízo e orientador de situação jurídica. Dessa forma pergunta-se: quando esse sigilo poderá ser quebrado?

Encontramos o respaldo legal para a quebra do sigilo no artigo 87 do EOA. Referem-se a casos em que haja extrema necessidade para defender a dignidade, além dos "direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho distrital respectivo, com recurso para o Bastonário, nos termos previstos no respectivo regulamento"²¹⁶.

Outrossim, o artigo 135 do Código Penal Português é patente ao explicitar os casos de em que o sigilo profissional pode ser quebrado (quando não haja outros meios possíveis e

²¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal...*, p. 1138.

²¹⁴ ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS. Artigo 87 do EOA. disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=128>. Acesso em 16 de jun 2015.

²¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *op. cit.*, p. 1131.

²¹⁶ ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS. Artigo 87 do EOA. disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=128>. Acesso em 16 de jun 2015.

alternativos à quebra do segredo, devendo ocorrer quando haja um "interesse social proeminente"²¹⁷). Suscita, por sua vez, o princípio da prevalência do interesse preponderante, sendo permitida também em situações em que seja imprescindível o depoimento para a "descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos". Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência entende que o a proteção da "boa administração da justiça" prevalece ao "clima de confiança" e a "proteção do consumidor de serviços financeiros"²¹⁸.

Com efeito, recorre-se à uma ponderação de valores de forma criteriosa com o fim de decidir se o sigilo deve ceder ou não à outros interesses "designadamente o da colaboração com a justiça penal", e mais, analisa-se a relevância dos bens jurídicos em questão por meio de um critério de "proporcionalidade na restrição", na medida do necessário, de direitos e interesses constitucionalmente protegidos" (Ac RP de 23 de novembro de 2005, Proc. 0515331, Rel. Joaquim Gomes)²¹⁹. Assim, a quebra do sigilo é realizada após o parecer do organismo que representa o profissional (Ordem dos Advogados)²²⁰, sendo finalmente decidida pela autoridade judiciária ou do tribunal²²¹.

Ensina Canotilho que a solução para dirimir tal situação seria por meio da harmonização dos direitos e, se necessário, por meio da prevalência de um direito ou um bem sobre outro. A prevalência deve ocorrer por meio de um juízo de ponderação das circunstâncias concretas, isso porque "só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso que o outro (...) "²²². Essa ponderação se dá pelo princípio da proporcionalidade em

²¹⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4a ed., Universidade Católica Editora, 2011, p. 380.

²¹⁸ Acs. RC de 6 de julho de 1994, CJ XIX, T. 4, pág. 46; de 17 de abril de 1996, CJ XXI, T. 2, pág. 57, Luís Guilherme Catarino, Segredo bancário e revelação jurisdicional, na Revista do MP n. 74, pág. 82, nota 54, a questão do sigilo bancário encontra-se muito bem enquadrada no Ac RC 28 de abril de 2004, Proc. 1345/04, Rel. Agostinho Torres, onde é referenciada abundante doutrina e jurisprudência, *apud* RIBEIRO, Vinício. *Código de Processo Penal: Notas e comentários, Adenda com 20a alteração do Código de Processo Penal (Lei n. 20/2013 de 21 de fevereiro)*, 2a ed., Coimbra Editora, 2013, p. 385.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 390.

²²⁰ Nesse sentido: Ac. STJ de 31-03-2009 : "O advogado está obrigado, ética e juridicamente, a guardar segredo de todos os factos de que tome conhecimento, de forma directa ou indirecta, no exercício da sua actividade profissional, só podendo revelar factos abrangidos pelo sigilo profissional mediante prévia autorização da Ordem dos Advogados".

²²¹ PORTUGAL. Código de Processo Penal. Artigo 135 do Código de Processo Penal Português, <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 28 de maio 2015.

²²² O autor ainda explica que referido juízo de ponderação pode ocorrer de duas formas, uma delas seria por meio legislativo, e a outra, no momento em que se realiza uma decisão para o caso concreto. Em: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed, Almedina, 2003, p. 1274.

sentido estrito, na ocorrência de interesses conflitantes (choque de bens jurídicos de espécie qualquer²²³) e na existência da necessidade de balancear os direitos de forma concreta²²⁴.

De forma mais específica, Canotilho explica a teoria adotada por Robert Alexy²²⁵, aduzindo que o princípio da proporcionalidade é constituído de alguns subprincípios que “abarcam parcialmente certa amplitude semântica da proporcionalidade”²²⁶. O primeiro dos subprincípios seria o da conformidade ou da adequação dos meios, o qual analisa se a medida escolhida seria a correta para atingir o escopo buscado, levando-se em conta o interesse público. Por conseguinte, temos o subprincípio da exigibilidade ou da necessidade (ou princípio do meio mais suave²²⁷), segundo o qual a forma adotada não pode exorbitar os “limites indispensáveis” à manutenção da finalidade que se tenciona obter. Por fim, temos o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (ou lei da ponderação), que preconiza a “adequação entre meio e fim”, uma vez que se analisa se o “resultado obtido mostra-se proporcional ao meio empregado”, devendo ser o melhor possível juridicamente²²⁸. Robert Alexy aduz que “quanto mais grave é a intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que as justifiquem”²²⁹.

O conteúdo mencionado nos leva a crer que, à primeira vista, a quebra sigilo profissional violaria o direito de defesa frente à um Estado Democrático de Direito, além de estremecer a relação da confiança entre advogado e cliente²³⁰. Contudo, o sigilo profissional não é violado em casos que o advogado atue como defensor em processo, consultor jurídico para definir estratégia processual, sendo atividades típicas da advocacia diante da proteção de

²²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 272.

²²⁴ *Ibidem*, p. 268.

²²⁵ FILHO, Willis Guerra Santiago. *Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais*, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. coordenação por Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva, 2ª ed., Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 306.

²²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 268.

²²⁷ BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, p. 361, *apud* MELLO, Marco Aurélio, Liberdade de expressão, dignidade humana e Estado Democrático de Direito. In: *Tratado Luso-Brasileiro de Dignidade Humana*, coordenação Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva, 2ª ed, Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 247.

²²⁸ FILHO, Willis Guerra Santiago. op. cit., p. 310.

²²⁹ ALEXY, Robert. Colisão dos direitos fundamentais e os direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: *Revista de Direito Administrativo*, 217, I-VI, Rio de Janeiro, Editora Renovar, jul-set, 1999, p. 178, *apud* MELLO, Marco Aurélio, op. cit., p. 247.

²³⁰ CHAVES, Daiane. A complexidade do papel do advogado na luta contra o branqueamento de capitais (mandamentos da directiva comunitária e crise a relação cliente/advogado em razão do sigilo profissional). In: *Lavagem de Dinheiro e Injusto Penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira*, Juruá editora, Curitiba, 2009, p. 48.

direitos garantias no devido processo legal (previsto também ao no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos sobre direito a um processo equitativo). Já quanto ao sigilo profissional sobre consultoria não processual, vimos que esse não é absoluto, podendo ser relativizado dependendo de cada caso concreto e diante de situações mencionadas pela lei. E é o que ocorreu no caso em tela: a superveniência da proteção da correta administração da justiça sob o sigilo profissional do advogado, havendo um interesse social na questão²³¹ diante do esforço dos Estados para uma política-criminal de combate e prevenção do crime de lavagem de capitais.

3.4. Processo C-305/05: as considerações do Advogado-Geral M. Poiares Maduro

Trata-se da discussão da validade do artigo 5º, número 2-A, da Diretiva 91/308/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (redação dada pela Diretiva 2001/97/CE), em dois processos, nos quais se requer um pedido de anulação da Lei de 12 de janeiro de 2004, a qual altera três leis já existentes sobre lavagem de capitais e que tem o escopo de transpor a Diretiva 2001/97 no ordenamento belga. Referido pedido foi feito pela *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, *Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles*, *Ordre des barreaux flamands* e pela *Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles* contra o *Conseil des ministres*²³².

Resumidamente, o artigo da Diretiva em questão é o que determina a obrigatoriedade dos advogados consultores em comunicar atividades suspeitas de clientes (em atividades financeiras ou imobiliárias), com exceção do advogado que defende seu cliente em uma demanda processual ou aquele que realiza atividade de definir situação jurídica. Assim, foi incluído no artigo 25 da Lei de 12 de janeiro de 2004 exatamente essa mesma disposição. Outra disposição incluída foi a de que o órgão financeiro especializado (*Cellule de traitement des informations financières*) pode pedir informações suplementares dentro de um prazo determinado, relativamente sobre as informações suspeitas repassadas ao órgão²³³.

Os autores do pedido alegam que estas previsões ora tratadas conflituam com o sigilo profissional e independência do advogado, direito a um processo equitativo e ao

²³¹ BEXIGA, Valério. (nota 179), p. 380.

²³² ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 26 DE JUNHO DE 2007. Processo n. C-305/05, p. 5338. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=61675&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=509086>>. Acesso em: 19 maio de 2015.

²³³ Ibidem, p. 5346.

direito de defesa (direito à assistência jurídica e direito a não se autoincriminar), rompendo a relação de confiança com o advogado-cliente e leva a uma grave insegurança jurídica. Assim, violam os artigos 10º e 11º da Constituição Belga, além do artigo 6º da CEDH e os artigos 47 e 48 da Carta dos Direitos Fundamentais²³⁴. Nesse âmbito aduzem no item 32:

O advogado não estará em condições de assegurar adequadamente a sua missão de aconselhamento, defesa e representação do seu cliente, ficando este conseqüentemente privado dos direitos que lhe são conferidos pelo artigo 6º da CEDH, se o primeiro, no âmbito de um processo judicial ou da sua preparação, for obrigado a colaborar com as autoridades públicas mediante a transmissão de informações obtidas em consultas jurídicas que tiveram lugar no âmbito desse processo²³⁵.

Em contrapartida, o Tribunal decidiu por não acolher o pedido, alegando que, como a obrigatoriedade recai sobre advogados que exercem atividade consultiva, mormemente àqueles do setor imobiliário e financeiro, não há conexão com processo judicial e assim não encontra-se dentro da aplicação de um processo justo conforme previsto no artigo 6º da CEDH²³⁶.

Nessa senda, o Advogado-Geral M. Poiares Maduro se manifestou acerca do processo C-305/05, tendo em vista a incerteza sobre o que está e o que não está abarcado pelo segredo.

Suscita Maduro que o segredo profissional é inerente à própria profissão do advogado²³⁷. Revela que, muito embora a CEDH não contenha disposições expressas acerca da proteção do segredo profissional, isso ocorre através da proteção de outras determinações, como, por exemplo, o direito a um processo equitativo. Adicionalmente, também é encontrada a proteção no artigo 8º (direito à privacidade) da CEDH, tendo em vista que o sigilo protege o cidadão de revelações que poderiam violar sua reputação e moral, de acordo com jurisprudência do Tribunal Europeu no caso Foxley vs. Reino Unido²³⁸.

Segundo Maduro, o cerne da questão reside em identificar as "circunstâncias e condições em que o segredo profissional não pode ser limitado²³⁹". De um lado temos o entendimento da Comissão sobre o sigilo alegando que apenas acobertam casos conexos a um

²³⁴ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 26 DE JUNHO DE 2007. Processo n. C-305/05, p. 5348. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=61675&pageIndex=0&doclang=pt&mod e=lst&dir= &occ=first&part=1&cid=509086>>. Acesso em: 19 maio de 2015.

²³⁵ Ibidem, p. 5354.

²³⁶ Ibidem, p. 5355.

²³⁷ Ibidem, p. 5320.

²³⁸ Ibidem, p. 5322.

²³⁹ Ibidem, p. 5325.

processo contencioso, de natureza jurisdicional ou quase-jurisdicional²⁴⁰. Por outro lado, as partes representativas da Ordem dos Advogados entendem que a inviolabilidade do sigilo fere um direito fundamental, pois o segredo é característica indissociável da profissão do advogado e "restringir o alcance do segredo a uma das suas actividades seria simultaneamente contrário aos princípios fundamentais e impossível de realizar na prática, uma vez que as referidas actividades são concomitantemente complexas e indivisíveis²⁴¹."

Ressalta, outrossim que, a confiança em ambos os argumentos apresentados se convergem no sentido de que o cliente se sente seguro em poder repassar as suas informações ao seu advogado, mas, em contrapartida, o sigilo também se faz útil para a sociedade, tendo em vista que "favorecendo o conhecimento do direito e o exercício dos direitos de defesa, promove a boa administração da justiça e a manifestação da verdade²⁴²".

Assim, depara-se com a questão: como se devem traçar de forma cautelosa os limites deste âmbito? Maduro salienta que deve-se encontrar um meio termo à questão, de modo que, se for muito reduzido, põe em risco a confiança da relação entre advogado-cliente, mas se for muito amplo corre o risco do sigilo ser considerado "um simples atributo da profissão de advogado²⁴³".

Ademais sublinha Maduro que o sigilo é confiado ao advogado apenas como figura de agente da justiça, tendo em vista que "o segredo profissional não pode ser propriedade do advogado. Deve antes ser considerado um valor e um encargo²⁴⁴".

Outra questão a ser levantada é em relação ao conceito de "definir situação jurídica". Muitas vezes o tempo de aconselhamento e o tempo de representação em processo se confundem e fica difícil determinar a exata delimitação de ambos. E assim afirma que "se se tivesse de fazer essa distinção cada vez que a prossecução dos objectivos da directiva o impõe, a relação de confiança existente entre o profissional e o seu cliente correria certamente o risco de ser afectada por este facto²⁴⁵". Maduro entende que "definir situação" jurídica pode ser interpretado como consulta jurídica, ao passo que "esta leitura é conforme o respeito dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado de Direito protegidos pela ordem jurídica

²⁴⁰ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 26 DE JUNHO DE 2007. Processo n. C-305/05, p. 5325. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=61675&pageIndex=0&doclang=pt&mod e=lst&dir= &occ=first&part=1&cid=509086>>. Acesso em: 19 maio de 2015.

²⁴¹ Ibidem, p. 5325.

²⁴² Ibidem, p. 5326.

²⁴³ Ibidem, p. 5326.

²⁴⁴ Ibidem, p. 5326.

²⁴⁵ Ibidem, p. 5328.

comunitária²⁴⁶". Ademais, essa é a interpretação que se depreende do considerando 17 da Diretiva em comento, o qual descreve que "a consulta jurídica permanece sujeita à obrigação de sigilo profissional". Dessa maneira, Maduro sugere a interpretação da Diretiva de modo que o sigilo profissional também protege as atividades de consultoria jurídica²⁴⁷.

No tocante à diferenciação das atividades do advogado, a conclusão de Maduro nos leva ao entendimento de que é essencial a análise dos interesses em jogo, seja este exclusivamente do cliente ou além disso, do cliente e do direito. Desse modo, o Advogado-Geral conclui que "expor o quadro e as implicações jurídicas da operação desejada", de maneira a orientar o cliente em relação às regras de direito e sobre a lei, mostrando um caminho jurídico para sua problemáticas, agindo claramente ao direito segundo os interesses do cliente e do direito, constitui uma atividade de consultoria e fica desobrigada a comunicar qualquer informação às autoridades competentes. Porém, se os serviços prestados pelo profissional forense tiver o condão de mostrar o melhor caminho para uma transação comercial ou econômica, buscando a solução econômica mais favorável ao cliente, à este advogado deve recair a obrigatoriedade da comunicação. O autor ainda equipara este último serviço do advogado como se ele fosse uma espécie de agente de negócios, consultor financeiro ou jurista de uma empresa, priorizando assim apenas os interesses do cliente²⁴⁸.

Chegar a uma diferenciação desse condão é uma tarefa difícil, mas é a proposta que se mostra como a mais acertada, devendo ser feita uma análise casuística sobre as ações do advogado. Por conseguinte, deve ser verificada se a violação do sigilo é realizada diante de um interesse geral dotado de legitimidade²⁴⁹. Nesse diapasão, relembra Maduro que além da preservação da vida humana o objetivo do combate contra o branqueamento de capitais "pode ser considerado um objectivo de interesse geral que justifica que o sigilo do advogado seja levantado, desde que este levantamento não afecte o âmbito das actividades essenciais do advogado anteriormente definidas²⁵⁰".

²⁴⁶ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 26 DE JUNHO DE 2007. Processo n. C-305/05, p. 5328. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=61675&pageIndex=0&doclang=pt&mod e=lst&dir= &occ=first&part=1&cid=509086>>. Acesso em: 19 maio de 2015.

²⁴⁷ Ibidem, p. 5328.

²⁴⁸ Ibidem, p. 5328.

²⁴⁹ Ibidem, p. 5331.

²⁵⁰ Ibidem, p. 5332.

3.5. Advogado: Dever de garante?

Superada a questão dos deveres administrativos entraremos na seguinte problemática: o advogado tem o dever de garante?

Para que haja o dever de garante, explica Jorge de Figueiredo Dias, que entre o indivíduo que recai o dever jurídico pela lei e o bem jurídico violado do resultado, deve haver a "existência de relações fáticas (proximidade sócio-existencial)" e uma "relação de dependência"²⁵¹.

Para cometer o crime de lavagem de dinheiro é necessário um ato positivo, ou seja, a lei brasileira prevê apenas modalidades de lavagem comissivas, não sendo cabível a omissão própria. Entretanto, no tocante ao dever de garante no crime de lavagem, o crime de omissão imprópria é plenamente cabível nos termos do artigo 13, § 2º, do Código Penal brasileiro, quando o agente possui o dever e também pode agir para evitar o resultado²⁵² em três situações específicas: (i) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (ii) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e (iii) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado²⁵³.

No tocante à primeira previsão (13, § 2º, a), determina-se que o dever de garante deve ser previsto por lei. No caso da lei de lavagem de dinheiro brasileira, somente é determinado o dever de identificação de clientes e manutenção de registros, dever de comunicação de operações financeiras suspeitas (artigo 10 da lei 9.613/98), além do dever de *compliance*, ou seja, de adotar internamente uma política, procedimento e controle (artigo 11).

Ora, supracitada lei não menciona expressamente em momento algum sobre evitar atos de lavagem de dinheiro. Desse modo, o descumprimento das obrigações previstas não caracteriza uma omissão imprópria e sequer confere ao advogado o dever de garante nesse caso²⁵⁴.

