

série **GVlaw**

Advocacia e Lavagem de Dinheiro

Autor

Rodrigo Sánchez Rios

 **Editora
Saraiva**

 **FGV** | DIREITO GV
•GVlaw

DIREITO PENAL ECONÔMICO

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

série *GVlaw*

Rodrigo Sánchez Rios

DIREITO PENAL ECONÔMICO

Advocacia e Lavagem de Dinheiro:
Questões de Dogmática Jurídico-Penal
e de Política Criminal

2010





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30
às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 –
Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax:
(61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 –
Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 –
Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-15041-6

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Sánchez Rios, Rodrigo

Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal / Rodrigo Sánchez Rios. – São Paulo: Saraiva, 2010. – (Série GVlaw)

Bibliografia.

1. Direito econômico 2. Direito Penal I. Título II. Série
10-07139 CDU-343.33

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito penal econômico 343.33

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia
Gerente de produção editorial Ligia Alves
Editorial Manuella Santos de Castro
Assistente editorial Daniela Leite Silva
Assistente de produção editorial Clarissa Boraschi Maria
Arte, diagramação e revisão Know-how Editorial
Serviços editoriais Ana Paula Mazzoco / Vinicius Asevedo Vieira

Data de fechamento da edição: 12-8-2010

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Aos alunos do *GVlaw*.

APRESENTAÇÃO

A FGV é formada por diferentes centros de ensino e pesquisa com um único objetivo: ampliar as fronteiras do conhecimento, produzir e transmitir ideias, dados e informações, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país e sua inserção no cenário internacional.

Fundada, em 2002, a Escola de Direito de São Paulo privilegiou um projeto diferenciado dos currículos tradicionais das faculdades de direito, com o intuito de ampliar as habilidades dos alunos para além da técnica jurídica. Trata-se de uma necessidade contemporânea para atuar em um mundo globalizado, que exige novos serviços e a interface de diversas disciplinas na resolução de problemas complexos.

Para tanto, a Escola de Direito de São Paulo optou pela dedicação do professor e do aluno em tempo integral, pela grade curricular interdisciplinar, pelas novas metodologias de ensino e pela ênfase em pesquisa e publicação. Essas são as propostas básicas indispensáveis à formação de um profissional e de uma ciência jurídica à altura das demandas contemporâneas.

No âmbito do programa de pós-graduação *lato sensu*, o *GVlaw*, programa de especialização em direito da Escola de Direito de São Paulo, tem por finalidade estender a metodologia e a proposta inovadoras da graduação para os profissionais já atuantes no mercado. Com pouco tempo de existência, a unidade já se impõe no cenário jurídico nacional por meio de duas dezenas de cursos de especialização, corporativos e de educação continuada. Com a presente “Série *GVlaw*”, o programa espera difundir seu magistério, conhecimento e suas conquistas.

Todos os livros da série são escritos por professores do *GVlaw*, profissionais de reconhecida competência acadêmica e prática, o que torna possível atender às demandas do mercado, tendo como suporte sólida fundamentação teórica.

O *GVlaw* espera, com essa iniciativa, oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que, agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

Leandro Silveira Pereira
Diretor Executivo do GVlaw

PREFÁCIO

UM DIREITO CRIMINAL MENOS INDIFERENTE

Indiferença jurídica – é o que o liberalismo clássico propõe como princípio. O Direito Criminal, que se ocupa das condutas mais intoleráveis; que se caracteriza pela subsidiariedade; enfim, que, ao sancionar os delitos, procura marcar em negativo, mas com nitidez, o âmbito de livre movimentação das pessoas (movimentação de ideias, de corpos e de bens), o Direito Criminal é um zelador da indiferença jurídica.

Embora a dimensão de liberdade (autonomia e livre arbítrio) que a indiferença jurídica protege não deva ser amesquinhada, as complexas relações sociais e os perigos da sociedade contemporânea nem sempre recomendam que se ignore o mais possível o que as pessoas sabem, querem ou fazem.

O tráfico de drogas, a violência contra pessoas em situação de vulnerabilidade (incluindo o genocídio e a tortura), a corrupção no Poder Público, a degradação do meio ambiente¹, o tráfico de bens culturais e o terrorismo são ilustrações de uma espécie de criminalidade cujo combate cobra atenção e colaboração de todos. Trata-se de uma área em que – para utilizar categoria e terminologia da teoria dos direitos fundamentais² – as restrições aos direitos fundamentais encontram espaço legítimo de aplicação.

A Constituição brasileira de 1988 tem um dispositivo interessante a respeito: determina, no art. 5º, XLIII (norma que se situa, sintomaticamente, no capítulo “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”), que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”³. O mais curioso está na parte final: o chamamento a uma responsabilidade criminal daqueles que, não tendo participado ativamente da empreitada criminosa (nem mandantes, nem executores), se omitiram quando poderiam tê-la evitado.

É chegado o momento de relacionar essa abordagem introdutória alusiva à indiferença jurídica do liberalismo com o tema deste novo livro de Rodrigo Sánchez Rios, *Advocacia e lavagem de dinheiro*: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal.

A lavagem de dinheiro (na expressão largamente utilizada no Brasil, sendo que “branqueamento” me soa estranho, haja vista que nem tudo que é branco é limpo; as outras cores podem ser limpas, e nunca serão brancas – inclusive o preto; as notas de dinheiro não são brancas...) ou de bens em geral é, com mais frequência e relevância, a aplicação do produto daquela criminalidade contemporânea a que se aludiu (tráfico de drogas, violência contra pessoas vulneráveis – inclusive genocídio e tortura –, corrupção no Poder Público, degradação do meio ambiente, tráfico de bens culturais, terrorismo), e, se todos devemos estar atentos e colaborar na prevenção e repressão de tais crimes, o direito de buscar assistência jurídica de um advogado (visto da posição do patrocinado) e o direito de exercer a profissão (visto da posição do patrono) – ambos direitos fundamentais expressos na Constituição (art. 5º, LIV, LV, LXXIV e XIII) – podem sofrer restrições.

Qualquer atividade que possa ter relação mais ou menos direta com a criminalidade organizada (com as espécies de crime que ensejam lavagem de bens) pode ser chamada a colaborar. O argumento da necessidade de práticas de mercado livres de constrangimentos para que a economia possa funcionar adequadamente não deve ser aceito para isentar sujeitos e atividades – justamente aqueles que tendem a beneficiar-se especialmente daqueles crimes (ainda que “involuntariamente”). Eis uma face da democracia: responsabilidades e deveres a todos impostos.

Rodrigo adverte para um exagero na imposição a particulares de atribuições que cabem às autoridades públicas. Ao abordar a possibilidade de acesso a informações fiscais e bancárias (“quebra” do sigilo fiscal e bancário), assevera ele: “quanto à atuação de sujeitos e entidades submetidas às obrigações de colaboração na luta contra a criminalidade organizada, temos a destacar que a busca de um ‘equilibrado compromisso’ depende de não assumir posturas extremadas de colaboração dos particulares, a ponto de flexibilizar valores individuais e coletivos inerentes ao Estado Constitucional”.

Compreendi que essa seria uma manobra mal-intencionada do Estado: ao invés de combater eficazmente o crime e aparelhar adequadamente suas instituições, o Estado transfere a incumbência de polícia aos particulares. O ponto crítico, então, não está na possibilidade de os particulares serem chamados, impositivamente, a colaborar, mas na extensão e intensidade dessa colaboração, que não deverá sobrecarregá-los, por limitar desmesuradamente sua liberdade, nem desabilitar o Estado de atribuições que lhe são próprias.

O DESCONFORTO RECORRENTE

É interessante como os desafios atuais da delinquência sofisticada repropõem indagações e desconfortos “clássicos” do Direito Criminal. Exatamente isso acontece nesse cuidadoso estudo do acadêmico e prático Rodrigo Sánchez Rios, sobre a possibilidade de incriminação do advogado que recebe valores de origem ilícita com a suspeita de lavagem de bens.

O ponto de partida é: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II – de terrorismo e seu financiamento; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV – de extorsão mediante sequestro; V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI – contra o sistema financeiro nacional; VII – praticado por organização criminosa; VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal).”

É o que diz o art. 1º da Lei brasileira n. 9.613, de 3 de março de 1998⁴, “sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores”. Por amor à completude, é preciso citar ainda os dois primeiros parágrafos desse artigo, que incluem “quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo: I – os converte em ativos lícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito,

movimenta ou transfere; III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros”; bem como aquele que “I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo; II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei”.

Nas múltiplas configurações de situações concretas que os tipos penais abarcam, pode encontrar-se o sujeito que, fazendo as vezes de advogado (também aqui nas múltiplas configurações que as atividades desse profissional assumem, tais como consultoria, criação e alteração de sociedades, contratos, mediação, contencioso – inclusive e marcadamente a defesa criminal), pratica lavagem ou ocultação de bens. A polêmica não está na possibilidade em geral de qualquer pessoa, advogado inclusive, praticar o crime de lavagem de bens (e Rodrigo assinala desde logo essa evidente possibilidade – veja-se a afirmação, de que não escapam sequer os sacerdotes: “nenhuma classe profissional goza de imunidade absoluta”), mas, sim, na definição das situações que configuram o delito (e Rodrigo utiliza uma citação de Poiars Maduro: “Mais importante que a actividade exercida é a forma de exercer essa actividade”).

Existe algum paradoxo na complexa posição do advogado: tem como parâmetro de atuação os limites (e imprecisões) da licitude, mas como frequente objeto a ocorrência da ilicitude. Essa fronteira é reconhecida mesmo no âmbito deontológico, como refere Rodrigo: o Estatuto da Advocacia, ao prever as infrações e sanções disciplinares, comina a pena de suspensão ao advogado que preste “concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la” (art. 34, XVII, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994). Aprofundando esse ponto, Rodrigo cogita da aplicação de sanções específicas para o caso de ficar demonstrada a participação do advogado na lavagem de bens e rejeita a atribuição ao órgão de classe, com amparo no “entendimento acolhido pela Consideração n. 19 da Diretriz 2001/97/CE” (União Europeia); restaria, segundo a legislação brasileira, uma responsabilização “administrativa”: “o órgão encarregado de sancionar o profissional seria o COAF, e a sanção evidentemente não passaria de uma multa pecuniária”.

Reside aqui a recorrência: a “velha” discussão sobre o dinheiro que o advogado recebe de seu cliente, e que pode – no caso do cometimento de crimes de proveito econômico, com grande probabilidade – advir de origem ilícita.

A TEORIA CRIMINAL

O livro proposto por Rodrigo Sánchez Rios não socorre apenas aqueles que se interessam pelo tema específico da lavagem de bens e da implicação do advogado. Ainda que despertasse apenas o interesse deles, o estudo teria um bom público (afinal, não são tão poucos os criminalistas atentos ao tema da lavagem de bens, e mais longe ainda estão os advogados de serem poucos...) e mereceria lugar de destaque por abordar – talvez com exclusividade, certamente com qualidade – um assunto tão atual, relevante e complexo.

Ao situar com maestria a discussão a respeito da atividade advocatícia de defesa criminal em relação à lavagem de bens na mais atualizada teoria do Direito Criminal, o Professor Sánchez Rios oferece valiosas lições dessa teoria geral, com o que convida e agrada qualquer estudioso e profissional desse ramo do Direito.

Acontece isso, por exemplo, ao se aventar a pertinência do conceito de “condutas neutras” (uma variante dos comportamentos socialmente adequados⁵) e da noção de “risco social” (suportável ou desaprovado): “O exercício do advogado defensor com o consequente recebimento dos seus honorários supostamente maculados estará localizado no âmbito da atipicidade, conforme a tese defendida por Pérez Manzano assentada no pensamento de Frisch, com essa atuação não se criaria um risco tipicamente desaprovado pela ausência de sentido delictivo da conduta”.

Deixemos a palavra novamente com Rodrigo, que esclarece: “Para os casos do efetivo exercício da profissão dentro do risco permitido, onde se atesta a inexistência de conexão com o delito antecedente, isto é, no recebimento de honorários maculados em função dos serviços prestados pela defesa técnica, não se afigura qual a dimensão do perigo ao bem jurídico tutelado pela norma em decorrência dessa atividade profissional (quer seja a Administração da Justiça ou a ordem socioeconômica), ao não se identificar, nessa hipótese, qualquer sentido delitivo da conduta. Estar-se-

ia diante de condutas socialmente adequadas, comportamentos neutrais impeditivos à imputação objetiva do resultado”.

Não seria descabido apontar, como hipótese, que o Direito Criminal investiu muito no binômio subjetividade-causalidade. A responsabilidade objetiva com rigorosa correspondência entre a ofensa e o dano, que caracteriza a Lei de Talião; o valor da confissão, na era pré-moderna; a hipertrofia da culpabilidade, para os clássicos, e, depois, o deslocamento do dolo para a tipicidade, revelam que o foco centrou-se nos aspectos subjetivos do delito e na verificação de um resultado material. Ainda que seja inafastável a relevância da consideração dos “elementos” subjetivos sempre que se trata do agir humano, bem como não se possa desprezar a repercussão material diretamente provocada pelo delito (mas não por todos eles), Rodrigo enfatiza que, para avaliar o prejuízo (potencial e efetivo) das condutas na complexa sociedade contemporânea, é preciso atualizar a dogmática criminal: “o modelo da teoria atual da imputação é de um delito invisível não caracterizado por manifestações sensorialmente perceptíveis situadas na realização da ação”. O leitor é lembrado de que “o aspecto objetivo do tipo requer, além da causalidade, considerações normativas, não bastando para a sua configuração a causação dolosa pelo autor, mas também que este resultado seja uma realização de um risco não permitido criado pelo autor”.

Para dar conta do encaixe da discussão (acerca do recebimento de honorários advocatícios sem que se caracterize lavagem de bens) na teoria do crime, Sánchez Rios arrola critérios aplicáveis ao tipo objetivo. Um deles é proposto pela teoria da adequação social (H. Welzel), com suas insuficiências e as tentativas de superação por teorias, como a do risco permitido (imputação objetiva) e do princípio da insignificância (C. Roxin), ou a das ações neutras (L. Greco).

Rodrigo confessa particular adesão ao pensamento deste último teórico, ao referir “a originalidade da proposta teórica elaborada por Greco, conhecido como o ‘critério da idoneidade da proibição para melhorar a situação jurídica do bem jurídico concreto’”, e que superaria “a falta de um tratamento unitário sistemático em relação ao instituto das condutas neutras”. Com ênfase, o seguinte destaque: “Na doutrina nacional, por diversos motivos, o estudo de Greco a respeito das condutas neutras, torna-

se um referencial obrigatório para os estudiosos da matéria. A sua reflexão conseguiu aglutinar o pensamento teórico das diversas correntes do funcionalismo penal, não sem antes apresentar os fatores que denotam no mínimo um esgotamento das propostas oferecidas até o presente momento pelo critério da causalidade e pela teoria finalista (principalmente ao revelar as deficiências da teoria da adequação social)”.

Outro critério é o da redução teleológica do tipo de lavagem (Barton), “com base no critério do fim de proteção da norma estabelece a seguinte orientação: a proteção dos dispositivos da lavagem não resultaria lesionado pela prestação de serviços do advogado cujos honorários advenham de origem delitiva, pois está claro que os tipos de reciclagem têm como bem jurídico predominantemente protegido a Administração da Justiça. Se a norma pretende garantir o bom funcionamento da Administração da Justiça, ela não poderia ter um alcance parcial, identificando-se exclusivamente com os interesses do Estado-Acusação, olvidando-se dos interesses da defesa técnica do acusado”.

Ainda outro critério é levar em conta a figura dos honorários simulados como modelo fundante a ser usado dogmaticamente com o fim de restringir o alcance do tipo (W. Wohlers).

Já no que pertine aos critérios relativos ao tipo subjetivo, sustenta-se que a aplicação da figura típica somente poderia ter efeito nos casos em que o advogado tivesse absoluto conhecimento da origem delitiva dos valores recebidos a título de honorários.

O Professor Sánchez Rios equipara o defensor que recebe “dinheiro maculado a título de honorários” ao “caso do cirurgião plástico ao prestar seus serviços ao acusado de tráfico de entorpecentes, do vendedor de concessionária automotiva ao efetuar venda regular, do taxista ao transportar o acusado de lavagem” – equiparação que me parece inteiramente procedente –, porém para também isentá-los da configuração típica, tendo em vista que, “sob o prisma da política criminal não encontra absolutamente nenhum respaldo, pois este fim do instituto da cumplicidade seria altamente indesejado”.

Para reforçar seu argumento principal, Rodrigo aponta a irrelevância da atuação do advogado de defesa em relação à consumação do delito antecedente: “a ‘eventual recusa’ ao agente do delito antecedente ao

procurar contratar o profissional para atendê-lo das imputações lançadas pelo parquet, não dificulta em nada a sua conduta delitiva principal. E esta observação é corroborada ao se evidenciar a consumação do delito principal. Portanto, não existiria a mínima feição instrumental auxiliar da prestação de serviço do profissional objetivando consolidar o delito antecedente: o risco de atuação do advogado incursionaria na esfera do risco permitido. Ainda, diante de eventual recusa do defensor, o agente principal irá procurar um outro profissional e assim sucessivamente”. Mais adiante, um esclarecimento adicional: “As condutas neutras serão típicas apenas se implicarem a ‘ocultação ou dissimulação’, estando revestidas de atipicidade quando constituam um mero ato de consumo, independentemente de configurar uma transformação do objeto”.

Numa tentativa de diálogo inconsistente, pois não tenho estofo doutrinário nem experiência profissional que me qualifiquem sequer para o debate, eu objetaria que encontro, sim, essa possível conexão com o delito antecedente, a caracterizar a lavagem de bens. Nem seria preciso que o advogado, ciente, concordasse em receber valores sem a contraprestação de serviços (ou em absoluta desproporcionalidade), para em seguida de alguma forma colocá-los à disposição do pretense cliente e autor do delito antecedente. Bastaria que esse cliente, imaginando que pudesse ser descoberto, optasse por contratar o mais afamado advogado e pagar-lhe os mais vultosos honorários, obviamente provenientes da atividade criminosa. Conquanto o valor não voltasse a ficar disponível ao autor do delito antecedente, mas fosse embolsado pelo advogado (que efetivamente prestasse os serviços correspondentes, embora com uma remuneração gritantemente desproporcional), haveria a vantagem evidente para o autor de que crimes dessa espécie, mesmo quando descobertos, permitiriam a contratação dos melhores profissionais para a defesa judicial.

Desse modo, a perspectiva de contratação (e o conseqüente pagamento) do advogado incentivaria, sim, a consumação do delito antecedente. Portanto, não me parece que a atividade advocatícia deixaria de criar “um risco tipicamente desaprovado pela ausência de sentido delictivo da conduta”.

Se o autor de delitos antecedentes à lavagem de bens pudesse contratar francamente seu advogado, valendo-se impunemente do produto de sua

atividade criminosa, esse autor ficaria numa situação privilegiada em relação a outros criminosos e até em relação às pessoas em geral, que só teriam recursos lícitos – muitas vezes arduamente obtidos de trabalho e investimentos regulares – para bancar causídicos prestigiados. Sem precisar justificar a origem dos recursos que remuneraram regidamente os profissionais da advocacia, os autores teriam, pois, uma dupla motivação para o crime: se não fossem descobertos, aproveitariam o produto; se fossem descobertos, poderiam contratar advogados de prestígio. Por isso que me parece claramente impregnada de “sentido delitivo” a inclusão do pagamento dos honorários nos desdobramentos normativos do tipo. Não é essa, porém, a opinião de Rodrigo Sánchez Rios: “Nesta posição a conduta do advogado permanece como neutra e não adquire relevância penal pois não cria um risco juridicamente desaprovado. Este critério da idoneidade da proibição para melhorar a situação do bem jurídico concreto apto a resolver a problemática das condutas neutras estará integrando as propostas da dogmática penal elaboradas exclusivamente para a situação do advogado e dos honorários de origem delitiva”.

Polêmica à parte, certo é que aprendemos muito com a leitura. Situar a discussão no momento da tipicidade oferece um tratamento mais ajustado. “Ao acatar a tese da restrição no marco do tipo objetivo – como sustenta Rodrigo –, esta finalidade poderá ser acolhida seja sob a ausência do sentido delitivo ao não se configurar o favorecimento ou facilitação ao delito alheio seja sob o prisma da atuação do risco permitido no âmbito da cumplicidade.”

SOLUÇÃO EQUITATIVA

Os direitos constitucionais em conflito potencial, ao se discutir o envolvimento do advogado criminal de defesa com a lavagem de bens, desafiam um cuidadoso sopesamento⁶. Qualquer solução haverá de levar em consideração não apenas a perspectiva do combate à criminalidade mas também a da defesa do acusado, que envolve o direito de privacidade e o de livre exercício profissional, dentre outros.

Nessa linha ponderada, a pesquisa de Rodrigo Rios aponta a posição – sempre pragmática – adotada nos Estados Unidos da América: “Para o Departamento de Justiça daquele país, as diretrizes traçadas para a

propositura de acusações criminais e atuação em tais processos, expressamente vedam o processamento de advogados que, de boa-fé, recebem valores provenientes de atividades ilícitas de seus clientes a título de honorários advocatícios quando no exercício de uma defesa criminal, conforme garantido pela Sexta Emenda à Constituição Estadunidense, exceto nos casos nos quais (a) se comprove, para além de uma dúvida razoável, o real conhecimento da origem ilícita dos valores pagos, e (b) a prova para tal acusação não tenha sido obtida por meio de violação do sigilo profissional entre o advogado e seu cliente”.

Profissional expoente, o advogado Rodrigo sabe que respostas prontas não convencem, pois as nuances da realidade reclamam uma consideração particular: à sedução generalista da teoria, responde-se com o chavão “cada caso é um caso”. Por isso, ele afirma com pertinência: “é sabido que soluções salomônicas, mesmo ancoradas nas boas intenções, conferem uma solução apenas aparente à controvérsia”. É preciso utilizar o ferramental teórico numa perspectiva pragmática: “Não é objetivo da presente pesquisa – afirma Sánchez Rios – permanecer num espaço exclusivamente teórico, sem repercussão prática”.

Para Rodrigo, o conflito entre o direito – que também é um direito constitucional fundamental – à aplicação do Direito, à segurança e à isonomia, representado pelo combate à criminalidade, e os direitos do acusado e de seu patrono, resolve-se em favor dos últimos: “os reflexos contrários à eventual inserção na figura típica da conduta do advogado e dos seus honorários superam longamente a dimensão jurídico-penal da referida política criminal ao comprometer direitos fundamentais como da ampla defesa e do livre exercício da profissão. Uma interpretação funcional teleológica do tipo legal da reciclagem irá denotar que as exigências de política-criminal em relação a essa figura típica não poderiam albergar a ideia da diminuição dessas garantias consagradas no Estado de Direito”. Em conclusão, a conduta do advogado é recepcionada pelo ordenamento jurídico por ter sido realizada sob o manto legítimo de um direito ao recebimento de honorários por serviços prestados – sustenta Rios.

Acaso tenha ficado alguma impressão de que Rodrigo se contradiz entre a pretensão de não se render a soluções prévias e universais, e uma firme conclusão quanto ao problema proposto, o professor reforça: “Cada caso

deve ser tratado de maneira peculiar, sem a generalização pretendida de colocar os defensores em polos opostos: os de boa-fé de um lado e, de outro, os de má-fé. Importa, outrossim, centrar a discussão na efetiva defesa técnica a ser realizada, defendendo os interesses do denunciado sem a prática de atos que favoreçam ou facilitem a ação delitiva do autor do delito prévio, auxiliando-o na ocultação ou dissimulação de dinheiro, bens ou valores”.

Se é de solução que falamos, o estudo ora apresentado brinda-nos com a análise da jurisprudência que se forma. Afinal, uma das principais serventias do Direito é fornecer decisões que resolvam conflitos: uma ciência pragmática ou uma prática científica, como se queira. São comentadas importantes decisões nacionais (Justiça Federal do Ceará e Tribunal Federal da 5ª Região, 2008, no caso do assalto ao Banco Central em Fortaleza, em que se discutia a responsabilidade criminal dos vendedores de carros usados aos assaltantes, tendo sido pela condenação a decisão de primeiro grau, revertida pelo Tribunal em recurso: “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”), estrangeiras (Tribunal Constitucional Federal alemão, 2004, infrarreferida; Tribunal Supremo espanhol, 2007, que afirma “a exigência de que toda ação típica represente, com independência de seu resultado, um perigo socialmente inadequado. Sob esse prisma, uma ação que não represente perigo à realização do tipo carece de relevância penal. O fundamento desta tese é a proteção do âmbito geral de liberdade garantida pela Constituição”) e até supranacionais (Tribunal de Justiça da União Europeia, 2007, em que se decidiu que “[a]s obrigações de informação e de cooperação com as autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento de capitais (...) impostas aos advogados (...) não violam o direito a um processo justo...”⁷), que revelam a realidade atual do tema e convidam a uma reflexão crítica, no intuito de preparar sempre melhores respostas.