A segunda previsão (13, § 2º, b) determina a assunção da responsabilidade de impedir o resultado. Nessa situação, o ato de evitar o resultado deve ser realizado de forma consciente

²⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais: A doutrina geral do crime*, 2a ed., Coimbra Editora, 2007, p. 939.

²⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: Aspectos penais...*, p. 149.

²⁵³ BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 13, § 2º, do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2015.

²⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit. p. 152.

e voluntária pelo agente²⁵⁵. Consoante ensina Figueiredo Dias, para que se configure o dever de garante seria necessário que o agente por meio de uma consciência dotada de intenção conheça a "situação típica e omita a acção imposta com vontade de que se preencha o tipo objectivo²⁵⁶". O autor ressalta que a posição de garante recai sobre autoridades e funcionários somente se o bem jurídico carente de protecção "lhes está confiado de forma imediata", ou seja, depende de suas acções²⁵⁷. Nesse mesmo sentido, ainda que saiba da prática de lavagem de dinheiro no setor de contas exteriores, um diretor de instituição financeira atuante na área de *compliance* não será responsabilizado pelo crime, uma vez que estava fora de sua atribuição atuar em setor que não seja de sua competência. Em outras palavras, não haveria como o diretor evitar ou controlar o delito praticado²⁵⁸.

Ao garante deve ser determinado o seu alcance de dever de diligência e delineadas as medidas concretas que o próprio deve seguir para que o bem jurídico não seja violado²⁵⁹. Uma questão importante seria sobre a possibilidade do superior hierárquico responder por omissão imprópria (comissão por omissão) pela não evitação do crime de lavagem por seus subordinados. A resposta é positiva caso a referida evitação do crime for da competência do superior e esse tiver assumido o compromisso para tanto, ou seja, poderia e deveria evitar o ocorrimto do crime²⁶⁰.

Por fim, deve o agente criar o risco da ocorrência do resultado com seu comportamento prévio (13, § 2º, b). Esse dispositivo será objeto estudo do próximo capítulo e desse modo deixaremos para tratá-lo adiante.

Em Portugal, a figura do garante encontra-se no artigo 10º, número 2 ("a comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado") do Código Penal Português. Nesse tocante, segundo artigo 35 da Lei n. 25/2008, os advogados também estão sujeitos e obrigados ao dever de evitar o cometimento da lavagem, ou seja, nele recai o dever de abstenção previsto no artigo 17 ("devem abster-se de executar qualquer operação sempre que saibam ou suspeitem estar relacionada com a prática dos crimes de branqueamento ou de financiamento

²⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: Aspectos penais...*, p. 152.

²⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...*, p. 955.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 956.

²⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *op. cit.* p. 152.

²⁵⁹ BLANCO-CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*, p. 824.

²⁶⁰ SILVA SANCHÉZ, Jesús María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho Españõl. In: *Silva Sánchez (coord. ed. espanola), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal, Libro-homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995, p. 357-379 e p. 371.

do terrorismo") e o dever de colaboração²⁶¹. Para que respondam como garantes, os advogados, consoante aduzido anteriormente por Figueiredo Dias, devem conhecer a situação típica e agir de forma consciente e voluntária, de modo que sua omissão tenha o ânimo de realizar o tipo objetivo.

No ordenamento estadunidense, os advogados do mercado de valores mobiliários são considerados como *gatekeepers*. A preocupação em criar normas para os advogados do mercado começou depois do caso Enron, após a discussão da Sarbanes-Oxley sobre sistema disfuncional da governança corporativa nos Estados Unidos. Desse modo, a *Securities Exchange Commission* criou normas (artigo 307) especialmente para tratar da conduta do advogado de *securities*. Para John C. Coffee, *gatekeepers* são profissionais independentes (entre eles considera-se também o auditor, o investidor bancário, o analista de valores) que exercem a função ao cliente verificando, preparando, e ainda, assessando as informações confidenciais que recebem²⁶². Por sua vez, Reinier H. Kraakman define *gatekeepers* como sujeitos privados que tem a capacidade de impedir más condutas corporativas por meio da evitação em cooperar com os infratores²⁶³. O autor descreve a função dos advogados que trabalham nessa área corporativa primeiramente como "*transactional engineers*" (tradução literal de engenheiros transacionais) e em segundo plano trata do "*disclosure process*" (processo de divulgação)²⁶⁴.

Uma das maiores críticas que se aponta em relação a posição do advogado como um *gatekeeper* reside exatamente na confidencialidade das comunicações com o cliente²⁶⁵.

²⁶¹ PORTUGAL. Lei n.º 25/2008, de 05 de Junho. *Lei do combate ao branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo*. Lei n.º 62/2015, de 24/06. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=991&tabela=leis>. Acesso em: 09 de jun. 2015.

²⁶² COFFEE, Jr. John C., The Attorney as Gatekeeper: An Agenda for the SEC 103. In: *Columbia Law Review* 1293, 2003, p. 1296.

²⁶³ KRAAKMAN, Reinier H., Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls. In: *93 Yale Law Journal* 857, 1984, p. 888-96.

²⁶⁴ COFFEE, Jr. John C. op. cit., p. 1303

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 1307

4. ADVOCACIA E OS HONORÁRIOS MACULADOS NO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS

4.1. Considerações gerais

Em nossa sociedade contemporânea encontramos profissionais liberais, comerciantes, bancários, economistas, advogados, auditores, contadores e diversos outros profissionais em diferentes setores que giram em torno da área econômica. E não é à toa que no contexto político-criminal alarga-se cada vez mais a lista dos agentes considerados sensíveis ao crime da lavagem de dinheiro, sobrecarregando esses agentes de responsabilidades e constituindo figuras importantes no papel preventivo contra o crime.

Ocorre que, apesar dessas profissões estarem dentro da lei e serem executadas de acordo com suas funções sociais²⁶⁶, é certo que muitas delas acabam servindo como peça chave para o caminho da realização da lavagem do dinheiro. Em outras palavras, algumas das suas ações cotidianas podem facilitar uma conduta criminosa praticada por um terceiro. Como o presente trabalho objetiva tratar do universo que envolve a função do profissional forense, passemos diretamente a algumas indagações: o advogado que recebe honorários maculados provenientes de lavagem de dinheiro do cliente, o qual defendeu em juízo, responderia por participação do crime? Caso ele tenha dado um aconselhamento jurídico ao seu cliente e posteriormente este venha a cometer uma transação que geraria lavagem de capitais, também responderia? Ou seria considerada uma ação inofensiva? A doutrina parte do entendimento que essas situações que ocorrem por meio de ações cotidianas que auxiliaram um fato principal e podem ser consideradas ações neutras ou uma cumplicidade punível.

Nesse tocante, a primeira dúvida que vem em mente seria o conceito de uma ação neutra. Nas palavras de Greco, "seriam todas as contribuições a fato ilícito não manifestamente puníveis²⁶⁷". Podemos entender também como ações que, quando em si mesmo consideradas são lícitas ou "inócuas", ou seja, não lesionam o ordenamento jurídico e geralmente são executadas de acordo com um rol social e situações regularizadas²⁶⁸.

²⁶⁶ RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e Lavagem de Dinheiro: Questões de Dogmática jurídico-penal e de Política Criminal*, GVlaw, Saraiva, 2010, p. 108.

²⁶⁷ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras: A imputação objetiva na participação*, Ed. Renovar, 2004, p. 110.

²⁶⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. Las conductas neutras en el ámbito de los delitos fraudulentos: Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito. In: *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Dir. Jesús-María Silva Sánchez, Marcial Pons, 2003, p. 18.

Já Pérez-Manzano sustenta um pensamento que segue em outra direção, aduzindo que não existem condutas que sejam "por si" neutras. Isto porque, qualquer conduta que seja atípica e relevante do ponto de vista penal, ou seja, "uma conduta que genericamente e em abstrato possa se qualificar como neutral" pode tornar-se penalmente relevante em condições específicas que estejam dentro de um "contexto delitivo". Deste modo, a tipicidade tanto das ações neutras e das atividades consideradas padrões (que abstratamente podem ser tidas como parte de um exercício profissional) não pode ser excluída de uma maneira geral²⁶⁹.

Robles Planas explica que as condutas neutras não possuem "requisitos suficientes para ultrapassar o limite da conduta típica de intervenção no delito" por não terem em si próprias "um risco especial de continuação delitiva" e por isso são atos que não "se adaptam ao fato que será cometido, mas que se esgotam no padrão normativo que regula o contexto que nele se verificam"²⁷⁰.

Quanto à complicitade, sabemos que o papel do cúmplice é prestar auxílio material ou moral doloso à conduta proibida e não viola de forma direta e imediata a conduta proibida do comportamento do autor²⁷¹. O conceito de auxílio é traçado por Kindhäuser como "uma ação que serve para garantir a capacidade de execução da ação principal, seja para preparar a obtenção da ação principal, seja para assegurar-se de que ela não irá falhar"²⁷².

Esse é um tema muito desenvolvido sobretudo no ordenamento alemão. O Código Penal alemão prevê tipicidade sobre a aquisição ilegal no §261, II, n.1 e n.2 do Código Penal alemão StGB (*Strafgesetzbuch*), pelo recebimento de um "objeto" que "procede" de um dos delitos pelo artigo 261, e assim exerce poder de disposição sobre esse objeto (§ 261, II, n.1), o *conserva* e o *emprega* quando se faz uso dele (artigo 261, II, n. 2)²⁷³. No Brasil temos uma disposição semelhante no §1, inciso II, do artigo 1º da Lei 9.613/98, que dispõe sobre a receptação do produto das infrações penais antecedentes, determinando que "§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores

²⁶⁹ PÉREZ-MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: El ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales em Política criminal y blanqueo de capitales, Miguel Bajo Fernández Silvina Bacigalupo, Marcial Pons, 2009, p. 173. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. Que es complicitad, p. 559.

²⁷⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Las condutas neutras en el ámbito...*, p. 61.

²⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...*, p. 826.

²⁷² KINDHÄUSER, Urs, Sobre o conceito de auxílio no Direito Penal (Zur Begriff der Beihilfe. In: Dannecker Gerard (org.), *Festschrift für Harro Otto*, Köln, Hermanns, 2007), Traduzido por Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCRIM, ano 22, 108*, maio-junho, Revista dos Tribunais, 2014, p. 134-135.

²⁷³ AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado defensor de honorarios "maculados": Lavado de Dinero, Cuardenos de Conferencias y Articulos n. 33*, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 11.

provenientes de infração penal, os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere". "Receber" possui um significado de aceitar o que é entregue ou oferecido, dar ou receber em garantia já denota uma vinculação de um pagamento de uma obrigação, "guardar" quer dizer ter consigo sem necessariamente ser proprietário e ter em depósito seria sinônimo de conservar. Contudo, o ato do advogado de receber honorários maculados somente poderá ser considerado crime quando receber ao capital ilícito também participa da cadeia de reciclagem, ou seja, quando age com o objetivo de ocultar ou dissimular a procedência criminosa²⁷⁴. Já em Portugal não há previsão de apenas "receber" ou "conservar" como nos ordenamentos brasileiro e alemão analisados acima²⁷⁵.

Além da situação mencionada sobre o advogado, temos outras situações cotidianas as quais facilitam o cometimento de um crime por um terceiro. É o caso do taxista que conduz repetidamente os delinquentes até o local onde eles praticavam crimes, a venda de remédio abortivo à mulher que finge não estar grávida, o empréstimo de um machado para outrem que posteriormente cometa crime com o instrumento, o padeiro que vende um pão e que em seguida o alimento é envenenado por terceiro e este utiliza-o para matar alguém²⁷⁶.

A segunda pergunta importante sobre o tema seria: qual o critério dogmático a se utilizar para definir a imputação do partícipe e a punibilidade (ou não) de determinadas ações neutras? Ora, vejamos que esse tema remete reflexões às concepções dogmáticas da teoria do delito no que concerne à questão da punibilidade das ações neutras serem resolvidas no plano do tipo, da antijuridicidade ou da culpabilidade. E a doutrina majoritária se alinha ao apontar que este seria um problema no plano do tipo, ou seja, as teorias em sua maioria propõem a exclusão a tipicidade da conduta do auxílio, passando a não ser considerada uma cumplicidade punível²⁷⁷.

Nessa esteira, os esforços dogmáticos se dividiram em caminhos diferentes no plano do tipo, uma vez que há diversas teorias construídas para resolver a problemática das ações neutras no tipo objetivo, outras no plano do tipo subjetivo e outras utilizaram as teorias consideradas mistas, por optarem por ambos os tipos.

²⁷⁴ BITTENCOURT, César.; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 204 e 205.

²⁷⁵ PORTUGAL. Lei n.º 25/2008, de 05 de Junho. *Lei do combate ao branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo*. Lei n.º 62/2015, de 24/06. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=991&tabela=leis>. Acesso em: 10 de jun. 2015.

²⁷⁶ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras...*, p. 1-4.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 1-4.

Resta, por fim, analisar as teorias mais relevantes para a restrição do âmbito de aplicação do delito de lavagem de capitais no que se refere aos honorários maculados dos advogados. Como se verá adiante, este estudo se apoiará de um modo geral na doutrina alemã, que há muito tempo discute a problemática.

4.2. Critérios para restringir o âmbito de aplicação do delito de lavagem de capitais

4.2.1. Teorias Subjetivas

4.2.1.1. A solução pelo dolo

Alguns autores decidem resolver o problema por meio do tipo subjetivo, ou seja, pela análise da existência do dolo e demais elementos como a "convicção ou segurança sobre o cometimento do fato futuro, finalidade, relevância de conhecimentos especiais²⁷⁸", levando em conta dados internos do agente, como sua *psique*. Optar pela solução por meio de uma teoria subjetiva não quer dizer que, para a delimitação, não sejam utilizados critérios objetivos, mas sim que a "restrição fundamental" será realizada no plano do tipo subjetivo²⁷⁹.

Sendo assim, somente seria punível a conduta do advogado que sabe²⁸⁰ da origem ilícita dos honorários no momento do recebimento²⁸¹. Conforme veremos mais detalhadamente a seguir, alguns autores defendem a punição somente pelo dolo direto²⁸², enquanto outros criticam essa posição²⁸³.

Para Miguel Reale Júnior, pune-se uma ação neutra quando há pelo menos uma vontade comum entre o autor e o partícipe. O autor exemplifica o caso de um padeiro que vende o pão a um indivíduo, sabendo que este utilizará para envenenar outrem em um jantar. Como neste caso não houve um "acordo de vontades" e houve uma "adesão a um fato futuro e incerto", devendo o padeiro, todavia, não ser condenado por cumplicidade, pois caso contrário

²⁷⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Las conductas neutrales en el ámbito...*, p. 21.

²⁷⁹ Ibidem, p. 22.

²⁸⁰ Para a lei alemã, o dolo eventual seria suficiente, como se pode analisar o artigo 261, inciso 5, embora exija o conhecimento da origem ilícita no momento em que se adquire o poder de disposição dos valores maculados (inciso 2, n.2). Em: AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado...*, p. 13.

²⁸¹ GRÜNER, GERHARD/WASSERBURG, KLAUS, «Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?», em *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 9, 2000, pgs. 430-447, pgs. 439, apud BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo...*, p. 609.

²⁸² BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo...*, p. 608.

²⁸³ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras...*, p. 68.

"seria desfigurar o tipo da coautoria e efetuar uma imputação objetiva sujeita aos azares da vida". Diferente seria se o indivíduo perguntasse ao padeiro qual seria o pão favorito da vítima, dando-lhe a segurança e certeza que este pão seria envenenado e posteriormente servido, respondendo nessa hipótese por dolo eventual²⁸⁴.

Harro Otto, também entende que a resolução dos comportamentos neutrais (*neutraler*) ou ordinários (*alltäglicher*)²⁸⁵, os comportamentos considerados típicos de uma profissão (*berufstypische*) ou que ocorrem dentro da atmosfera do trabalho (*geschäftsmäßige Verhaltenweisen*) se baseiam no dolo. Para Otto, o conhecimento ou a intenção de incentivar o cometimento do delito (*Deliktsförderung*) confere um sentido criminoso ao comportamento. Entretanto, o dolo eventual²⁸⁶ (*dolus eventualis*)²⁸⁷ não será punível, mas tão somente o dolo²⁸⁸ direto²⁸⁹. As ações então consideradas neutras - o autor menciona as ações relacionadas à profissão (*Berufsspezifische/-adäquate*) - não serão consideradas de cumplicidade, quando aquele que realizou o auxílio sequer tem conhecimento ou ainda não tem a intenção de realizá-lo, mesmo que todavia cometa o auxílio com dolo eventual²⁹⁰.

O autor apresenta um exemplo sobre a existência de cumplicidade em uma situação em que há o objetivo e intenção delitiva na venda de um produto herbicida mortal e que consequentemente essa venda leva a ocorrência de uma morte. No que tange à questão dos agentes profissionais, esclarece que enquanto o profissional apenas conhece do perigo da colaboração de um crime, ou seja, somente possui a consciência de um fato criminoso futuro, prevalecerá o interesse do exercício legal da sua profissão como garantia da liberdade do seu exercício²⁹¹.

²⁸⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*, 3a. ed., Coimbra Editora, 2009, p. 319.

²⁸⁵ OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens. In: *Juristen Zeitung 2001*, p. 436.

²⁸⁶ O dolo eventual seria uma "consequência possível da conduta" e "o lado volitivo está configurado mais debilmente". Em: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...*, p. 367 e ROXIN, *Derecho Penal: Parte General...*, p. 415.

²⁸⁷ OTTO, Harro. „Vorgeleistete Strafvareitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe. In: *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70 Geburtstag*, München, 1998, p. 221.

²⁸⁸ No dolo direto, o "verdadeiro fim da conduta" do agente seria realizar o tipo objetivo de ilícito, o sujeito prevê seguramente a consequência. Em: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...*, p. 367 e ROXIN, *Derecho Penal: Parte General...*, p. 415.

²⁸⁹ OTTO, Harro. op. cit. p. 214.

²⁹⁰ Ibidem, p. 221.