Da Alemanha é a decisão do Tribunal Constitucional Federal, de 2004, que, em reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde* – em certa medida semelhante à nossa arguição de descumprimento de preceito fundamental), debruçou-se sobre um caso em que o advogado recebeu

“*honorários com o dinheiro obtido através do pagamento do resgate de um sequestro*”. Inicialmente, o Judiciário entendera que “o advogado teria se associado ao delito de lavagem, contribuindo com o empobrecimento da vítima. Nesta hipótese, e nos seus estritos limites, deverá prevalecer o interesse da vítima sobre o direito do advogado ao recebimento dos honorários”. Esse julgamento foi referendado pelo Tribunal Federal Superior, que “subordinou o direito a livre escolha do defensor à capacidade econômica para exercê-lo com recursos de origem lícita”. Por fim, o Tribunal Constitucional reformou a decisão, tendo procedido a uma “redução teleológica do tipo”, para restringir “o alcance da aplicação do tipo penal de lavagem (§ 261. II. n 1 do StGB) no marco do elemento subjetivo, de modo que somente poderia ser apenado o advogado detentor de um conhecimento seguro da procedência delitativa do dinheiro. Aceitou-se, neste caso, unicamente a figura do dolo direto e excluiu do alcance do tipo penal as condutas dos profissionais permeadas na modalidade do dolo eventual e da negligência”.

PARA LER ESTE LIVRO

Este breve apanhado, recheado de passagens tiradas do próprio texto principal, permite vislumbrar, à guisa de *trailer*, o que se encontrará nas linhas a seguir.

A polêmica que se terá percebido, entre a firme opinião do autor e as insipientes objeções e incompreensões deste prefaciador, por certo que estimulará a leitura. Afinal, o que se poderia esperar de um bem-sucedido advogado criminalista e reconhecido professor de Direito Criminal, que obviamente defende a possibilidade de os advogados (bons e honestos) serem livremente contratados para realizarem a defesa de clientes suspeitos, sem que possam ser acusados de cometer lavagem de bens? E o que se poderia esperar de um membro do Ministério Público, que sequer atua na área criminal e que, surpreendentemente, é convidado para fazer, com hesitação, esta apresentação?

Em Rodrigo Sánchez Rios, espero e (re)encontro o que já encontrava naquele colega da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná: um entusiasmado e nada contido defensor de ideais e teses, um sujeito carismático e aflito, um amigo imensamente generoso.

Piracicaba (SP), início de 2010.

Walter Claudius Rothenburg

Mestre e doutor pela Universidade Federal do Paraná;
Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade
de Paris II; Professor de pós-graduação da Instituição
Toledo de Ensino; Procurador Regional da República.

1 A respeito de uma ética de responsabilidade, exigida pela atual situação ambiental, veja-se JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**:ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

2 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

3 GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

4 Não posso deixar de reparar na proximidade de datas: Rodrigo faz aniversário em 8 de março (Dia Internacional da Mulher).

5 SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 3. ed. Curitiba: Fórum, 2004, p. 37-38.

6 DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 153-158; SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

7 Disponível em: <<<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=C-305/05&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine= &mots=&resmax=100>>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

SUMÁRIO

[Apresentação](#)

[Prefácio](#)

[1 Introdução](#)

[2 Tendências da Política Criminal no âmbito da lavagem de dinheiro](#)

[3 A receptividade legislativa das exigências internacionais no controle da lavagem de dinheiro](#)

[4 O Projeto de Lei n. 209 de 2003 e o direcionamento da política criminal preventiva à advocacia consultiva](#)

[5 Aspectos comparativos da normativa de prevenção em matéria do branqueamento de capitais direcionados à advocacia consultiva](#)

[5.1 O acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no processo C-305/05, Luxemburgo, 26 de junho de 2007](#)

[5.2 Considerações complementares](#)

[6 Lavagem de capitais e o papel do advogado defensor na aceitação de honorários supostamente maculados: premissas](#)

[6.1 Os efeitos da política criminal direcionada ao delito de lavagem e a sua eventual extensão à atividade advocatícia](#)

[7 Condutas neutras. O advogado defensor e o recebimento de honorários supostamente maculados](#)

[8 Elementos Típicos e injustos no delito de lavagem de capitais](#)

[9 Propostas doutrinárias para restringir o âmbito de aplicação do delito de lavagem de capitais: A solução da tipicidade](#)

[9.1 Critérios aplicáveis ao tipo objetivo](#)

[9.1.1 A teoria da adequação social.](#)

[9.1.2 Redução teleológica do tipo de lavagem de capitais.](#)

[9.1.3 A tese de W. Wohlers](#)

9.1.4 Critérios relativos ao tipo subjetivo

9.1.5 A solução da justificação

9.1.6 Excursão

10 A alternativa proposta pelos Tribunais Alemães

10.1 A solução no marco do tipo objetivo. Os autos do Oberlandesgericht (OLG) de Hamburgo de 06 de janeiro de 2000

10.1.1 O caso paradigma: European Kings Club

10.1.2 A decisão do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht - BVerfG) de 30 de março de 2004

10.1.3 Considerações do autor

11 As condutas neutras e as suas receptividades nos tribunais: Sentença do Tribunal Supremo Espanhol (Sala Segunda de lo Penal n. 34/2007, de 01 de fevereiro de 2007).

12 Análise da jurisprudência pátria diante de uma conduta neutra. A preferência pela solução do dolo. A sentença da 11ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Ceará

12.1 A Apelação Criminal n. 2005.81.00.01.4586-0 junto ao TRF da 5ª Região – Relator. Des. Rogério Fialho Moreira. Julgamento no dia 9-9-2008

13 Conclusões

Referências

1 INTRODUÇÃO

Rodrigo Sánchez Rios

*Doutor em Direito Penal pela Università degli
studi di Roma “La Sapienza”.
Professor de Direito Penal da graduação e
Programa de Pós-graduação em Direito
da Pontifícia Universidade Católica
do Paraná – PUCPR.
Advogado criminalista.*

O objetivo deste livro não é percorrer um caminho fácil. Este poderia ser caracterizado por um descortinar de teses subscritas por um advogado quiçá em defesa de causas próprias. Ao contrário. A opção eleita foi pela construção da solidez da dogmática jurídica que não se contenta com mero discurso de política jurídica. Nesse campo, fácil é estabelecer premissas, mas difícil é sustentá-las tecnicamente, formulando hipóteses para, a partir da argumentação dialética, ofertar respostas a questões então suscitadas.

Desse modo, instigado por fatos provenientes da prática da advocacia, faz-se necessária a elaboração de uma reflexão teórica capaz de estabelecer um enlace entre a normativa relativa ao crime de lavagem de capitais e o exercício da defesa criminal em favor do denunciado acusado de incorrer na referida figura típica. E o ponto essencial dessa relação está na controvérsia a respeito da amplitude do tipo penal do branqueamento¹ e o recebimento de honorários pela prestação de serviços advocatícios.

Apontado o cerne da problemática, parte-se em busca de uma explicação jurídico-penal para a compreensão ou não da atipicidade da conduta praticada pelo advogado. Contudo, o trajeto a ser percorrido apontava de

antemão para uma fatigosa estrada a ser desbravada, devido à necessidade de se compreender as razões de política criminal que estavam na base da criação do delito de lavagem, antes mesmo de se ensaiar uma resposta eminentemente dogmática com base nos enunciados da Lei n. 9.613/98.

Uma das primeiras constatações em relação ao objeto de estudo será atestar o caráter transnacional do delito de lavagem, o qual traz consigo uma mudança de pensamento decorrente da efetiva internacionalização do Direito Penal. Esse fato por si só, já diz muito. Nesse terreno, diversos diplomas normativos internacionais passaram a ser referenciais obrigatórios, nem sempre, porém, recepcionados com um espírito crítico em nosso sistema legal ou na própria legislação comparada.

Por esse motivo, assiste-se a uma reivindicação promovida por diversos setores (acadêmico, judicial, advocatício etc.) em manter uma constante atualização e aprimoramento dessa normativa, seja sob um viés dogmático, seja sob a feição de uma política criminal assentada em princípios consentâneos com o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.

Na profusa produção legislativa em matéria penal, o Projeto de Lei n. 209/2003 retrata a dinâmica do movimento da ordem legal nacional em direção ao controle do branqueamento de capitais, com repercussão direta nas categorias de imputação da figura típica, nas consequências do delito, nas disposições processuais, na eleição dos bens sujeitos à medidas assecuratórias, nos agentes públicos e privados envolvidos na política de prevenção, entre outras.

É em meio a esse cenário que a presente pesquisa inicia, no Capítulo 1, seu percurso pelo aspecto justificador da modalidade delitiva, qual seja, a política criminal destinada a repelir a reciclagem dos ativos ilícitos. No Capítulo 2, será pormenorizada a intenção normativa de retirar todos os ganhos decorrentes da prática do ilícito, visando impedir o reingresso do capital espúrio ao mercado regular.

A finalidade da política de prevenção e repressão é transparente: a retirada de vantagens econômicas relativas ao produto ou proveito da prática criminosa. Com esse fim, e conforme manifestação anterior, no âmbito preventivo, inegavelmente resta justificada a inserção do sistema bancário e agentes financeiros, comprovando-se a adoção uniforme de medidas internacionais por diversos países signatários dos compromissos

assumidos a partir da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena), bem como das subsequentes Diretrizes internacionais.

Determinadas obrigações impostas, dentre as quais a da devida identificação do cliente e a da comunicação de operações suspeitas aos órgãos fiscalizadores, passaram a constituir verdadeiros dogmas da política preventiva. Todavia, os mecanismos de controle até o momento adotados têm exigido uma maior colaboração de outras entidades privadas, sensíveis ao possível contato com agentes branqueadores de capitais.

Nesse caso, contadores, corretores imobiliários, tabeliães, agentes que atuam no comércio de joias, de artes e profissionais do direito, passaram a ser incluídos nas Diretrizes e Recomendações orientadas à prevenção da lavagem de dinheiro.

Especificamente em relação à eventual inserção da classe dos advogados na política preventiva, a reflexão resta centralizada no alcance dos diversos documentos internacionais que circundam e traduzem a problemática. Nessa ordem, a proposta das orientações coerentemente assenta-se na nítida separação da atividade consultiva e contenciosa no exercício da advocacia.

Quanto à atividade contenciosa, os enunciados da política criminal serão transparentes em requerer a exoneração plena do advogado atuante em total harmonia com suas prerrogativas funcionais. A mesma assertiva não encontra idêntico resultado na área consultiva, sobretudo quando se enfocam as especialidades do direito societário e tributário² e principalmente diante da primeira manifestação jurisprudencial de uma alta Corte Europeia, que considerou legalmente admissíveis as Diretrizes no caso da imposição aos advogados de obrigações de informação e de colaboração com as autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento. Essa referida decisão judicial irá promover a manifestação legítima de repúdio pela classe dos advogados e, neste ponto, tem-se consciência da polêmica imbuída já na ementa lançada pelos julgadores daquele Tribunal, demandando-se um estudo próprio sobre sua justificativa³.

Nessa senda e tendo como referenciais as disposições internacionais as quais serviram de impulso às legislações penais internas para combater o fenômeno da lavagem de capitais, encontrar-se-á no texto que segue um

consenso por parte da doutrina no tocante à justificativa da convocação de instituições e agentes financeiros, entre outros particulares na política de prevenção.

Não obstante permaneça uma certa divergência acerca do aumento no rol de agentes privados e classes submetidas às estratégias de controle da reciclagem de dinheiro, residirá a maior discordância na figura dos advogados, pois o dever especial de diligência e de comunicação de operações suspeitas por parte desses profissionais deturparia o papel que lhes está constitucionalmente previsto, lesando os princípios do sigilo e da independência profissional.

O Capítulo 3 versará sobre a receptividade das recomendações internacionais por parte do legislador pátrio. De forma imediata, poderá ser verificada a adesão do nosso sistema legal aos postulados da política de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro inaugurada a partir da Convenção de Viena.

A promulgação da Lei n. 9.613/98 e a sua aplicação pelos Tribunais comprova essa orientação. Concernente à política preventiva, o legislador pátrio, por razões alheias a uma política jurídica racional, inicialmente não conseguiu separar o papel do advogado como alvo das medidas impositivas do dever de vigilância – restrito ao âmbito consultivo – do profissional enquanto exerce a função de defensor do agente acusado do delito de lavagem. Essa falta de esclarecimento acerca da eventual função do advogado na política de prevenção ao branqueamento de capitais e do profissional no exercício de uma missão de defesa ou representação em juízo, acabou dando margem a Projetos de Lei que ostensivamente afrontavam garantias constitucionais. Dentre elas, cita-se a da presunção de inocência e a da ampla defesa, chegando-se às raias da insensatez ao se cogitar a imposição de advogados dativos para os acusados do crime de lavagem, sob a descabida alegação de que a remuneração do profissional livremente escolhido pelo acusado dar-se-ia com recursos maculados oriundos do delito antecedente.

A discussão do papel do advogado na política preventiva no âmbito nacional prosseguirá no Capítulo 4, a partir do referencial concedido pelo Projeto de Lei n. 209/2003. Busca-se, na experiência comparativa, o aval para um embate por si só delicado: estabelecer referenciais teóricos para

iniciar um diálogo a respeito da eventual inserção do advogado na política de prevenção, assumindo o profissional os deveres de vigilância e de comunicação, tais quais desempenhados pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) sobre as eventuais operações suspeitas de seus clientes – conforme preceituam as recomendações internacionais – alinhando-se a normativa às Diretrizes internacionais.

Nesse ponto, como será explicitado, torna-se imperioso o envolvimento ativo da classe dos advogados para um debate racional no qual se demonstrem as implicações negativas dessa normativa, principalmente quando se mostra tênue a linha divisória entre o labor consultivo e o labor contencioso⁴.

Nos casos de atuação do profissional (por meio, por exemplo, de contratos simulados e outras circunstâncias tratadas no decorrer da investigação), na qual objetivamente os recursos retornem ao agente do delito, o advogado, como qualquer outro profissional, estaria ocultando ou dissimulando dinheiro de origem delitiva. Nessa hipótese, sua conduta estará fora do alcance de proteção da Lei n. 8.906/94. E é justamente a questão da participação do profissional que motiva as ulteriores reflexões desenvolvidas a partir do Capítulo 6.

A doutrina penal não mediu esforços para externar críticas à técnica de tipificação utilizada⁵, a qual abrange, numa interpretação literal em razão da amplitude do tipo, as condutas socialmente adequadas, entre elas a do recebimento de honorários maculados por parte do advogado.

Praticamente, poder-se-á atestar um descompasso entre a pretensão da política criminal do *catch the money* e as categorias delitivas configuradoras do injusto punível, principalmente nestas últimas, pois é com os postulados da imputação objetiva que deverão ser compreendidas e sistematizadas essas categorias. Desse modo, no Capítulo 6.1, parte-se da unidade sistêmica entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal nos moldes da proposta de Roxin, objetivando encontrar uma interpretação restritiva do tipo penal da lavagem excludente da figura do defensor.

Uma das respostas advindas da doutrina é saldo dos estudos em torno das condutas neutras, socialmente adequadas ou *standard*. O Capítulo 7 é, então, dedicado a esta temática, buscando estabelecer sua definição, alcance e consequências para as categorias do delito.

Observadas sob o prisma estritamente acadêmico, as condutas neutras são atividades corriqueiras, socialmente necessárias (sobretudo quando realizadas por profissionais liberais, médicos, dentistas, contadores etc.), que eventualmente possam facilitar ou favorecer um fato delitivo alheio.

Diante desse argumento, a doutrina penal tem demonstrado empenho em traçar linhas concretas de diferenciação junto ao instituto da cumplicidade, além de identificar no tipo – especificamente no seu aspecto objetivo – a categoria de imputação passível de constatar a existência de sentido delitivo, ou se a conduta do autor não supera os limites do risco permitido.

As conclusões esboçadas permitem um traslado conceitual ao campo da atividade dos advogados e do recebimento de honorários maculados. Entretanto, uma detida reflexão merecerá o sistema dogmático proposto como modelo de imputação penal de responsabilidade. A invocação dos postulados da imputação objetiva passará por prévia análise tanto das incoerências do critério da causalidade quanto das parciais e insuficientes percepções derivadas dos critérios ontológicos.

Com os pressupostos teóricos definidos, passa-se a uma análise do injusto punível da lavagem, ciente das determinações oriundas dos documentos internacionais, que tendem a influenciar a configuração do tipo da lavagem nos seus elementos objetivos e subjetivos.

O Capítulo 8 discorre sobre os aspectos inerentes ao tipo e a polêmica em relação à eventual acolhida da modalidade culposa nos padrões adotados nas normativas alemã e espanhola. Ao longo desses questionamentos, um dos temas expressivos de dissonâncias na doutrina envolve a abrangência do elemento subjetivo e da pertinência do dolo eventual.

O resultado de uma maior normatização do aspecto objetivo esvaziaria o elemento volitivo do tipo refletindo-se nas modalidades do dolo. Diga-se de antemão: urge aqui um estudo específico, pois nessa seara qualquer conclusão obtida apresentará um retrato inacabado do assunto. Nada obstante, o tema arrasta nossa inquietude e, por isso, não passa incólume ao nosso exame prospectivo.

No Capítulo 9, visando retirar o manto de punibilidade da atividade do advogado em razão do recebimento de honorários supostamente maculados,

apresentam-se as propostas ofertadas pela doutrina penal para conferir uma exegese restritiva ao tipo da lavagem.

As teses aglutinam-se em torno da categoria da tipicidade, que reúne, seja sob a perspectiva objetiva, seja pela via do dolo, os mais variados posicionamentos teóricos. Adstritos à orientação objetiva, elencam-se: a teoria da adequação social; – considerada tradicionalmente o primeiro tópico explicativo das condutas neutras – o critério da redução teleológica do tipo da lavagem e formulações com maior matiz político-criminal que propagam ser penalmente irrelevante a conduta do advogado ao receber honorários independentemente do valor ou da forma de pagamento, incorrendo na tipicidade unicamente a hipótese dos “honorários fingidos ou simulados”. Na perspectiva subjetiva, ou melhor, na denominada solução do dolo, o enunciado é cristalino: a conduta do advogado será sancionada penalmente quando conhecer a origem delitiva do dinheiro recebido a título de honorários. Significa a aplicabilidade exclusiva da modalidade do dolo direto.

Atenção à parte merecerá a solução da justificação baseada no princípio da preponderância dos interesses, destacando-se, por sua maior relevância, a concernente à garantia do direito de defesa e da livre escolha do defensor. Desse modo, o recebimento de honorários por parte do advogado estaria albergado pelo “legítimo exercício de um direito, ofício ou cargo”. No desdobramento do Capítulo 9, a tese de Ambos será desenvolvida e a originalidade da sua investigação é referencial no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Ainda nesse capítulo, uma digressão é elaborada com o intuito de concatenar as diversas orientações e externar uma opinião a respeito da perspectiva objetiva do tipo, visando destacar a conduta do advogado no efetivo exercício da atividade de defensor, cumprindo as regras deontológicas da sua profissão, e a sua repercussão no campo da tipicidade penal. Para tanto, subsidia-se na abalizada doutrina de Frisch, Pérez Manzano e Robles Planas.

Os últimos capítulos procuram conferir a aplicabilidade das soluções dogmáticas por parte dos tribunais. Não surpreende que os tribunais alemães tenham propiciado um cotejo das propostas doutrinárias na maioria das vezes em favor da restrição da figura típica nos casos da atuação do

causídico e dos honorários maculados. Contudo, argumento de igual importância será devidamente ressaltado na discussão.

Perante a eventual subsunção da conduta do advogado ao tipo de lavagem (§ 261 do StGB – Strafgesetzbuch), afetar-se-ia o direito à livre escolha do advogado e o direito deste ao livre exercício da sua profissão, além de se atingir a relação de confiança entre advogado-cliente, acabando-se, assim, por relativizar a garantia constitucional da ampla defesa.

Situações concretas originaram uma certa inquietude por parte dos criminalistas em razão das ingerências da normativa do branqueamento, demandando do profissional alguns cuidados outrora desnecessários no momento de assumir a defesa do agente imputado da prática de branqueamento, no intuito de diminuir o risco de sua atividade.

Nesse cenário, as manifestações jurisprudenciais tendentes a restringir o tipo penal, seja do *Oberlandesgericht* (OLG) de Hamburgo, em favor da exclusão do aspecto objetivo do tipo, seja do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) em prol da solução do dolo, acrescidos dos argumentos em favor de direitos fundamentais, enriquecem o debate e aprimoram a resposta da dogmática jurídico-penal diante de eventuais casos concretos surgidos da amplitude do tipo penal e da prática advocatícia.

Nos moldes da experiência alemã, buscou-se encontrar na seara jurisprudencial de outras realidades normativas situações idênticas à temática aqui tratada. Porém, em regra, as decisões se direcionam ao instituto da autoria, não sendo qualidade exclusiva do profissional do direito atuar despido de suas prerrogativas legais e inserido na figura do sujeito ativo do delito de branqueamento.

Dentro dessa perspectiva, proporcionou o Tribunal Supremo Espanhol, nos autos de n. 34/2007, de 01 de fevereiro de 2007, sob relatoria de Bacigalupo, uma aprofundada descrição das implicações da conduta neutra nas relações sociais (por exemplo, aquisição de um imóvel a pedido de terceiro) em virtude da redação ampla do tipo penal da lavagem. A exposição dos diversos posicionamentos doutrinários atrelados à tendência funcionalista do Direito penal será de inestimável utilidade na elaboração de uma resposta jurídico-penal para os casos em que se verifique a temática da atuação do advogado e dos honorários maculados.

Enfim, com lastro nos antecedentes jurisprudenciais da experiência comparativa, contemplou-se a possibilidade de elaborar uma reflexão jurídico-penal a respeito das condutas socialmente adequadas, a partir de um caso concreto assinalado pelos tribunais pátrios. Nesses termos, a sentença proferida pela 11ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Ceará, nos autos de n. 2005.81.00.014586-0, optou pela solução do dolo para fundamentar o juízo condenatório sobre uma conduta neutra.

Os questionamentos prosseguiram em segunda instância, deixando registrado o posicionamento de concentrar a discussão exclusivamente no aspecto objetivo do tipo na apreciação de um sentido delitivo da conduta, criando-se com isso um risco penalmente desaprovado. Essa ponderação, direcionada em favor de uma atividade comercial, poderia ser estendida ao profissional, no caso o advogado que recebe honorários maculados.

Na parte final da pesquisa, alinhavaram-se algumas conclusões sem a pretensão, contudo, de exaurir ou responder em caráter definitivo a todas as controvérsias suscitadas ao longo do árduo percurso. É a contribuição singela que o autor oferece à comunidade jurídica brasileira.

1 Os termos *lavagem e branqueamento* serão aqui usados como sinônimos. Ambos refletem o mesmo fato: o reingresso ao mercado legal do produto ilícito sob a roupagem de uma atividade lícita. Destaque-se, contudo, que o legislador pátrio optou pela expressão “lavagem”, conforme dispõe a Lei n. 9.613/98. O termo branqueamento é largamente utilizado na legislação portuguesa.

2 *Vide* as Diretrizes da União Europeia, 2001/97/CE, de 4 de dezembro de 2001; a de 2005/60/CE, de 26 de outubro de 2005 e as Quarenta Recomendações do GAFI, de 20 de junho de 2003, para o combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo.

3 *Vide infra* Capítulo 5.1.

4 Os parágrafos referentes aos quatro primeiros capítulos do texto, devidamente revisados, remetem-se ao artigo anterior motivador do presente livro: A política criminal destinada à prevenção e repressão da lavagem de dinheiro. In: **Análise contemporânea. Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009 (Série GV*law*).

5 *Vide*, por exemplo, as críticas de Bajo Fernandez transcritas na nota 150 *infra*.

2 TENDÊNCIAS DA POLÍTICA CRIMINAL NO ÂMBITO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

Dentre os diversos desafios da ciência jurídico-penal apontados por Roxin, encontra-se a superação de uma leitura estritamente nacional desta ciência. Qualquer reforma da dogmática penal e da política criminal só terá sentido a partir de bases supranacionais¹.

Nesse diapasão, a doutrina² constata que as consequências da globalização também alcançam a normativa penal, pois a criminalidade transnacional, cujos efeitos atingem o tecido sociopolítico e econômico de diversas nações, implica uma progressiva uniformização dos tipos penais e maior cooperação policial e judicial entre os diversos países, além da recepção de diversos documentos internacionais, dos quais cite-se a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 20 de dezembro de 1988, e a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo), de 2000³.

Nas atividades delitivas que não reconhecem os limites de fronteira e que confirmam a internacionalização do Direito Penal, encontra-se o delito de lavagem de dinheiro⁴. Na experiência comparativa, especificamente em relação a esta modalidade delitiva, podemos indicar, dentre os documentos internacionais mais relevantes, a Convenção do Conselho de Europa sobre lavagem, identificação, embargo e confisco dos benefícios econômicos derivados do delito, de 8 de novembro de 1990, o Plano de Ação contra a Delinquência Organizada aprovada em junho de 1997 pelo Conselho Europeu de Amsterdam, além das Diretrizes (*Directivas*) da União Europeia, 2001/97/CE de 4 de dezembro de 2001 e a 2005/60/CE de 26 de outubro de 2005, *relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para o branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo*⁵.

No entanto, nos últimos dois decênios, a política criminal dos países europeus tem se orientado a destacar o aspecto financeiro da luta contra o crime no sentido de isolar economicamente o agente do delito de lavagem

de dinheiro – desde a fase investigativa – para que não usufrua da acumulação de capital e dos ganhos de procedência ilícita⁶. Ao verificar os documentos internacionais supracitados, tem-se que o interesse em fortalecer medidas antirreciclagem, para retirar de circulação os ganhos ilícitos, surgiu no contexto do comércio do tráfico ilícito de entorpecentes nos anos 1980⁷.

Nesse panorama, é esclarecedora a síntese de Albrecht: “En general, la política jurídica se ha concentrado en el lavado de dinero y las ganancias de origen ilícito provocando transformaciones profundas en el derecho penal sustantivo así como en el derecho procesal penal. La política de retirar de circulación las ganancias ilícitas, cuyo objetivo específico consiste sobre todo en la necesidad de suprimir completamente del tráfico económico las utilidades del comercio de narcóticos, hace parte de los esfuerzos internacionales de unificación de la legislación en el campo del lavado de activos y la extinción de ganancias ilícitas a nivel internacional⁸. Com efeito, as primeiras medidas antirreciclagem estão associadas às iniciativas internacionais de combate ao tráfico de entorpecentes e à atuação repressiva – a máxima ‘*follow the money*’ – seria um instrumento da investigação criminal⁹, pretendendo também alcançar as consequências provenientes do crime: o lucro ‘*catch the money*’”¹⁰.

A política criminal vocacionada à prevenção e à repressão da lavagem de ativos e à retirada do produto ilícito do delito, bem como do perdimento do patrimônio adquirido de forma ilegal¹¹ passou a impor ao sistema bancário e aos agentes financeiros a obrigação de colaborar com a *persecutio criminis*, comunicando às autoridades competentes toda vez que se deparem com atividade suspeita envolvendo quantias determinadas, além do dever de comunicar às autoridades ou instituições respectivas movimentos e transações monetárias suspeitas¹².

É sabido que uma das maiores dificuldades na luta contra o delito de lavagem advém de seu complicado polimorfismo¹³. À exaustão, a doutrina, acolhendo o modelo explicativo do Grupo de Ação Financeira (GAFI)¹⁴, destaca os ciclos do branqueamento¹⁵, distinguindo objetivamente três etapas: i) da colocação (*placement*); ii) da dissimulação dos ativos (*layering*); e iii) da integração dos bens, direitos ou valores à economia

regular (*integration*). Dessas três fases, o momento mais vulnerável para o agente do delito¹⁶ – e no qual se pode impor um maior dever de prevenção – é o da primeira, quando o agente tenta introduzir no sistema financeiro o produto do delito precedente. Nesse diapasão, é compreensível que a medida inicial de prevenção ao branqueamento de capitais seja a imposição ao sistema bancário e às instituições de crédito – na função de garantidores do sistema financeiro – um especial dever de diligência (*due diligence*) quando da identificação do seu cliente e na comunicação de operações suspeitas¹⁷.

Desse modo, procede a assertiva de que a normativa em matéria de lavagem de capitais está orientada a impedir o ingresso dos fundos maculados na economia formal mediante o adequado conhecimento do cliente (fase da colocação), a detectar as operações ou transações suspeitas (principalmente na fase da diversificação) e a identificar os ativos de origem delitiva por meio de uma eficiente investigação patrimonial (na fase de integração)¹⁸. As legislações penais modernas acolhem dispositivos dessa natureza, e não poderia ser diferente com a nossa Lei n. 9.613/98, nos arts. 9º, 10 e 11¹⁹.

Cumprido ressaltar que a atuação eficaz do sistema bancário, no auxílio ao controle da lavagem de ativos, pode ser observada sob diversos prismas. Nessa seara, nos restringimos a uma leitura normativa, não obstante se reconheça que a mesma apresenta uma visão parcial e insuficiente, sobretudo quando se depara com a cumplicidade de algumas entidades bancárias, ao se utilizarem de subterfúgios de fiscalização oferecidos pelos denominados “paraísos fiscais”, que outorgam maiores ganhos e lucratividade às atividades dos supostos investidores, ou a isenção de tributação a entes jurídicos fictícios.

Assim, seguindo as ponderações de Alvarez Sala, uma fresta sempre estará aberta nas rígidas imposições de controle ao sistema bancário enquanto persistirem paraísos fiscais que oferecem sigilo bancário absoluto e baixa fiscalização²⁰. E, conforme a análise crítica de Brandão, nesse âmbito, é fácil constatar sinais contraditórios por parte dos Estados, que, se, por um lado, fazem recomendações, promovem a cooperação judiciária internacional, além de efetivar práticas de prevenção e dissuasão a entidades vulneráveis ao delito de lavagem, e.g., o sistema financeiro, por

outro lado, revelam uma surpreendente “passividade perante as zonas *offshore*, que são porto de abrigo do grosso dos grandes capitais de proveniência criminosa”²¹.

Sem dúvida, as imposições de deveres especiais de diligência ao sistema bancário, reveladas na análise sobre o cliente e as transações por ele efetuadas, que integram o quadro de medidas de prevenção, ensejam outros questionamentos intrinsecamente atrelados à atividade do sistema financeiro. Entre elas, podemos citar que a adoção, por parte das entidades bancárias, das obrigações visando prevenir a reciclagem de dinheiro, tem como consequência inevitável a quebra de um dos princípios fundamentais da sua atividade, *in casu*, o sigilo bancário²².

Os diversos sistemas normativos regulamentam dispositivos tendentes a que o sigilo bancário não se transforme em obstáculo à fiscalização por parte dos órgãos de controle. Aránguez Sánchez argumenta que as limitações impostas ao sigilo bancário não significam o seu desaparecimento das sociedades industriais, mas este é submetido, sob alguns pressupostos, a órgãos encarregados da prevenção e *persecutio* de certos delitos. Assim, a obrigação de informar a realização de operações suspeitas e de movimentações ou transações monetárias capazes de encobrir uma operação de branqueamento não implicaria uma arbitrária intromissão na intimidade do cliente²³.

Outro aspecto, talvez de maior relevância nessa problemática, está nas objeções levantadas quanto à legitimidade de transformar as entidades financeiras em espécie de *longa manus* dos órgãos policiais do Estado. A dimensão do questionamento viu-se ampliada quando se elasteceu o rol de destinatários das obrigações tendentes a prevenir a lavagem do dinheiro²⁴. Neste particular, quanto à atuação de sujeitos e entidades submetidas às obrigações de colaboração na luta contra a criminalidade organizada, temos a destacar que a busca de um “equilibrado compromisso”²⁵ depende de não assumir posturas extremadas de colaboração dos particulares, a ponto de flexibilizar valores individuais e coletivos inerentes ao Estado Constitucional²⁶.

A esse respeito, a doutrina apontou que a obtenção do equilíbrio – na participação dos particulares no propósito da defesa social – não é tarefa fácil. É certo que uma política exclusivamente repressiva de combate ao

delito de lavagem está fadada ao insucesso, tornando-se imperioso uma legislação preventiva de caráter administrativo, fundada numa ampla solidariedade social²⁷, reunindo o maior número de sujeitos e entidades que direta ou indiretamente possam ter relação com alguma das fases desta modalidade delitiva pluriofensiva.

Uma leitura inicial da normativa internacional de prevenção à lavagem de capitais poderá constatar que esta destina-se a categorias de natureza essencialmente profissional, ou seja, as obrigações legais estabelecidas não visam alcançar todos os cidadãos, senão àquelas entidades ou pessoas que exerçam determinadas atividades econômicas consideradas vulneráveis pela Lei. Desse modo, tais categorias ficarão submetidas aos deveres jurídicos de especial intensidade associadas ao desenvolvimento de sua atividade profissional ou de negócio²⁸.

A colaboração dos sujeitos aos quais se destina a Lei visa estimular a declaração de operações suspeitas de reciclagem. E justamente nesse tópico se assenta a legitimidade inicial da atuação das entidades financeiras e instituições de crédito que, em virtude da natureza de suas atividades, estão em contato direto com a primeira fase do delito de lavagem.

Portanto, inicialmente, o elenco de sujeitos obrigados se centralizou exclusivamente no sistema financeiro. De qualquer forma, esse mecanismo de prevenção não foi suficiente para controlar operações financeiras criadas para burlar as diligências e fiscalização do sistema bancário. Em pouco tempo, o agente do delito começou a elaborar planos mais sofisticados de acesso ao circuito financeiro legal, visando colocar em circulação, dissimular e encobrir os recursos de origem delitiva.

Quanto à variedade das técnicas empregadas para apagar o rastro que vincula os capitais com sua procedência ilícita e aos procedimentos utilizados para obter esse propósito, Aránguez Sánchez tem assinalado que o surgimento de novos métodos de branqueamento tem como único limite a imaginação e a habilidade dos sujeitos ativos desse delito²⁹. Se, por um lado, a realização da figura típica do roubo à mão armada não sofreu alteração substancial nos últimos séculos, por outro lado, a técnica da lavagem de dinheiro reveste-se de constantes modificações, e quanto mais inéditas forem estas, maiores possibilidades terão de não ser percebidas pelos órgãos de controle.

Todavia, e seguindo as deduções lançadas pelo professor da Universidade de Granada³⁰, na maioria das vezes, as operações de lavagem não podem ser vistas como ações isoladas, pois formam um processo no qual distintas técnicas se aplicam simultaneamente ou sucessivamente até a obtenção do maior afastamento do produto delitivo da sua origem ilegal. Uma vez realizada a reciclagem do capital, com a devida dissimulação da origem, diversificam-se as atividades econômicas, passando-se ao gozo e aproveitamento dos ganhos provenientes de uma atividade criminosa.

Evidente que, diante do maior controle exercido sobre as atividades de reciclagem verificadas no sistema financeiro, constatou-se por meio de dados estatísticos a procura por parte dos agentes branqueadores de outras formas de dissimulação da origem dos ativos ilícitos, criando-se diversas técnicas sofisticadas de lavagem (domésticas ou internacionais)³¹.

Cumprir lembrar que, em 1996, o GAFI³², ao rever suas Recomendações, solicitava às autoridades nacionais que alargassem o âmbito de aplicação das medidas de luta contra o branqueamento às atividades financeiras desempenhadas por profissionais de diversas áreas. Perante a diversificação das atividades e nos termos da Consideração n.13 da Diretriz 2001/97/CE, passou o agente branqueador a utilizar da prestação de assessoria jurídica especializada, sobretudo em engenharia financeira e de operações comerciais, como instrumento de superação dos controles de identificação³³.

Segundo Del Cid Gomez: “Los abogados ofrecen asesoramiento legal que permite el diseño de complejos esquemas de blanqueo, además de proporcionar a las operaciones realizadas una apariencia de respetabilidad. Algunos despachos de abogados actúan como proveedores de servicios a sociedades y fideicomisos. Entre los labores que realizan destaca la constitución de un gran número de sociedades o otras entidades jurídicas y el ejercicio de la función de dirección”³⁴. Apontando, adicionalmente, a atuação do advogado na terceira fase do delito, na denominada “integração”, Durrieu assim se manifesta: “Também os profissionais podem ter participação nas manobras. Os advogados (...) podem dispor de dinheiro sujo dos seus clientes e colocá-lo assim, por exemplo, em contas bancárias em seu nome e não no nome do seu cliente, atuando como verdadeiros testas de ferro”³⁵. A intervenção desses profissionais a serviço dos agentes

branqueadores comprovou que o sistema bancário e financeiro pode ser comprometido na sua fiabilidade, gerando insegurança e afetando a coesão de todo o sistema³⁶.

É *communis opinio* que os efeitos do delito de branqueamento atingem o tecido social, corroendo os alicerces das estruturas econômicas e políticas dos Estados. Não se demanda um conhecimento especializado a respeito da matéria para compreender as razões de política criminal destinadas a prevenir e reprimir esse delito.

A principal motivação de um dos primeiros diplomas normativos em torno do tema, no caso, a Diretriz 91/308/CE, era inicialmente evitar a utilização das instituições de crédito e das instituições financeiras por parte dos agentes branqueadores, de forma a afetar a confiança no sistema como um todo. Mas restou evidenciado que nem todos os mecanismos de controle surtiram o efeito almejado diante da permutação quase interminável de bens e de valores.

Não deixa de ter procedência a assertiva de que a extensão desse objetivo de controle a outros profissionais, responsabilizando-os nessa atividade de prevenção, não seria uma finalidade ilegítima: “... uma vez que se verifica que estes podem exercer um número de atividades muito diversas, que ultrapassam largamente o mero âmbito das competências de consultoria e de representação jurídicas. Neste contexto, surge o risco de os advogados se tornarem à semelhança de outras profissões, ‘porteiros’ que permitem aos branqueadores atingir os seus objetivos ilícitos”³⁷.

Diversas entidades governamentais alertaram sobre esse risco, e exemplos posteriores o confirmam. Entre os casos, pode ser citada a denúncia em dezembro de 1998, da *Unidade de Inteligência Financeira do Reino Unido* (NCI), dirigida contra diversos escritórios de advocacia de Londres, pelo seu envolvimento na prática de lavagem de dinheiro³⁸. Dez anos depois, na Espanha, a *Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal* e a *Brigada de Blanqueo de Capitales* deflagraram diversas operações que deslindaram quatro redes delitivas cuja atividade consistia na remessa de dinheiro ilícito a Liechtenstein, formando parte de um gigantesco esquema de reciclagem com centro na Alemanha. Na “Operación Hidalgo”, escritórios de advocacia estavam encarregados de criar entes fictícios em Liechtenstein, sendo que seus integrantes eram os

representantes dessas entidades. Nessa qualidade, adquiriam bens imóveis na Espanha mediante transferência de fundos do exterior representados por pessoas ou sociedades naquele país³⁹.

Visando coibir essa prática, a Diretriz 2001/97, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04 de dezembro de 2001, que altera a Diretriz 91/308/CEE do Conselho, *relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para os efeitos de branqueamento de capitais*, na sua Consideração n.16, inseriu *ratione persone* as profissões jurídicas a colaborar no controle dos ativos provenientes de atividades ilícitas. Segundo ela, “Os notários e outros profissionais forenses independentes, tal como definidos pelos Estados-membros, devem ser sujeitos ao disposto na directiva quando participem em transacções financeiras ou empresariais, nomeadamente quando prestem serviços de consultoria fiscal em relação às quais prevaleça um risco mais acentuado de os serviços desses profissionais forenses serem utilizados de forma abusiva para efeitos de branqueamento do produto de atividades criminosas”⁴⁰.

Essa determinação foi acolhida na legislação Comunitária com a inserção do art. 2.A, n.5 e alíneas. Assim, a tendência da atual política criminal do combate à lavagem de dinheiro, nos mesmos moldes das obrigações impostas aos bancos e aos agentes financeiros, tem procurado alargar o rol de pessoas ou categorias profissionais no âmbito de aplicação das medidas de luta contra o branqueamento. Essas categorias profissionais afetas a áreas não financeiras estariam suscetíveis de atuação nas diversas fases do branqueamento ou de serem utilizadas abusivamente pelos agentes de referido delito.

Em 2001, o GAFI, ao reafirmar que, tendo em vista “o recurso crescente dos criminosos a profissionais e a outros intermediários para obter conselhos ou outro tipo de auxílios a fim de branquear fundos de origem criminosa”, considerava que “o âmbito de aplicação das quarenta recomendações deve ser alargado de forma a abranger sete categorias de atividades e profissionais não financeiros”, dentre os quais “os advogados e notários”⁴¹.

Reforçando esses postulados, a Diretriz da União Europeia 2005/60, de 26 de outubro de 2005, *relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para o branqueamento de capitais e de financiamento do*

terrorismo, no seu art. 2.3. manteve, sob seu âmbito de incidência, auditores, técnicos de contas externas e consultores fiscais (item a), além de notários e outros membros de profissões jurídicas quando participem, *quer atuando em nome e por conta do seu cliente*, numa transação financeira ou imobiliária ou, ainda, prestando assistência a seu cliente em transações relativas à compra e venda de imóveis ou entidades comerciais, à gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes ao cliente, abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários etc.

Sobreleva ressaltar que a Diretriz 2001/97/CE, no seu art. 6-3, prevê uma derrogação limitada do seu alcance, ao desobrigar aos Estados-membros de estabelecer a colaboração do profissional forense nos casos em que, no exercício da sua profissão, receba informações confidenciais do cliente, concedendo-lhe parecer jurídico sobre eventual transação econômica que possa ser objeto de investigação criminal e quando o profissional esteja na condição de defensor do cliente em processo judicial⁴². Por sua vez, a Diretriz 2005/60/CE manteve essa previsão nos mesmos termos do art. 6.3 da Diretriz de 2001/97/CE (*vide* o art. 23.2)⁴³.

As imposições a categorias profissionais – *quando atuam em nome e por conta de seu cliente* – passaram a ser adotadas por diversos sistemas legislativos⁴⁴, e atendem às Quarenta Recomendações do GAFI de 20 de junho de 2003, para o combate ao branqueamento de Capitais e ao financiamento do Terrorismo⁴⁵. Das Recomendações propostas pelo GAFI, as que afetam a profissão do advogado estão enunciadas nos números 12, 13, 15, 16, 17, 21, 24 e 25. Direcionadas aos advogados, notários e a outros profissionais jurídicos independentes, tais recomendações são: i) dever de vigilância relativo à clientela; ii) conservação de documentos; e, iii) obrigação de declarar operações suspeitas quando, por conta ou em representação de um cliente, participam de uma operação relacionada a determinadas atividades (compra e venda de bens imóveis, constituição de pessoa jurídica etc.).

Cumprir observar que a legislação portuguesa (Lei n. 11/2004 de 27 de março) é mais abrangente ao determinar que a imposição aos deveres da política de prevenção se dará não apenas em nome do cliente mas “em outras circunstâncias”.

A subseção II da citada Lei trata dos “Deveres das entidades não financeiras” e o art. 20 (Âmbito de aplicação), na letra “f”, reza: “Sociedades, notários, conservadores de registro, **advogados**, solicitadores e outros profissionais independentes, que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações: i) de compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais; ii) de gestão de fundos, valores mobiliários, ou outros ativos pertencentes a clientes; iii) de abertura e gestão de contas bancárias, de poupança e de valores mobiliários; iv) de criação, exploração ou gestão de empresas, fundos fiduciários ou estruturas análogas; v) financeiras ou imobiliárias em representação do cliente; vi) de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de práticas desportivas profissionais” (grifamos).

Uma das particularidades verificadas na normativa espanhola está na modificação do papel dos notários no quadro de categorias englobadas nas políticas de prevenção. De meros sujeitos colaboradores passaram a ser obrigados a comunicar operações suspeitas ao Serviço Executivo da Comissão de Prevenção de branqueamento (SEPBLAC) quando do desenvolvimento de suas atividades. Adotam, assim, os postulados da II Diretiva da União Europeia (2001/97/CE) introduzida pela Lei n. 19/2003. Conforme Aliaga Méndez: “En su nueva condición de sujetos obligados, los notarios deben adoptar una série de medidas dirigidas a la prevención del blanqueo de capitales. El cumplimiento de algunas de ellas se articula a través del Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo (OCP)”⁴⁶.

Aventa-se na literatura especializada, com razão, que os dispositivos de dever de vigilância e de comunicação de operações suspeitas direcionadas aos agentes financeiros, ao sistema bancário, aos notários, a profissionais liberais e a entidades públicas e privadas, estampados nos documentos internacionais, assumem uma feição delineadora de um regime penal administrativo⁴⁷. Atrélendo-se a uma visão preventiva das estratégias de controle à lavagem de ativos, pode-se deduzir disso que o modelo adotado traça o norte da imposição de obrigações e sanções aos sujeitos envolvidos nesta temática.

É o caso do art. 12 da Lei n. 9.613/98, ao cominar sanções de advertência, multa, inabilitação temporária e cassação de autorização, ou ainda a atuação do COAF quando da comunicação de atividades suspeitas

às autoridades competentes (art. 15). Nesse âmbito, deduz-se a sugestão dos organismos na atuação do advogado, no sentido do dever de vigilância e comunicação.

Apenas numa perspectiva acadêmica compreende-se a atuação do profissional do direito principalmente nas segunda e terceira fases do delito de lavagem, pois ainda que afastado da sua eventual convocação no âmbito preventivo, como sugerem as Diretrizes internacionais, tal não inviabiliza de encontrar-se o advogado (como qualquer outro profissional liberal) inserido na realização de atos concernentes às três fases⁴⁸.

Ressalte-se, de qualquer modo, o fato de as três etapas ou fases do processo de lavagem obedecerem a uma denominada concepção clássica explicativa dessa modalidade delitativa. Por isso, mantém-se neste estudo, a título meramente didático, a opção por esta sistematização, ciente da sua utilidade sob um *viés* da política criminal, mas ao mesmo tempo sem ignorar as contribuições doutrinárias no sentido de esta divisão ter apenas valor esquemático e instrumental à sua compreensão, pois não ocorrem necessariamente de forma sequencial ou em momentos distintos⁴⁹. E ainda porque as metodologias empregadas pelas organizações criminosas destinadas ao branqueamento de capitais produzem constantes revisões na pluralidade de formas adotadas na prática da reciclagem de capitais⁵⁰.

Feita essa ressalva, importante salientar o não impedimento da atuação do profissional do direito em qualquer etapa do delito, por exemplo, no caso de o advogado confeccionar contrato fictício de honorários aplicando o dinheiro recebido para adquirir imóveis em seu próprio nome, quando na verdade tais bens são de propriedade do criminoso. Por óbvio, pelo último exemplo, denota-se que o profissional se despiu de suas prerrogativas funcionais e infringiu dispositivos do seu Estatuto.

Ao mostrar a inserção da classe dos advogados na normativa de prevenção à lavagem de capitais, noticia-se uma realidade para a qual não se admite uma única resposta, nem a transposição de visões simplistas generalizadas por atuações excepcionais de profissionais desviados que aderem às técnicas sofisticadas de reciclagem, despindo-se de suas prerrogativas legais. Pretende-se demonstrar inicialmente a necessidade de ampliar o campo de debate acadêmico e trazer a experiência comparativa

(seja na fase consultiva ou contenciosa) do papel do advogado diante dos vetores da política criminal destinados ao combate à lavagem de capitais.

Na atualidade, a par de críticas pontuais⁵¹, é inquestionável certo consenso doutrinário sobre a relevância do delito de lavagem de capitais para o Direito Penal substantivo, para as normas de cunho processual, bem como para os Tribunais, os quais permanentemente devem definir os rumos quanto à eventual imputação penal do advogado com atuação, seja num momento consultivo, seja contencioso, na defesa de um sujeito envolvido em mencionada modalidade delitiva.

Dito desse modo, uma das questões mais significativas reside em determinar até onde compete conhecer a destinação que será dada pelo cliente ao serviço prestado. Na linha da indagação proposta por Gomez-Jara, deverá se refletir sobre até onde cabe a um advogado conhecer o destino a ser dado pelo cliente à sociedade constituída por meio da sua assessoria legal. Esse autor vai mais longe, ao afirmar que a normativa internacional (principalmente as Diretrizes Europeias) em matéria de prevenção modifica o rol de deveres profissionais surgindo deveres positivos que ultrapassam o *nenimen laedere*⁵².

Os deveres de comunicação e, em certos casos, de denúncia impostas pela legislação extrapenal deverão ter uma solução adequada com objetivo de não alterar os vetores da política criminal direcionados ao delito de lavagem. Situação diversa envolve os casos do advogado ao receber dinheiro supostamente maculado para defender o agente acusado da prática desse delito, pois poderia se deduzir *prima facie* que o recebimento de tais honorários constituiria uma técnica de reciclagem, aliás, diga-se de passagem uma técnica rudimentar nada sofisticada.

No entanto, conforme a doutrina, a vinculação do delito de lavagem de capitais com o tráfico de entorpecentes e financiamento ao terrorismo⁵³ tem comportado constantes modificações verificadas no plano legislativo, afetando substancialmente outras áreas do ordenamento jurídico. Tais alterações influenciam sobremaneira a determinação efetiva do momento em que a conduta adquire relevância jurídico-penal, ou se, pelo contrário, atua dentro do marco permitido (no caso, por exemplo, de consultoria extrajudicial ou do recebimento de honorários maculados pela defesa técnica prestada).

Saliente-se que algumas assertivas sobre o objeto de estudo terão uma feição definitiva em decorrência da evolução legislativa e das reflexões doutrinárias até o momento desenvolvidas nesta matéria. Uma delas gira em torno da legitimidade dos vetores da política criminal, ancorada na finalidade de retirar os ganhos espúrios do agente da prática de reciclagem e o seu controle nas diversas transações próprias do mercado financeiro.

Isso demonstra nosso distanciamento em aderir a um pensamento contrário à incriminação dessa modalidade, cujo respaldo nas ratificações das Convenções Internacionais foi a seu tempo acolhido pelo legislador pátrio⁵⁴. Contudo, assentado na Convenção de Viena e nas diretrizes da União Europeia e do GAFI, as quais também se atêm ao dever de agir dos profissionais do direito em prol da confiabilidade do sistema financeiro e da ordem socioeconômica, faz-se necessário refletir sobre a própria legislação penal respectiva, a qual igualmente adentrará no debate da atuação do profissional tanto no aspecto da assessoria legal como no da própria defesa criminal e da sensível questão do recebimento dos honorários maculados.

Destarte, para quem professa uma legislação penal racional, fiel aos ditames da subsidiariedade, da fragmentariedade, da proporcionalidade e do merecimento da pena⁵⁵, a irresignação pela técnica de tipificação adotada pelo legislador nacional, em matéria do delito de lavagem de dinheiro (arts. 1º e 2º da Lei n. 9.613/98), é manifesta dada a falta de rigor científico na configuração e na amplitude do tipo tendente a evitar lacunas de punibilidade. Mas não se desconhece a existência de uma conexão político-criminal instrumental entre o delito de lavagem e a persecução das organizações criminosas legitimadora da normativa em matéria de branqueamento de capitais.