²⁹¹ Ibidem, p. 214.

Otto ainda aduz que seria inadequada a ameaça de punição de determinadas atividades profissionais por conta de "justificativas subjetivas (*subjektiv begründetes*)", uma vez que o próprio legislador não regulamentou a proibição o exercício dessas atividades profissionais²⁹².

Na mesma linha teórica subjetiva segue Schild Trappe, que define as ações de cumplicidade como "uma (dolosa) influência/interferência psíquica em um âmbito afetivo/emocional de um (futuro) criminoso, o qual já concebeu a decisão de cometer determinado delito, mas que ainda não a executou²⁹³". Neste caso, o auxílio deve ser conhecido pelo autor, uma vez que a interferência psicológica do cúmplice não se perfaz se o autor não está consciente da sua solidarização²⁹⁴. Ou seja, deve haver uma espécie de interação entre o cúmplice e o autor, de modo que o autor do delito aceite e identifique o auxílio, não havendo a necessidade de ser um reconhecimento extremamente específico²⁹⁵. Deste modo, segundo Schild Trappe, vislumbra-se que na solidarização o momento de reconhecimento da cumplicidade pelo autor é crucial, mas isso não denota um caráter de irrelevância para toda e qualquer contribuição psíquica e intelectual²⁹⁶.

Importante salientar que, assim como expôs Harro Otto, Schild-Trappe defende que o dolo eventual (*Eventualvorsatz*) não é suficiente para caracterizar a cumplicidade, mas apenas o dolo direto²⁹⁷.

No que tange especificamente às ações neutras, a autora resolve os problemas da cumplicidade mediante ações neutras por meio da sua construção teórica, argumentando que essas ações geralmente não comportam uma solidarização, sendo portanto impuníveis. Mas, caso ocorra entre o cúmplice e o autor uma solidarização conforme descrita pela autora, além da existência do dolo direito, haverá então uma cumplicidade punível²⁹⁸.

As teorias subjetivas mencionadas como forma de resolver a problemática das ações neutras não caminham livremente sem críticas, que se perfazem apontando basicamente o perigo em cair em um direito penal de ânimo²⁹⁹. Uma crítica que se aponta à teoria de Schild-Trappe seria que a autora tende a subjetivizar de forma excessiva a figura da ideia³⁰⁰.

²⁹² OTTO, Harro. JZ 2001, p. 444.

²⁹³ SCHILD TRAPPE, Grace Maria Luise. *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*, Verlag Stämpfli+Cie AG Bern, 1995, p. 96 e 97.

²⁹⁴ Ibidem, p. 96 e 97.

²⁹⁵ Ibidem, p. 180.

²⁹⁶ Ibidem, p. 97.

²⁹⁷ Ibidem, p. 180.

²⁹⁸ Ibidem, p. 188.

²⁹⁹ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras...*, p. 73.

³⁰⁰ Ibidem, p. 73.

A teoria traçada por Harro Otto e Schild-Trappe relativamente a não punição do dolo eventual também comporta diversa crítica. Greco destaca a diferença - ou falta dela - de valor entre dolo direto e eventual, de maneira que não se comporta uma justificação que lhes confere um caráter tão diverso para se atribuir a punição para o dolo direto e a não punição para o dolo eventual³⁰¹. Ademais, o autor sustenta sua crítica no sentido de que se o próprio legislador difere o dolo direto e o dolo eventual apenas em casos excepcionais, imputando na maioria dos casos a mesma consequência jurídico para ambos, resta afirmar que a teoria sustentada pelos autores acima necessitaria de um maior embasamento para colocar em prova a importância da distinção do dolo na problemática das ações neutras³⁰².

Outro ponto relevante, no que concerne a dar ao tipo subjetivo a missão de resolver o problema da cumplicidade, indica que tal escolha equivale a apoiar a resposta em uma "disposição anímica" e deixar de focar em elementos exteriores, os quais consequentemente são "objetivamente verificáveis" sobre o limite entre o permitido e o proibido³⁰³.

Robles Planas expressa sua crítica sobre a teoria subjetiva afirmando que o significado dos atos não deve ser orientado pelo significado conferido pelo próprio sujeito e sequer pelo significado que "intersubjetivamente" acreditamos que o sujeito concedeu a suas condutas, "mas essencialmente por aquele que desde o ponto de vista social (intersubjetivo) é significativo por si mesmo. E significativas por si mesmas são as exteriorizações normativamente desvaloradas". A partir daí conclui o autor que, para a imputação objetiva serão apenas relevantes alguns conhecimentos, aqueles "normativamente vinculados a exteriorizações desaprovadas"³⁰⁴.

Apesar de todas as críticas já mencionadas, é importante salientar que a interpretação do valor delitivo da desaprovação de uma conduta se dá pela análise harmônica entre o objetivo e o subjetivo e, sendo assim, as críticas voltadas para o plano subjetivo não tencionam excluir a importância do tipo subjetivo. Na realidade, a crítica principal se volta ao fato de se adotar de primeira instância um julgamento por meio de uma perspectiva subjetiva, o que designaria um "defeito metodológico"³⁰⁵. Seria uma "inversão automática da análise e a colocação do problema em sede de tipicidade subjetiva sem ter-se concedido o devido

³⁰¹ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras...*, p. 67.

³⁰² Ibidem, p. 68.

³⁰³ GRECO, Luís. op. cit. p. 116.

³⁰⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Las conductas neutras en el ámbito...*, p. 39.

³⁰⁵ Ibidem, p. 37-38.

fundamento à periculosidade objetiva da conduta³⁰⁶". E, não havendo a imputação ao autor pelo seu resultado, ou seja, excluindo-se o tipo objetivo sequer chega a ser analisado o tipo subjetivo³⁰⁷.

4.2.2. Teorias Objetivas

Iremos nos valer de teorias manifestamente desenvolvidas por autores alemães, mas que seus princípios são perfeitamente aplicáveis em outros ordenamentos jurídicos. A propósito, optam pela solução objetiva do tipo países como a Suécia (a ação deve ter o escopo de objetivamente encobrir tipicamente o enriquecimento de um terceiro)³⁰⁸, Itália³⁰⁹ (exclui do tipo penal todas as ações que não contribuem para determinar a origem do dinheiro ilícito) e na Espanha³¹⁰ (assim como na Alemanha, utiliza-se a redução constitucional pela livre escolha do advogado).

4.2.2.1. A cumplicidade por meio das ações neutras e os princípios da imputação objetiva na participação

Roxin ensina que para a doutrina clássica, neoclássica e o finalismo, a causalidade encontrava-se essencialmente no tipo objetivo nos delitos de resultado. Explica que a doutrina clássica se "esgotava no conteúdo do tipo", ao passo que os elementos subjetivos do tipo foram incluídos pelos neoclássicos e a contribuição dos finalistas se deu pela inclusão do dolo. O sistema "racional-final (ou teleológico)" ou "funcional" do direito penal passou, desde a década de 70, a adotar um conjunto de regras normativas, ou melhor dizendo, "regras

³⁰⁶ RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e Lavagem de Dinheiro...*, p. 112.

³⁰⁷ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras...*, p. 115.

³⁰⁸ SUÉCIA. Código penal. Capítulo 9, Seção 6, n. 2: Fraud and Dishonesty: Section 6: A person who: (2) procures an improper gain from another's proceeds of crime, shall be sentenced for receiving to imprisonment for at most two years. Disponível em: <http://www.legislationonline.org/documents/section/crim_inal-codes>. No mesmo sentido: WENNERBERG, em HOLMQUIST/LEIJONBUFVUD/TRÄ SKMAN/WENNERBERG, *Brottsbalken, Kommentar*, capítulos 1-12, Stockholm, 1998, p.9:93c, *apud*, AMBOS, Kai. (nota 284), p. 29-30.

³⁰⁹ ITÁLIA. Código Penal. Artigo 648 do Código Penal Italiano: Capo II - Dei delitti contro il patrimonio mediante frode, Articolo 648 bis - Riciclaggio, Riciclaggio (1) Fuori dei casi di concorso nel reato (110 ss.), chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo (43), ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da euro 5.000 a euro 25.000. (2). Disponível em: <http://www.diritto.it/codici/articolo/4304585-codice-penale-riciclaggio>. Nesse sentido, AMBOS, Kai. (nota 284), p. 29-30.

³¹⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*, p. 456.

valorativa jurídicas", abrindo um novo caminho além da causalidade (concepção "científico-natural ou lógica")³¹¹.

É certo que, de forma majoritária, a doutrina concorda que nos delitos comissivos se faz necessária a condição do nexu causal aceitando a teoria da equivalência, mas esta não se mostra suficiente para a imputação ao tipo objetivo. Consoante esclarece Roxin, a crítica mais comum à causalidade seria o fato do alargamento de responsabilidade penal, na medida que até os antepassados de um indivíduo podem ser causa da conduta realizada, embora tenha diminuído seu peso substancialmente depois de se constatar que havia mais de uma resposta que decide, além da causalidade, sobre o cumprimento do tipo objetivo³¹².

Se na causalidade importa a "precidibilidade ou explicabilidade de acontecimentos sucessivos" e qualquer modificação do resultado é suficiente³¹³, ou mais a fundo, na teoria da equivalência (ou teoria da condição), que se apóia no pensamento de que causa "é toda condição sem a qual não se haveria produzido o resultado"³¹⁴, poderíamos, de pronto, afirmar que essa teoria falharia para dar uma resposta jurídico-penal para as condutas dos advogados que recebem honorários maculados e sua - possível - responsabilização penal. Por exemplo, não há um percurso causal decorrente de uma condição anterior quando o advogado defende em juízo cliente processado por lavagem dinheiro, pois, de forma lógica, a lavagem já ocorreu antes por meio de outras causas que nada se liga à condição de defesa do advogado³¹⁵.

Antigamente o entendimento da doutrina se baseava na ideia de que o tipo objetivo se cumpria quando houvesse a relação de causalidade da conduta do autor relativo ao resultado e, em situações onde se constataria uma inadequação da punição, buscava-se nos delitos comissivos dolosos excluir a pena de maneira que se negue o dolo³¹⁶. Exemplifica Roxin sobre o caso de um indivíduo A disparar dolosamente contra outrem B, este sofre lesões leves sendo levado ao hospital que, posteriormente, é tomado por um incêndio, levando a morte do paciente. A jurisprudência e doutrina alemã entendem que A responde somente por tentativa, uma vez que não se pode imputar a A a autoria pelo resultado concreto (morte pelo incêndio)

³¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 204.

³¹² *Ibidem*, p. 350 e 356.

³¹³ ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 352.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 347.

³¹⁵ RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e Lavagem de Dinheiro*, p. 114.

³¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 362.

por falta de dolo homicida. Desse modo, vemos que este não seria uma problema de dolo, mas de imputação objetiva³¹⁷.

Nas lições de Roxin, para se perfazer a imputação objetiva, "um resultado causado pelo agente só se pode imputar ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo para o bem jurídico, não coberto por um risco permitido, e esse perigo também se realizou no resultado concreto". Assim, no exemplo anterior, o perigo ao bem jurídico da vida da vítima foi criado com o disparo doloso homicida, mas o mesmo perigo não foi criado no incêndio e por isso o indivíduo responde apenas por tentativa³¹⁸."

Nessa senda, nos implica mencionar que a causalidade também deixou de ser o caminho escolhido para a resposta a participação no que tange à cumplicidade. Sabe-se que até a década de 90, o pensamento majoritário se ocupava em considerar a cumplicidade como causalidade (no âmbito objetivo) e o dolo (no âmbito subjetivo), mas passou-se a necessitar de novas respostas. Para melhor visualização da problemática, Greco exemplifica o caso de um indivíduo chaveiro A, entregar uma chave a B, que pede uma cópia para furtar uma residência. Entretanto, A faz uma chave falsa e esta não abriria a residência. Quando B vai praticar o delito e tenta usar a chave entregue por A, esta não funciona e B precisa arrombar a porta, vindo a realizar o furto. Greco ensina que quando o partícipe não ajuda, mas atrapalha a realização da conduta ilícita, ele terá causado o resultado final, mas não há causalidade. Ou seja, A em nada auxiliou, não respondendo por cumplicidade, mas causou o resultado concreto porque B arrombou a porta devido a chave entregue ser inútil³¹⁹.

Outrossim, explica Figueiredo Dias que, levando em consideração que a cumplicidade seria uma participação no fato do autor e desse modo constituiria uma "forma autônoma de causação" na realização do tipo, pode-se negar que a fundamentação punitiva da cumplicidade estaria dentro da causalidade. Tal fato demonstra o abandono da "teoria da participação na culpa do autor" pela doutrina como base de punição para a cumplicidade, uma vez que os elementos da culpa não se comunicam entre os cúmplice e o autor. E mais, o autor descreve que "se a cumplicidade é participação no facto do autor e se a autoria é uma categoria indissolúvelmente ligada a um ilícito-típico *personal*, constituiria então uma inadmissível e

³¹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, p. 363.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 363.

³¹⁹ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras...*, p. 13.

insuportável contradição normativa considerar a cumplicidade fundada num ilícito-típico *causal*³²⁰».

Ao concluir que a causação também não era suficiente para caracterizar o tipo objetivo na cumplicidade, buscou-se a possibilidade de uma nova resposta para a questão por meio dos princípios gerais da imputação objetiva para a cumplicidade³²¹. Nesse sentido, ensina Roxin que:

a condição necessária (ainda que não suficiente) da imputação a participação é, efetivamente, a causação acessória de um feito do autor (seja consumado ou tentado), típico e antijurídico. Nele a causação é um critério geral e sua acessoriedade o critério de imputação específico da participação. Mas, da mesma maneira que ocorre para a imputação do autor, também para imputação ao partícipe deve-se adicionar à causalidade (acessória) seu embasamento a partir de uma criação de perigos legalmente desaprovados³²².

O autor expõe que em circunstâncias que o bem jurídico não poderá ser atingido penalmente pelo suposto partícipe, ou ainda, quando este pode atacar o bem jurídico, mas não tem a intenção de fazê-lo e toma medidas para evitar a violação, em ambos os casos não ocorre o incremento de risco ao bem jurídico e desse modo não se imputa a participação³²³.

Stratenwerth também partilha da teoria defendida por Roxin, acreditando ser possível aplicar na cumplicidade a ideia do incremento do risco "aumentando a chance da ação que cumpre o tipo de produzir o resultado que a tenha facilitado³²⁴". Assim, esclarece Roxin que, de acordo com os princípios gerais da imputação objetiva, uma contribuição causal pode ser considerada cumplicidade em casos que se realize uma elevação de risco para vítima, um risco desaprovado juridicamente (*Risikomißbilligung*), e a assim haverá uma chance maior de êxito do autor³²⁵. Vale lembrar que tal contribuição "pode ser" e não obrigatoriamente seja, uma vez que não é todo "incremento causal doloso do risco" que produzirá consequentemente uma cumplicidade punível³²⁶.

³²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...*, p. 825-826.

³²¹ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras...*, p. 13.

³²² ROXIN, Claus. Acerca del fundamento penal de la participación. In: *La teoría del delito: en la discusión actual*. Tradução de Manuel Abanto Vázquez, Ed. Grijley, 2007, p. 507.

³²³ ROXIN. op. cit., p. 504.

³²⁴ STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal: Parte General I: El hecho punible*. Tradução da Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti, Madrid, Civitas, 2005, p. 359.

³²⁵ ROXIN, Claus. Qué es complicidad? In: *La teoría del delito: en la discusión actual*. Tradução de Manuel Abanto Vázquez, Ed. Grijley p. 550.

³²⁶ *Ibidem*, p. 555.

Não se pode excluir de forma generalizada todas as ações cotidianas da punição pela cumplicidade, consoante pondera Roxin³²⁷.

Diante de uma análise de qual critério deve ser adotado para diferenciar as condutas cúmplices puníveis ou não, a maior parte da doutrina se inclina a buscar uma resposta por meio da imputação objetiva. Alguns doutrinadores tencionam resolver a problemática pela "solidarização" entre o cúmplice e o autor³²⁸. Mas aqui pontua-se uma relevante crítica: para haver a solidariedade, deve ocorrer a concordância de forma consciente entre cúmplice e autor, o que limitaria a sua aplicação nos casos de cumplicidade. Apontamos aqui as mesmas críticas imputadas no item anterior à teoria de Schild-Trappe sobre o reconhecimento do autor em ser auxiliado.

Pérez-Manzano também concorda com a ideia de que para solucionar a presente questão, se determinada conduta neutra torna-se penalmente relevante ou se ela se mantém neutra, deve-se recorrer primeiramente à análise da imputação objetiva, ou seja, a imputação do comportamento³²⁹.

Já se sabe que a doutrina majoritária escolhe traçar os caminhos da imputação objetiva para encontrar o critério que limite a participação na cumplicidade. A problemática agora seria como se classifica o que seria um risco permitido e um risco proibido na cumplicidade e nessa esteira há duas grandes opiniões que são divergentes entre que si, as quais merecem uma especial atenção³³⁰.

A primeira delas seria a posição de uma teoria mista (objetiva e subjetiva³³¹) adotada por Roxin e compartilhada também por Blanco Cordero. Roxin entende que o risco permitido se relaciona com o grau de conhecimento do cúmplice sobre o plano para cometer o delito. Ou seja, o cúmplice sabe que seu auxílio será utilizado para o cometimento de crimes³³² ou o ele suspeita da possibilidade do resultado delitivo, estando em um estado de dúvida³³³. Nesses casos o possível cúmplice se baseia em "concretos pontos de apoio que evidenciem a

³²⁷ ROXIN, Claus. *Qué es complicidad? ...*, p. 555.

³²⁸ TRAPPE, Sschild. *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über und Grenzen der Gehilfenschaft*, Verlag Stämpfli+Cie AG Bern, 1995, pp. 96 e ss., 126, apud, STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal: Parte General I...*, p. 360.

³²⁹ PÉREZ-MANZANO, Mercedes. *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales...*, p. 173.

³³⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Las conductas neutrales en el ámbito...*, p. 33.

³³¹ AMBOS, Kai. *La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales*. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2a época, n. 8, 2001, p. 204.