Com razão, tem-se afirmado que essa normativa poderá ter a mesma sorte da legislação destinada ao tráfico internacional de entorpecentes e a outros crimes cometidos por organizações criminosas, além da legislação voltada à repressão do terrorismo, adquirindo traços de leis penais de exceção.

É notória, nesta temática, a finalidade das reformas em ampliar o campo da punibilidade, e, não raramente, dos tribunais acabarem por elasticar os critérios dogmáticos da imputação individual⁵⁶. Entretanto, uma eventual crítica movida contra a amplitude do tipo penal da lavagem não poderá

ignorar a sua compatilidade com a política criminal destinada ao combate dos crimes transnacionais, especialmente os cometidos por organizações criminosas, sobretudo as integradas no tráfico de entorpecentes.

Assim, torna-se oportuna a assertiva de Ambos ao retratar a mentalidade reitora dessa política criminal: o agente do delito de lavagem “deve no verdadeiro sentido da palavra permanecer sentado em seu capital sujo”⁵⁷.

Ainda, perante a tendência cada vez mais difundida em outras nações⁵⁸ de impor obrigações a categorias profissionais, como a dos advogados, de “colaborar no controle preventivo da lavagem de ativos”, sem dimensionar o alcance destas em face dos princípios constituídos no ordenamento jurídico, torna-se imperiosa uma reflexão teórica apta a constatar o estado da discussão do tema nos âmbitos legislativo, doutrinário e jurisprudencial.

De antemão, podemos asseverar a consolidação da justificativa da política criminal direcionada aos crimes transnacionais, especialmente ao branqueamento de capitais, mas a sua abrangência – envolvendo a atuação de categorias profissionais, as atividades comerciais, as ações neutras e, conseqüentemente, a própria livre iniciativa – podem gerar excessos que nos levam a questionar a sua correção.

Nesse âmbito preambular, focalizam-se dois aspectos de indagação: o primeiro direcionado ao espaço de discussão da técnica de tipificação adotada pelo legislador pátrio que engloba a atuação da defesa; o segundo, visando a imposição de obrigações aos profissionais da advocacia, seja na função de colaborador com a política de prevenção da reciclagem, seja no seu papel de defensor no processo de agentes que respondam por esse delito.

Quanto ao primeiro aspecto e *en passant*, facilmente poder-se-ia afirmar sob o prisma jurídico-penal que os delitos de lavagem de dinheiro podem ser definidos de forma ampla⁵⁹, abarcando na sua totalidade qualquer transação que implique o uso dos ganhos de uma atividade delitiva. A amplitude desse tipo penal tem propiciado diversas considerações doutrinárias nas quais se evidencia sua abrangência a inúmeras condutas consideradas *socialmente adequadas*, ou também denominadas “*standards*”⁶⁰.

Seriam aparentemente objeto de apenamento condutas usuais, como a do dentista que efetua tratamento em suposto traficante de drogas e recebe

em pagamento dinheiro de procedência delitiva, a do vendedor de concessionária automotiva que efetua venda regular e recebe dinheiro maculado, a do taxista que transporta o acusado de lavagem, dentre outras.

Inclue-se também, na dimensão flexível dessas condutas, o recebimento de dinheiro de origem delitiva como pagamento pela prestação de serviços profissionais a advogados contratados para assessoria jurídica e patrocínio de ação criminal. Poderíamos – em um plano teórico, alicerçados unicamente numa interpretação literal imprópria – acolher a afirmativa de que essas condutas são subsumíveis ao tipo de branqueamento de capitais nos termos do § 1º, inciso II, do art. 1º da Lei n. 9.613/98⁶¹, na mesma direção apurada na legislação comparada⁶².

A referência às denominadas condutas neutras ou socialmente adequadas interessam sobretudo à dogmática penal percorrendo o campo da tipicidade, de modo que a reflexão teórica em relação à configuração e ao seu tratamento diante das demais categorias do fato punível encontra-se em franco desenvolvimento.

Das propostas apresentadas, depreende-se que estas condutas socialmente adequadas, *standards* ou neutras, não cumprem os requisitos da imputação objetiva exigíveis para a determinação de sua responsabilidade penal, pois os comportamentos socialmente adequados, via de regra, são atípicos. Nas hipóteses dos casos *supra* – do dentista, do taxista e a do próprio advogado (entre inúmeras outras) –, haverá necessidade de se comprovar que a ação de colaboração tenha um sentido objetivamente delitivo, superando os limites do papel social do profissional, de tal modo que não possam ser consideradas mais como socialmente adequadas ou, ainda, que impliquem um aumento do risco⁶³.

Por conseguinte, decorre da aproximação crítica à técnica jurídica adotada no tipo penal da lavagem o tema das condutas socialmente adequadas ou neutras, demandando específica reflexão jurídico-penal a partir dos postulados inerentes à teoria da imputação objetiva⁶⁴.

Portanto, neste ponto, no seu núcleo de discussão, encontra-se a temática relacionada à atuação profissional do advogado, que poderá ser tratada sob um segundo ponto de vista, a ser subdividido em dois subitens: o da atuação do advogado convocado pelas recomendações internacionais a colaborar com a política de prevenção ao branqueamento de ativos, por

meio de um dever de vigilância e de comunicação de operações suspeitas, e o do tratamento jurídico-penal dispensado à atuação do advogado de defesa quando do recebimento de honorários, em tese maculados, de agentes que respondam pelo delito de lavagem.

A pretensão em identificar os dois subitens de reflexão evidencia a complexidade do tema, pois repercute nas garantias processuais e compromete o efetivo exercício do direito de defesa, fragilizando direitos fundamentais (no caso o livre exercício da profissão)⁶⁵, relativizando o sigilo profissional a que está submetido o advogado e, por que não dizê-lo, modificando os princípios do Direito Penal da culpa e da responsabilidade individual, orientando-os para o critério da prevenção e da segurança⁶⁶. Tarefa árdua é imposta aos penalistas e vozes críticas reclamam, com razão, uma restrição do tipo penal da lavagem de capitais⁶⁷.

Quanto ao segundo aspecto, – da imposição de obrigações aos profissionais da advocacia, seja na função de colaborador com a política de prevenção da reciclagem, seja no seu papel de defensor no processo de agentes que respondam por esse delito, demanda-se uma pesquisa das iniciativas legislativas sobre o tema, visando a um aperfeiçoamento legislativo e a uma compreensão do alcance dos seus dispositivos com reflexos na dogmática penal e na jurisprudência.

Antes de uma ponderada análise dogmática sobre o alcance da amplitude do tipo penal que diz respeito diretamente ao primeiro aspecto focalizado (devendo o tratamento jurídico-penal se destinar ao tema das condutas socialmente adequadas), passa-se à receptividade do legislador pátrio à tendência da política criminal internacional no controle da lavagem de capitais.

¹ *Vide* ROXIN, Claus. **La teoría del delito en la discusión actual**, p. 3 e s.

² *Vide* inicialmente ALBRECHT, Hans-Jörg. **Criminalidad transnacional, comércio de narcóticos y lavado de dinero**, p. 12 e s.; BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot. **Aspectos político-criminais sobre branqueio de capitais**, p. 99 e s.; BLANCO CORDERO, Isidoro. **Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión**

Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación e la Ley penal en el espacio, p. 21-23; MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **La dimensión internacional del blanqueo de dinero**, p. 181 e s.; SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, José Luis. **Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo**, p. 1720-1727.

3 No tocante a um estudo detalhado dos efeitos das Convenções Internacionais nos Ordenamentos Jurídicos dos Estados-membros, *vide* BLANCO CORDERO, Isidoro. **Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado**, p. 25 e s.; DEL ARCO, Andrés Palomo. **Asistencia Internacional en la felincuencia económica**, p.107 e s. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**, p. 43-48; *vide* ainda BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro**, p. 15 e s.

4 A respeito *vide* AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**, p. 15 e s.; BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**, p. 39; BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot. **Aspectos político-criminais sobre branqueio de capitais**, p. 99 e s.; DURRIEU, Roberto. **El lavado de dinero en la Argentina**, p. 7. Também FARALDO CABANA, Patricia. **Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995**, p. 121. Sobre os Tratados e Convenções internacionais que conformam o Regime global antilavagem de dinheiro, *vide* DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**, p. 139 e s.

5 A base do sistema de prevenção da lavagem de dinheiro no âmbito da Comunidade Europeia está na Diretriz 91/308/CEE, de 10 de junho de 1991, alterada pela Diretiva 2001/97/CE, de 4 de dezembro de 2001. Sobre o alcance das Diretrizes aos Estados-membros, *vide* BRANDÃO, Nuno. **Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção**, p. 11 e s.; ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. **La prevención del blanqueo de capitales**, p. 105-107.

6 ALBRECHT, Hans-Jörg. *Op. cit.*, p. 36-37. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Op. cit.*, p. 40-43; BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, p. 20. Na oportuna assertiva de Ambos, o agente do delito de lavagem “deve, no verdadeiro sentido da palavra, permanecer sentado em seu capital ‘sujo’”. *Vide* AMBOS, Kai. *Op. cit.*, fls. 12 da tradução espanhola do seu estudo “La aceptación por el abogado defensor de honorario maculados: lavado de dinero”.

7 O ponto de partida para estabelecer um marco institucional das medidas contra a lavagem de dinheiro é a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena, 1988). Recepcionada no Brasil pelo Decreto n. 154 de 26 de junho de 1991, a Convenção de Viena criou três categorias de delitos relacionados com a reciclagem, não obstante em nenhum deles tenha utilizado o termo lavagem de dinheiro. *Vide* os arts. 3, 1 (b) (i), 3, 1 (b) (ii) e 3, 1 (c). Diga-se de passagem que o Conselho da Europa adotou elementos da Convenção de Viena ao redigir a Convenção sobre o Branqueamento, Identificação, Embargo e Confisco dos Benefícios Econômicos derivados do Delito (1990). Outros organismos internacionais seguiram essa

orientação, entre eles a Organização dos Estados Americanos com seu Regulamento Modelo sobre o Delito de Lavagem de Dinheiro vinculado ao Tráfico Ilícito de Drogas e outros delitos graves (1999) (OEA-Regulamento Modelo). Cite-se ainda a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo), de 2000. Observe-se que as definições da Convenção de Viena estão incluídas nas Quarenta Recomendações do GAFI (Grupo de Ação Financeira sobre o Branqueamento de Capitais), que na sua Recomendação n. 1, determina: “Os países deveriam incriminar o branqueamento de capitais de acordo com o disposto na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena) e na Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo), de 2000”.

[8](#) ALBRECHT, Hans-Jörg. *Op. cit.*, p. 47-48. Nessa linha de mudança de pensamento e assentado nas ponderações de Albrecht *vide* PIMENTEL ALBUQUERQUE, Mário. **Lavagem de dinheiro e remessa ilegal de divisas: o papel do poder judiciário na repartição de ativos**, p. 123.

[9](#) BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, p. 20. Ainda, *vide* a respeito o relatório do Departamento de Justiça dos EUA: **Confisco de bens como uma ferramenta de policiamento contra crimes transnacionais**, p. 7.

[10](#) DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, p. 249.

[11](#) A título elucidativo, nos autos de ação penal n. 2007.7000026565-0, oriundo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, especializada nos delitos de lavagem, transparece essa orientação na sentença de condenação, fls. 4685 e s.: “Havendo um estilo de vida criminoso, com prova de que o acusado (...) o grupo por ele dirigido faz da atividade criminosa a sua profissão, todo o patrimônio identificado deve, em princípio, ser considerado como produto ou provento do crime. Isso é especialmente correto se for constatada a adoção de artifícios para ocultar e dissimular a sua origem e natureza criminosa e se não houver prova de rendimentos lícitos. Não se faz necessário, neste contexto, rastrear a origem de cada bem, direito ou valor do patrimônio dos acusados até um específico crime de tráfico, o que, aliás, seria tarefa impossível, pois isso não é objeto de contabilidade precisa (...). É até possível que (...) tenha igualmente ganhos lícitos decorrentes dos investimentos que realizou com o produto do crime (...) Entretanto os lucros e outros benefícios oriundos de atividade empresarial lícita ficam contaminados por sua origem espúria pois as empresas e fazenda foram construídas ou adquiridas com o produto do crime. O crime não pode render qualquer fruto. O confisco de bens provenientes de tráfico de entorpecentes compreende não só o produto direto dessa atividade, mas também os ganhos derivados do produto”. A respeito da “articulação do discurso antilavagem de dinheiro” *vide* DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, p. 229 e s.

[12](#) Sobre os mecanismos desenvolvidos visando coibir a prática e utilização do sistema bancário para a lavagem, *vide* inicialmente a Declaração de Princípios do Comitê de Basileia de 12/12/88. Mais recente *vide* “*Guidance Paper on Customer Due Diligence for Banks*” (“*Basel CDD paper*”), elaborado pela *Basel Committee on Banking Supervision*, em outubro de 2001. Ressalte-se que a Diretiva 91/308/CEE, criou uma série de medidas

de prevenção de operações de lavagem de capitais que “...passou fundamentalmente pela vinculação das entidades do sistema financeiro a um determinado conjunto de deveres”. *Vide* BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, p. 26. Ainda referentemente às obrigações impostas às instituições de crédito decorrentes da Diretiva 91/308/CEE, *vide* ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Op. cit.*, p. 111 e s.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El delito de blanqueo de capitales**, p. 113 e s.; GÓMEZ INIESTA, Diego. **El delito de blanqueo de capitales en derecho español**, p. 78 e s.

[13](#) Conforme JOBIM, “A conduta típica que se nomina ‘lavagem de dinheiro’ não é descrita, como se pretendia no tradicional Direito Penal, como conduta objetiva. É um juízo de valor sobre várias condutas”. *Vide A Lei n. 9.613/98 e seus aspectos*. p. 14. In: **Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro**. Brasília, 1999. Numa leitura ampla sobre o tipo objetivo do crime de lavagem e da adoção das três espécies ou grupos de condutas fáticas recepcionadas no art. 1º da Lei n. 9.613/98, *vide* ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **A internacionalização do Direito Penal sob a perspectiva brasileira**, p. 52-53.

[14](#) *Vide nota supra* 12 e *infra* 37.

[15](#) ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El delito de blanqueo de capitales**, p. 40. BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 46 e s.; BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, p. 11; CALLEGARI, Andre Luis. **El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil**, p. 78 e s.; DEL CID GOMEZ, Juan Miguel. **Blanqueo internacional de capitales**, p. 23-24; DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, p. 117. DURRIEU, Roberto. **El lavado de dinero en la Argentina**, p. 19 e s.; GODINHO COSTA, Gerson. **O tipo objetivo da lavagem de dinheiro**, p. 31-32; MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. **Lavagem de dinheiro** (lavagem de ativos provenientes de crimes), p. 27; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Op. cit.*, p. 36-37; ZANCHETTI, Mario. **Il riciclaggio di denaro proveniente da reato**, p. 10-14.

[16](#) BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, p. 34 e s.; SAADI, Ricardo Andrade. **Lavagem de dinheiro**, p. 85.

[17](#) DURRIEU, Roberto. *Op. cit.*, p. 58-66. Por exemplo, na legislação penal argentina, o art. 21, letra “b” da Lei n. 25.246/2000 define operação suspeita, nestes termos: toda transação “que de acordo com os usos e costumes da atividade realizada, como da experiência e idoneidade das pessoas obrigadas a informar, resultem atípicas, sem justificação econômica ou jurídica ou de uma complexidade que não é usual ou injustificada”. *Vide* DURRIEU, Roberto. *Op. cit.*, p. 64. Este mesmo autor analisa o Decreto 169/2001 que regulamentou certos aspectos da Lei n. 25.246/2000, especialmente estabelecendo as operações a serem consideradas suspeitas. *Idem*, p. 65. Sobre a investigação das operações suspeitas no modelo legal argentino, *vide* também PÉREZ LAMELA, Hector D. **Lavado de dinero**, p. 118 e s. Acerca da temática da atuação do sistema bancário na política de prevenção à lavagem de ativos *vide* também ALVAREZ SALA, Juan Walter. **El blanqueo de capitales y las profesiones jurídica**, p. 3.

[18](#) VEGA SERRANO, Juan Manuel. **La prevención del blanqueo de capitales**, p. 177 e s.; DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**, p. 234 e s.

[19](#) *Vide* SENNA, Adrienne. **Regulamentação da Lei n. 9.613/98 pelos órgãos competentes**, p. 24 e s. As normas de supervisão do sistema bancário do Brasil aderem à Declaração de Princípios do Comitê de Basileia, de 1988. *Vide Relatório/Comissão de Estudos sobre crime de “lavagem” de dinheiro*, p. 24; **Lavagem de dinheiro: um problema mundial** [organizado pelo] Conselho de Controle de Atividades Financeiras, p. 8 e s. Em âmbito mais abrangente *vide* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). **Lavagem de dinheiro**. Introdução, p. 11 *et seq.* Nas palavras de Aras: “O Brasil não foge à regra. Embora timidamente, o País vem, pelo menos desde 1986, estruturando sua legislação para o combate eficaz a esse tipo de delinquência de colarinho branco”. *Vide* ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro, evasão de divisas e cooperação internacional: o caso Banestado**, p. 199 e s. Finalmente, quanto às autoridades administrativas referidas pela Lei n. 9.613/98, *vide* BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 350 e s.; DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, p. 165 e s.

[20](#) ÁLVAREZ-SALA, Juan Walter. *Op. cit.*, p. 6. Atualmente, mais de 40 países são considerados paraísos fiscais. *Vide Lavagem de dinheiro: um problema mundial* [organizado por] Conselho de Controle de Atividades Financeiras, p. 14, nota 3. Quanto às características dos paraísos fiscais, *vide* MACHADO, Agapito. **Crimes de colarinho branco e contrabando/descaminho**, p. 271 e s.; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro**, p. 19-20. Ainda, *vide* MORAES, Deomar de. Paraísos fiscais, centros *offshore* e lavagem de dinheiro. In: **Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro**; MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. **Lavagem de dinheiro**, p. 42-44. Sobre o percurso realizado pelo dinheiro “sujo”, visando suprir as evidências de sua origem, e incidindo em diversas fases do *iter criminis* da lavagem, podendo configurar um cruzamento dessas etapas por meio da constituição de empresas fantasmas em países onde não existem exigências precisas do “conhece a teu cliente” (*know your customer*), ou seja, em paraísos fiscais. *Vide* DURRIEU, Roberto. *Op. cit.*, p. 22-26.

[21](#) BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, p. 17. Concernente à vinculação entre os paraísos fiscais e o delito de lavagem de dinheiro, *vide* DUARTE, Maria Carolina de Almeida. **A globalização e os crimes de “lavagem de dinheiro”**: a utilização do sistema financeiro como porto seguro, p. 219 e 225. Barros descreve o “atrativo econômico-financeiro de uma entidade *offshore*, consiste na possibilidade de se gerir capitais por meio de um estabelecimento instalado em um ‘paraíso fiscal’. Vários fatores são citados como benefícios implícitos ao negócio: a integralização de capital social menor do que o exigido em seu país de origem, maiores e melhores condições cambiais, mínima tributação, sigilo bancário e fiscal, possibilidade de alargar ao máximo o anonimato (emissão de ações da *offshore* ao portador), estabilidade político-econômica do paraíso fiscal”. *Op. cit.*, p. 449. Barros ainda adverte que não se pode inferir que a abertura de uma *offshore* por si só possa configurar um ilícito, contudo a predominância do seu objetivo financeiro seria um fator determinante para sua utilização no processo de reciclagem. *Op. cit.*, p. 449.

[22](#) Com mais detalhes a respeito da legislação portuguesa *vide* BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, p. 27. Segundo Álvarez-sala, o sigilo bancário estaria desarticulado na sua própria terra

natal, no caso a Suíça. *Op. cit.*, p. 4, nota 14; Na normativa espanhola, inicialmente cfr. ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. **La prevención del blanqueo de capitales**, p. 118-119. Também GÓMEZ INIESTA, Diego. **El delito de blanqueo de capitales en derecho Español**, p. 78-79.

[23](#) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El delito de blanqueo de capitales**, p. 262.

[24](#) Por exemplo: auditores, técnicos de contas externas, consultores fiscais, agentes imobiliários, negociantes de metais preciosos, concessionários de exploração de jogo em cassinos etc. Esse processo de ampliação subjetiva acentuou-se na Europa a partir da segunda Diretiva Comunitária (Diretiva 2001/97/CE). Na doutrina pátria *vide* os comentários de DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, p. 142-145.

[25](#) BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, p. 31. No tocante ao sistema legal espanhol, a opinião de Carlos Aránguez Sánchez é esclarecedora: “la actuación de entidades financieras no es sino un eslabón más, no creemos que haya habido una dejación de funciones policiales por parte del Estado”. *Op. cit.*, p. 128. Na realidade brasileira, a respeito do compromisso de colaboração das entidades financeiras e das agências administrativas, no entender de Nelson Jobim, corre-se o risco de “(o Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários, Superintendência da Polícia Federal, Conselho de Operações Financeiras), passarem a disputar espaços públicos e não colaborarem entre si. É um risco que se corre, pois sabemos muito bem que determinadas situações são vistas não como ambiente de colaboração mas como um ambiente de afirmação e poder”, p. 19.

[26](#) HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**, p. 3 e s.; também PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Estado constitucional y derechos de la tercera generación**, p. 57 e s.

[27](#) BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, p. 32; ÁLVAREZ-SALA, Juan Walter. *Op. cit.*, p. 10. Para Mario Zanchetti: “Non si può non convenire che il controllo e la prevenzione delle infiltrazione di denaro sporco nell’economia lecita non possono essere affidati solo agli strumenti di repressione a posteriori da parte della Giustizia penale: è necessario regolamentare a monte l’attività di intermediazione creditizia e mobiliare, per garantire che le contaminazione del mercato siano sufficientemente ridotte e sufficientemente individuabili”. *Op. cit.*, p. 216. Justificando a carga de obrigações, de procedimentos e de controles imposta a todos, por entender que o crime é um problema social e comunitário *vide* DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, p. 251.

[28](#) VEGA SERRANO, Juan Manuel. **La prevención del blanqueo de capitales**, p. 179 e s. Nessa ordem é categórico o posicionamento de Mestre Delgado: “El legislador puede legítimamente imponer a los ciudadanos deberes de actuación que permitan prevenir la realización de operaciones delictivas, y, en el ámbito concreto del blanqueo de capitales, debe además hacerlo, porque así se lo exige las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, y de la Comisión, que España debe necesariamente incorporar a su derecho interno” (**Las eximentes de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, y de cumplimiento de un deber, y el blanqueo de capitales**, p. 116).

[29](#) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El delito de blanqueo de capitales**, p. 44-45.

[30](#) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 44-45.

[31](#) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 44-45.

[32](#) O GAFI, criado em 1989, é um organismo intergovernamental que estabelece padrões, desenvolve e promove políticas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. *Vide* <<http://www.fatf-gafi.org>>. Para Del Arco, as recomendações do GAFI têm sido essenciais na difusão da Convenção de Viena e na sua ratificação por quase todos os países do mundo, com exceção, até o ano de 2005, da Suíça. *Vide Asistencia Internacional en la delincuencia económica*, p. 113-114. De acordo com Martínez-Buján Pérez: “según indica la doctrina, no parece exagerado concluir que, pese a las evidentes limitaciones derivadas de su naturaleza, las Recomendaciones del GAFI constituyen un documento de capital trascendencia en la lucha preventiva e represiva contra el blanqueo, pudiendo afirmarse que de hecho en la práctica tiene mayor fuerza en ocasiones que los convenios y los tratados”. *Op. cit.*, p. 196. Na pontual reflexão de De Carli, “o GAFI e os Grupos Regionais estilo-GAFI são os pontos de implantação e de multiplicação do **discurso** antilavagem de dinheiro”. *Op. cit.*, p. 244. (grifamos). Quanto à eficácia das medidas, destacando-se as recomendações 36 a 40 que tratam sobre a assistência mútua em questões de branqueio de capitais, *vide* BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **Aspectos político-criminais sobre branqueio de capitais**, p. 102. Destaque-se que o Brasil ingressou no GAFI em 1999 como membro observador e, no ano de 2000, passou a ser considerado membro efetivo, cumprindo 26 das 28 recomendações que demandam ações específicas.

[33](#) BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, p. 84; ÁLVAREZ-SALA, Juan Walter. *Op. cit.*, p. 6-7; DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, p. 110; Maia apresenta exemplos da utilização de advogados para a reciclagem de ativos, retirados do Relatório sobre Tipologias de Lavagem de Dinheiro/1997-1998, elaborado pelo FATF. *Vide Op. cit.*, p. 41. Vale lembrar que a utilização não se restringe à assessoria jurídica especializada em engenharia financeira mas também na obtenção de informações para minimizar os riscos de eventual condenação e maximizar os benefícios da reciclagem utilizando-se do próprio sistema bancário. Sobre o tema *vide* ZANCHETTI, Mario. *Op. cit.*, p. 26-29.

[34](#) DEL CID GOMEZ. *Op. cit.*, p. 66. Numa leitura específica do âmbito da criminalidade organizada, Baltazar Junior afirma “que o grande volume de dinheiro obtido permite às organizações: (...) c) a contratação de profissionais para auxílio nos processos de lavagem, como contadores, advogados e conselheiros financeiros”. *Op. cit.*, p. 17-18.

[35](#) DURRIEU, Roberto. *Op. cit.*, p. 25.

[36](#) Quanto aos riscos (reputação, legal e operacional) ao sistema financeiro decorrentes da prática do delito de lavagem de dinheiro, *vide* os dados levantados pelo Banco Central do Brasil em 2006. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Principalmente as informações do Departamento de combate a ilícitos financeiros e Supervisão de Câmbio e Capitais internacionais – DECIC. Ainda sobre dados estatísticos *vide* o sítio <<http://www.undcp.org>> ou <<http://www.oecd.org>>. Cumpre observar as ponderações de Durrieu sobre os efeitos corrosivos e a repercussão negativa do lavado de ativos na economia dos estados. Cf. DURRIEU, Roberto. *Op. cit.*, p. 16-18. Ainda, McDOWELL, John; NOVIS, Gary. **Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero**, p. 6 e s. Ampliando esses efeitos quanto ao risco à integridade e a reputação do sistema

financeiro, para Carla Veríssimo De Carli, “a lavagem de dinheiro reforça a impunidade e provoca a ocorrência de outros delitos, tais como a corrupção”. *Op. cit.*, p. 250.

37 Vide as conclusões do Advogado Geral M. Poiares Maduro, do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia no Processo C-305/05, item 77, p. 14. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-in/form.pl?lang=PT&Submit=rechercher&numaff=C-305/05>>>.

38 Cfr. a respeito ÁLVAREZ-SALA, Juan Walter. *Op. cit.*, p. 6, nota 20.

39 Vide a matéria “Redes españolas de narcotráfico y corrupción blanquean en Liechtenstein”, publicada no jornal de Madrid *El País* 29 fev. 2008, p. 23, disponível também no sítio <<http://www.blogcatalog.com/post-tag/operación%20hidalgo/-10k>>

40 Vide <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/LegCE/CE-Directiva%202001-97.htm>>. Ainda conforme a informação de Brandão “a generalidade dos Estados-membros vincula entidades não financeiras na luta contra o branqueamento. Não existe, porém, uniformidade, havendo países que limitam esse vínculo aos cassinos (v.g. Dinamarca, Grécia, Áustria), enquanto outros vão bastante longe e incluem auditores, contabilistas, notários (v.g. Bélgica, França, Luxemburgo) e mesmo, para além destes, advogados (v.g. Irlanda, Países Baixos, Reino Unido).” *Op. cit.*, p. 83-84. Lembrando que na Legislação Portuguesa a Lei n. 11/2004, de 27 de março, que representa a décima quinta alteração ao Decreto-Lei n. 15/93, recepcionador da Diretriz n. 2001/97, inseriu expressamente no âmbito da aplicação da política de prevenção ao branqueamento de capitais a figura do advogado. Vide o art. 20, letra “f”, Lei n. 11/2004. Disponível em: <http://www.policiajudiciaria.pt>; Com mais detalhes sobre o modelo legal espanhol cfr. nota *infra* 103. No caso específico do Reino Unido, a *Money Laundering Regulations 2004* estabelece aos profissionais do direito a obrigação de identificar, manter documentos e comunicar operações suspeitas ao *National Criminal Intelligence Service*, sempre e quando o advogado não atue como defensor em um processo judicial. Vide DURRIEU, Roberto. *Op. cit.*, p. 84.

41 Vide Relatório Anual do GAFI de 2000-2001, de 22 de julho, p. 17-19.

42 O art. 6.3 da Diretriz 91/308/CEE, na sua versão reformada pela Diretriz 2001/97/CEE, declara: “Os Estados-membros não são obrigados a aplicar as obrigações previstas no n. 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 essa informações tenham sido recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo”. Com mais detalhes vide BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, p. 98-99; SÁNCHEZ STEWART, Nielson. **Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención**, p. 121 e s.

43 A previsão de desobrigação do advogado em comunicar operações suspeitas mantidas na Diretriz de 2005/60/CEE, no seu art. 23.2, é adiantada na Consideração n. 20 do mesmo

documento, nos seguintes termos: “Enquanto membros independentes de profissões que prestam consulta jurídica legalmente reconhecidas e controladas, tais como os advogados, estiverem a determinar a situação jurídica de clientes ou a representá-los em juízo, não seria adequado impor-lhes, ao abrigo da presente directiva, a obrigação de comunicarem, em relação a essas actividades, suspeitas relativas a operações de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Devem estar isentas de qualquer obrigação de comunicação as informações obtidas antes, durante ou após um processo judicial ou aquando da apreciação da situação jurídica do cliente. Por conseguinte, a consultoria jurídica continua a estar sujeita à obrigação de segredo profissional, salvo se o consultor jurídico participar em 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 efeitos”.

[44](#) *Vide* nota 45, *supra*. No tocante ao modelo espanhol *vide* nota 103, *infra*. Visando “robustecer” o sistema nacional de prevenção e investigação de manobras suspeitas de lavagem de dinheiro, na legislação penal argentina, Barreira Delfino clama pela inclusão dos advogados no rol de sujeitos obrigados a informar, em uma eventual modificação da Lei n. 25.246/2000. *Vide* *Prólogo* à obra **Lavado de dinero**, de Pérez Lamela, p. XIX. *Vide* ainda nota 17, *supra*.

[45](#) Estas Recomendações têm sido reconhecidas pelo FMI e pelo Banco Mundial como padrões internacionais para o combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Também mencionado por MORO, Sergio. *O processo penal no crime de lavagem*, p. 123, nota 14. Cumpre mencionar que o GAFI publica informativos anuais sobre suas atividades e tipologias que mostram os métodos e as tendências da lavagem de dinheiro no mundo. *Vide* ainda DEL CID GOMEZ, Juan Miguel. **Blanqueo internacional de capitales**, p. 102 -106.

[46](#) ALIAGA MÉNDEZ, Juan Antonio. **El proceso de blanqueo. Sus causas y consecuencias**, p. 185-196. Denotando a sujeição das atividades dos notários ao cumprimento de todas as obrigações estabelecidas na normativa de prevenção à lavagem, *vide* também Mestre DELGADO, Esteban. *Op. cit.*, p. 108.

[47](#) DURRIEU, Roberto. *Op. cit.*, p. 53. Aránguez Sánchez assevera que a normativa extrapenal, desde a Diretiva 91/308, configuraria um Direito administrativo sancionador, podendo ser na prática um instrumento mais contundente para prevenir a comissão de infrações na atividade bancária. *Op. cit.*, p. 131.

[48](#) Para SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian Cristina, a atuação do advogado na terceira fase denominada integração não representaria propriamente lavagem do dinheiro, mas, sim, a sua utilização “em aquisição, investimento ou qualquer outra forma de reversão destes ao mercado. Nesta altura a lavagem já se deu, mas, o que acaba por se perceber, é a volta do capital ao mercado, não raro, até mesmo através de banca de advogados”. **A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia**: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória, p. 147.

[49](#) DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, p. 118. Particularmente crítico quanto à utilidade da divisão em fases do processo de lavagem, seja sob o viés dogmático, seja no âmbito criminológico, destaca-se o pensamento de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 41-42.

[50](#) PÉREZ LAMELA, Hector D. *Op. cit.*, p. 6. Também ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 44-45.

[51](#) *Vide* as severas críticas de Bajo Fernandez a essa normativa, cfr. nota 150, *infra*.

[52](#) GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales: un apunte introductorio**, p. 218-219.

[53](#) GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 208. Em sentido da autonomia do delito de lavagem perante os delitos antecedentes, *vide* a leitura crítica de PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacia y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales**, p. 169-171.

[54](#) A Convenção de Viena foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 162, de 14 de junho de 1991, e promulgada pelo Executivo por meio do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991.

[55](#) *Vide* MUSCO, Enzo. **L'illusione penalistica**, p. 3.

[56](#) A respeito, *vide* PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**, p. 170.

[57](#) AMBOS, KAI. **La aceptación por el abogado defensor de honorarios ‘maculados’**, p. 12. E, na tradução brasileira, fls. 63.

[58](#) No tocante ao modelo espanhol, *vide* a análise pormenorizada das imposições internacionais direcionadas aos advogados na obra de CÓRDOBA RODA, Juan. **Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales**, p. 41 e s.; SÁNCHEZ STEWART, Nielson. **Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención**, p. 119 e s. Em uma leitura comparativa, *vide* DURRIEU, Roberto. *Op. cit.*, p. 83-85.

[59](#) Uma das maiores críticas apontadas pela doutrina penal é direcionada à técnica jurídica adotada pela Convenção de Viena à descrição das normas que foram redigidas com extraordinária amplitude possuindo grande complexidade e oferecendo uma técnica carente de qualquer rigor científico. *Vide* MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 192.

[60](#) *Vide* ROBLES PLANAS, Ricardo. **Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos**, p. 17 e s. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Blanqueo de capitales y negocios standard**, fls 127 e s.; PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “condutas neutrales”**, p. 798 e s.; CÓRDOBA RODA, Juan. **Abogacia, secreto profesional y blanqueo de capitales**, p. 61-63. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Límites de la participación criminal: existe una “prohibición de regreso” como limite general del tipo en Derecho Penal?** p. 13 e s.; FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**, p. 249 e s. No Brasil, *vide* inicialmente PEREIRA,

Flávio Cardoso. As ações cotidianas no âmbito da participação, fls. 1 a 6. Acurada análise sob o prisma da dogmática penal é desenvolvida por GRECO, Luís. **Cumplididade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação**, p. 5 e s.

[61](#) Reza o § 1º: *incorre na mesma pena, quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo: II – Os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere.*

[62](#) Vide BLANCO CORDERO, Isidoro. **Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales**. La situación en alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004), p. 4.

[63](#) BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**. Parte general, p. 188 e s.; FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 319; Também vide SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. **Blanqueo de capitales y abogacia**. Un necesario análisis desde la teoría de la imputación objetiva, p. 2 e s.

[64](#) Vide o texto da nota 216 *infra* que trata da configuração da Teoria da Imputação Objetiva.

[65](#) No Brasil, foi pioneiro nessa temática o estudo de RAMOS, João Gualberto Garcez. **A lavagem de dinheiro e os advogados**, p. 9 e s. Corrobora esse entendimento SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Aceitação de honorários “maculados” pelo advogado de defesa como lavagem de dinheiro e a perspectiva brasileira**, p. 106, nota 3.

[66](#) ALBRECHT, Hans-Jörg. *Op. cit.*, p. 81.

[67](#) WIRTZ, Georg – BERMEJO, Mateo G. **Honorarios de los abogados defensores en causas penales y blanqueo de capitales de una perspectiva europea: un mismo problema, una misma solución?**, p. 458. AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**, p. 57 e s.

3 A RECEPÇÃO LEGISLATIVA DAS EXIGÊNCIAS INTERNACIONAIS NO CONTROLE DA LAVAGEM DE DINHEIRO

A dinâmica legislativa penal envolve desde a iniciativa arraigada por um suposto clamor popular até o debate focalizado nos efeitos da fase pós-legislativa e dos questionamentos por parte da sociedade à qual se aplica¹. Todavia, interessa conferir, na orientação da política criminal de prevenção e repressão ao delito de lavagem de capitais, se existe correspondência entre as posições teóricas da ciência penal e o produto elaborado pelo legislador, sobretudo quando a Lei n. 9.613/98 completa mais de uma década de vigência e ainda prosperam controvérsias a seu respeito².

Pela leitura da Lei n. 9.613/98, constata-se que o Congresso Nacional recepcionou os postulados estampados nas Convenções Internacionais quanto às obrigações impostas às instituições bancárias, agentes financeiros e entidades de controle das atividades financeiras na prevenção ao branqueamento de capitais e ainda continua acolhendo sugestões de aprimoramento do referido diploma legal³.

Concernente aos projetos de lei em andamento, quanto ao papel do advogado na defesa do(s) agente(s) do delito em questão e quanto à sua inserção como colaborador da política criminal de prevenção ao delito de lavagem de dinheiro, será fácil constatar que o Poder Legislativo tem, a rigor, lamentavelmente, concedido maior ênfase à função do advogado defensor em processos criminais. Sem traços de ironia, ciente da independência entre os poderes que primam no Estado Constitucional, assevera-se que as iniciativas legislativas encontradas acabam por se confrontar com os princípios democráticos, devido à improcedência e ao descompasso com as regras basilares de um Direito Penal garantista.

De fato, em 2005, o Senador Antonio Carlos Magalhães submeteu à apreciação do Plenário o Projeto de Lei n. 6.413, que acrescentaria o art. 261-A ao CPP. Pelo novo dispositivo, a defesa do(s) acusado(s) pelo crime de lavagem de dinheiro – entre outros – *deveria ser feita exclusivamente por*

advogados dativos, excetuando os casos em que tais agentes pudessem comprovar a origem lícita dos recursos utilizados em sua defesa. Na sua justificativa, o projeto visava “a coibir os abusos verificados quando grandes criminosos se valem do produto de seus crimes para pagar honorários milionários a advogados que, sem levar em conta princípios éticos e morais que devem nortear o exercício da advocacia, dão prevalência a interesses pessoais e vantagens materiais, ainda que de procedência criminosa”⁴.

Esse projeto encontrou, de início, receptividade por parte de alguns integrantes da Câmara dos Deputados, anexando-se a este outros projetos de conteúdo similar. A título de informação, cumpre citar o Projeto de Lei n. 577, de 2003, do Deputado Alberto Fraga, que acrescentaria um art. à Lei n. 9.613/98, destinado a obrigar o réu a comprovar ao juiz do processo a origem lícita dos valores pagos a título de honorários advocatícios. Na sua justificativa, o parlamentar assim declarava: “A advocacia é função essencial para a Justiça e, por isso, deve ser exercida dentro dos limites éticos. As denúncias de que um pequeno número de maus advogados vêm se valendo da função de defensores para lavar dinheiro oriundo de atividades criminosas é preocupante. Nesse sentido, a nossa proposta busca salvaguardar o profissional honesto”; incluía, ainda, a comunicação à OAB, caso o juiz verificasse suspeita da fraude quanto à ilicitude da origem dos recursos financeiros.

O Projeto de Lei n. 5.562, de 2005, do Deputado Capitão Wayne, semelhante ao projeto anterior, acrescentaria um dispositivo à Lei n. 9.613/98, o qual obrigava o acusado de crime hediondo, ou de crime praticado por organização criminosa, a juntar no processo o valor e a origem dos honorários advocatícios despendidos. Na sua justificativa, nos moldes do Projeto de Lei n. 577, a proposta do parlamentar buscava “salvaguardar o profissional honesto”.

Complementando o quadro de iniciativas, o Projeto de Lei n. 712, de 2003, do Deputado Bispo Wanderval, visava alterar o Estatuto da Advocacia, Lei n. 8.906/94, inserindo no rol do art. 34 outras duas infrações disciplinares: a primeira decorrente da percepção, pelo advogado, de importância proveniente de narcotráfico ou outra atividade criminosa, recebidos a título de honorários. A segunda impondo ao advogado a

obrigação de comunicar à autoridade judicial a respeito da “impossibilidade de patrocínio da causa”, a fim de não incorrer na infração disciplinar anteriormente indicada.

É fácil perceber que essa moção acabaria desnaturando a função do advogado na proteção e defesa dos direitos e garantias fundamentais. Contudo, o esmero do parlamentar retrataria uma situação surreal, na qual o advogado, procurado por um cidadão ao qual se imputa o cometimento de tráfico internacional de entorpecentes, ver-se-ia obrigado a declinar a causa e imediatamente comunicar o fato ao Judiciário, para que este indique defensor dativo, pois a origem dos recursos a serem utilizados a título de honorários seria presumidamente ilícita.

Uma leitura inicial do conjunto das propostas apresentadas pelos parlamentares revela, por detrás de suas proposições, além do *viés* político-criminal de proteção a bens jurídicos múltiplos, um caráter moralista, dissonante dos princípios elementares do direito de defesa salvaguardados no Estado Constitucional⁵, denotando a manifestação de um oportunismo eleitoral que em nada qualifica as instituições democráticas. Em boa hora, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, em reunião ordinária realizada no dia 22 de maio de 2007, opinou unanimemente pela inconstitucionalidade e, no mérito, pela rejeição dos referidos projetos de lei.

Extraem-se do parecer do Relator na Comissão oportunas referências a consagradas garantias constitucionais relativas à presunção de inocência (art. 5º, LVII), à indispensabilidade do advogado à Administração da Justiça (art. 133), à inviolabilidade de seus atos e manifestações, o direito do preso a ter assistência de sua família e de advogado (art. 5º, LXIII), além do contraditório e da ampla defesa, todos estes umbilicalmente ligados ao respeito à dignidade da pessoa humana. Em suas considerações, pondera sobre a flagrante violação das iniciativas apresentadas a estes mesmos postulados constitucionais, asseverando: “Como poderá a lei ordinária, de uma maneira sub-reptícia lavrada, violar tais mandamentos constitucionais, fazendo com que, antes até mesmo de instaurado o processo criminal, o indiciado instaure um processo para provar que pode licitamente pagar um advogado?”⁶.

Não bastasse a referência às garantias constitucionais desrespeitadas na proposta dos parlamentares, as mesmas confrontariam a garantia processual prevista na Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, Pacto de San Jose da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 6 de novembro de 1992 (Decreto n. 678/92), que, no seu art. 8,2, letra “d”, preceitua o “direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido *por um defensor de sua escolha*”. Também desconsidera o referencial da Convenção Europeia de Direitos Humanos (em vigência desde 3-9-53), que consagra no seu art. 6º (Direito a um processo equitativo), assegurando, dentre os direitos do acusado, no item 3 (c), o de “Defender-se a si próprio ou ter uma assistência *de um defensor da sua escolha*”. Em termos comparativos, a Constituição Portuguesa vigente, no seu art. 32 (*Garantias do Processo Criminal*), estampa no inciso 3: “O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória”(grifamos). Tal direito de escolha, conforme a lição de Gomes Canotilho-Vital Moreira “justifica-se, com base na ideia de que o arguido não é objecto de um acto estadual mas sujeito do processo, com direito a organizar a sua própria defesa”⁷.

Pelas propostas legislativas apresentadas em matéria de lavagem de capitais e de criminalidade organizada no Brasil, não tem sido possível identificar uma reflexão maior por parte do legislador no que concerne à preservação dos direitos fundamentais relacionados à ampla defesa e ao livre exercício da profissão. E resulta mais grave não localizar correntes dissonantes no parlamento no sentido a separar os temas a serem debatidos com isenção, isto é, alheios ao calor do momento político e social.

Pelo contrário, ao tratar da atuação do advogado criminalista que recebe honorários supostamente maculados, tem-se focado a discussão num marco que abertamente afronta garantias constitucionais relativas à liberdade do exercício da profissão e à livre escolha, por parte do defensor. Essas observações preliminares evidenciam de antemão a gravidade de algumas propostas legislativas no sentido de limitar o direito à ampla defesa e ao livre exercício da profissão, atingindo alguns alicerces do Estado de Direito.

Tal assertiva nos induz a refletir sobre os fundamentos elementares de um Estado Democrático de Direito. Höffe afirma que o Estado não se contenta com o voluntarismo e, por esse motivo, introduz regras por meio

de um poder coercitivo. Entretanto, embora este poder coercitivo não seja objeto de debate da filosofia política atual, vez que nele encontra-se implícita a concepção de democracia (o poder é legítimo, pois é originário do povo e para o povo), a sua legitimidade deve sim ser debatida, já que está em jogo a liberdade dos membros do Estado⁸.

Seguindo esse raciocínio, a comunidade de cooperação que faz nascer o ideal de Estado concebe um poder coercitivo para interferir na liberdade e, de forma legítima, exercer o poder de polícia e a violência. Por consequência, o direito representa a personificação dos poderes coercitivos em forma de regras e o “poder coercitivo somente é legítimo quando garante a cada indivíduo uma prerrogativa de direitos inalienáveis, incluídos aí, direitos positivos de liberdade e direitos democráticos de participação”⁹. Por ser o Estado uma ordem de poder na qual haverá interferência direta na liberdade pessoal, e o direito, por sua vez, estar relegado aos poderes públicos, mas sob os ditames democráticos (a coerção alheia foi substituída pela autocoerção), é que as regras jurídicas deverão se conformar à moral social, representada pela justiça – aquela moral mínima cujo reconhecimento os seres humanos devem uns aos outros¹⁰.

Portanto, em uma estrutura estatal democrática, a limitação ao direito de defesa representa uma permissibilidade ao poder coercitivo do Estado de agir sem qualquer limitação, em confronto absoluto com o direito de liberdade e com o ideal de democracia, segundo o qual os interesses dos cidadãos estão inseridos nos conteúdos normativos do Direito. Ao contrário do poder puro, afirma Höffe, a coercitividade jurídica insere-se em rigorosas regras, além de contar com autorização¹¹.

Com efeito, se o legislador se permite criar tipos penais cuja consequência é a exposição a risco da garantia da ampla defesa¹², mesmo que haja um intuito social em penalizar determinadas atividades prejudiciais à sociedade e à economia, ele estará agindo em desacordo com os fundamentos do Estado Democrático de Direito e com as bases garantidoras da igualdade e liberdade, ou seja, com os alicerces da justiça, fundamento último do direito, inclusive do direito positivo, conforme nos ensina Radbruch¹³.

Contrariando esses ideais, a realidade legislativa nacional evidencia projetos de lei que explicitamente descuidam dos direitos fundamentais dos

acusados ao tentar, ainda que por via transversa, vedar-lhes a livre escolha do defensor, além de, ao mesmo tempo, as consequências se refletirem no exercício da advocacia, tanto na via preventiva quanto na via contenciosa. Restringir a prerrogativa do advogado em orientar o seu cliente ou relativizar o direito do cliente em ser orientado por um advogado, independentemente do tipo de conduta que se pretenda prevenir, significa desacreditar a justiça. A justificativa da punição de uma conduta a ser prevenida e reprimida penalmente deverá ser encontrada principalmente nas razões de política criminal orientadoras da tutela de determinado bem jurídico, e não por caminhos que inviabilizem o direito de defesa do acusado ou que criem obstáculos ao livre exercício da profissão.

São raras as propostas parlamentares que efetivamente ponderam a necessidade de conciliar os interesses legítimos em favor de uma política criminal de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro sem cercear as garantias individuais consagradas na Carta Magna. No entanto, não se desconhece que a busca de uma reflexão teórica sobre o alcance e a efetividade da normativa de lavagem em contraste com o papel do advogado criminalista não está alheia à problemática que envolve todos os setores do Judiciário no longo percurso da construção do Estado Constitucional, ainda mais quando associada à legitimidade do poder coercitivo, aos ditames democráticos.

Infelizmente, e esta é a nossa realidade, a discussão recente sobre o papel do advogado e suas prerrogativas e imunidades tem sido objeto de constantes deturpações por parte do legislador. A exemplo, a indicação do Projeto de Lei referente à *inviolabilidade do local e instrumentos do trabalho do advogado*¹⁴ e a mobilização da classe política em relação à aprovação desse projeto (sem uma taxativa comunicação à sociedade de que o objetivo do advogado é sempre buscar a justiça, e não privilegiar a impunidade) são amostras emblemáticas do quão indiferente é, na percepção do poder político, a dimensão das garantias constitucionais da ampla defesa e a atuação do advogado criminalista num Estado onde devam primar os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Ao mesmo tempo, não deixa de deturpar o papel do advogado a criminalização de condutas já previstas em propostas legislativas incriminadoras relativamente às quais bastaria reforçar sanções extrapenais

igualmente estabelecidas. É o que se deduz do Projeto de Lei n. 5.762-A de 2005, do Deputado Marcelo Ortiz que “dispõe sobre o crime de violação de direitos e prerrogativas do advogado, alterando a Lei n. 8.906 de 4 de julho de 1994”. O art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados passaria a ser acrescido do seguinte art. 7-A: “Violar direito ou prerrogativa do advogado, estabelecido no art. 7º desta Lei, impedindo ou limitando sua atuação profissional, prejudicando interesse legitimamente patrocinado. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, sem prejuízo de pena correspondente à violência, se houver”.

Ainda de acordo com essa iniciativa parlamentar, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por intermédio de seus Conselhos Seccionais, poderá requerer a sua admissão como Assistente de Acusação nas ações penais instauradas e o próprio Conselho Seccional da OAB poderá solicitar ao delegado de polícia competente a abertura de inquérito policial por violação aos direitos e às prerrogativas do advogado¹⁵. Essa iniciativa parlamentar estaria em sentido oposto ao dos projetos de lei relacionados ao advogado na defesa de pessoas acusadas do delito de lavagem de dinheiro, mas nem assim deverá ser prestigiada por meio de uma interpretação corporativa. Assim, no Projeto de Lei n. 5.762-A de 2005, transparece a falta de parâmetros, tanto dogmático-penais quanto político-criminais, que devem ser respeitados pelo legislativo na elaboração de uma figura típica.

De fato, o trâmite parlamentar indica que o referido Projeto de Lei obteve aprovação pelo plenário da Câmara dos Deputados, no dia 27 de maio de 2008, e seguiu para deliberação no Senado, onde recebeu o n. 83/2008. Saliente-se o reforço normativo em favor do livre exercício do advogado em contraposição a propostas para sua inserção em políticas preventivas do crime de lavagem de dinheiro. Sob o prisma político-criminal, parece ser altamente questionável a necessidade da criação de tipos penais ante o descumprimento das prerrogativas do advogado, posto a existência da figura típica do abuso de poder e similares. Além desse questionamento, têm sido apontados outros aspectos assaz relevantes que inviabilizam a tipificação dessa conduta.