³³² ROXIN, Claus. (nota 337), p. 556 e 561.

³³³ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H.BECK, 2003, parágrafo 26, p. 241.

probabilidade de uma finalidade de emprego delitivo³³⁴". Vale mencionar que Roxin antigamente adotava um critério de dolo eventual e dolo direto, como se vê em artigo "*Was ist beihilfe?*" publicada em 1995³³⁵, tendo abandonado esse critério posteriormente conforme o conteúdo de seu manual "*Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*" de 2003.

Segundo Roxin, para haver cumplicidade punível deve existir uma "relação delitiva de sentido"³³⁶, que ocorre em situações que "a contribuição tem valor para o autor somente sob o pressuposto do delito planejado e o colaborador também sabe disso". É caso do taxista leva em determinado endereço um agente intencionado a praticar crimes neste local. O taxista sabe que o único sentido do autor ter utilizado de seu serviço seria para cometer delitos e com isso representa um "ataque ao bem jurídico", devendo responder o taxista por cumplicidade³³⁷.

Diferentemente ocorre em uma situação que há relação "legal", sendo o caso de quem é provedor de material a um fabricante e sabe que este utiliza os produtos em desacordo com as disposições ambientais. O sentido aqui é outro, não é considerado delitivo na medida em que a conduta do fabricante tem um sentido e uma utilidade legal. O fato de um fabricante receber produtos e tratá-los é uma atividade conforme o ordenamento jurídico, sendo que o cometimento de delitos pelo fabricante é um fato independente em relação à essa atividade considerada legal pelo direito. A responsabilidade é unicamente restrita ao fabricante, como autor do crime, mas não do provedor dos materiais, que se relaciona apenas com uma conduta legal e seu ato não constitui um ataque ao bem jurídico. Deste modo, o provedor de materiais não responderá por cumplicidade em relação aos crimes cometidos pela fabricante³³⁸. E mais, quando em uma causação dolosa haja a inexistência de "sentido delitivo" e de uma "incitação dirigida ao fim", não haverá participação, pois a conduta permanece dentro do "marco de risco legalmente tolerado", e assim não haverá a "criação ou incremento ao risco não permitido"³³⁹.

Aquele que entrega um instrumento para que seja cometido um roubo e sabe o escopo da utilização do objeto, "se coloca do lado do injusto" e há o sentido delitivo da ação,

³³⁴ ROXIN, Claus. *Qué es complicidad?*..., p. 556 e 561.

³³⁵ O livro em comento é: ROXIN, *Was ist beihilfe?*, *Festschrift für Miyazawa, Nomos, Baden-Baden, 1995*, p. 513 e *Strafrecht, Allgemeiner Teil Band II, CH Beck, 2003, parágrafo 26*.

³³⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C. H. BECK, 2003, parágrafo 26, p. 221.

³³⁷ ROXIN, Claus. *Qué es complicidad?*..., p. 556 e 557. No mesmo sentido, ROXIN, *Las formas de participación en el delito: El estado actual de la discusión*. In: *La teoría del delito: en la discusión actual*. Tradução de Manuel Abanto Vásquez, Ed. Grijley, 2007, p. 280.

³³⁸ ROXIN, Claus. *Qué es complicidad?*..., p. 557.

³³⁹ ROXIN, Claus. *Acerca del fundamento penal de la participación*, em: *La teoría del delito: en la discusión actual*, Tradução de Manuel Abanto Vásquez, Ed. Grijley, 2007, p. 504.

atacando assim o bem jurídico. Para Pérez-Manzano, somente se converte o caráter de uma conduta neutra para uma conduta típica, por meio da concorrência de circunstâncias especiais que levam à certeza da existência de uma "especial relação de sentido delitivo entre a conduta inicialmente neutra e o delito"³⁴⁰. Vale mencionar aqui que, para caracterizar a cumplicidade, não há a necessidade do reconhecimento pelo autor da ajuda objetivamente proporcionada pelo cúmplice³⁴¹, diferentemente do pensamento de Schild-Trappe.

Os casos que acabamos de analisar são aqueles em que o indivíduo sabe da decisão do autor em cometer um delito. Para Roxin, relativamente aos casos em que o indivíduo é tomado por uma dúvida e apenas suspeita sobre a conduta delitiva do autor (ou seja, por dolo eventual), apenas serão puníveis se o autor for uma "pessoa reconhecidamente inclinada a praticar o fato" e diante disso o partícipe possui indícios concretos que o delito será cometido por este autor. Explica que, fora este caso, em regra, não serão puníveis as demais situações diante do princípio da confiança, em outras palavras, o cúmplice poderia invocar o princípio da confiança quando o autor não estiver de forma clara inclinado ao crime³⁴². Segundo este princípio, as pessoas confiam que a conduta de terceiros serão lícitas e não contrariam as regras legais. Assim, "nem toda dúvida cria nele a obrigação de abster-se de praticar a conduta; pois, doutro modo, estar-se-ia institucionalizando uma sociedade de desconfiança"³⁴³.

Nessa mesma linha de pensamento segue Blanco Cordero, que afirma que o risco permitido é ultrapassado quando o cúmplice sabe que "sua conduta será utilizada para a realização de um fato antijurídico"³⁴⁴.

A propósito, Robles Planas traça críticas - acertada, a meu ver - sobre as referências do sentido delitivo e da inclinação reconhecível ao fato afirmando não serem satisfatórias. Sobre o sentido delitivo, critica por ser uma definição muito aberta e "intercambiável em suas conclusões" e a inclinação reconhecível ao fato por ser também muito ampla e restringe demasiadamente a "liberdade de ação". Para ele, no exemplo do taxista ilustrado por Roxin, o transporte até o local em que o delinquente irá cometer um delito também pode ter sentido para o autor como transporte e, quanto ao exemplo da entrega de produtos, aponta que a

³⁴⁰ PÉREZ-MANZANO, Mercedes. *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales...*, p. 174.

³⁴¹ ROXIN, Claus. *Acerca del fundamento penal...*, p. 504.

³⁴² ROXIN, Claus. *Strafrecht allgemeiner Teil Band II...*, p. 241.

³⁴³ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras...*, p. 83.

³⁴⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva: las acciones neutras y la cooperación en el delito*, Comares, 2001, p. 161.

entrega dos materiais ao autor dos crimes ambientais "pode não ter outro sentido ao autor que o cometimento de um crime ambiental"³⁴⁵.

Kindhäuser classifica essa relação de sentido delitivo ou "relação semântica delitiva (*deliktischer Sinnbezug*)" mencionada por Roxin, como nada mais que uma "paráfrase (sem especial conteúdo) da exigência resultante da lei de que a cumplicidade seja a prestação de auxílio à realização de uma ação antijurídica". O autor explica que, mesmo que para determinar o conceito de auxílio fossem empregados elementos da relação de sentido delitivo ou relação semântica delitiva, seria muito vago vincular a "ação auxiliar ao fato principal" se unicamente o "propósito do autor em utiliza-la deva ser decisivo"³⁴⁶. Kindhäuser traz a tona o exemplo do vendedor de um simples pé de cabra que, caso sejam aplicados os princípios da relação de sentido delitivo, então teríamos que aceitar a cumplicidade punível desse vendedor se o comprador precisa da ferramenta para cometer um delito por meses ou anos depois³⁴⁷. Veja-se que, a "relação semântica delitiva" cairia por terra e deveria ser negada, caso o comprador tivesse a intenção de comprar o pé de cabra para utilizar na reforma de sua residência. O autor aponta a irrelevância do ponto de vista prático dessas diferenciações, pois "os órgãos de persecução penal sequer se ocupariam de examinar os motivos pelos quais o autor comprou uma ferramenta qualquer para, conforme o caso, investigar também o vendedor por uma possível cumplicidade"³⁴⁸.

A segunda teoria, puramente objetiva³⁴⁹, é defendida por autores como Frisch e Jakobs, os quais entendem que o limite entre o risco do permitido e do proibido se condicionam a um "sentido ou finalidade autônoma" sobre a conduta do cúmplice e a punibilidade somente ocorrerá quando "encerra um risco especial" em si própria³⁵⁰.

Para Jakobs, o comerciante de alimentos que vende seus produtos a um indivíduo que anuncia que irá colocar veneno no produto para assassinar alguém não responderá como cúmplice e sequer o taxista que leva seu cliente ao destino desejado para cometer crimes, informando o taxista durante o trajeto. Tanto o comerciante como o taxista não respondem "pelas consequências que derivem do cumprimento pontual das suas obrigações

³⁴⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Las conductas neutrales en el ámbito...*, p. 43.

³⁴⁶ KINDHÄUSER, Urs. *Sobre o conceito de auxílio no Direito Penal...*, p. 132.

³⁴⁷ ROXIN, Claus, in Kühne (org.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, 995, 501, (512), p. 378, apud, KINDHÄUSER, op. cit., p. 132.

³⁴⁸ KINDHÄUSER, Urs. op. cit., p. 132-133.

³⁴⁹ AMBOS, Kai. *La complicidad a través de acciones...*, p. 204.

³⁵⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. op. cit. p. 33.

contratuais³⁵¹", porque Jakobs julga ser irrelevante os conhecimentos especiais e entende que uma responsabilidade penal sempre se baseia no fundamento de uma quebra de um rol³⁵², que não ocorreu nos exemplos apresentados. Ou seja, as condutas neutras não serão culpabilidades puníveis quando o indivíduo atua dentro dos limites do seu rol e, neste caso, também haverá a proibição de regresso, ainda que tenha uma implicação causal no cometimento de um delito³⁵³. Para Jakobs, esses são comportamentos que até podem favorecer o cometimento de um delito, mas apenas serão puníveis se, ao mesmo tempo, também se transformam em um delito próprio do cúmplice³⁵⁴. Com efeito, entende-se que um "injusto próprio é aquele injusto que é imputado, e imputa-se a todo aquele que organiza um contexto com consequências objetivamente delitivas³⁵⁵".

Para Frisch, uma conduta terá sentido delitivo quando a única forma de elucidá-la seja delitivamente e o seu sentido seja exclusivamente voltado para facilitar ou possibilitar um feito delitivo de outrem³⁵⁶.

No caso de um advogado que recebe os honorários maculados por defender seu cliente acusado de lavagem de dinheiro, ainda que saiba da origem ilícita, pode-se afirmar que este não comete nenhuma conduta que denote um sentido objetivamente delitivo, encontrando-se dentro dos limites do risco não proibido. Diferente seria o caso de um advogado que realizou um contrato simulado com o escopo de ocultar os proventos do autor da lavagem. Vejamos que nessa situação a conduta do advogado está voltada para um auxílio de modo a facilitar a conduta do criminoso, não constituindo uma ação neutra³⁵⁷.

Já sabemos que, uma vez que a imputação não é constatada entre o autor e o resultado realizado, sequer se chega a analisar os aspectos subjetivos³⁵⁸. Nos itens a seguir veremos demais propostas teóricas apontadas pela doutrina como possíveis soluções ao problema dos honorários maculados.

³⁵¹ JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Editorial Ad hoc, Buenos Aires, 1997, p. 84.

³⁵² Ibidem, p. 71.

³⁵³ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Las conductas neutrales en el ámbito*, p. 36.

³⁵⁴ JAKOBS, Günther. op. cit., p. 89.

³⁵⁵ Ibidem, p. 80.

³⁵⁶ FRISCH, Wolfgang. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg : Müller, Jur. Verl., 1988, p. 291.

³⁵⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e Lavagem de Dinheiro...*, p. 111 e 112.

³⁵⁸ GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Blanqueo de Capitales y Abogacía: Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva. In: *InDret: Revista para el Análisi del Derecho*. Barcelona, 2008, p. 8.

4.2.2.2. Teoria da adequação social e adequação profissional

A teoria da adequação social desenvolvida por Welzel buscava inicialmente excluir a tipicidade das condutas consideradas socialmente adequadas, mas o autor mudou de posição diversas vezes e, à certa altura, defendeu que seria uma causa de justificação de um Direito consuetudinário³⁵⁹, por outras vezes defendeu que a exclusão não seria de tipicidade, mas de elementos que fazem parte da actegoria sistemática da ilicitude ou antijuridicidade³⁶⁰, ou ainda, de uma mera teoria de interpretação³⁶¹. Hodiernamente a doutrina diverge quanto à aplicação da teoria discutida, considerando como causa de exclusão do tipo, causa de justificação ou de exculpação³⁶².

Consoante explica Roxin, a ideia de que uma conduta é considerada adequada, de antemão, não podendo constituir um injusto, ou seja, sendo uma conduta atípica, leva a conclusão de que isso seria um resultado imprescindível da teoria do tipo. E por tal fato, perderia o sentido determinar o alcance da teoria da adequação social como causa de justificação ou exclusão da culpabilidade³⁶³.

Nos termos da teoria da adequação social, os tipos (injustos penais), ao indicarem a reprovação de uma conduta, também possuem em si um carácter social porque se referem à vida em sociedade³⁶⁴. Uma conduta socialmente adequada, nas lições de Welzel, é aquela que se encontra dentro da ordem social, algo normal da vida e assim não constitui uma ação típica de lesão, mesmo que consequentemente possa produzir a lesão a um bem jurídico³⁶⁵. São socialmente adequados, outrossim, "os negócios que se mantêm dentro dos limites de uma gestão ordenada" e "condutas que se mantêm dentro dos limites de da liberdade de ação social"³⁶⁶. Desse modo, o autor conceitua as ações socialmente adequadas como "todas atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidos através da história"³⁶⁷.

³⁵⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General...*, p. 293.

³⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...*, p. 293.

³⁶¹ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de Ações Neutras...*, p. 22 e ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General...*, p. 293.

³⁶² ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 293.

³⁶³ *Ibidem*, p. 294.

³⁶⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Traducción de Carlos Fontán Balesta, Buenos Aires, 1956, p. 54.

³⁶⁵ WELZEL, Hans. *El nuovo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Tradução por José Cerezo Mir, 2004, p. 85-86.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 86-87.

³⁶⁷ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General...*, p. 63.

A dificuldade que se encontra nessa teoria seria a determinação do que é considerado adequado em uma sociedade³⁶⁸. Como exemplo, aponta que no matrimônio as pessoas tem o dever jurídico de levar a vida conjugal e seu descumprimento seria uma conduta socialmente adequada e dentro dos limites da liberdade social, por isso não pode ser colocada sob a tutela penal³⁶⁹. Outro exemplo bastante utilizado seriam as lesões causadas pela prática de um esporte³⁷⁰.

Quanto à diferença entre a teoria da adequação social e as causas de justificação, aponta-se que a segunda é uma "permissão especial" para realizar ações que são típicas³⁷¹, já na adequação social as condutas são por si só atípicas.

A teoria da adequação social excluiria do delito de lavagem de dinheiro as ações operadas dentro da normalidade do mercado que se estabelecem no âmbito de sua normalidade, ou seja, que estejam no limite de uma "gestão ordenada". Dentro dessa concepção estariam abarcados os honorários "manchados" ou "maculados" recebidos por advogados que defendem cliente acusado de lavagem de dinheiro³⁷². No entanto, como veremos a seguir, essa teoria não se mostra eficiente.

Jescheck e Weigend criticam a teoria da adequação social por ser uma teoria insegura e por isso deve ser a última opção a se recorrer, sendo mais eficiente utilizar as regras de interpretação porque atingem resultados de forma mais objetiva³⁷³. Mir Puig também rechaça a mencionada teoria apontando uma crítica sobre a identificação das teorias socialmente adequadas como um exercício de direito. Isto é, "no siempre que se realiza una conducta (socialmente adecuada) que en absoluto determina reprobación social puede afirmarse el ejercicio de un derecho, ni menos el cumplimiento de un deber."³⁷⁴. Ademais, em casos que um indivíduo não se encontra em uma "situação jurídica concreta" desprovida de um direito subjetivo a que lhe é outorgado, forçado seria, segundo o autor, reconhecer um "exercício do direito" ou uma "atuação lícita ou não proibida"³⁷⁵. Quanto ao caráter de insegurança mencionada por Jescheck e Weigend, Mir Puig segue na mesma linha de pensamento ao mencionar que, diante de um direito penal democrático, deve-se evitar contradições entre

³⁶⁸ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal...*, p. 88.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 87.

³⁷⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General...*, p. 65.

³⁷¹ *Idem*. *El nuevo sistema del derecho penal...*, p. 88.

³⁷² BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*, p. 604.

³⁷³ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cadernete, Quinta Edición, corregida y ampliada, Comares, Granada, 2002, p. 270.

³⁷⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*, 9ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2011, p. 529.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 529.

"valorações jurídicas e da sociedade³⁷⁶", uma vez que essa teoria é dotada de critérios imprecisos e é arriscada para a segurança jurídica³⁷⁷.

Aos olhos de Figueiredo Dias, a cláusula da adequação social seria nada mais que um critério hermenêutico, pois os mesmos resultados que se chegam a denominada teoria são obtidos por meio de uma interpretação correta (sobretudo a interpretação teleológico-funcional) de "singulares elementos do tipo". Sua utilidade em si não comporta nenhum elemento especial, mas é tida como relevante para delimitar o "risco permitido" na teoria da imputação objetiva³⁷⁸. Segundo Roxin, a doutrina critica a adequação social como um critério de interpretação por existirem outros meios interpretativos que se mostram mais eficientes e precisos³⁷⁹.

E não é só no critério de interpretação que se pode encontrar outras teorias mais eficientes que a da adequação social. Com efeito, podemos destacar a teoria da imputação objetiva para resolver determinadas questões que, à primeira vista, poderiam ser resolvidas pela adequação social. É certo que, por meio da teoria da imputação é possível traçar regras mais exatas no sentido de limitar a responsabilidade de um indivíduo. Por exemplo, o típico caso do sobrinho que será herdeiro do patrimônio de seu tio e por isso sugere que este vá passear na rua em um dia chuvoso com a esperança de que caia um raio em seu tio, e por sua vez o fato se consume e o indivíduo vem a falecer. Nesse caso, em vez de se analisar se a conduta do sobrinho foi socialmente adequada, recorre-se à teoria objetiva, concluindo que ele não criou um risco juridicamente relevante para a vida de seu tio³⁸⁰.