Dentre eles, a inconstitucionalidade do supracitado Projeto de Lei se comprovaria por não reunir o critério dogmático e por demonstrar inconveniência sob o ponto de vista político-legislativo¹⁶. Em relação ao

critério dogmático, o projeto não estaria recepcionado pelas exigências do princípio da taxatividade penal, passando a prever como crime condutas genéricas, sem definição concreta do conteúdo da conduta lesiva. Desse modo, chegar-se-ia ao absurdo de considerar crime, “condutas tão isentas e corriqueiras como o bloqueio temporário da passagem de um advogado em certa *blitz* policial etc.”¹⁷. Tal conduta em absoluto feriria prerrogativas e direitos do advogado “impedindo ou limitando sua atuação profissional, prejudicando interesse legitimamente patrocinado”. Sob a vertente político-legislativa, a iniciativa representaria uma visão corporativa do tribuno, podendo suscitar mais conflitos do que harmonia à administração de justiça, além de não contribuir racionalmente para a aplicação da lei penal.

1 A respeito da dinâmica legislativa penal e as fases do *iter* parlamentar e das críticas a uma legislação penal simbólica visando uma manipulação social, *vide* DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales**, p. 18 e 74.

2 Na Lei n. 9.613/98, um dos tópicos geradores de maior controvérsia diz respeito à proibição da liberdade provisória e do pagamento de fiança (art. 3). Conforme entendimento de uma grande parcela dos Magistrados Federais, em vez de vedar a aplicação da fiança, poder-se-ia exigir uma fiança de alto valor e proporcional à quantia objeto do ilícito. *Vide Uma análise crítica da Lei dos crimes de lavagem de dinheiro*. Série Pesquisas do CEJ, n. 9, especialmente a conclusão. No entanto, o Projeto de Lei n. 209 (*vide* Capítulo 4, *infra*) não trata apenas da eventual inserção dos advogados na política de prevenção à lavagem de dinheiro. Ele pretende irradiar seu alcance a diversos institutos entre os quais se destaca o desproporcional aumento da pena máxima para 18 anos (art. 1º), e à inaplicabilidade do disposto no art. 366 do CPP (art. 2º, § 2º). Essas iniciativas têm sido devidamente contestadas pela doutrina. *Vide* KEHDI, André Pires de Andrade. **O projeto de alteração à lei de lavagem (PLS 209/2003) e o art. 366 do CPP**, p. 7.

3 *Vide Relatório/Comissão de Estudos sobre crime de “lavagem” de dinheiro*, p. 24-26.

4 Disponível em:

<http://www.abdir.com.br/pj_lei/pl_abdir_1_3_07_1.pdf>www.abdir.com.br/pj_lei/pl_abdir_1_3_07_1.pdf>. Para informações adicionais, *vide* RIBEIRO, Roseli: **Congresso Analisa restringir defesa para certos crimes a advogados públicos**. Disponível em: www.ultimainstancia.uol.com.br/noticia/28368.shtml>. Acesso em: 20 mar. 2008.

5 Cfr. a respeito SCHORSCHER, Vivian Cristina. **Comentários ao projeto de Lei n. 6.413/2005 em face do direito à ampla defesa do acusado e ao exercício da advocacia**, p. 12.

6 *Vide* voto do Relator Deputado Marcelo Ortiz. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/163247.doc>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

7 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. v. I, arts. 1º ao 107, p. 512 e 519.

8 HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 39-41.

9 *Idem*, p. 47.

10 *Idem*, p. 44.

11 *Idem*, p. 40.

12 Ora, o exemplo que se coloca é referente aos cuidados a serem tomados pelo advogado ao assumir a defesa de um acusado por delito de lavagem, pois no caso do recebimento dos honorários maculados, o profissional não se livraria de forma imediata dos riscos de sofrer uma investigação criminal por suposta incidência na modalidade típica do branqueamento, isto é, uma interpretação literal do texto da lei poderá dar essa impressão, não adentrando na discussão se com tal comportamento criaria um risco penalmente desaprovado, pois estar-se-ia percorrendo as vias da autoria e da participação. A respeito, cfr. Capítulo 9.1.d, *infra*.

13 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**, p. 86-91. Esse ensinamento de Radbruch também se encontra na sua obra **Introducción a la filosofía del derecho**, p. 31 e s.

14 O projeto se transformou na Lei n. 11.767/2008 que concede nova redação ao art. 7º, II, do Estatuto da OAB. De acordo com citado dispositivo, a inviolabilidade passa a ser efetiva, pois deverá resguardar todo e qualquer instrumento de trabalho, documento ou comunicação feito entre cliente e advogado, desde que relativos ao exercício da advocacia. Na sua intervenção no debate sobre a inviolabilidade dos escritórios de advocacia promovida pela OAB/PR, no dia 27-5-2009, Juliana Colle assim opinou: “Exige-se, agora, indícios de autoria e de materialidade da prática de crime pelo advogado e, mesmo assim, não se pode invadir a esfera dos dados sigilosos da relação advogado-cliente”.

15 Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http>>.

16 FELICIANO, Guilherme Guimarães. O direito penal insólito. **O Estado de S. Paulo**, p. A2, 30 jul. 2008.

17 *Idem*.

4 O PROJETO DE LEI N. 209 DE 2003 E O DIRECIONAMENTO DA POLÍTICA CRIMINAL PREVENTIVA À ADVOCACIA CONSULTIVA

Sem embargo de eventual rejeição do Projeto de Lei n. 5.762/2005, espera-se que o legislador retome, com mais disponibilidade e destaque, a polêmica focalizada na necessidade ou não de um eventual elastecimento do número de sujeitos e entidades envolvidos nas estratégias de prevenção à reciclagem do dinheiro. Afinal, o legislador, como representante da soberania popular, interpreta e define o interesse geral, em função de conjunturas mutáveis, buscando o equilíbrio entre os interesses legítimos que porventura possam estar em conflito.

Todos os anseios que intentam harmonizar num interesse comum podem e devem encontrar resposta na lei. Se, por um lado, se observa que uma política de prevenção ao delito de lavagem não é suficiente apenas com agentes financeiros e bancários e entes administrativos de fiscalização do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), por outro, diversos interesses da atividade profissional do advogado poderão ser comprometidos, caso não se direcione o campo de exoneração quando sua atividade esteja abarcada pelos termos da Lei n. 8.906/94.

Num primeiro momento, os postulados da Diretriz (Diretiva) 2001/97/CE, de dezembro de 2001, no seu art. 6-3, podem servir de referencial. Não poderá o advogado figurar na política de prevenção como agente colaborador quando atue no estrito cumprimento de seus deveres profissionais, praticando atos próprios à sua função.

O art. 6.3 da Diretriz 91/308/CEE, na sua versão reformada pela Diretriz 2001/97/CE *relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos do branqueamento de capitais*, declara: “Os Estados-membros não são obrigados a aplicar as obrigações previstas no n. 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 recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo”.

Com esse fim, devem-se abrir espaços constantes de diálogo entre o legislador e o órgão de classe para contribuir à harmonização de interesses que conciliem, tanto quanto possível, as finalidades da política-criminal destinada à prevenção e repressão dos delitos de reciclagem com o resguardo das garantias individuais relativas ao exercício da advocacia.

No tocante às Recomendações do Grupo de Ação Financeira – GAFI e das Diretrizes europeias referentes às obrigações dos advogados na prevenção à lavagem de ativos, especialmente a de n. 12, letra “d”, houve seu acolhimento inicial no Projeto de Lei n. 209, de 2003, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares. O art. 9º, item IX, dispõe:

“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;
- f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais”.

A tramitação do referido projeto foi aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em abril de 2007, e seguiu para a Câmara dos Deputados onde tramita sob número 3.443/2008¹. Idêntica sugestão estava prevista no anteprojeto de modificação da Lei n. 9.613/98, de autoria do Poder Executivo, cujo art. 9º, inciso XIV, que se espelhava na Recomendação do GAFI, com a ressalva de não mencionar expressamente os “advogados”, como faz o documento internacional e dispensando a

indicação “profissionais forenses independentes” previsto no art. 2-A, n. 5 da Diretriz 2001/CE.

O texto do anteprojeto ampliava o rol de profissionais sujeitos à norma ao generalizar as atividades de assessoria, consultoria etc., a toda e qualquer pessoa física ou jurídica. As inovações do Anteprojeto do Poder Executivo acabaram convergindo e foram recepcionadas no Projeto 209/2003. Nessa problemática, de forma imediata, surgiram manifestações contrárias à inserção da categoria dos advogados atuantes como “informantes do sistema”², em clara contradição com a inviolabilidade do sigilo profissional³, inclusive por meio de críticas pontuais de representantes da classe dos advogados⁴ e de especialistas na matéria⁵.

Interessante observar que, na experiência comparativa, a tendência normativa a impor deveres positivos a diversos profissionais, entre os quais se encontra o advogado, tem recebido severas críticas. Tais propostas legislativas vêm sendo consideradas “ilegítimas”⁶, pois alteram o papel do agente privado nas funções que essencialmente devem ser desempenhadas por órgãos do poder estatal. Com essa incidência, adultera-se a essência da profissão do advogado, em virtude de obrigar a um terceiro, no caso o profissional liberal, a solicitar informações de seu cliente, sob pena de se considerar que, em não o fazendo, possuirá conhecimento da atividade delitiva por ele praticada. Esse fato é uma amostra do quanto podem ser afetados direitos constitucionalmente garantidos, pois a normativa se assenta no marco da relação advogado-cliente, circunstância esta que torna mais delicada qualquer intromissão legal nesta matéria.

Sem manifestar, ainda, um posicionamento definitivo quanto à legitimidade ou não da normativa de prevenção no tocante exclusivamente ao papel dos advogados, constata-se, desde já, que o foco de discussão está devidamente delineado, requerendo ponderações refletidas a fim de atingir a justa aplicabilidade do quadro normativo sem cercear garantias e direitos fundamentais. Pelo exposto, tem-se a convicção de que uma incursão mais aprofundada na experiência estrangeira pode trazer subsídios teóricos e práticos a uma compreensão das imposições positivas aos advogados contidas na legislação de prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais.

1 Em relação ao PL 209/2003, o plenário do Senado Federal aprovou no dia 08 de maio de 2008 substitutivo apresentado pelo Senador Pedro Simon. O texto aprovado inseriu as contribuições do PLS 48/2005, do PLS 193/2006, do PLS 225/2006 e incorporou as sugestões do anteprojeto de autoria do Poder Executivo. Entre as maiores inovações, encontra-se a adoção do critério do rol aberto de delito antecedente, passando a elencar bens, direitos e valores provenientes direta ou indiretamente de qualquer infração penal. Conforme o próprio Senador Pedro Simon: “A primeira grande novidade é a definição da prática de lavagem de dinheiro como um crime específico, independente do delito antecedente que deu origem ao numerário e patrimônio acumulados”. *In* **Contra o crime de lavagem de dinheiro. Jornal Folha de S.Paulo**, 20 maio 2008, p. A3. Especificamente quanto à atuação dos advogados no Projeto de Lei n. 209/2003, *vide* inicialmente RONCAGLIA, Daniel. **Prerrogativa profissional**. Projeto sobre lavagem de dinheiro pode afetar sigilo, p. 1-2.

2 *Vide* DIANEZI, Vicente. Regra inoportuna. Advogados defendem sigilo e rejeitam delação de clientes. **Consultor Jurídico**, 1º de março de 2005.

3 GOMES, Luiz Flávio. **Lavagem de capitais e quebra do sigilo profissional do advogado**, p. 5 e s

4 Roberto Busato, na época Presidente da OAB Nacional, ao se manifestar sobre o Anteprojeto do Ministério da Justiça, alertou: “É preciso acompanhar isso com cuidado. Está no limite entre o sigilo profissional garantido na Constituição e o exercício profissional ético”. *In*: MICHAEL, Andréa; DANTAS, Iuri. Governo quer obrigar advogados a revelar operações suspeitas. **Folha de S.Paulo**, 5 set. 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u63842.shtml>>

5 As declarações de Antônio Pitombo expressam o estado do debate: “Quando criam a obrigação de fazer delações, não há eficácia. O governo vai partir para traduções sem verificar a pertinência disso na advocacia brasileira. Os advogados não vão dar bola para isso. Vão punir? Sempre é possível alegar sigilo profissional”. MICHAEL, Andréa; DANTAS, Iuri. Governo quer obrigar advogados a revelar operações suspeitas. *Folha de S.Paulo*, 5 set. 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u63842.shtml>>.

6 É nesse sentido a opinião de GÓMEZ-JARA DIEZ. *Op. cit.*, p. 219.

5 ASPECTOS COMPARATIVOS DA NORMATIVA DE PREVENÇÃO EM MATÉRIA DO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS DIRECIONADOS À ADVOCACIA CONSULTIVA

Embora as divergências sobre o tema causem desconforto à classe dos advogados, uma vez que se procura impor um limitador ao exercício da profissão, é preciso reconhecer que nenhuma classe profissional goza de imunidade absoluta. Nesse sentido, as considerações das Diretrizes (*Diretivas*) da Comunidade Europeia relativas à *prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais* e as Recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI) são coerentes ao identificar a atuação de qualquer profissional como possível partícipe ou autor do delito de lavagem, especialmente quando atua em nome ou em sociedade com o agente branqueador. Com esse fim, dando ênfase ao plano preventivo, tanto a Diretriz como o GAFI sugerem a imposição ao advogado do dever de vigilância e comunicação de operações suspeitas dos seus clientes (art. 2-A.5 e Recomendação n. 12, letra “d”, e n. 16).

Entretanto, a própria Diretriz e a Recomendação desobrigam o profissional de comunicar as informações que tenha obtido em situações sujeitas a segredo profissional ou cobertas por um privilégio profissional de natureza legal, leia-se decorrentes de sua atuação profissional¹. Nas notas interpretativas das Recomendações, especificamente a de número 16, esclarece-se: “Compete a cada país determinar as matérias sujeitas a segredo profissional ou cobertas por um privilégio profissional de natureza legal. Normalmente tais matérias abrangeriam as informações que os advogados (...) recebem ou obtêm dos seus clientes quando apreciam sua situação jurídica ou quando os defendem ou os representam no âmbito de processos judiciais, administrativos, de arbitragem ou de mediação”. A Consideração n. 17 da Diretriz 2001/97/CE tem o mesmo alcance no tocante ao sigilo profissional, salvo quando “... o consultor jurídico participar em atividades de branqueamento de capitais, se a consulta

jurídica for prestada para efeitos de branqueamento de capitais ou se o advogado souber que o cliente pede aconselhamento jurídico para efeitos de branqueamento de capitais”.

Ainda no plano preventivo, é coerente aderir à orientação assumida no *Relatório da Comissão de Estudos sobre Crime de “Lavagem” de Dinheiro do Conselho da Justiça Federal*: “Talvez se devesse sustentar a posição de que apenas quando os advogados e outros profissionais funcionarem como intermediários financeiros (*financial intermediaries*), como ‘consultores financeiros e jurídicos [nacionais e] internacionais que idealizam as operações, vendem seu *know-how*’, é que eles deveriam ser abrangidos pela revisão das Quarenta Recomendações”².

Mesmo aderindo a esse posicionamento, haverá necessidade de ampliar o campo de indagação da questão subjetiva, pois antes da “venda do conhecimento” deverão ser colacionados elementos suficientes a denotar o prévio conhecimento da origem ilícita do dinheiro do cliente, devendo-se comprovar se a atuação profissional estava dirigida a criar mecanismos fraudulentos tendentes a dificultar a identificação do titular do ente jurídico criado e, ao mesmo tempo, facilitar os benefícios para fruição do capital integrado na atividade econômica. Por certo, no marco dos diplomas normativos de prevenção, ao se descrever os atos que constituem a modalidade de branqueamento cometidos intencionalmente, estabelece-se que o *conhecimento*, a *intenção* ou a *motivação*, de qualquer um desses atos “podem ser apurados com base em circunstâncias fáticas objetivas”³. Resulta claro que, se o profissional do direito presta assessoria legal e direciona seu conhecimento para a realização de alguma fase do delito, a sua conduta já se encontra enquadrada no âmbito da repressão. Em outras palavras, esse comportamento está distante da atuação estritamente profissional e, por conseguinte, legal, afastado, enfim, de suas prerrogativas funcionais⁴.

No entanto, caso venham a ser recepcionadas as recomendações do GAFI sobre as obrigações impostas à profissão do advogado, no sentido de comunicar – no caso do Brasil, ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) – uma operação suspeita decorrente por exemplo da transação de uma compra e venda de imóveis ou da abertura e gestão de contas bancárias, será premente a discussão prévia quanto ao conteúdo e

alcance da imposição, para fins de não implicar a vulneração do sigilo profissional – garantia essencial ao exercício da profissão⁵ – e, ao mesmo tempo, acarretar uma responsabilidade penal ao profissional, com fulcro no art. 154 do Código Penal.

Considerando-se que esse cenário não está longe de se confirmar, implicando a imposição ao profissional de cumprimentos de deveres contraditórios entre si, urge a análise comparativa, seja sob o viés teórico, seja sob o viés jurisprudencial. Ora, não vivemos isolados; estamos inseridos no quadro da internacionalização do Direito Penal⁶, e dado que essa problemática cedo ou tarde será enfrentada pelo legislador, deve-se, sem reboços, buscar subsídios na experiência internacional para obter valorações críticas quanto à procedência ou inviabilidade dessa normativa. Assim, nesse tópico, as observações trazidas por Córdoba Roda acerca do modelo espanhol⁷ serão cotejadas com o modelo legal pátrio.

Partindo da normativa espanhola específica em relação à lavagem de dinheiro⁸, divide Córdoba Roda a atuação do profissional, num primeiro instante, na assessoria legal por conta dos seus clientes e, num segundo momento, na atuação do advogado em nome dos clientes em transações financeiras e/ou imobiliárias. No primeiro caso, quando essa assessoria consiste em informar direitos e obrigações, estaria claro que o advogado realiza, nessa incumbência profissional, uma das modalidades próprias da sua atuação, legitimada no Brasil pela Lei Federal n. 8.906/94.

Ademais, tal ato consultivo estará submetido, por consequência, ao dever do sigilo profissional, cuja quebra acarretaria infração disciplinar (art. 34, VII, do Estatuto da OAB) punível com a sanção de censura⁹, além de responder pela imputação do crime de violação de segredo profissional do art. 154 do Código Penal, cuja pena prevista é de detenção de três meses a um ano.

A conclusão aqui é axiomática: a normativa em questão colide com a garantia da inviolabilidade do advogado referida expressamente no art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.906/94, e confronta com o sigilo profissional, disposto no art. 154 do Código Penal. Adentrando mais nessa problemática, torna-se necessário antever que uma legislação desse teor causaria dissonâncias até mesmo de cunho constitucional. Ao considerar o art. 133 da Constituição Federal que o advogado (bem como o defensor público) é indispensável à

Administração da Justiça, cujas funções e atos são garantidos pela inviolabilidade da função exercida¹⁰, resta claro que compartilhar segredos profissionais com o órgão fiscalizador (COAF) alteraria a natureza da função exercida, gerando dúvidas quanto ao papel essencial dessa profissão no Estado Constitucional.

Já o segundo aspecto trazido por Córdoba Roda corresponde à atuação dos advogados em nome dos clientes em qualquer transação financeira ou imobiliária, em que o profissional age como preposto do seu cliente. Nesses casos, a conduta é praticada por quem, ainda que ostentando a condição de advogado, não atua na direção de defesa em um processo, tampouco presta assessoria ou conselho jurídico, ou seja, qualquer pessoa capaz poderia desempenhar tais funções, exatamente porque não são próprias do advogado.

Esses casos estariam fora do alcance da Lei Federal n. 8.906/94 e, conseqüentemente, não estariam submetidos ao dever do sigilo profissional¹¹. Revela-se, nesse aspecto, correspondência às Recomendações do GAFI e às Diretrizes 2001/97/CE e 2005/60/CE, da União Europeia, não sendo impreciso afirmar que o Relatório da Comissão do Conselho da Justiça Federal¹² sugere idêntico tratamento.

Uma leitura restrita da primeira forma da assessoria legal no modelo espanhol, que limita a possibilidade de desoneração de comunicação ao âmbito contencioso da advocacia, é defendida por Aránguez Sánchez, assentado no Estatuto Geral da Advocacia, segundo o qual o dever fundamental do advogado é cooperar com a administração da justiça, não podendo, a nenhum custo “desviar-se do fim supremo de justiça ao qual a advocacia está vinculada”. Na sua concepção “... o advogado que instrui o seu cliente sobre formas de branqueamento de capitais não pode amparar-se no exercício legítimo de um direito, ofício ou cargo, pois a lei não acolhe o exercício abusivo ou antissocial do direito e deverá responder por sua colaboração no delito”¹³.

Impõe-se a necessidade de informar a potencialização deste pensamento no estudo de Zaragoza Aguado, ao apontar, na nossa opinião, outros critérios elásticos da visão restrita da atuação profissional do advogado. Basta mencionar, a título de exemplo, assentado em diversos

diplomas legais¹⁴, que o advogado deve se ater às obrigações de comunicar operações suspeitas, excluindo-se tais imposições quando a relação com o cliente se desenvolver no curso de um processo. É permitido deduzir, sumariamente, da tese desse autor, a impossibilidade de se admitir os dois momentos da atuação profissional, restando, tão somente, a atividade contenciosa. E ainda com a advertência, merecedora de transcrição de que “as demais obrigações devem ser cumpridas sem exceção, em consequência, mesmo tratando-se de atuações profissionais que posteriormente permitam invocar o sigilo profissional (...) deverão cumprir inexcusavelmente as outras obrigações contidas na legislação de prevenção de lavagem (identificação do cliente, conservação de documento, análise especial de operações suspeitas etc.)”¹⁵.

Percebe-se na experiência comparativa que a obrigação imposta aos advogados pela Diretiva 2001/97/CE de informar às autoridades competentes sobre qualquer fato do seu conhecimento, capaz de representar um indício de branqueamento, passou a ser apreciada sob diversos aspectos, tangenciando a legitimidade de referida normativa. Tal qual afirmado anteriormente, mencionada Diretiva incide no marco da relação advogado-cliente e, portanto, afeta o princípio do sigilo profissional dos advogados, podendo resultar em desconformidade com o Direito Comunitário. No entanto, merece destaque a posição a qual considera válida e necessária a normativa, ora objeto de controvérsia, entendendo que a exoneração dessas informações se aplicaria apenas no âmbito da atividade contenciosa do advogado, onde permaneceria protegido o sigilo profissional¹⁶.

Deve-se precisar: não se busca nesta pesquisa uma compreensão geral de todo o contexto normativo da Comunidade Europeia relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de reciclagem de capitais, muito menos pretende-se descrever se há uma transposição efetiva das Diretrizes aos ordenamentos dos Estados-membros ou, ainda, se a receptividade dos sistemas legais internos não contrariam normas hierarquicamente superiores¹⁷. Na posição de observador externo, não se ambiciona percorrer todo o complexo de normas atinentes à temática ora em estudo, quer em relação aos dispositivos do direito comunitário, quer em relação ao ordenamento legal espanhol receptivo dos postulados das Diretrizes¹⁸. Tal advertência é necessária, porque no início desta pesquisa

tinha-se como referencial as Considerações e os artigos das Diretrizes, além das diversas análises teóricas vertidas pela literatura especializada. A polêmica causada pelo art. 2º-A n.5 da Diretriz 2001/97/CE (igualmente acolhida na Diretriz 2005/60/CE) estava lançada. Os posicionamentos favoráveis ao alargamento do âmbito de aplicação da obrigação de informar às autoridades responsáveis acerca de eventuais suspeitas em matéria de branqueamento se assentam no pressuposto de que essa tipologia delitativa expansiva exige uma atuação do Poder Público na forma de uma cooperação internacional (partindo do texto legal da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, Viena, 1988). Sob essa orientação não se questionaria a validade do art. 2º-A n.5¹⁹.

No entender da Comissão, ao apresentar as propostas de modificação da Diretriz 91/308/CEE, citado dispositivo teria um alcance limitado, pois os Estados-membros não seriam obrigados a impor essas obrigações de informação aos membros das profissões jurídicas “no que diz respeito a informações por ele recebidas por parte do cliente a fim de lhes permitir representá-lo em qualquer processo judicial”. O art. 6.3 da Diretriz 2001/97/CE afastaria qualquer interrogação: “Os Estados-membros não são obrigados a aplicar as obrigações previstas no n. 1º aos notários, profissionais forenses independentes, auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais no que diz respeito a informações por eles recebidas de um de 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 o processo judicial, quer essas informações tenham sido recebidas ou obtidas antes, durante ou depois de um processo”²⁰.

Quer nos parecer que a abrangência do dispositivo englobaria a advocacia consultiva. E aqui novamente poderíamos nos ancorar na conclusão de Cordoba Roda quando reflete sobre a norma interna espanhola recepcionadora da Diretriz 2001/97/CE.

Essa conclusão não se opõe, em princípio, à legitimidade da política criminal de prevenção ao branqueamento. Contudo, no tocante ao tema do

advogado, a sua especificidade recomendava um exame concreto a respeito da discussão levantada pelo dispositivo do art. 2º-A.5, sobretudo quando no modelo europeu comunitário vigora dispositivo específico garantindo um processo equitativo²¹, no qual estaria inserido o sigilo profissional. Por esses termos, essa obrigação de informação seria incompatível com a independência do exercício profissional do advogado. Até o ano de 2004, não se registrava demanda específica por nenhum Estado-membro questionando a validade da disposição citada. Entretanto, foram apresentadas, em 22 de julho de 2004, duas petições subscritas por várias ordens de advogados belgas, pugnando a anulação dos dispositivos da Lei Belga que transpôs a Diretriz 2001/97/CE²².

Sem dúvida, incorrer no exame mais aprofundado de um caso concreto, questionando a normativa direcionada aos advogados, poderá trazer maiores subsídios para uma visão abrangente sobre o tema, pois, no presente caso, os diversos posicionamentos existentes não permitem encontrar uma linha intermediária, especialmente porque resulta extremamente difícil, na prática, divisar o momento no qual se está a tratar de uma atividade consultiva exercida pelo profissional, diferente da atividade contenciosa por ele desempenhada. Sobre esta última, existe um consenso objetivando exonerar os advogados da obrigação de informar às autoridades competentes a respeito de fatos de branqueamento trazidos a seu conhecimento por parte do cliente.

Lembre-se de que a própria Diretriz dispensa o advogado desta imposição não apenas “no exercício da sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo” mas de forma idêntica “no processo de determinar a situação jurídica por conta do cliente”. Por óbvio, essa expressão dá margem a várias interpretações, demandando em boa hora um pronunciamento jurisprudencial tendente a estabelecer a validade da normativa, a amplitude da exoneração e sob quais condições ela se aplicaria.

5.1 O acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no processo C-305/05,

Luxemburgo, 26 de junho de 2007

O processo teve origem em duas ações propostas na *Cour d'arbitrage* (*Cour constitutionnelle*, Bélgica), uma pela *Ordre de barreaux francophones et germanophone* e outra pela *Ordre français des avocats du bureau* de Bruxelles. Nessas ações, pede-se a declaração de nulidade de determinados dispositivos da Lei belga de 12 de janeiro de 2004, que alterava a Lei de 11 de janeiro de 1993, concernente à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais, e a Lei de 22 de março de 1993 relativa ao Estatuto das empresas de investimento e à sua fiscalização, aos intermediários e consultores financeiros. Nesses processos, o *Conseil des barreaux de l'Union européenne* e a *Ordre des avocats du barreau* de Liège intervieram em favor dos demandantes²³.

Sustentavam os demandantes, resumidamente, diante da extensão aos advogados da obrigação de informar às autoridades competentes quando tomarem conhecimento de fatos que saibam ou suspeitem estar ligados à lavagem de capitais e ao dever de transmitir às referidas autoridades as informações complementares sabidamente úteis, que tais disposições lesavam os princípios do sigilo profissional e da independência do advogado, elementos primordiais do direito fundamental dos particulares a um processo equitativo e aos direitos de defesa. A propósito, os arts. 4º, 25º e 27º da Lei de 12 de janeiro de 2004 violariam os arts. 10, 11 da Constituição belga, em conjugação com o art. 6º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH)²⁴ e outros relacionados com os direitos de defesa.

Nesse cenário, a *Cour d'arbitrage* questionou ao Tribunal das Comunidades Europeias se a imposição aos advogados das obrigações de informação e colaboração com as autoridades respectivas pela luta contra o branqueamento de capitais violava o direito a um processo equitativo garantido pelo art. 6 da (CEDH) e pelo art. 6, 2, do Tratado da União Europeia (TUE). Ao apreciar a questão prejudicial, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) sintetizou a demanda²⁵ nos seguintes termos:

“há que apreciar se a obrigação de o advogado, que actua no exercício das suas actividades profissionais, colaborar com as autoridades competentes em matéria de luta contra o branqueamento de capitais, na aceção do artigo 6º, n. 1, da Directiva 91/308, e de as informar, por iniciativa própria, de quaisquer factos que possam constituir indícios de operações de branqueamento de capitais, atendendo às limitações a essa obrigação previstas nos artigos 2º-A, n. 5, e 6º, n. 3, da referida directiva, constitui uma violação do direito a um processo equitativo, garantido pelos artigos 6º da CEDH e 6º, n. 2, UE.” (item 26).

Uma interpretação dos dispositivos das Diretrizes à luz dos direitos fundamentais estampados na CEDH e de outros princípios comunitários denotaria, segundo os julgadores, que a obrigação de comunicar por parte do advogado afetaria consideravelmente o direito de defesa. Assim, observa-se:

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 processo (item 32).

Não obstante, o Tribunal se posiciona favoravelmente ao enunciado da Diretriz, por entender ser a aplicação excepcional e, sobretudo, porque a atuação do advogado estaria no âmbito extrajudicial, externa a um processo equitativo. As exigências relacionadas com o direito a um processo equitativo não obstam a que os advogados, quando atuem no preciso setor das transações de natureza financeira e imobiliária e não tendo vínculo com um processo judicial, estejam sujeitos às obrigações de informação e de colaboração. Desse modo, no entender do TJCE, não restaria afetado o direito de defesa ao não se constatar uma violação do direito a um processo equitativo garantido pelos arts. 6 da CEDH e 6., n.2. UE. Essa orientação resulta clara ao lembrar “que as obrigações de informação de colaboração só se aplicam aos advogados quando estes prestam assistência na

constituição ou execução de determinadas transações de ordem financeira e imobiliária, ou agem em nome e por conta dos seus clientes em quaisquer transações financeiras e imobiliárias”. (item 33). Para os julgadores, “regra geral, pela sua própria natureza, essas actividades situam-se num contexto que não tem conexão com um processo judicial e portanto fora do âmbito de aplicação do direito a um processo equitativo”²⁶(grifamos).

Por conseguinte, o ponto central não estaria mais no questionamento da validade da Diretriz 91/308/CE, alterada pela Diretriz 2001/97/CE, no tocante à convocatória aos advogados das obrigações de informar as autoridades competentes fatos vinculados ao branqueamento de capitais, e sim na limitação da exoneração dessa obrigação e no critério a ser aplicado na prática, ou seja, a demarcação entre o que está ou não abrangido pelo sigilo profissional. Com efeito, cumpre trazer à colação os seguintes extratos de referida sentença:

“Além disso, a partir do momento em que a assistência do advogado prestada no âmbito de uma transacção referida no artigo 2^a-A, n. 5, da Directiva 91/308 é solicitada para o exercício de uma missão de defesa ou representação em juízo ou para obter conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo judicial, o referido advogado é exonerado, por força do artigo 6^o, n. 3, segundo parágrafo, da referida directiva, das obrigações enunciadas no n. 1 do referido artigo, pouco importando que as informações tenham sido recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo. Essa exoneração é susceptível de preservar o direito do cliente a um processo equitativo. (34)

Uma vez que as exigências decorrentes do direito a um processo equitativo implicam, por definição, um nexos com um processo judicial e atendendo a que o artigo 6^o, n. 3, segundo parágrafo, da Directiva 91/308 exonera os advogados, sempre que as actividades se caracterizem por esse nexos, das obrigações de informação e colaboração a que se refere o artigo 6^o, n. 1, da referida directiva, verifica-se que essas exigências são preservadas. (35)

Em contrapartida, há que reconhecer que as exigências relacionadas com o direito a um processo equitativo não obstam a que os advogados, sempre que actuem no preciso âmbito das actividades enumeradas no artigo 2^a-A, n. 5, da Directiva 91/308, mas num contexto não abrangido pelo artigo 6^o, n. 3, segundo parágrafo, da referida directiva, fiquem sujeitos às obrigações de informação e de colaboração instituídas pelo artigo 6^o, n. 1, desta directiva, uma vez que essas obrigações são justificadas,

como sublinha nomeadamente o terceiro considerando da Directiva 91/308, face à necessidade de lutar eficazmente contra o branqueamento de capitais, que tem uma nítida influência na expansão do crime organizado, o qual representa ele próprio uma especial ameaça para as sociedades dos Estados-Membros. (36)

Em face do exposto, conclui-se que as obrigações de informação e de colaboração com as autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento de capitais, previstas no artigo 6º, n. 1, da Directiva 91/308 e impostas aos advogados pelo artigo 2º-A, n. 5, desta directiva, atendendo ao artigo 6º, n. 3, segundo parágrafo, da mesma, não violam o direito a um processo equitativo garantido pelos artigos 6º da CEDH e 6º, n. 2, UE (37).”

Um dos pontos da sentença a ser ressaltado é a argumentação desenvolvida no item 34. De acordo com os julgadores, a partir do momento em que a assistência do advogado prestada no marco de uma transação contemplada no art. 2º-A, 5º, for solicitada visando à defesa ou à representação perante os tribunais ou a fim de obter consultoria relativa à forma de instaurar ou evitar um processo judicial, o advogado ficará dispensado, em virtude do art 6.3, das obrigações enunciadas no parágrafo do mesmo artigo. E a esse respeito carece de importância se a informação for obtida antes, durante ou depois do processo, preservando-se, assim, o direito do cliente a um processo justo.

Reforça o TJCE que, nos casos de atuação de advogados no marco das atividades enumeradas no art. 2-A, n 5, e em contexto no qual não resulte aplicável o art. 6.3, por exclusão, encontram-se eles submetidos às obrigações de informação e cooperação impostas pelo art. 6.1²⁷, justificando-se a solução pela necessidade da luta eficaz contra a lavagem de capitais, devido à influência no aumento da delinquência organizada.

Antes de tecer comentário à decisão, recorde-se que a sentença do TJCE contou com as respeitáveis conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro. São de sua lavra os aspectos mais relevantes e controvertidos da prejudicial apresentada ao Tribunal²⁸. Ao se indagar se a disposição da Diretriz viola o sigilo profissional do advogado, deixava claro: “Proteger a substância de um direito fundamental equivale quer a assegurar a protecção desse direito, que seja a mais compatível com a subsistência de outros direitos fundamentais, quer a determinar as circunstâncias e as condições

em que esse direito merece uma protecção reforçada”²⁹. Acertadamente, ponderou a respeito da grande dificuldade deste processo consistente em saber quais as circunstâncias e condições que o sigilo profissional não pode ser limitado. E justamente nesse tópico as partes divergiam. De um lado, a Comissão percebia o sigilo do advogado apenas no plano da sua atividade contenciosa. Em posição contrária, as diversas Ordens de Advogados, compreendiam o sigilo intrinsecamente indissociável do exercício da profissão, e, portanto, a tentativa de restringir o seu alcance apenas a uma de suas atividades “seria simultaneamente contrário aos princípios fundamentais e impossível de realizar na prática, uma vez que as referidas atividades são concomitantemente complexas e indivisíveis” (item 53).

Conforme as palavras de Poiares Maduro, essas interpretações são inconciliáveis. A partir dessa realidade, o Advogado-Geral do TJCE buscou os pontos comuns entre as partes para sugerir, ao final, a decisão a ser tomada. Observava que o ponto comum entre as arguições centrava-se na razão de ser do sigilo profissional, fundando-se o referido instituto em uma relação de confiança existente entre o cliente e o advogado. E essa relação deveria ser preservada por meio da fixação dos limites do seu alcance. “Não pode ser demasiado reduzido, sob pena de destruir as condições de uma verdadeira relação de confiança entre o advogado e o seu cliente. Mas por outro lado não pode ser demasiado amplo, sob pena de fazer do segredo um simples atributo da profissão do advogado. Ora, o segredo profissional não pode ser propriedade do advogado. Deve antes ser considerado um valor e um encargo”(item 54). Um outro ponto de concordância relacionava-se ao fato de o sigilo profissional ser reforçado no âmbito do exercício das funções de representação e de defesa de um cliente, ou seja, na atividade contenciosa. Nesse caso, os advogados “têm uma situação central de administração da justiça, como intermediários entre os cidadãos e os tribunais” (item 55).

Ao estabelecer os pontos convergentes entre as partes, as conclusões do Advogado-Geral do TJCE identificavam perfeitamente o núcleo da controvérsia: “concentra-se na questão de saber se esta protecção merece ser alargada para além do âmbito estrito das necessidades de representação e da defesa, e até onde” (item 56). No seu entendimento, o próprio dispositivo estabelece a exoneração das obrigações (art. 6.º 3, segundo parágrafo, da

Diretriz n. 2001/97), mas dá causa a incertezas ao estipular que os advogados não têm qualquer obrigação de informação não apenas “no exercício da sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo” mas, ao mesmo tempo, “no processo de determinar a situação jurídica por conta do cliente”. Esta última expressão daria margem a diversas exegeses, entendendo as Ordens de Advogados representadas no processo que o sigilo profissional abarcaria a atividade de consultoria propondo uma interpretação ampla da *avaliação da situação jurídica do cliente*³⁰.

Poiares Maduro, nesse ponto, adere ao posicionamento sustentado pelas Ordens dos Advogados por duas razões que trazem em si considerações de princípio e de ordem prática. Como princípio, deve se atentar para “a necessidade fundamental de qualquer pessoa numa sociedade civilizada poder dirigir-se a um advogado para obter um parecer e auxílio e, quando um processo começa para o representar” (item 60). A possibilidade de um indivíduo tomar conhecimento dos contornos normativos que regula a sua situação particular constitui uma das garantias essenciais do Estado de Direito. Quanto à consideração prática, o parecer não deixa dúvidas, ao atestar que “será difícil distinguir-se no âmbito do exercício da missão que incumbe a um profissional de direito, o tempo de aconselhamento do tempo de representação. Se se tivesse que fazer essa distinção cada vez que a prossecução dos objetivos 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 facto” (item 61).

Conclui de forma lapidar: “Destá análise resulta que a protecção reforçada de que beneficia o segredo profissional do advogado deve estender-se às missões de representação, de defesa, de assistência e de consultoria jurídicas. Por conseguinte, sugiro que se conclua que não se deve impor ao advogado nenhuma obrigação de informação relacionada com o branqueamento de capitais no âmbito do exercício destas missões. Toda e qualquer violação deste género deve ser considerada uma violação da substância dos direitos protegidos pela ordem jurídica comunitária” (item 62).

Ao adentrar na análise da compatibilidade ou não do dispositivo da Diretriz com a reflexão desenvolvida no tocante ao sigilo, o parecer

corroborar o entendimento segundo o qual o “processo de determinar a situação jurídica por conta do cliente adotado pela Diretriz pode ser facilmente compreendido como incluindo a consultoria jurídica”. Faltaria constatar se as disposições da Diretriz guardam conformidade com essa interpretação. O parecer ressalta mais uma vez a posição contrária das Ordens dos Advogados **as quais entendem que, em todas as suas atividades**, o advogado é levado a efetuar uma análise e uma determinação da situação jurídica do seu cliente (grifamos). Mas, pontualmente, o Advogado-

-Geral do TJCE reconhece a dificuldade de distinguir, na prática, entre a atividade contenciosa e consultiva dos advogados, propondo um critério para diferenciá-las, fazendo-o da seguinte maneira: “Contudo, não me parece impossível conceber um critério claro que permita separar os casos em que o advogado, agindo «na qualidade de advogado», goza da protecção do segredo profissional dos casos em que esta protecção não deve ser aplicada. Em meu entender, é só assim, de resto, que se pode salvaguardar o equilíbrio entre a exigência de protecção da confiança existente entre o advogado e o seu cliente e a exigência de protecção dos interesses gerais da sociedade, no respeito dos direitos protegidos pela ordem jurídica comunitária. Além de que considero difícil justificar uma extensão do segredo profissional do advogado unicamente com base numa dificuldade de ordem prática e sem consideração pelo facto de a profissão de advogado assumir, nos dias de hoje, actividades que vão muito além das suas missões específicas de representação e de consultoria” (item 65).

A esta altura, é imprescindível destacar o entendimento de Poiães Maduro, consistente em estabelecer um critério objetivo para identificar quando ou em quais situações o advogado, quer atuando consultivamente, quer no contencioso, não estará “determinando a situação jurídica do seu cliente” e, portanto, estará sujeito às obrigações impostas na Diretriz. Desde já, o empenho demonstrado no parecer é tendente a validar a normativa de prevenção sem descurar os direitos fundamentais, sejam do cliente, sejam do próprio advogado. Para perquirir esse objetivo, é mister trasladar os tópicos relevantes do parecer:

“69. A meu ver, é arriscado querer distinguir em função do grau de implicação do advogado na operação em causa. Não vislumbro com clareza por que razão uma actividade de assistência merece mais protecção especial que a de mandatário, se não for demonstrado que essa actividade é realizada com total independência. Mais importante que a actividade exercida é a forma de exercer essa actividade.

70. É incontestável que, em todos os casos em que intervém, o advogado pode ser levado a realizar uma avaliação da situação jurídica do seu cliente. Contudo, esta avaliação pode tomar direcções diferentes. Uma coisa é expor o quadro e as implicações jurídicas da operação desejada, outra é realizar uma avaliação com vista a escolher a melhor estratégia no interesse do cliente, para realizar uma acção ou uma transacção económica ou comercial. Se a avaliação tiver simplesmente por finalidade ajudar o cliente a organizar as actividades «no respeito da lei» e sujeitar os seus objectivos às regras de direito (53), deve ser considerada uma actividade de consultoria e deve ser exonerada de toda e qualquer obrigação de informação, seja qual for o contexto em que for prestada. Inversamente, se a avaliação tiver por finalidade essencial realizar ou preparar uma transacção comercial ou financeira e estiver sujeita às instruções do cliente com vista a encontrar, designadamente, a solução economicamente mais favorável, o advogado passa a agir apenas como um «agente de negócios» que põe inteiramente as suas competências ao serviço de uma actividade não jurídica, não tendo de se aplicar o segredo profissional. No primeiro caso, pode dizer-se que o advogado age não apenas no interesse do seu cliente mas também no interesse do direito. No segundo, prevalece unicamente o interesse do cliente. Neste caso, o advogado não age como advogado independente, mas encontra-se numa situação jurídica idêntica à de um consultor financeiro ou de um jurista de uma empresa.

71. Convenhamos que a distinção entre estes dois tipos de situações é, ela própria, difícil de apreciar. Uma apreciação de alcance geral como a solicitada ao Tribunal de Justiça neste processo não pode resolver todas as dificuldades práticas que esta apreciação pode causar. O melhor que o Tribunal de Justiça pode fazer neste caso é fornecer todos os elementos de interpretação que estão à sua disposição com vista a orientar a aplicação do texto pelas autoridades nacionais competentes. Observemos também que semelhante abordagem foi adoptada por outros órgãos jurisdicionais, sem que tenha dado lugar a problemas de aplicação particulares. Nesses processos, esses órgãos jurisdicionais exigem uma análise casuística da qualidade em que o advogado age (54).

72. Tendo em conta a natureza fundamental da protecção do segredo profissional do advogado, é justo presumir que o advogado age na sua qualidade própria de consultor ou de defensor. Só se se verificar que foi contratado para uma função que põe em causa a sua independência é que se deve considerar que pode ficar sujeito à

obrigação de informação prevista pela directiva. Esta apreciação deve ser feita caso a caso, sob a garantia de uma fiscalização jurisdicional.”

É possível, desde já, concordar com a tese exposta no parecer do Advogado-Geral do TJCE no que concerne à dificuldade de visualizar sob quais circunstâncias o advogado deixaria de “determinar a situação jurídica do cliente”. Sem embargo, isso não nos impede de externar uma preocupação de ordem prática refletida na parte final do item 72 acima transcrito. Como será feito o exame destinado a afastar a presunção da atuação do advogado nos limites de suas prerrogativas, seja no aspecto consultivo ou na atividade contenciosa, afastando-se da “determinação da situação jurídica do cliente”? A amplitude dessa apreciação, a ser feita caso a caso, implicará a possibilidade de que toda atividade dos advogados seja objeto de investigação por parte das autoridades competentes, o que seria desarrazoado e despropositado.

Em sua conclusão “intermediária”, assinala Poiães Maduro:

“73. Toda a análise antecedente não revelou nenhum elemento susceptível de invalidar os artigos 2^o-A, n. 5, e 6^o da Directiva 91/308, conforme alterada pela Directiva 2001/97, desde que sejam interpretados no sentido de excluir toda e qualquer obrigação de informação no âmbito das actividades de representação e de consultoria jurídicas dos advogados. Devem, designadamente, exonerar-se dessa obrigação os conselhos prestados com vista a ajudar o cliente a organizar as suas actividades «no respeito da lei».

74. Não basta admitir que, fora destes casos em que é excluída toda e qualquer obrigação de informação, se pode introduzir limitações ao segredo profissional do advogado. Ainda falta verificar se estas limitações prosseguem um objectivo de interesse geral legítimo e se são proporcionadas à prossecução desse objectivo.”

A opinião emanada do parecer acabou sendo acolhida com alguns matizes por parte do TJCE. Os comentários da doutrina a respeito de referida decisão não tardaram em aparecer. Para Vaquero Pinto, “apesar de afirmar-se a validade da Diretriz 91/308/CEE à luz do direito a um processo

justo, a interpretação que realiza o Tribunal de Justiça deveria transmitir algo de alívio a todos os advogados que repugnam o papel de acusadores de seus próprios clientes”³¹. Nos limites da nossa observação, esse “suposto alívio” está longe de ser alcançado, pois o entendimento sobre a Diretriz 2005/60/CE agrava os rumos traçados pela Sentença ora comentada.

Na Consideração n. 20 da Diretriz 2005/60/CE, na sua parte final, lê-se: “Devem estar isentas de qualquer obrigação de comunicação as informações obtidas antes, durante ou após um processo judicial ou quando da apreciação da situação jurídica do cliente. Por conseguinte, a consultoria continua a estar sujeita à obrigação do segredo profissional, salvo se o consultor jurídico participar em atividades de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, se prestar consulta jurídica para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo *ou se o advogado estiver ciente de que o cliente solicita os seus serviços para esses efeitos*” (grifamos).

Com efeito, a evolução legislativa no âmbito da União Europeia, em matéria de reciclagem de capitais, não tem se direcionado a excluir a imposição aos advogados das obrigações de informação e de colaboração com as autoridades responsáveis quando participem em determinadas transações de natureza financeira desconexas com um processo judicial. Ao contrário, a normativa aponta no sentido de sancionar inclusive o mero conhecimento da procedência ilícita independentemente de esse conhecimento derivar de uma atividade de assessoria judicial ou extrajudicial.

Conforme a opinião de Gomez-Jara Díez: “Ao menos tacitamente, considera que não existe uma dispensa de informar quando, inclusive no âmbito de um processo judicial, o advogado estiver ciente de que o cliente solicita os seus serviços para fins de lavagem de capitais ou de terrorismo”³². Por esses motivos, não podemos deixar de nos alinhar com a tese defendida por esse autor ao expressar sua preocupação no sentido de que os advogados não possam erigir-se, por meio de determinação legal incriminadora de seu comportamento, à categoria de “policiais encobertos sob o manto da relação profissional”³³.

De qualquer modo, inevitável a perturbação da relação de confiança entre o advogado e seu cliente por parte da normativa. Não se está a

desconhecer a validade da Diretriz como um todo e nos seus propósitos de proteção do sistema financeiro contra o branqueamento de capitais, mas a dificuldade em distinguir o momento no qual o advogado é despido da sua autonomia no exercício da profissão nos leva a acreditar que o alargamento da Diretriz no marco da advocacia possa representar inaceitáveis fatores de insegurança nas relações sociais.

O efeito colateral poderá ser mais prejudicial do que os válidos objetivos da normativa destinada a prevenir e reprimir o braqueamento de capitais. Daí que as considerações de Poiars Maduro sejam de uma efetividade ímpar quando assevera: “Mais importante que a actividade exercida é a forma de exercer essa actividade” (grifamos). E, nesse ponto, trazemos a imprescindível referência aos postulados deontológicos configuradores da função do advogado como instrumento indispensável à Administração da Justiça. Enquanto o profissional estiver agindo de acordo com esses postulados, não se afigura possível a sua inserção em normativas pertinentes ao branqueamento de capitais.

5.2 Considerações complementares

Essas questões teóricas e práticas, enriquecedoras do debate e deduzidas de uma eventual aplicação das Diretrizes dos organismos internacionais concernentes ao papel do advogado na política de prevenção ao delito de lavagem, poderiam incorrer em estéril academicismo se não fossem trazidas à baila situações que estão longe de permanecer no campo da elucubração ou amparadas nos postulados deontológicos, com exemplos que Sax, a seu tempo, denominou “delinquência de laboratório”³⁴. E, sobre o tema, a realidade apresenta casos que, tratados com as devidas ressalvas e com o devido cuidado – pois ainda não há sentença transitada em julgado –, demonstram que as diversas formas de atuação dos profissionais da área jurídica e supostamente revestidas de traços de legalidade como objeto de estudo não estão longe do padrão deduzido anteriormente pela doutrina estrangeira³⁵. A referência recai sobre as operações deflagradas pela Polícia Federal denominadas “Monte-Éden” e “Castelhana”³⁶.

Destaque-se que, nessas duas investigações, encontram-se hipóteses de atuações profissionais de grande similitude com os exemplos recolhidos na experiência comparativa, razão da referência neste estudo. O escopo é retratar os limites de atuação profissional do advogado na sua função precípua. A fronteira da não responsabilidade do advogado é a violação de um imperativo deontológico. Superado esse limite ético, o profissional deixa de agir como operador jurídico. Aliás, o próprio Estatuto da Advocacia, ao prever as infrações e sanções disciplinares, comina a pena de suspensão ao advogado que preste “concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la” (art. 34, inciso 17 da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994). Estar-se-ia no campo da dimensão negativa das restrições referidas no art. 133 da Constituição Federal consoante ao magistério de Lôbo³⁷.