Hasssermer desenvolveu a teoria da adequação profissional sob um ponto de vista mais específico que nos interessa. Muito embora seja considerada insuficiente para a valoração da tipicidade das condutas neutras, ela parte possui em sua essencialidade uma lógica correta: se determinadas profissões possuem regras e as condutas dos profissionais são realizadas de acordo com essas regras estabelecidas, então, sua ação estaria dentro de uma adequação e não constitui uma conduta típica³⁸¹.

Essa teoria é voltada às profissões ordenadas ou estruturadas, as quais denotam normas deontológicas legais e também as que não foram legalizadas, ou seja, uma conduta

³⁷⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General...*, p. 529.

³⁷⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General...*, p. 293.

³⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral...* p. 293.

³⁷⁹ ROXIN, Claus. op. cit., p. 295.

³⁸⁰ Ibidem, p. 296.

³⁸¹ PÉREZ-MANZANO, Mercedes. *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales...*, p. 176.

considerada adequada profissionalmente não quer dizer exatamente que seja uma normativa legalizada³⁸². De um caráter geral, se há uma regulação específica sobre determinada profissão e que seja norteadora das condutas consideradas como corretas e adequadas, serão essas normas que determinarão os limites do risco permitido, salvo se existir uma outra "interpretação mais razoável"³⁸³.

A crítica de Wohlers sobre a teoria da adequação profissional se dá no sentido de que praticamente toda a atividade se converteria em uma profissão e isso originaria abusos nas esferas profissionais. Em vista disso, deveria-se criar critérios para diferenciar as profissões "admissíveis" das "inadmissíveis" e, feito isso, determinar as normas que seriam "adequadas" da atividade profissional, entretanto Hassemmer deixa de determinar esses necessários parâmetros³⁸⁴.

Vejamos que o recebimento de honorários pelo advogado por meio do exercício profissional de defesa de um cliente acusado de lavagem não seria a forma mais eficaz e sequer mais comum para dar auxílio na ocultação da origem ilícita do capital. Tanto é que as próprias diretivas da união europeia não projetam deveres específicos em relação aos honorários sobre informação ou outro dever preventivo, além disso exclui os deveres e responsabilidade dos advogados que atuam em juízo na defesa de um cliente ou que define situação jurídica com o intuito de garantir o direito de escolha do advogado, por meio de todos os instrumentos legais do devido processo legal, garantindo a confidencialidade essencial que perpetua a profissão³⁸⁵.

4.2.2.3. Teoria da redução teleológica do tipo

O critério base a ser utilizado para uma interpretação teleológica dos tipos da lavagem de capitais é o bem jurídico e a finalidade de sua tutela. Barton ensina que o legislador, ao tipificar a conduta de lavagem, objetivou o isolamento econômico do indivíduo que pretende inserir no mercado financeiro legal valores ilegais provenientes de crime, bem como buscou

³⁸² HASSEMER, Winfried. Professionelle Adäquanz, Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung. In: *wistra* 1995, p. 82.

³⁸³ PÉREZ-MANZANO, Mercedes. *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales...*, p. 181.

³⁸⁴ WOHLERS, Wolfgang. Gehilfenschaft durch „neutrale“ Handlungen - Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?. In: *ZStrR* 117, 1999, p. 425-438.

³⁸⁵ PÉREZ-MANZANO, Mercedes. op. cit., p. 179.

obter o acesso as organizações criminosas que se dedicam ao crime em comento por meio de rastros documentais que facilite este acesso³⁸⁶.

Barton, ao delimitar o fim da norma por meio da análise do bem jurídico protegido, o qual considera ser a proteção da Administração da Justiça, alega que o recebimento de honorários maculados por advogados não tem o condão de lesioná-lo. Nessa linha, sustenta que soaria contraditório apontar a figura do advogado como sendo violador do bem jurídico da lavagem sendo que ele próprio faz parte da administração da justiça e inclui, nesse sentido, o papel de defensor dos interesses dos indivíduos processados. Se o objetivo é garantir o bom funcionamento da administração da justiça, não se poderia então dificultar o acesso à defesa³⁸⁷. Além disso, segundo Kai Ambos, nenhum perigo em concreto ao bem jurídico da lavagem é realizado quando ocorre aceitação de honorários maculados³⁸⁸.

Barton, sabendo que a doutrina diverge quanto ao bem jurídico protegido pela lavagem, esclarece que ainda que o bem jurídico considerado não seja a administração da justiça, não haveria violação por meio da conduta do recebimento dos honorários³⁸⁹. Kai Ambos sustenta opinião diversa, admitindo que a "força de convencimento de uma redução do tipo penal orientada ao bem jurídico, depende decididamente de uma determinação de bem jurídico correspondente³⁹⁰". Sendo assim, a divergência quanto o bem jurídico protegido no crime traz uma certa insegurança para esta teoria, porque nela se baseia sem ao menos possuir a certeza no próprio argumento central.

Por sua vez temos o autor Lüderssen, que possui uma proposta conduzente a uma redução teleológica por meio da "solução da derrogação". Para ele, há um concurso entre a punibilidade do crime de lavagem de dinheiro com o direito de eleger o advogado pelo acusado, afirmando ter o referido direito de escolha derrogado definitivamente a primeira previsão³⁹¹. Sobre a solução da derrogação, Kai Ambos argumenta de que haveria uma imprecisão dos critérios empreendidos³⁹².

³⁸⁶ BARTON, Stephan. *Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB); Strafverteidiger - StV* 1993, p. 158.

³⁸⁷ Ibidem, p. 606.

³⁸⁸ AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado...*, p. 24.

³⁸⁹ BARTON, Stephan. op. cit., p. 606.

³⁹⁰ AMBOS, Kai. op. cit., p. 24.

³⁹¹ Lüderssen Die Stellung des Strafverteidigers - neue Aspekte: Wahrheitspflicht, Geldwäsche, Schadenersatz», en *Zasady procesu karnego xvobec wizman w splczesnosci ksiega ku czci profesora Stanislaw Wallosia*, Warschau, (Festschrift für Stanislaw Waltos), 2000, p. 329 e ss, apud, AMBOS, Kai. (nota 284), p. 23.

³⁹² AMBOS, Kai. op. cit., p. 23.

Nas lições de Pérez-Mazano, de uma maneira geral e não se limitando a um ordenamento jurídico específico, o crime de lavagem de dinheiro sanciona várias condutas como a aquisição, a conversão, transmissão de bens, atos voltados a ocultar ou encobrir a origem do capital ilícito³⁹³. Para afirmar a atipicidade de uma conduta neutra e constituir um caráter de conduta cotidiana, esta não pode possuir a finalidade de ocultação. Sobre essa interpretação da restrição, entende-se que não seria suficiente apenas o elemento subjetivo de finalidade de ocultação, porque o crime de lavagem de capitais é um crime essencialmente instrumental, ou seja, um delito é ligado ao outro. Seria uma relação de "meio a fim, objetivamente considerada entre a ação do eventual lavador e o delito prévio, de modo que não há ação típica - relevante no sentido do tipo - de lavagem de dinheiro sem relação instrumental³⁹⁴". Sobre esse argumento, a doutrina majoritária espanhola entende que a interpretação restritiva deve ser feita de modo que se coloque em ligação a finalidade exigida com as condutas de transmissão, aquisição e transformação, mas que estas tenham um sentido objetivo de ocultar ou encobrir, ou outro ato com o intuito de ajudar a mascarar os atos de quem cometeu o delito anterior, de modo a abster-se das consequências impostas pela lei³⁹⁵.

Veja-se que, conforme desenvolve Ragués³⁹⁶, este caráter instrumental não significa que o bem jurídico protegido seja o mesmo pelo crime prévio, este caráter "se manifesta na função de reforço da função da pena do delito prévio³⁹⁷". Assim, para ele, a punição da lavagem de dinheiro possui uma finalidade político-criminal de modo a evitar os benefícios obtidos por meio do delito prévio, imputando um obstáculo e inibindo a satisfação do lucro prévio, e por isso a interpretação teleológica leva uma restrição do tipo a atos que de algum modo contribuem para consubstanciar o ganho econômico prévio, sendo portanto condutas que manifestamente buscam ocultar a origem dos valores ou bens ilegais³⁹⁸.

Nessa esteira, em princípio, podemos utilizar esses argumentos para embasar a atipicidade do recebimento dos honorários maculados. Os honorários, ainda que sejam fruto de uma transformação do objeto do delito prévio, não constituem por si uma finalidade de ocultação e sequer uma solidificação do ganho econômico, mas é tão somente um "ato de consumo". Cabe mencionar que independe se o advogado tem conhecimento do ilícito ou não,

³⁹³ PÉREZ-MAZANO, Mercedes, *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales...*, p. 181.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 183.

³⁹⁵ PÉREZ-MAZANO, Mercedes, *op. cit.*, p. 183.

³⁹⁶ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Blanqueo de Capitales y Negocios Standards...*, p. 148.

³⁹⁷ PÉREZ-MAZANO, Mercedes, *op. cit.*, p. 183.

³⁹⁸ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *op. cit.*, p. 148.

porque o simples pagamento do serviço não supõe que o cometimento de atos como aquisição, transmissão ou conversão de bens³⁹⁹.

O indivíduo que não transforma e nem dissimula dinheiro ilegal, mas tão somente consome e disfruta os proventos de crime prévio, ou ainda, se limita a auxiliar outrem a realizar essa consumação, não estaria precisamente lavando o capital, constituindo uma conduta atípica (poderia no máximo responder por receptação ou favorecimento)⁴⁰⁰. Portanto, o advogado que recebe os honorários pela atuação da defesa de seu cliente em juízo não estaria cometendo uma conduta criminosa de lavagem.

Ademais, o recebimento de honorários maculados seria irrelevante sob o ponto de vista político-criminal do crime de lavagem em relação ao crime antecedente e não contribui para um reforço preventivo da pena do delito prévio⁴⁰¹.

Outra argumentação que poderia ser utilizada, de início, seria a quantidade que o valor dos honorários representam. O volume de dinheiro não costuma ser muito alto e diante disso a tendência seria suscitar o princípio da insignificância para solucionar a questão. Entretanto, esse argumento não prospera sem críticas, e com razão, porque não há um critério que defina com exatidão a quantidade que passa a ter uma importância de âmbito penal⁴⁰².

4.2.2.4. Interpretação conforme a Constituição

A solução pela interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Reduktion*) baseia-se na própria Constituição e os direitos por ela previstos, ou seja, busca-se a melhor interpretação conforme o texto constitucional. Em específico, no caso de recebimento dos honorários maculados estamos nos referindo ao direito de defesa previsto em diversas constituições, mormemente naquelas em que no presente trabalho se apoia, como a alemã, a brasileira e a portuguesa.

A questão da lavagem de dinheiro e dos honorários, ao ser interpretada à luz desses direitos constitucionais nos levaria a um cenário em que a punibilidade do recebimento dos honorários maculados pelos advogados violaria direitos fundamentais como a liberdade do exercício profissional, a ampla defesa, bem como o direito ao acusado de eleger seu advogado

³⁹⁹ CORDOBA RODA, Juan. *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*. Colección Monografías jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 63.

⁴⁰⁰ BITTENCOURT, César Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Lavagem de Dinheiro...*, p. 176.

⁴⁰¹ PÉREZ-MAZANO, Mercedes. *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales...*, p. 185.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 188.

defensor⁴⁰³. O advogado, outrossim, teria a confiança com seu cliente abalada pela restrição em sua atuação de forma livre e independente⁴⁰⁴.

Esta teoria enfrenta algumas críticas. Há uma grande vulnerabilidade da eficácia judicial ficar às margens da decisão de cada juiz e, dessa forma, seria necessário uma decisão da Corte Suprema para que houvesse uma vinculação de todas as instâncias do judiciário no tocante à essa interpretação. Já a segunda crítica concerne sobre a interpretação conforme a constituição abarcar somente os advogados que atuem administrativamente ou judicialmente, ficando excluídos aqueles que trabalham na área consultiva. Dessa forma, estes últimos poderiam ser responsabilizados criminalmente pelo recebimento de honorários maculados, não sendo cabível a interpretação dos direitos fundamentais previstos na constituição em seu favor⁴⁰⁵.

4.2.2.5. A teoria de Wohlers

Wohlers traz uma teoria que restringe o âmbito de aplicação do tipo penal da lavagem por meio da ideia de que somente estão dentro de um comportamento punível os advogados que recebem os honorários fictícios (*Scheinhonorierung*). Estes seriam os honorários, como o próprio nome diz, falsos, ou seja, apenas para mascarar a origem do dinheiro, retornando-o novamente ao lavador ou a outro indivíduo relacionado ao autor da lavagem⁴⁰⁶.

Caso os honorários sejam provenientes da defesa de um acusado, atuando o profissional forense dentro das suas funções de defensor, não configura como um tipo punível o recebimento dos pagamentos de seu serviço. E ainda, pelo fato dos advogados não terem um limite do valor recebido pela sua profissão, então pouco importaria a quantidade. Se o recebimento do dinheiro foi fora do âmbito de seu papel como profissional forense, certamente este seria tratado como um indivíduo qualquer, perdendo seu "status privilegiado de advogado"⁴⁰⁷.

⁴⁰³ AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado...*, p. 19.

⁴⁰⁴ BLANCO-CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*, p. 641-646.

⁴⁰⁵ DIAS, Fernando Gardinali Caetano, Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas, RBCRIM*, ano 22, 110, setembro-outubro, 2014, p. 159.

⁴⁰⁶ WOHLERS, Wolfgang. Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren – Art. 305 bis StGB als Gefahr für das Institut der Wahlverteidigung. In: *ZStrR* 120, 2002, p. 216 e 217

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 216-217.

Blanco Cordero também defende a opinião da não condenação do advogado que recebe honorários maculados decorrente da atuação de defesa de um cliente se, com isso, não teve a intenção de ocultar e encobrir, porque o próprio tipo determina suas limitações e por isso não é necessário se recorrer aos critérios da adequação social. Isso não quer dizer que o "exercício da advocacia se situe em uma zona livre e que concedam privilégios injustificados", sendo ele perfeitamente punível quando realiza contratos simulados e tenha comportamentos manipulativos sobre os bens origens do ilícito, por exemplo⁴⁰⁸.

Essa teoria é usualmente criticada pelo fato de ser demasiadamente vaga, no que concerne a ausência de concretude sobre o critério utilizado para excluir do âmbito da punibilidade do comportamento do advogado⁴⁰⁹.

4.2.3. Teoria da justificação

Uma parte da doutrina busca resolver a problemática do recebimento dos honorários maculados por meio da teoria da justificação (*Rechtfertigungslösung*)⁴¹⁰.

Bernsmann propõe o princípio da presunção de inocência como causa de justificação do recebimento de honorários maculados pelo advogado, de modo que prevalece o interesse voltado a garantir um "juízo limpo" sob o interesse da perseguição penal do advogado⁴¹¹. Isso ocorre através de uma dedução de uma "justificação processualmente cimentada", uma vez que se as autoridades podem adotar medidas de coação no processo penal por meio de suspeitas de culpabilidade, então poderia-se, por meio da presunção de inocência, justificar a aceitação típica dos honorários maculados. Assim sendo, o princípio da inocência deve ser considerado pelo advogado ao aceitar defender os interesses de um indivíduo acusado de lavagem⁴¹².

Por sua vez, Hombrecher defende a justificação através do princípio da preponderância de interesses, prevalecendo o direito de escolha do cliente sobre seu defensor (*Wahlverteidigung*). O autor adota um tipo de justificação de âmbito objetivo, qual seja, defende o direito a cobrança de honorários do advogado na defesa de seu cliente mesmo

⁴⁰⁸ BLANCO-CORDERO, Isidoro. *Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales*. ADPCP, Vol. L, 1997, p. 286-287.

⁴⁰⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*, p. 608.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 610.

⁴¹¹ BERNSMANN, Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche, *cit.*, pgs. 43 ss., apud BLANCO CORDERO, Isidoro. *op. cit.*, p. 610.

⁴¹² AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado...*, p. 27.

sabendo a origem ilícitas destes. Em outras palavras, o advogado, ao prestar seu serviço tem o direito legítimo de receber sua remuneração, preponderando o legítimo exercício de uma profissão. Por outro lado, adota também uma solução pelo âmbito subjetivo, que se perfaz pela vontade do advogado exercer essa defesa efetiva⁴¹³.

Kai Ambos é defensor da teoria da justificação por argumentar que esta tem uma melhor fundamentação do que a solução pela exclusão do tipo. Isto porque, pela justificação obtém-se a vantagem de deixar "intacto o tipo penal de aquisição e, com ele, vem ao encontro dos partidários da criminalização, e ao mesmo tempo sossega, ademais, os adversários desta, através da retirada da censura do injusto⁴¹⁴". Explica o autor que os casos de pagamento de honorários ao advogado que defende seu cliente em juízo podem se acobertar pela exclusão do tipo, suscitando o direito à livre eleição de seu advogado defensor, a presunção de inocência e boa-fé, além do direito a um processo justo. Entretanto, a mesma regra não se aplica em outras situações em que o advogado recebe os honorários maculados em uma situação em que não atua na defesa penal e outros casos de aquisição de bens ilícitos. Veja-se que, excluir o injusto deve ser uma exceção e não regra, operando, assim, sob uma ótica dogmática, considerações mais favoráveis à justificação⁴¹⁵.

O autor ainda faz uma interessante comparação sobre o crime de receptação, explicando que o advogado que recebe o honorário como "coisa", em especial em dinheiro em espécie obtido por meio de um crime patrimonial, responderá por receptação a princípio. Se o delito prévio fosse um crime de roubo, cumpriria-se ao mesmo tempo o tipo objetivo do crime de lavagem de dinheiro. Conclui Ambos, que optar pela solução do tipo nesse caso seria entrar em uma "contradição valorativa", na medida que teria que negar o tipo objetivo da lavagem de dinheiro, mas em contrapartida afirmar no crime de receptação. Com efeito, esclarece que "segundo a solução de justificação, se aceita sempre a equivalência típica do comportamento, e somente no plano da justificação se confronta a especial extensão do tipo da lavagem de dinheiro⁴¹⁶".

Ambos, opta pela "solução subjetivizada da justificação" e desenvolve uma explicação tanto sob o ponto de vista objetivo quanto subjetivo, quando se trata do conhecimento do

⁴¹³ HOMBRECHER, Lars. *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafverteidiger? Eine Untersuchung zur Anwendung des § 261 StGB auf das Honorar des Strafverteidigers*, Shaker Verlag, Aachen, 2001, p. 250 e ss.

⁴¹⁴ AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado...*, p. 48.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 40.

⁴¹⁶ AMBOS, Kai. *op. cit.*, p. 41.

advogado sobre os honorários ilícitos⁴¹⁷. Do âmbito objetivo se deleita o argumento sobre a ideia do interesse preponderante geral, aos que suscitam a preferência da proteção do direito de eleger seu defensor do que ao interesse de perseguir o advogado⁴¹⁸. Deste modo, a conduta será justificada pela prevalência deste direito sobre os honorários ilícitos, ainda que o advogado conhece desta proveniência ilícita, pois este conhecimento seria tão "inócua como o conhecimento de aquele que atua em legítima defesa de que com sua ação de defesa comete um fato penal típico⁴¹⁹".

O ponto de vista subjetivo vem à tona por meio da concepção de que o advogado está convencido - ou deve estar - da inocência e credibilidade do cliente. E tal convicção se dá pelo o momento da aceitação dos honorários - devendo ser feito um juízo *ex ante* -, na medida em que caso ele não reporte a origem ilícita, não será ele punido, mesmo que este conhecimento venha a ocorrer posteriormente do momento do recebimento. De qualquer modo, o conhecimento posterior da licitude dos honorários tem uma ligação direta sobre a condenação do acusado, ao passo que se ele for condenado, conclui-se que ele tenha pago o advogado por sua defesa com uma remuneração antijurídica, com exceção do caso de ele possuir capital limpo excedente em relação ao valor supostamente ilícito pago ao advogado⁴²⁰.

Segundo Ambos, caso o advogado saiba da origem ilícita dos honorários, a presunção de inocência e a credibilidade são rejeitadas frente à ele e cai por terra o fundamento da justificação. Sendo assim, o autor sugere que o advogado deve partir de uma base da culpabilidade de seu cliente no lugar da credibilidade e inocência. Afirma ainda que não se constitui um conhecimento seguro a representação provável da origem ilícita dos honorários e somente se rejeita a presunção de inocência quando haja o "saber seguro" acerca da culpabilidade do acusado⁴²¹.

Para que esse conhecimento seguro seja estabelecido há determinados limites que devem ser respeitados. Não se pode obter a informação da licitude dos fundos que provém os honorários por meio da violação das comunicações sigilosas entre advogado e cliente durante o curso do processo de defesa, afetando de maneira direta a defesa adequada do acusado. O

⁴¹⁷ AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado...*, p. 41.

⁴¹⁸ LENCKNER, em SCHÖNKE/SCHRÖDER, stGB, 26a ed., 2001, comentários prévios aos § §32 e ss., apud AMBOS, Kai. op. cit., p. 41.

⁴¹⁹ AMBOS, Kai. op. cit., p. 43.

⁴²⁰ Ibidem, p. 44.

⁴²¹ Ibidem, p. 46.

advogado defensor em juízo não pode ter um papel de policial encoberto sob o manto de uma profissão e virar um delator das autoridades competentes. Além disso, a presunção de boa-fé não pode ser obtida por meio da "ignorância deliberada"⁴²².

A "solução subjetivizada da justificação" se corresponde à solução do dolo, um vez que é por meio da boa-fé que se condiciona a justificação do advogado crucialmente no momento que ele aceita os honorários⁴²³.

Critica-se a teoria da justificação por ser uma teoria pouco clara. Segundo Georg Wirtz e Mateo G. Bermejo, não há limites e pressupostos claros nesta teoria e por isso seria preferível solucionar a questões dos honorários maculados por meio de uma ponderação direta dos interesses relacionados com a problemática⁴²⁴.

4.2.4. Jurisprudência

4.2.4.1. Brasil

4.2.4.1.1. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo - JTACrSP 70

Em suma, esse é o típico caso exaustivamente citado em diversos livros onde um taxista que levou o criminoso ao local do crime. Muito embora tenha ocorrido o transporte reiteradas vezes, decidiu o Tribunal em absolver o taxista acusado por cumplicidade nos roubos cometidos pelos autores. O Tribunal entendeu que restou provados apenas que o taxista "desconfiava" dos clientes delinquentes, contudo "não tinha plena consciência de que a sua finalidade fosse praticar assaltos"⁴²⁵.

Sua absolvição teve por embasamento principal a ausência de "vínculo psicológico" que, de forma subjetiva, o relacionasse com a conduta criminosa⁴²⁶.

⁴²² GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales: un apunte introductorio, en Política Criminal y Blanqueo de Capitales, Eds. Miguel ajo Fernández Silvina Bacigalupo, Marcial Pons, 2009, p. 224.

⁴²³ AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado...*, p. 48.

⁴²⁴ WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo. Honorarios de los abogados defensores de las causas penales y blanqueo de capitales desde una perspectiva europea: un mismo problema, una misma solución? In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11, 2007, p. 455.

⁴²⁵ BRASIL (São Paulo). Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. JTACrSP 70/199.

⁴²⁶ BRASIL (São Paulo). Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. JTACrSP 70/199.

4.2.4.1.1.1. Crítica

Conforme examinado, a teoria utilizada foi baseada na solução pelo dolo. A crítica é a mesma já mencionada pela opção do tipo subjetivo por meio da solução do dolo, apoiando a decisão em uma solução anímica sem antes analisar o tipo objetivo.

4.2.4.1.2. Seção Judiciária do Ceará 11a. Vara (Processo nº 2005.81.00.014586-0)

Diversos réus foram acusados de subtraírem uma quantia monetária substancial do Banco Central por meio de muitas ações. Para chegar ao cofre do banco foi utilizada a escavação subterrânea, o que demonstra a consulta de serviços especializados e, além disso, os delinquentes subtraíram notas que não estavam seriadas e conseguiram adentrar ao local sem soarem os alarmes, o que também denota a utilização de conhecimentos privilegiados para tanto⁴²⁷.

Dias antes do principal acusado ser detido pela polícia, foi realizada por ele uma compra de onze veículos de uma determinada empresa com pagamento em diversas notas de cinquenta reais. Vários pontos relevantes no trâmite foram analisados: o fato de ter realizado o pagamento de 980 mil reais dos veículos com notas de 50 reais, a não permanência no local para conclusão do negócio, entrega de valor superior ao devido e a não emissão de recibo⁴²⁸.

A sentença por fim decidiu condenar os revendedores por lavagem de dinheiro, baseando-se no tipo subjetivo, encontrando respaldo na teoria da cegueira deliberada para fundamentar a existência do dolo eventual⁴²⁹. Nas palavras do juiz:

recorde-se aqui, os conceitos de dolo eventual e a cegueira deliberada expostos anteriormente, sendo que, pelo exposto, convenço-me que o adquirente sabia que a origem do numerário utilizado era do furto ao Banco Central não sendo o caso dos irmãos (representantes da revendedora) que, ao que tudo indica, não possuíam tal percepção mas certamente sabiam ser de origem ilícita⁴³⁰.

Os condenados apelaram da sentença, que por sua vez foi reformada com seguinte o argumento:

2.4. Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos mediante o pagamento em espécie: a

⁴²⁷ BRASIL (Ceará). Justiça Federal., 11 Vara, Processo nº 2005.81.00.014586-0. Disponível em: <<https://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resconsproc.asp>>. Acesso em: 16 junho 2015.

⁴²⁸ Ibidem.

⁴²⁹ Ibidem.

⁴³⁰ Ibidem.

transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (willful blindness) nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente a responsabilidade penal objetiva, não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por eles recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não, a um dos delitos descritos na Lei 9.613/98. O inciso II do § 2o do art. 1o dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do § 2o.

Não há elementos suficientes em face da negociação usualmente realizada com veículos usados a indicar que houvesse dolo eventual quanto a conduta do artigo 1o, § 1o inciso II, da mesma lei; na verdade, talvez pudesse ser atribuída aos empresários a falta de maior diligência na negociação (culpa grave), mas não dolo, pois usualmente os negócios nessa área são realizados de maneira informal e com base em confiança construída nos contatos entre as partes.

É relevante a circunstância de que o furto foi realizado na madrugada de sexta para sábado; a venda dos veículos ocorreu na manhã de sábado. Ocorre que o crime só foi descoberto por ocasião do início do expediente bancário, na segunda-feira subsequente. Não há, portanto, como fazer a ilação de que os empresários deveriam supor que a vultosa quantia em cédulas de R\$ 50,00 poderia ser parte do produto do delito cometido contra a Autarquia⁴³¹.

Depreende-se que o tribunal absolveu os então condenados optando pela solução pelo tipo subjetivo, entendendo que não houve o dolo direto por meio dos representantes da revendedora por não terem o conhecimento da origem ilícita do dinheiro, sendo insuficiente para a condenação. Alega, outrossim, que o fato de receberem o pagamento em um valor alto por meio de notas de 50 reais, por si só, não perfaz o sentido delitivo de suas condutas. Outro argumento trazido à tona à favor dos acusados seria no tocante ao fato de que a revendedora de carros não tinha como atividade principal ou secundária a prática de lavagem de dinheiro.

4.2.4.2. Portugal

Até a presente data, o Supremo Tribunal de Justiça não "autonomizou" a problemática das ações neutras, no que se refere às condutas de âmbito profissional ou ainda das condutas cotidianas⁴³².

⁴³¹ BRASIL (Ceará). Justiça Federal., 11 Vara, Processo nº 2005.81.00.014586-0. Disponível em: <<https://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resconsproc.asp>>. Acesso em: 16 junho 2015.

⁴³² AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca, Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade, Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 580

Em sua tese de doutoramento sobre os comportamentos neutros na cumplicidade, o autor Francisco Manuel Fonseca de Aguilár afirma que, de maneira geral, "perante o Código de 1982", a jurisprudência se posiciona no sentido de que a cumplicidade constitui um:

crime de execução livre⁴³³, de não obstar à sua punição 'a circunstância de os actos por ele cometidos serem apenas preparatórios dos actos de execução praticados pelos restantes co-arguidos (autores)⁴³⁴, isto para além de considerar em geral e prevalentemente como suficiente para a condenação da própria tentativa o dolo eventual⁴³⁵, tudo isto podendo indicar uma recusa, no futuro, a qualquer tratamento de favor nesta matéria⁴³⁶.

4.2.4.3. Alemanha

4.2.4.3.1. Oberlandesgericht (OLG) de Hamburgo de 6 de janeiro de 2000: solução pelo tipo objetivo - interpretação conforme a constituição (*verfassungskonforme Reduktion*)

Um advogado foi contratado para defender uma mulher acusada por transportar um kilo de cocaína em seu veículo proveniente da Holanda para a cidade Colônia, na Alemanha, tendo sido intercedida por policiais durante o trajeto. A mulher estava diretamente relacionada a um traficante da região, que por sua vez contratou os serviços do advogado para defendê-la perante juízo. A promotoria entendeu que o pagamento antecipado ao advogado por seu serviço teria sido realizado por meio de dinheiro proveniente do tráfico, mais especificamente de uma venda ocorrida pouco tempo antes do ocorrido⁴³⁷.

A acusação pelo cometimento de lavagem de dinheiro contra o advogado formulada pela promotoria foi rejeitada pelo tribunal competente de Hamburgo (*Landgericht - LG*), pois julgaram insuficientes os indícios que o acusado teria atuado com dolo ou imprudência (diferente da legislação brasileira, a Alemanha prevê a lavagem por imprudência) relativamente sobre a origem ilícita dos honorários. Ou seja, a decisão se baseou no dolo,

⁴³³ Acórdãos de 3.11.1994 (CJSTJ, 1994, Ano II, TIII, 227) e de 10.12.1997 (MJ, 472, 1998, 116), apud AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca. *Dos comportamentos ditos neutros...*, p. 580.

⁴³⁴ V. Acórdão do STJ de 5.4.1995 (BMJ, 446, 1995, 7), apud AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca. op. cit., p. 580.

⁴³⁵ V. Acórdão do STJ de 14.6.1995 (CJSTJ, 1995, ANOIII, TII, 226), apud AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca. op. cit., p. 580.

⁴³⁶ V. Acórdão do STJ de 3.11.1994 (CJSTJ, 1994, Ano II, TIII, 227) e de 5.4.1995 (BMJ, 446, 1995, 7), apud AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca. op. cit., p. 581.

⁴³⁷ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Blanqueo de Capitales y Negocios Standards...*, p. 132.

diante da falta de provas acerca do conhecimento do advogado sobre a origem ilícita do valor recebida à título de honorários, tendo sido excluído, assim, o aspecto subjetivo do tipo.

A promotoria recorreu da decisão ao tribunal superior *Oberlandsgericht* - OLG de Hamburgo, que por sua vez rejeitou o pedido, confirmando a decisão do LG, mas utilizou-se de fundamentos distintos daquele tribunal, qual seja, a interpretação conforme a constituição (*verfassungskonforme Reduktion*), determinando que o recebimento de honorários pelo advogado seria inidônea em si mesma para a realização objetiva do tipo de lavagem de dinheiro⁴³⁸.

O Tribunal se posicionou por meio do entendimento que, ao criminalizar a conduta de recebimento de honorários maculados pelo advogado haveria uma violação de direitos reconhecidos constitucionalmente, como o direito ao livre exercício da profissão da advocacia e o direito ao acusado em escolher seu defensor. Esses direitos fundamentais se colidiriam com a finalidade do crime de lavagem, que seria isolar economicamente o criminoso lavador de capitais. O Tribunal foi claro em reconhecer esta condição apenas aos advogados que exercem a defesa penal, ficando excluídos as outras atividades cotidianas do profissional, como serviços de assessoramento. Ademais, argumentou que criminalizar a conduta de recebimento de honorários não contribui em nada ao combate a criminalidade que envolve a lavagem de dinheiro, pelo contrário, faz com que o delinquente tenha perdas econômicas pelo pagamento do serviço⁴³⁹.

No entendimento do Tribunal, a teoria da adequação social é inadequada para solucionar a questão, rechaçando a dificuldade para determinar o limite do que seria adequado ou inadequado, entendendo ser extremamente vaga.

Após destrinchar as restrições dos direitos fundamentais, o Tribunal parte para a análise se estas são consideradas "indôneas, proporcionadas e necessárias" para que se faça valer as finalidades da lei da lavagem de capitais. Entende, portanto, haver idoneidade, uma vez que a lei de lavagem de capitais se mostra essencial ao combate à criminalidade organizada. Contudo, ao examinar os critérios da proporcionalidade "em sentido estrito" e da "necessidade", o mesmo pensamento não se verifica devido ao alargamento do artigo 261, StGB, o qual persegue penalmente condutas que de primeira instância são consideradas idôneas e que pouco contribuem para combater às organizações criminosas. Desse modo, aduz que o pagamento de honorários não se mostra eficiente para combater a lavagem e sequer a

⁴³⁸ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Blanqueo de Capitales y Negocios Standards...*, p. 133.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 135 e 136.

criminalidade organizada, e vai além, ao afirmar que na realidade o pagamento do acusado constitui um ônus e não contribui com seu escopo de lucro. Entretanto, afirma que o cenário muda, sendo perfeitamente cabível a punibilidade pelo crime de lavagem no caso de contratos simulados feitos pelo advogado⁴⁴⁰.

O Tribunal conclui que, de modo geral, o recebimento de honorários manchados não pode ser compreendido objetivamente pelo crime de lavagem de dinheiro. Contudo, algumas ponderações devem ser feitas diante destes argumentos apresentados, cabendo duas situações de exceção. O próprio tribunal alega que, em casos de que a vítima do delito anterior é identificada (pagamento do advogado por meio de dinheiro obtido pelo resgate de um sequestro) a conduta do advogado pode ser objetivamente delitativa, uma vez que de forma direta contribui para o empobrecimento da vítima, violando direitos constitucionais⁴⁴¹. O segundo caso seria quando o advogado agir de forma manipulativa no processo, modificando o objeto do processo em favor de seu cliente, prejudicando, assim, a administração da justiça⁴⁴².

Desse modo conclui o Tribunal que, excluindo as exceções acima, deve-se recorrer à solução da problemática por meio da redução conforme a Constituição.

No ano seguinte, em 2001, o Tribunal Federal Supremo se pronunciou de modo a rechaçar os argumentos do OLG, aduzindo que "segundo o teor literal do 261, inciso 2, do Código Penal, não se exclui o advogado criminalista nem como autor e sequer seus honorários como objeto do tipo penal de lavagem de dinheiro⁴⁴³". De acordo com os julgadores, não há violação constitucional do acusado e do seu advogado nessa situação e sequer a relação entre ambos é considerada violada de forma significativa. Argumentou-se que, uma lei pode violar um direito somente se tem a intenção, ou ao menos possui a tendência para regular uma determinada profissão, o que não ocorre neste caso, pois a lei de lavagem de capitais está voltada para todas as pessoas que estão em contato com o objeto incriminado, não caracterizando assim essa tendência. Desse modo, julgou-se que não houve violação do livre exercício profissional do advogado. Já no tocante à livre escolha do acusado

⁴⁴⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez, *Advocacia e Lavagem de Dinheiro...*, p. 181.

⁴⁴¹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Blanqueo de Capitales y Negocios Standards...*, p. 136.

⁴⁴² RIOS, Rodrigo Sánchez. op. cit., p. 182.

⁴⁴³ Tribunal Supremo Federal (Bundesgerichtshof), BGHS (Coleção oficial), t. 47, 68 = Neue Juristische Wochenschrift, NJW, 2001, 2891 = JZ, 2002, 102, apud AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado...*, p. 8. Análise detalhada em BLANCO-CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo...*, p. 617-622.

obre seu defensor, rechaça o BGH que este direito não contempla os indivíduos que escolhem seus defensores para realizar o pagamento por meio de dinheiro obtido de forma ilegal⁴⁴⁴.

4.2.4.3.1.1. Críticas

Ao utilizar a interpretação conforme a constituição no caso em comento, uma nova interpretação do tipo penal da lavagem foi criada pelo juiz, mas esse papel não cabe aos julgadores e sim exclusivamente ao legislador. O caminho adequado nesse caso concreto seria entrar com um recurso de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional e não criar um novo direito⁴⁴⁵.

Ora, se a utilização dessa teoria se dá pela melhor interpretação do texto constitucional, então a forma pela qual foi utilizada, de maneira a criar um novo direito, vai exatamente contra uma interpretação conforme a constituição por ser contrária aos métodos interpretativos e ao que determina o texto constitucional⁴⁴⁶.

4.2.4.3.2. Sentença do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht* - BVerfG) de 30 de março de 2004: solução pelo tipo subjetivo - dolo (Vorsatzlösungen)

A sentença do Tribunal Constitucional alemão de 30 de março de 2004 é de extrema valia, porque tornou-se um referencial e paradigma sobre o tema para as decisões seguintes. Para o Tribunal Constitucional Alemão, o advogado pode se configurar perfeitamente como sujeito ativo do delito de lavagem, assim é sujeito idôneo ao crime de lavagem qualquer outro profissional que por sua atividade intervenha na economia⁴⁴⁷.

O BVerfG decidiu por adotar o tipo subjetivo para solucionar a questão, determinando que os advogados os quais podem ser condenados por recebimento de honorários maculados são apenas aqueles que sabem da origem ilícita, ficando impunes os que agem com dolo eventual ou por imprudência⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ BUSSENIUS, Anne, Anne Bussenius, *Money Laundering by Defence Counsel – The Decision of the Federal Constitutional Court*, 5 German Law Journal, 2004, p. 1047 e 1048. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=490>>. Acesso em: 20 junho 2015.

⁴⁴⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*, p. 616.

⁴⁴⁶ Ibidem, p. 616.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 622.

⁴⁴⁸ BVerfG NJW, 2004, S. 1305, apud BUSSENIUS, Anne, Geldwäsche und Strafverteidigerhonorar, Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger e. V, 27, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2004, p. 188.

Aduz o BVerfG que o tipo do delito de lavagem do artigo 261, II, n.1 do StGB, o qual prevê o risco de ser castigado penalmente por lavagem de dinheiro o advogado que recebe honorários maculados fere direitos fundamentais, sendo eles: o direito a livre eleição do advogado, ampla defesa e o livre exercício da profissão. E não se refere somente à relação advogado-cliente, sobre a quebra da relação de confiança entre eles e o sigilo que deve ser mantido, mas afeta diretamente a administração da justiça, uma vez que o advogado é parte dela e é instrumento crucial para a realização de uma defesa efetiva⁴⁴⁹.

Outro importante ponto levantado pelo Tribunal seria sobre o conflito de interesses existente entre advogado e cliente. Isto porque, o advogado, ao aceitar a defesa de um cliente, além de defender os interesses deste deve prezar pelo seu próprio interesse, porque corre o risco de sofrer uma persecução penal e isso afeta diretamente o desenvolvimento do seu trabalho, que deve ser realizado de forma livre e independente. A crítica do BVerfG foi acertada, pois, imagine que durante a defesa criminal, o advogado, por indícios julgados por suficientes pela promotoria, passa a ser perseguido penalmente e prejudicando o seu assessoramento jurídico. Assim, de certa forma, conforme menciona Blanco Cordero, "as autoridades podem influir de forma indireta sobre a relação da defesa"⁴⁵⁰.

Tal ameaça de perseguição ao advogado não pode ser motivo de que ele deixe de aceitar ser defensor de um indivíduo acusado e que este tenha que buscar um advogado de ofício. Este último, como se sabe, somente é requisitado quando o acusado não possui recursos financeiros suficientes para contratar um defensor. Além disso, perseguir um advogado por receber honorários maculados não contribui com o fim que legislador busca combater⁴⁵¹.

Pois bem, os riscos gerados pelo tipo penal da lavagem não se procedem somente sobre a relação advogado-cliente, ou seja, de tipo objetivo, mas também ocorre no âmbito do tipo penal subjetivo. O Tribunal entendeu que uma interpretação do 261, II, n. 1, a qual confronta o livre exercício profissional, não está justificada constitucionalmente. Não cumpre, desse modo, com as exigências da necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e da idoneidade. Admite os julgadores que o tipo penal da lavagem é necessário para lutar contra o

⁴⁴⁹ BUSSENIUS, Anne. *Geldwäsche und Strafverteidigerhonorar...*, p. 623.

⁴⁵⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*, p. 624.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 626.

rime organizado, contudo, criminalizar o recebimento de honorários maculados é uma medida excessiva e não socorre a finalidade do legislador, sendo, na verdade, um prejuízo a defesa⁴⁵².

Por outro lado afirma o BVerfG, que o tipo penal do 261, II, n. 1 pode ser objeto de uma interpretação restritiva conforme a constituição no que tange ao pagamento de honorários maculados ou a antecipação do pagamento, quando o advogado, no momento em que recebe os honorários, saiba seguramente da procedência ilícita destes.

Isto porque, o 261, II, n. 1 não possui uma descrição sobre os quesitos que "deve reunir o atuar doloso", não contraditando o teor literal do preceito⁴⁵³.

A partir dessa decisão de proceder a uma limitação ao tipo subjetivo, podendo ser castigados os advogados que sabem da origem ilícita dos honorários, nos deparamos com a questão de provar a presença do tipo subjetivo, que enfrenta dificuldades especialmente na fase investigativa. Assim, o Tribunal se declinou ao entimento de que, o fato do advogado aceitar defender uma pessoa acusada de ter cometido um dos delitos catalogados como delito antecedente, não é suficiente para concluir que há indícios de que tenha cometido lavagem de dinheiro. Deve-se ter por base indícios concretos e "pontos de apoio baseados em circunstâncias objetivas" que permitem assegurar que o advogado atuou com má fé, mencionando que um desses pontos de apoio poderia ser a quantidade de honorários recebidos e forma em que foi paga. Quanto aos indícios subjetivos, podem ser estes apurados pela "quantia extraordinária dos honorários ou a classe ou forma de pagamentos destes honorários⁴⁵⁴".

4.2.4.3.2.1. Críticas

A doutrina critica alguns pontos dessa decisão do BVerfG, afirmando que o embasamento pela opção do tipo subjetivo não foi baseada em critérios convincentes. O Tribunal não apresentou elementos concretos para concluir acerca do conhecimento advogado sobre a origem ilícita, especialmente quando menciona o argumento da diferenciação da quantidade de honorários recebidos, fazendo com que a doutrina indague sobre o advogado que recebe maior quantidade daquele que recebe menos, pode ter maior conhecimento da

⁴⁵² BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo...*, p. 626.

⁴⁵³ BUSSENIUS, Anne. *Money Laundering...*, p. 1049 e ss.

⁴⁵⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *op. cit.*, p. 627.

origem ilícita do capital. Além disso, nos deparamos com um vazio do conceito sobre o que seria um pagamento apropriado para um advogado defensor⁴⁵⁵.

Outra crítica se apóia no fato de que o mero conhecimento do advogado sobre a ilicitude do dinheiro não quer dizer que ele deva ser punido. E, ainda, ao indagar se a lei decidiu por excluir do tipo penal da lavagem os advogados que recebem honorários maculados, suscitou o BVerfG de forma inconsistente, que o legislador decidiu por não adotar exceções na lei de lavagem⁴⁵⁶.

O Tribunal alega, outrossim, a impossibilidade de realizar uma redução teleológica dos requisitos objetivos do tipo por conta da indeterminação dos bens tutelados pelo crime de lavagem. Entretanto, é exatamente em situações que uma lei é vaga que se demanda a aplicação do critério da redução teleológica do tipo⁴⁵⁷.

Por fim, o Tribunal julgou que uma "isenção total" do advogado contraria o teor literal do crime, mas o próprio critério da restrição do tipo subjetivo adotado pelo BVerfG se contradiz, uma vez que o delito não possui nenhuma restrição para o advogado sob um âmbito de tipo subjetivo, podendo ser condenado inclusive por imprudência de acordo com o artigo 261, n.5⁴⁵⁸. Nesse sentido, o Tribunal interpretou a vontade do legislador por meio de um desejo hipotético ao admitir ser possível uma restrição do tipo subjetivo⁴⁵⁹. Assim, da mesma forma que o BVerfG interpretou a vontade do legislador em restringir o tipo subjetivo apenas ao dolo direto, poderia também interpretar uma isenção total em favor do advogado defensor⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ BUSSENIUS, Anne. *Money Laundering* ..., p. 1053 e ss.

⁴⁵⁶ Ibidem, p. 1054.

⁴⁵⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo*..., p. 629.

⁴⁵⁸ BUSSENIUS, Anne. *Geldwäsche und Strafverteidigerhonorar*..., p. 191.

⁴⁵⁹ BLANCO CORDERO, op. cit., p. 630.

⁴⁶⁰ BUSSENIUS, Anne. *Geldwäsche und Strafverteidigerhonorar* ..., p. 189-191.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho permite trazer as seguintes sínteses conclusivas:

1. O crime de lavagem de dinheiro é praticamente um crime perseguido por todos os países do globo e encontra-se presente em muitos códigos penais mundiais. Contudo, ao se realizar uma análise sobre a consequência da lavagem na economia em números, nos deparamos com uma deficiência de dados concretos. As informações existentes nos levam tanto para dados positivos, em que a lavagem não afeta substancialmente o mercado, mas em contrapartida também há argumentos que tencionam apontar a lavagem como algo extremamente prejudicial do ponto de vista econômico. Esta instabilidade de informação nos permite concluir que a lavagem pode afetar a economia (no caso do não pagamento de taxas e impostos por exemplo), mas não é sempre que ela ocorrerá, pois muitas vezes o lavador possui o interesse de "tornar legal" o dinheiro sujo e assim não deixa de contribuir com todas os impostos obrigatórios, além da injeção de determinada quantidade de dinheiro ser capaz de "esquentar" a economia e se a quantidade for muito ínfima.

2. Para poder opinar melhor sobre as consequências que a lavagem de dinheiro pode trazer, devemos nos posicionar sobre qual seria o bem jurídico a ser tutelado pelo crime em comento. A partir do estudo realizado no presente trabalho, entendemos que o crime afeta a administração da justiça. Essa proposta é capaz de justificar a uniformidade das penas dos crimes anteriores ainda que os bens jurídicos sejam diferentes, pois o funcionamento da administração da justiça será afetado de igual forma. Para melhor embasamento deste posicionamento, nos remetemos ao exemplo de Badaró e Pierpaolo Bottini, sobre uma situação em que um indivíduo rouba um banco e com esse dinheiro compra um barco. Se a compra do barco for feita diretamente, configuraria-se, então, um mero exaurimento do crime. Caso o criminoso não o faça de maneira direta, mas deposite o dinheiro na conta de um terceiro e, a partir daí, compra o barco, então estaria configurado o crime de lavagem. Nota-se que o barco foi comprado em condições de preço de mercado, o que não afetaria a economia. Na segunda hipótese de lavagem de dinheiro, houve a ocultação, o mascaramento, ou seja, o funcionamento da justiça restou prejudicado diante da intenção de ocultar a origem do bem ilícito.

3. A Lei de Lavagem de Dinheiro brasileira nº 9.613/98 trouxe deveres específicos

administrativos para as pessoas que classifica como agentes sensíveis decorrentes de determinadas funções e atividades. Embora não haja a menção expressa do advogado na lei, podemos observar que a lei aponta serviços de consultoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, o que nos permite concluir que os serviços jurídicos foram deste modo incluídos nessa previsão. A partir dessa determinação do advogado no papel da política de prevenção de combate ao crime de lavagem de dinheiro, surgem diversas indagações: Uma vez que a lei é omissa, quais seriam os advogados que estariam incluídos nestas obrigações? Os advogados passariam a assumir o dever de garante? Como ficariam referidas obrigações em contraposição e violação ao sigilo profissional?

Para solucionar a problemática, nos baseamos no conteúdo Diretiva 2001/97/CE, que, em seu 6, determina que os advogados os quais estão incumbidos das obrigações administrativas junto aos órgãos fiscalizadores sobre seus clientes seriam apenas aqueles que estejam prestando serviço de consultoria jurídica, excluindo, expressamente, os profissionais forenses que exercem a defesa de um cliente diante de um processo litigioso, em juízo, e aquele que esteja com a missão de determinar a situação jurídica do cliente. No mesmo sentido, manifesta o GAFI, pois a Nota Interpretativa da Recomendação 23 é clara ao estabelecer que aos advogados e profissionais jurídicos independentes, bem como contadores e tabeliães, não será exigida a comunicação de operações suspeitas se tiverem sido obtidas em circunstâncias em que estiverem sujeitos a segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal.

A lei portuguesa retrata o mesmo conteúdo disposto nas normas da União Europeia (Diretivas do Parlamento e Conselho Europeu), além das disposições do GAFI, conforme anteriormente estudadas. Assim, o advogado que age com atos próprios da advocacia não está sujeito à obrigatoriedade de delação.

Surge também a indagação sobre o que vem a ser "determinar a posição jurídica"? Nesse passo, entendemos que seria o momento prévio ao contencioso, um assessoramento com o fim de orientar se determinado caso pode derivar um conflito judicial ou até mesmo aconselhamento para evitar o litígio.

Muito embora a Lei de Lavagem de Capitais brasileira seja recente, merecida crítica deve ser feita ao atraso em que a legislação brasileira encontra-se em relação às normativas internacionais que pautam o tema. Consoante analisamos, a questão de quais seriam os advogados submetidos às obrigações administrativas, sobretudo sobre o dever de comunicar,

encontram-se presentes e esclarecidas nas Recomendações do GAFI, nas Diretivas do Parlamento, na legislação espanhol e portuguesa, por exemplo.

O Brasil deve-se atentar à essa deficiência legislativa, além da necessidade de um posicionamento da Ordem dos Advogados do Brasil para que a questão seja superada, evitando-se futuro litígios desnecessários.

Temos o segredo profissional previsto nas diversas Constituições, além de estar determinada nos Estatuto dos Advogados. Desse modo, podemos considerar esse dever de comunicação uma afronta ao princípio do *nemo tenetur* e a violação dos direitos e garantias no devido processo legal. E, se pensarmos que a relação entre o advogado e seu cliente pauta-se pela confiança e confidencialidade, de modo que comunicar as atividades - ainda que suspeitas - de seus clientes seria uma ruptura desse elemento essencial que recobre a relação advogado-cliente.

Alinhando-se ao que é pregado pelas Diretivas da União Europeia previamente analisadas, entendemos que estão protegidos os advogado que utilizam de seus conhecimento técnicos na defesa de direitos e garantia do devido processo legal, sustentando a tese de que apenas serão isentos do dever de comunicação os advogados que estejam atuando em juízo na defesa de seu cliente e aqueles que exercem um papel de consultoria sobre uma concreta situação jurídica vinculada a um processo judicial, como, por exemplo, aquele que orienta a possibilidade de se realizar uma reparação de dano, suspensão condicional do processo, confissão.

Entretanto, aos serviços jurídicos em que o advogado agiria como um gestor de bens ou administrador de negócios (como se ele fosse uma espécie de agente de negócios, consultor financeiro ou jurista de uma empresa, priorizando assim apenas os interesses do cliente), tal exigência seria legítima, pois, como sabemos, o segredo profissional não é absoluto e deve ser flexibilizado diante de um interesse maior. Entendemos que o sigilo profissional pode ser quebrado quando há um interesse social proeminente. Adota-se o princípio da prevalência do interesse preponderante, sendo permitida também em situações em que seja imprescindível o depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos. Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência entendem que o a proteção da boa administração da justiça prevalece ao clima de confiança e a proteção do consumidor de serviços financeiros.

4. Relativamente sobre a questão do advogado adotar uma posição de garante ou não, determina a lei brasileira que o dever de garante deve ser previsto por lei. No caso da lei de lavagem de dinheiro brasileira, somente é determinado o dever de identificação de clientes e manutenção de registros, dever de comunicação de operações financeiras suspeitas (artigo 10 da lei 9.613/98), além do dever de *compliance*. A supracitada lei não menciona expressamente em momento algum sobre evitar atos de lavagem de dinheiro. Desse modo, o descumprimento das obrigações previstas não caracteriza uma omissão imprópria e sequer confere ao advogado o dever de garante nesse caso (13, § 2º, a, do Código Penal brasileiro). Já uma segunda situação (13, § 2º, b) determina a assunção da responsabilidade de impedir o resultado. Ao garante deve ser determinado o seu alcance de dever de diligência e delineadas as medidas concretas que o próprio deve seguir para que o bem jurídico não seja violado. Em Portugal, para que respondam como garantês, os advogados, consoante as lições de Figueiredo Dias, devem conhecer a situação típica e agir de forma consciente e voluntária, de modo que sua omissão tenha o ânimo de realizar o tipo objetivo.

5. As ações neutras são aquelas que geralmente são executadas de acordo com um rol social, por meio de ações cotidianas que contribuem a um fato ilícito, mas que não são, à primeira vista, puníveis. O objetivo do presente trabalho foi analisar as condutas consideradas neutras dos advogados por meio do recebimento de honorários maculados, quando defendem clientes acusados de lavagem de dinheiro.

Vejamos que esse tema remete reflexões às concepções dogmáticas da teoria do delito no que concerne à questão da punibilidade das ações neutras serem resolvidas no plano do tipo, da antijuridicidade ou da culpabilidade. E a doutrina majoritária se alinha ao apontar que este seria um problema no plano do tipo, ou seja, as teorias em sua maioria propõem a exclusão a tipicidade da conduta do auxílio, passando a não ser considerada uma cumplicidade punível. Nessa esteira, os esforços dogmáticos se dividiram em caminhos diferentes no plano do tipo, uma vez que há diversas teorias construídas para resolver a problemática das ações neutras no tipo objetivo, outras no plano do tipo subjetivo e outras utilizaram as teorias consideradas mistas, por optarem por ambos os tipos.

Entendemos ser este um problema a ser resolvido no plano do tipo objetivo, por meio da imputação objetiva, pois não havendo a imputação ao autor pelo seu resultado, ou seja, excluindo-se o tipo objetivo sequer chega a ser analisado o tipo subjetivo. É importante

salientar que a interpretação do valor delitivo da desaprovação de uma conduta se dá pela análise harmônica entre o objetivo e o subjetivo e, sendo assim, as críticas voltadas para o plano subjetivo não tencionam excluir a importância do tipo subjetivo. Na realidade, a crítica principal se volta ao fato de se adotar de primeira instância um julgamento por meio de uma perspectiva subjetiva, o que designaria um "defeito metodológico".

No que concerne a dar ao tipo subjetivo a missão de resolver o problema da cumplicidade, tal escolha equivale a apoiar a resposta em uma disposição anímica e deixar de focar em elementos exteriores, os quais conseqüentemente são objetivamente verificáveis sobre o limite entre o permitido e o proibido

Quanto às diversas teorias objetivas apresentadas no presente trabalho, não podemos apontar que uma seja mais correta ou adequada que a outra, dependendo da análise de cada caso concreto. Desse modo, observamos que os Tribunais foram bem distintos em suas escolhas para deixar de punir a conduta neutra do advogado, optando ora pelo tipo subjetivo, ora pela justificação e teorias do tipo objetivo.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Carlos Pinto de. "Branqueamento de capitais – a experiência portuguesa e algumas questões suscitadas pela proposta da 3ª Directiva". Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=112457&idsc=9562&ida=27503>

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca, Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade, Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4a ed., Universidade Católica Editora, 2011,

ALLDRIGDE, Peter, Money Laundering and Globalization. In: Journal of Law and Society, volume 35, número 4, dezembro, 2008, p. 458.

ALVES, Adalberto. História breve da advocacia em Portugal, CTT Correios de Portugal, 2003.

AMBOS, Kai. La aceptación por el abogado defensor de honorarios "maculados". In: Lavado de Dinero, Cuadernos de Conferencias y Artículos n. 33, Universidad Externado de Colombia, 2004,

_____. La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. In: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2a época, n. 8, 2001

ARNAUT, António. Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado, 14a ed., Coimbra Editora, 2012.

_____. Iniciação à Advocacia. História Deontológica: Questões Práticas, 11a ed., Coimbra Editora, 2011

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: Aspectos penais e processuais, comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12. 683/2012, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

BAKER, Raymond W., The scale of the global financial structure facilitating money laundering. In: Research Handbook on Money Laundering, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, 2013.

BAJO, Miguel. El Desatinado Delito de Blanqueo de Capitales. In: Política Criminal y Blanqueo de Capitales, Eds. Miguel Bajo Fernández Silvina Bacigalupo, Marcial Pons, 2009.

BAJO, Miguel e BACIGALUPO, Silvina, Las medidas administrativas y penales para la prevención del blanqueo de capitales. In: Política Criminal y Blanqueo de Capitales, Eds. Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo, Marcial Pons, 2009.

BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas, 4^a ed., Revista dos Tribunais, 2013.

BARTON, Stephan. Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB); *Strafverteidiger - StV* 1993.

BEXIGA, Valério. Manual de Deontologia Forense, 2003.

BITTENCOURT, Cézar Roberto, Cézar,; MONTEIRO, Luciana de Oliveira, Lavagem de Dinheiro segundo a legislação atual. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas, RBCCRIM 102, 2013.

BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, 3^a ed. Thomson Reuters, 2012.

_____. Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito, Comares, 2001.

_____. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales, ADPCP, Vol. L, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo. Advogacia e Lavagem, 2014. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/48>>.

BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. Derecho Penal Económico Parte General, Valencia, Tirant lo blanch libros, 1998.

BUSSENIUS, Anne. *Money Laundering by Defence Counsel – The Decision of the Federal Constitutional Court*. In: 5 German Law Journal, 2004. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11 &artID=490>>.

_____. Geldwäsche und Strafverteidigerhonorar, Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger e. V, 27, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2004.

BRETTL, Jakub, Measuring money laundering threat. In: Research Handbook on Money Laundering, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, 2013.

CAEIRO, Pedro. A decisão-quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação da punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade oportunidade de uma reforma legislativa. In: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume III, Coimbra Editora.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro, São Paulo, Ed. Atlas, 2014, p. 6.

CANAS, Vitalino. O crime de branqueamento: regime de prevenção e repressão, Almedina, 2004,

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7a ed, Almedina, 2003.

CAPPA, Ermanno; CERQUE, Luigi Domenico, Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le nome di contrasto, prefazione di Anna Maria Tarantola, Giuffrè Editore, 2012.

CAPUTO, Fernando. O advogado e sua função social. Atualizado em 31 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/22046/artigo-o-advogado-e-sua-funcao-social>>.

CASTILHO, Ela Wiecko V., Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47, março-abril, 214, ano 12, Ed. Revista dos Tribunais.

CHAVES, Daiane. A complexidade do papel do advogado na luta contra o branqueamento de capitais (mandamentos da directiva comunitária e crise a relação cliente/advogado em razão do sigilo profissional). In: Lavagem de Dinheiro e Injusto Penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira, juruá editora, Curitiba, 2000.

COCA VILA, Ivó. El abogado frente al blanqueo de capitales: Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia, in InDret Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Outubro, 2013.

COFFEE, Jr. John C., The Attorney as Gatekeeper: An Agenda for the SEC 103, *Columbia Law Review* 1293, 2003.

CÓRDOBA RODA, Juan. Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales, Colección Monografías jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 2006.

COSTA ANDRADE, Manuel da. Direito Penal Médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo, Coimbra Editora, 2004.

COSTA, Orlando Guedes. Direito Profissional do Advogado: Noções elementares, 7a ed., Almedina, 2010.

DIAS, Fernando Gardinali Caetano, Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCRIM, ano 22, 110, setembro-outubro, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial, Tomo I, artigos 131 a 201, 2a ed., Coimbra Editora, 2012.

_____. Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais: A doutrina geral do crime, 2a ed., Coimbra Editora, 2007

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena, 1a reimpressão, Coimbra Editora, 2013

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Recepción de las propuestas del GAFI de las Directivas Europeas sobre el blanqueo de capitales en el derecho español. In: *Política Criminal y Blanqueo de Capitales*, Eds. Miguel Bajo Fernández Silvina Bacigalupo, Marcial Pons, 2009, p. 39.

DUYNE, Petrus C. van, Crime money and financial conduct. In: *Research Handbook on Money Laundering*, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, 2013.

ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. "Alterações na legislação de combate à lavagem: primeiras impressões". In: *Boletim IBCCRIM* ano 20, n. 237, agosto, 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>>.

FARIA COSTA, José de. O branqueamento de capitais (algumas reflexões a luz do direito penal e da política criminal). In: *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume II, Coimbra Editora, 1999, p. 303.

FERWERDA, Joras. The effects of money laundering. In: *Research Handbook on Money Laundering*, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, 2013,

FILHO, Willis Guerra Santiago, Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. In: *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, coordenação por Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva, 2ª ed., Quartier Latin, São Paulo, 2008.

FREELAND, Deborah M. Hussey. What is a lawyer? A reconstruction of the lawyer as an officer of the court,. In: 31 *St. Louis U. Pub. L. Rev.* 425, Saint Louis University Public Law Review, 2012.

FRISCH, Wolfgang, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg : Müller, Jur. Verl., 1988.

GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel, Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de lavado de capitales. In: 27, *Derecho Penal y Criminología* 63, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "El rol del Abogado frente al Blanqueo de Capitales: Garante del Estado o defensor del cliente? In: *Boletim IBCCRIM* ano 20, n. 237, agosto, 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>>.

_____. El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales: un apunte introductorio,. In: *Política Criminal y Blanqueo de Capitales*, Eds. Miguel ajo Fernández Silvina Bacigalupo, Marcial Pons, 2009.

GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Blanqueo de Capitales y Abogacía: Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva. In: *InDret: Revista para el Análisi del Derecho*, Barcelona, 2008.

GRANDIS, Rodrigo de. "Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de 'lavagem' de dinheiro". In: Boletim IBCCRIM ano 20, n. 237, agosto, 2012, p. 9. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>>.

GRECO, Luís. Cumplicidade através de Ações Neutras: A imputação objetiva na participação, Renovar, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal, 9a ed., Ed. Saraiva, 2012.

GREEN, Bruce A., The lawyer's role in a contemporary democracy. In: 77 Fordham L. Rev. 1229, Fordham Law Review, March, 2009.

HASAN, Ahmed, Banks and financial institutions are considered to be the most targeted organizations by money launderers and terrorist groups, in efforts to hide their identities and conceal the sources of their illegitimate funds. Anti-Money Laundering under Iraqi Law. In: A.T Law Update, 269, 2, Westlaw International, 2014.

HASSEMER, Professionelle Adäquanz, Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung. In: wistra 1995.

HOMBRECHER, Lars. Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafverteidiger? Eine Untersuchung zur Anwendung des § 261 StGB auf das Honorar des Strafverteidigers, Shaker Verlag, Aachen, 2001.

JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en el derecho penal, Editorial Ad hoc, Buenos Aires, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal: Parte General, Traducción de Miguel Olmedo Cadernete, Quinta Edición, corregida y ampliada, Comares, Granada, 2002.

KINDHÄUSER, Urs, Sobre o conceito de auxílio no Direito Penal (Zur Begriff der Beihilfe. In: Dannecker Gerard (org.), Festschrift für Harro Otto, Köln, Hermanns, 2007), Traduzido por Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCRIM, ano 22, 108, maio-junho, Revista dos Tribunais, 2014.

KOMMER, Victor van, Cash economy, measuring the tax gap from the tax administrative perspective. In: Research Handbook on Money Laundering, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, 2013.

KRAAKMAN, Reinier H., Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls. In: 93 Yale L.J. 857, 1984.

LEVI, Michael; REUTER, Peter. Money Laundering, The University of Chicago, 2006.

MELLO, Marco Aurélio, Liberdade de expressão, dignidade humana e Estado Democrático de Direito, in Tratado Luso-Brasileiro de Dignidade Humana, coordenação Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva, 2a ed, Quartier Latin, São Paulo, 2008.

MCCARTHY, Killian J., Why do some states tolerate money laundering? On the competition for illegal money. In: Research Handbook on Money Laundering, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, Research Handbook on Money Laundering, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, 2013.

MARTINELLI, João Paulo Orsini, Lavagem de Dinheiro: uma análise crítica do bem jurídico, Ed. In House, 2011.

MASCIANDARO, Donato, Money laundering and its effects on crime: a macroeconomic approach. In: Research Handbook on Money Laundering, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde, 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro, Atlas, 2006.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General, 9a ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2011.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sibr eun bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la 'participación' en el delito. In: Política Criminal y Blanqueo de Capitales, Eds. Miguel Bajo Fernández Silvina Bacigalupo, Marcial Pons, 2009.

NAGAN, Winston P., Layers Role, Identity, and professional responsibility in an age of globalism. In: 13 Fla. J. Int'l L. 131, 2001 Florida Journal of International Law Florida Journal of International Law, Spring, 2001.

NALINI, José Renato. Ética geral e profissional [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, João Gualberto de. Segredo Profissional do Advogado, Primeiro Protetor da Justiça, Scientia Jvridica, ano 14, 1965.

OTTO, Harro. Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens. In: JZ 2001.

_____. „Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe. In: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70 Geburtstag, München, 1998.

PÉREZ-MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: El ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. In: Política criminal y blanqueo de capitales, Miguel Bajo Fernández Silvina Bacigalupo, Marcial Pons, 2009.

PIPPEL, Christoph. "The Lawyer as Gatekeeper: Is There a Need for a Whistleblowing Securities Lawyer? Recent Developments in the US and Australia. In: Bond Law Review: Vol. 16: Iss. 2, Article 4, 2004.

PODVAL, Roberto. Branqueamento de capitais na ótica da administração da justiça. Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Criminais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação do Professor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, 2001.

PRADO, Luís Regis. Direito Penal Económico, 6^a ed., Revista dos Tribunais, 2014.

QUIRK, Peter J., Money Laundering: Muddying Macroeconomy, p. 7-9. Disponível em: <<http://mcta.org.au/wp-content/uploads/2014/06/IMF-money-laundering.pdf>>.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon, Blanqueo de Capitales y Negocios Standards: Com especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo. In: Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial, Dir. Jesús-María Silva Sánchez, Marcial Pons, 2003.

RAZZANTE, Ranieri, Ill riciclaggio nella giurisprudenza: normativa e prassi applicative, Giuffrè Editore, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal: Parte Geral, 3a. ed., Coimbra Editora, 2009.

RIBEIRO, Vinício. Código de Processo Penal: Notas e comentários, Adenda com 20a alteração do Código de Processo Penal (Lei n. 20/2013 de 21 de fevereiro), 2a ed., Coimbra Editora, 2013.

RIOS, Rodrigo Sánchez, Advocacia e Lavagem de Dinheiro: Questões de Dogmática jurídico-penal e de Política Criminal, GVlaw, Saraiva, 2010.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos: Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito. In: Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial, dir. JesúsMaría Silva Sánchez, Marcial Pons, 2003.

ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal. Tradução e introdução por Francisco Muñoz Conde, 2a ed., 1a impressão, Ed. Hammurabi, 2002.

_____. Derecho Penal: Parte General, Tomo I, Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito, Traducción y Notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, 2a ed., Civitas, 2000.

_____. La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal, Tradução de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

_____. Acerca del fundamento penal de la participación, La teoría del delito: en la discusión actual, Tradução de Manuel Abanto Vázquez, Ed. Grijley, 2007.

_____. Las formas de participación en el delito: El estado actual de la discusión, em La teoría del delito: en la discusión actual, Tradução de Manuel Abanto Vásquez, Ed. Grijley, 2007.

_____. Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, C.H.BECK, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La expansión de Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Segunda Edição, Civitas, 2001.

_____. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho Español, en Silva Sánchez (coord. ed. española), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal, Libro-homenaje a Claus Roxin, /barcelona, 1995.

SCHILD TRAPPE, Grace Maria Luise. Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft, Verlag Stämpfli+Cie AG Bern, 1995.

SCHLOENHARDT, Andreas, Taming the Triads: Organizaed Crime Offences in PR China, Hong Kong, and Macau, em Hong Kong Law Journal, 38 HKLJ 645, 2008.

SHUQAIR, Razan, Anti Money Laundering Laws in the UAE and the DIFC. In: A. T. Law Update, 175, Westlaw International, 2005.

STOUTEN, Maaïke; TILLEMANN, André. Reporting duty for lawyers versus legal privilege - unresolved tension. In: Research Handbook of Money Laundering, Edited by Brigitte Unger/Daan van der Linde, 2013.

STRATENWERTH, Günther, Derecho Penal: Parte General I: El hecho punible, tradução da Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti, Madrid, Civitas, 2005.

TROVATO, Gustavo Fabián, La recepción de las propuestas del GAFI en la legislación penal Argentina. In: Política Criminal y Blanqueo de Capitales, Eds. Miguel Bajo Fernández Silvina Bacigalupo, Marcial Pons, 2009.

VERVAELE, John, Economic crimes and money laundering: a new paradigm for the criminal justice system? In: Research Handbook on Money Laundering, Edited by Brigitte Unger e Daan van der Linde.

VILARDI, Celso Sanchez, O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47, março-abril, 2014, ano 12, Revista dos Tribunais.

WELZEL, Hans, Derecho Penal: Parte General, Traducción de Carlos Fontán Balesta, Buenos Aires, 1956.

WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo. Honorarios de los abogados defensores de las causas penales y blanqueo de capitales desde una perspectiva europea: un mismo problema, una misma solución?, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 11, 2007.

WOHLERS, Wolfgang, Gehilfenschaft durch „neutrale“ Handlungen - Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?. In: ZStrR 117, 1999.

_____. Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren – Art. 305bis StGB als Gefahr für das Institut der Wahlverteidigung, ZStrR 120, 2002.

SITES UTILIZADOS:

<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/cartilha.pdf>

<http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/howweare/>

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/atuacao-internacional/participacao-no-gafi>

<http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/membersandobservers/>

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/atuacao-internacional/participacao-no-gafisud>

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferao-as-recomendacoes-do-gafi-1>>

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferao-as-recomendacoes-do-gafi-1>>

http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/Main/AboutCICAD/about_eng.asp>
Acesso

http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/eng/Model_regula_eng12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ENG.pdf>

<http://www.unodc.org/documents/money-laundering/GPML-Mandate.pdf>>

<http://ec.europa.eu/eurostat/fr/web/products-statistical-working-papers/-/KS-TC-13-007>

<http://www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/>

http://gafilat.org.iplan-unix03.toservers.com/UserFiles//Biblioteca/Evaluaciones/Brasil_2nda_Ronda_2004.pdf

<https://data.oecd.org/gdp/gross-domestic-product-gdp.htm>>

<<http://www.investopedia.com/terms/v/valueaddedtax.asp>>.

<http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/vat/index_en.htm>

<http://www.diritto.it/codici/titolo/76-codice-penale-dei-delitti-contro-il-patrimonio>

<http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>

http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_pt.htm

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001L0097>

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferao-as-recomendacoes-do-gafi-1>

<http://www.oabam.org.br/downloads/pdf/codigodeetica.pdf>

http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=128

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115377#{\"itemid\":\[\"001-115377\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115377#{\)

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=61675&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=509086>>

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

<https://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resconsproc.asp>

LEIS:

BRASIL

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

PORTUGAL

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=991&tabela=leis>

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=991&tabela=leis

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=109&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>

JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL

Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, JTACrSP 70/199.

Seção Judiciária do Ceará 11a. Vara (Processo nº 2005.81.00.014586-0)

PORTUGAL

Acórdãos de 3.11.1994 (CJSTJ, 1994, Ano II, TIII, 227)

10.12.1997 (MJ, 472, 1998, 116)

STJ de 5.4.1995 (BMJ, 446, 1995, 7)

STJ de 14.6.1995 (CJSTJ, 1995, ANOIII, TII, 226)

do STJ de 3.11.1994 (CJSTJ, 1994, Ano II, TIII, 227)

5.4.1995 (BMJ, 446, 1995, 7)

ALEMANHA

BVerfG NJW, 2004

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Michaud contra a França (processo n. 12323/11)