Não se desconhece, como afirma Brandão, que a atividade do advogado na área financeira e societária é uma das mais vulneráveis à prática da lavagem de ativos provenientes de delito, e por esse motivo tais profissionais poderiam ser destinatários das diretrizes de prevenção com idêntico perfil ao traçado às entidades bancárias e outras³⁸, quando prestem assistência na concepção ou execução de determinadas transações de ordem financeira e imobiliária, ou quando agem por conta do cliente em referidas transações.

Uma leitura acurada das Diretrizes e das propostas dos organismos internacionais direcionadas aos advogados levará a constatar maior preocupação justamente com a atividade consultiva do advogado. Entretanto, a própria natureza dos serviços de atuação contenciosa, seja administrativa ou judicial, não permitirá que tais Diretrizes as alcance, malgrado, ao que parece, não seja esse o entendimento de Zaragoza Aguado e da Diretriz 2005/60/CEE em sua Consideração n. 20.

Na apreciação da atuação consultiva do advogado, é possível constatar uma maior dificuldade em determinar a extensão e a eficácia das medidas preventivas do dever de vigilância e da comunicação de operações suspeitas. Quer nos parecer que, além da dificuldade em se comprovar a questão subjetiva quanto à origem ilícita do dinheiro do cliente, outras demandas naturais surgem por serem próprias dessa atividade. Assim, por exemplo, no âmbito do direito tributário, quais critérios devem ser usados

para apartar a atuação lúdica do profissional no aproveitamento do espaço livre do sistema, não regulado, daquele outro denominado de “abuso de formas” (evasão fiscal, por exemplo)? As interrogantes são imediatas: até que ponto se poderá coibir alguém de consultar advogados? E quem ditará o conteúdo e estabelecerá os critérios da consulta ilícita? Desse modo, na seara consultiva, o advogado passaria a ter um ônus maior para exercer suas atividades.

Cite-se, ainda, um exemplo de direito societário – proporcionado pelo colega de magistério, Faraco – que retrataria a complexidade do tema em decorrência das diretrizes da política de prevenção voltadas ao advogado no caso da constituição de sociedades comerciais no país por estrangeiros visando a investimentos pontuais. O papel do advogado limita-se à redação dos instrumentos societários e, eventualmente, a receber uma procuração para representar o estrangeiro na sociedade (cumprindo exigência legal de que o estrangeiro sócio de sociedade brasileira tenha procurador no país com poderes para receber citação).

Diante das exigências das Diretrizes da política criminal, provavelmente, os advogados passariam a recusar esse serviço, caso tivessem de fazer verificações inúmeras quanto à origem da pessoa e de seus recursos. Ao elaborar esse exemplo no intuito de engrandecer o debate, Faraco fez questão de ressaltar que esta situação do profissional, ao receber procuração para representar seu cliente estrangeiro, é uma situação distinta daquele advogado partícipe da engenharia financeira elaborada para lavar dinheiro. Não obstante, por vezes, o aparato repressor não saiba ou não queira distinguir uma situação da outra.

Também em outras searas do direito, essas interrogantes projetam suas repercussões, por exemplo, no campo da responsabilidade civil, se for imposta ao advogado a obrigação de comunicar suposto ilícito decorrente das operações enumeradas nas Diretrizes internacionais (e recepcionadas no Projeto de Lei n. 209, de 2003), tal conduta representaria por si um prévio juízo de valor, ainda que indiciário, sobre a ilicitude. Constatando-se posteriormente a ausência de infração a qualquer regra legal na conduta comunicada como “suspeita”, emergirá inexorável responsabilidade civil por danos morais e quiçá materiais, na modalidade de lucro cessante (art. 402 do Código Civil – Lei n. 10.406/2003). Este exemplo adicional,

acolhido no campo do direito privado contemporâneo, acrescenta argumento irrefutável pela inaceitabilidade de tal dever de comunicação.

As Diretrizes de Política Criminal de prevenção à reciclagem recepcionadas no art. 9º, item IX, do Projeto de Lei n. 209, merecem um maior aporte por parte da doutrina nacional. Serão vários os questionamentos em caso de eventual aprovação. E não poderíamos deixar de lançar outras indagações a respeito da atividade consultiva. Por óbvio, e é imprescindível insistir nisso, uma aceitação das obrigações de colaboração consistente na informação sobre operações suspeitas poderá trazer resultados contrários aos pretendidos, pois, em vez de maior segurança, poderíamos nos deparar com uma inesperada insegurança jurídica ao se deturpar a função do advogado nessa seara. Tal deturpação estaria latente no caso “da comunicação de operações suspeitas” por parte do profissional³⁹. Este é um dos pontos nevrálgicos impeditivos da aceitação das recomendações internacionais: qual é o limite da participação dos entes privados na política de prevenção?

Trazendo novamente à baila as ponderações de Brandão, a busca de um “equilibrado compromisso” para não assumir posturas extremadas de colaboração, sabe-se que a obtenção deste desiderato não é nada fácil⁴⁰, e o risco é justamente o da flexibilização de direitos fundamentais. E quando se flexibilizam esses direitos, em prol de posturas utilitárias, instalar-se-á a insegurança, e o espectro de uma sociedade de delatores estará pairando sobre nós. Seria exigível um considerável bom senso neste particular. Em vez dessas recomendações de colaboração, urge ressaltar, quanto ao exercício profissional do advogado, a prévia vigência de dispositivos legais regulamentadores de seus deveres e obrigações, os quais, uma vez descumpridos, darão ensejo às sanções respectivas.

De qualquer modo, resta aberto o debate, esperando-se a contribuição teórica dos operadores não apenas da área jurídica mas também dos tabeliães, contadores e outros profissionais, eventualmente convocados a se inserirem na política de prevenção à lavagem de ativos provenientes de delito.

Ao final, a própria Nota Interpretativa da Recomendação 16 do GAFI elucida: “Compete a cada país determinar as matérias sujeitas a segredo profissional ou cobertas por um privilégio profissional de natureza legal”.

Portanto, trata-se de uma sugestão que, se acatada, estará sujeita à interpretação e à aplicabilidade de cada jurisdição, na forma que estas entendam ser mais conveniente, a fim de não afrontar a normativa interna⁴¹. Nessa toada, as sugestões dos organismos internacionais, que direcionam a política criminal de prevenção à lavagem, parecem não conseguir dimensionar todas as implicações decorrentes da eventual inserção da categoria dos advogados.

Mesmo com seu caráter restrito e excepcional, e sem questionar a legitimidade das Diretrizes em razão da *praxis* desse delito – tornando sensível a atuação consultiva dos profissionais do direito –, as propostas de *lege ferenda* para a classe profissional, além das interrogantes intrínsecas quanto ao sigilo profissional, provocam outras ordens de questionamentos quanto à regulamentação do dever de vigilância e comunicação.

No caso, por exemplo, de se constatar que o advogado descumpriu os critérios do dever de vigilância, indagar-se-á acerca da modalidade de sanção administrativa passível de ser imposta, bem como qual será o órgão competente para aplicar-lhe a respectiva punição. Quanto à titularidade do órgão que impor as sanções, poder-se-ia cogitar, *in casu*, da própria Ordem dos Advogados. Não tem sido este, porém, o entendimento acolhido pela Consideração n. 19 da Diretriz 2001/97/CE: “É ponto assente que a directiva não obriga os Estados-membros a criarem essas autoridades competentes caso não existam já e que as Ordens de Advogados e outros organismos de autorregulamentação para profissionais independentes não estão abrangidos pelo termo autoridades competentes”.

Em contrapartida, um elemento que contribuiria decisivamente à interpretação da normativa de prevenção à lavagem de capitais, na opinião de Sánchez Stewart, seria a criação de um órgão autorregulador da advocacia com a finalidade de “receber informação suspeita que lhe permita estabelecer convênios de colaboração com entidades de outros países o qual implicaria num maior nível de informação e numa maior segurança jurídica na atuação dos profissionais da advocacia, na hora de intervir em operações económicas e de intermediação financeira”⁴².

Enfim, a temática deixa espaço para repensar o próprio papel do órgão representativo, o qual, ao mesmo tempo em que regulamenta a atividade do advogado, é incumbido da missão de defender suas prerrogativas, e, no caso

das infrações praticadas por seu associado, tem a obrigação de sancioná-lo. Agora, ao aceitarmos ao pé da letra os postulados das Diretrizes e as Recomendações da prevenção à lavagem de dinheiro, o órgão encarregado de sancionar o profissional seria o COAF, e a sanção, é evidente, não passaria de uma multa pecuniária.

Por conseguinte, as sugestões internacionais indicam perspectivas ainda não aprofundadas no nosso sistema legal até o presente momento. Se na época da imposição de obrigações ao sistema financeiro a polêmica restringia-se ao fato de atribuir uma conotação de poder de polícia aos agentes financeiros e entidades bancárias, ocasionalmente esse questionamento obterá destacada proporção ao tratar da inserção, mesmo que restrita e excepcional, do advogado no âmbito da política de prevenção. Sobretudo, quando há o risco de que a sua função precípua possa ser desvirtuada e, ainda, com a possibilidade de se encontrar em ente diverso daquele que o representa, o receptor da disciplina sancionatória.

Nessa linha de indagação, se esse ponto da atuação do profissional da advocacia demandou e irá exigir outros estudos quanto aos limites das prerrogativas funcionais por parte da doutrina pátria, seja no tocante à imunidade do profissional, seja quanto ao alcance do sigilo profissional, maior ênfase deverá ser dispensada à análise da relação contratual entre o acusado de lavagem de dinheiro e seu advogado criminalista. Essa polêmica, inclusive, ecoa altamente no sistema jurídico dos Estados Unidos da América, tendo motivado a alteração da Seção 1957 (a), 1 “qualquer transação necessária para salvaguardar o direito à defesa garantido na Sexta Emenda”. Para o Departamento de Justiça daquele país, as Diretrizes⁴³ traçadas para a propositura de acusações criminais e atuação em tais processos vedam expressamente o processamento de advogados que, de boa-fé, recebem valores provenientes de atividades ilícitas de seus clientes a título de honorários advocatícios quando no exercício de uma defesa criminal, conforme garantido pela Sexta Emenda à Constituição Estadunidense⁴⁴, exceto nos casos em que(a) se comprove, para além de uma dúvida razoável, o real conhecimento da origem ilícita dos valores pagos, e (b) a prova para tal acusação não tenha sido obtida por meio de violação do sigilo profissional entre o advogado e seu cliente⁴⁵.

Ao se direcionar a discussão para a esfera jurídico-penal, uma arguta observação teórica procura configurar esta situação – recebimentos de honorários pela prestação de serviços do cliente acusado de reciclagem – dentro das excludentes da ilicitude assentada no “legítimo exercício de um direito, ofício ou cargo” e na preservação dos direitos de defesa⁴⁶.

Sem embargo, esse posicionamento reconhece uma exígua ocorrência de casos práticos nos quais o julgador poderá atestar a atuação do advogado nos moldes da figura justificada. A linguagem é transparente: “Estos escasos supuestos serán, por ejemplo, cuando el acusado no pueda recibir el derecho de defensa en juicio si no es pagando los honorarios de su letrado con dinero que provenga de un ilícito considerado. En efecto, consideramos que en muchos de los otros supuestos posibles el abogado podrá responder como autor del delito de recepción de activos provenientes del ilícito con miras a ser blanqueado (...) Aquello entre otras cosas, porque creemos que el acusado en todo momento podrá contar con la defensa en juicio de los defensores oficiales que no cobraran por su servicio; razón por la cual su garantía de defensa en juicio, solo en casos muy excepcionales será menoscabada. En consecuencia, sólo en casos de igual excepción quedará exculpado el letrado que actúe de la manera analizada”⁴⁷. Esse posicionamento não deixa de surpreender pelo manto ideológico que o cobre.

Com a devida vênia, divergimos *in totum* dessa orientação assumida por Durrieu, pois entendemos que, não apenas em casos “excepcionais”, o advogado criminalista poderá ser amparado em sua atuação profissional por uma causa justificante, muito pelo contrário. A atuação do advogado defensor com o consequente recebimento de honorários supostamente maculados estará localizado no âmbito da atipicidade, conforme a tese defendida por Pérez Manzano⁴⁸ assentada no pensamento de Frisch, no sentido de que, com essa atuação, não se criaria um risco tipicamente desaprovado pela ausência de sentido delictivo da conduta⁴⁹.

Sob outro prisma, invocar a atuação de advogados dativos para validar argumentos teóricos em favor irrestrito da eficácia da política de controle à lavagem de ativos é transcurar a importância e a rigidez das garantias processuais consagradas no Estado Constitucional. Sem estas, o processo seria um “faz de conta”, e no ensejo da busca por justiça a qualquer custo,

flexibilizando-se as garantias da defesa, estar-se-ia incorrendo em características próprias de um Estado Autoritário, em que tristemente imperam o abuso e as violações aos direitos individuais. Se é legítima a política criminal destinada ao combate aos crimes transnacionais, dentre os quais destaca-se o delito do branqueamento de capitais, na mesma proporção exige-se do poder estatal e dos seus órgãos de controle de prevenção e repressão um total respeito às garantias processuais, conforme Roxin apontou com maestria⁵⁰.

Entretanto, um tratamento jurídico-penal mais acurado das diversas manifestações doutrinárias, relativas à eventual aplicação do tipo penal de lavagem à atuação do advogado criminalista no recebimento de supostos honorários maculados, deverá ser analisada concomitantemente com as restrições ao exercício da ampla defesa impostas pela política criminal destinada ao branqueamento de capitais e incidentes na advocacia criminal. Essas limitações ao exercício da advocacia criminal não são facilmente constatáveis, pois demandam uma interpretação sistemática que vai além da seara jurídico-penal.

Isso significa que, se a finalidade da política criminal é deter o fluxo do dinheiro do âmbito ilegal para o legal, alcançando inclusive atividades comerciais diárias⁵¹ e visando isolar economicamente o agente do delito por meio de medidas de prevenção e de cautela que “imobilizem” o patrimônio ilícito a fim de dificultar a contratação da sua defesa técnica, o resultado será negativo: a minoração de direitos fundamentais, entre os quais o livre exercício da profissão e o direito a uma ampla defesa. Ambos descreve essa situação como clara *colisão de interesses* entre a necessidade irrecusável da luta contra a reciclagem de capitais e o direito do acusado a uma defesa efetiva por meio da livre escolha do seu advogado⁵².

¹ *Vide*, por exemplo, o citado art. 6º da Diretriz 2001/97 e a Recomendação n. 16.

² Cfr. **Comissão de estudos sobre crime de “lavagem” de dinheiro**. Relatório, p. 21.

³ *Vide* o art. 1º-C da Diretriz 2001/97/CE.

4 Eis a manifestação de Marco Antonio de Barros: “Por fim, se reconhece que o advogado não está protegido sob uma capa de impunidade. Ao contrário, se houver suspeita de que o advogado tenha participado da ‘lavagem’, submeter-se-á, como ocorre com qualquer pessoa, ao trâmite da respectiva investigação e demais regras do devido processo penal que porventura vier a ser instaurado”. *Op. cit.*, p. 347-348. Na literatura estrangeira, *vide* FARALDO, Cabana Patrícia. **Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal Español de 1995**. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los abogados y asesores fiscales. Segundo esta autora: “La colaboración del abogado (...) en la creación de entremados societários o en la realización de operaciones que persiguen cubrir el origen ilícito de los bienes procedentes de la comisión de delitos, o ayudar a los intervinientes en ellos a evitar las responsabilidades civiles y pecuniárias que les pueda ser impuestas a consecuencia de ellos, es, por el contrario, una conducta incardinable en el delito de blanqueo de capitales”. *Op. cit.*, p. 32. *Vide* ainda, nesse sentido, Mestre DELGADO, Esteban. **Las eximentes de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, y de cumplimiento de un deber, y el blanqueo de capitales**, p. 117.

5 A Lei Federal n. 8.906/94, ao tratar no Capítulo II “Dos Direitos do Advogado”, assegura no seu art. 7º, inciso II: “ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional (...)”. No entender de Lôbo: “O sigilo profissional é, ao mesmo tempo, direito e dever, ostentando natureza de ordem pública. Direito ao silêncio e dever de se calar. Tem natureza de ofício privado (múnus), estabelecido no interesse geral, como pressuposto indispensável ao direito de defesa. Não resulta de contrato entre o advogado e o cliente”. LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**, p. 64.

6 Aliás, é bem verdade que a edição da Lei n. 9.613/98 é decorrência das convenções internacionais as quais o Brasil aderiu e ratificou, distante, portanto, de um esforço exclusivamente do legislador nacional de combate ao delito de lavagem de dinheiro.

7 CÓRDOBA RODA, Juan. **Abogacia, secreto profesional y blanqueo de capitales**, p. 41 e s.

8 Cite-se a Lei n. 19/93, de 28 de dezembro, “Determinadas Medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales. Modificada pela Lei n. 19/2003, de 04 de julho, sobre “Régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales”. Neste último dispositivo, cfr. especificamente a “Disposición Adicional Primera”, item 2: “Quedarán también sujetas a las obligaciones establecidas en esta Ley, con las especialidades que puedan establecerse reglamentariamente, las personas físicas o jurídicas que ejerzan aquellas otras actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales. Se considerarán tales: letra ‘d’) Los notarios, abogados y procuradores quedarán sujetos cuando (1) Participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones *por cuenta* de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias (“*trust*”),

sociedades o estruturas análogas, o (2) *Actúen en nombre y por cuenta* de clientes, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria”. (grifamos). Numa leitura crítica acerca desse dispositivo, *vide* COBO DEL ROSAL, Manuel; LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos Zabala. **Blanqueo de capitales. Abogados, Procuradores y Notários, Inversores, Bancários y Empresários**. (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea, p. 48-49; SÁNCHEZ STEWART, Nielson. *Op. cit.*, p. 124). Este último afirma que a terminologia usada pela normativa espanhola poderá tornar-se confusa em decorrência da seguinte demanda: *Qué es participar en el asesoramiento?* E ele próprio responde: “asesoramiento jurídico es una de las funciones propias del abogado”. *Idem*.

[9](#) Conforme o art. 36, I, do Estatuto da OAB.

[10](#) *Vide* TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas profissionais do advogado**, p. 23. Ao tratar sobre a inviolabilidade do advogado, Lôbo assegura: “Os limites legais referidos na Constituição (art. 133) têm uma dimensão positiva e negativa. Na dimensão positiva, a inviolabilidade do advogado, referida expressamente nos arts. 2º, § 3º; 7º, II e XIX; e §§ 2º e 3º do Estatuto, ostenta as seguintes características: a) a imunidade profissional, por manifestações e palavras; b) proteção do sigilo profissional; c) proteção dos meios de trabalho, incluindo local, instalações, documentos e dados. Na dimensão negativa, os limites referidos na Constituição revelam-se no poder exclusivo da OAB de punir disciplinarmente os excessos cometidos pelo advogado”. *Op. cit.*, p. 57-58. Quanto à justificação das prerrogativas profissionais à luz do princípio constitucional da isonomia, *vide* COMPARATO, Fabio Konder. **A função do advogado na administração da justiça**, p. 46-48.

[11](#) *Vide* CÓRDOBA RODA, Juan. *Op. cit.*, p. 49.

[12](#) Cfr. nota 97, *supra*.

[13](#) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 258.

[14](#) ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto. **El blanqueo de capitales, la comisión culposa y las perofesiones jurídicas**, p. 216.

[15](#) ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto. *Op. cit.*, p. 216.

[16](#) Esse parece ser o posicionamento de ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto. *Op. cit.*, p. 197 e s.

[17](#) *Vide* o dispositivo do art 6º da Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), cujo teor é o seguinte: “1. Qualquer pessoa tem o direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamenteo de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...) 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (...) c. Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem.”

[18](#) Cfr. nota 103, *supra*.

19 Em amplo respaldo a esse dispositivo, a Consideração n. 16 da referida Diretiva, assim declara: “Os notários e outros profissionais forenses independentes, tal como definidos pelos Estados-membros, devem ser sujeitos ao disposto na directiva quando participem em transacções financeiras ou empresariais, nomeadamente quando prestem serviços de consultadoria fiscal, em relação às quais prevaleça um risco mais acentuado de os serviços desses profissionais forenses serem utilizados de forma abusiva para efeitos de branqueamento do produto de atividades criminosas”.

20 Directiva 2011/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt>>. Acesso em: 16 abr. 2009. Na doutrina, *vide* SÁNCHEZ STEWART, Nielson. *Op. cit.*, p. 122 e s.

21 *Vide* nota 112, *supra*.

22 VAQUERO PINTO, María José. **Secreto profesional del abogado y prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales**. A propósito de la STJCE Luxemburgo, de 26 de junio de 2007 (asunto C-305/05), p. 1-17.

23 VAQUERO PINTO, Maria José. *Op. cit.*, p. 3.

24 *Vide* nota 112, *supra*.

25 O texto integral do acórdão encontra-se na página na Internet do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), disponível em: <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=PT&Submit=recherche&numaff=C-305/05>>.

26 Item 33 do acórdão. Cfr. nota 120, *supra*.

27 Reza o art. 6.1 da Directiva 2001/97/CE: “Os Estados-membros devem assegurar que as instituições e as pessoas sujeitas ao disposto na presente directiva, bem como os respectivos dirigentes e empregados, colaborem plenamente com as autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento de capitais: a) Informando-as, por iniciativa própria, de quaisquer factos que possam constituir indícios de operações de branqueamento de capitais; b) Facultando-lhes, a seu pedido, todas as informações necessárias, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação aplicável”.

28 Cfr. informações disponíveis em: <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-in/form.pl?lang=PT&Submit=rechercher&numaff=C-305/05>>. *Vide* ainda nota 42, *supra*. As conclusões de Poiares Maduro foram amplamente divulgadas e reconhecidas na obra de SÁNCHEZ STEWART, Nielson. *Op. cit.*, p. 125 e s.

29 Item 50 das suas conclusões. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-in/form.pl?lang=PT&Submit=rechercher&numaff=C-305/05>>.

30 A incompatibilidade desse texto transposto ao âmbito Comunitário deverá dar preferência a uma exegese que torna a disposição conforme com o Tratado da UE. *Vide* item 63 das conclusões.

31 VAQUERO PINTO, Maria José. *Op. cit.*, p. 17. A respeito da normativa de prevenção em relação à legislação espanhola, não deixa dúvidas à conclusão de Sánchez Stewart: “Pero no debemos olvidar que ni en virtud de la normativa interna ni de la comunitaria – se prevé que las obligaciones legales se apliquen a los Abogados sino cuando participen en las transacciones por cuenta de clientes relativas a operaciones descritas en el art. 2 de la Ley.

Se trata de labores de creación o planificación de estructuras u operaciones determinadas y también cuando el abogado actúe en nombre o por cuenta del algún cliente, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria”. *Op. cit.*, p. 130.

[32](#) GOMEZ- JARA DÍEZ, Carlos. **El criterio de los honorários profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito de blanqueo de capitales**, p. 217.

[33](#) GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 224. Seguindo essa orientação e transcrevendo a lição de Zegri Boada, afirma Sánchez Stewart: “No me parece lógico, sin embargo, que mas alla de su abstención, tenga la obligación de denunciar con sigilo alevoso a quien fue su cliente ante el Servicio; pero aqui ha primado para el legislador la política criminal sobre el derecho fundamental, transformado al Abogado de custodio del secreto en delator”. *Op. cit.*, p. 131.

[34](#) Citado por HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**, p. 20.

[35](#) Nesse sentido, *vide* BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, p. 84; CID GÓMEZ, Juan Miguel. **Blanqueo internacional de capitales**, p. 67; DURRIEU, Roberto. *Op. cit.*, p. 25; ZARAGOZA AGUADO, Javier -Alberto. *Op. cit.*, p. 216-218. Especificamente, na obra de Zaragoza Aguado, encontra-se na experiência judicial espanhola distintos exemplos da prestação de serviços de advogados que vão além da mera consultoria jurídica, pois adentram no âmbito do tipo penal da lavagem de capitais estando longe de encontrar amparo no sigilo profissional. *Op. cit.*, p. 216. Também nessa seara, FARALDO CABANA, Patricia. **Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal Español de 1995**. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los abogados y asesores fiscales, p. 31-32.

[36](#) Cfr. o artigo de Fausto Macedo. Arrastão da PF prende 24 advogados e empresários. **O Estado de S.Paulo**, 1º jul. 2005; também de Claudia Rolli. PF prende 24 por suposto esquema de lavagem. **Folha de S.Paulo**, 1º jul. 2005.

[37](#) LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 57-58. Na literatura comparada, *vide* MESTRE DELGADO, Esteban. *Op. cit.*, p. 117.

[38](#) BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, p. 89.

[39](#) Manifestação contrária à pretensão de impor ao advogado o dever de vigilância e de comunicação de operações suspeitas, também encontra-se em SCHORSCHER, Vivian C. **A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro**: primeiras observações, p. 458. Nessa orientação, continuam atuais os questionamentos levantados por Nemr: “Como ficará a relação entre o advogado e o seu cliente depois que o advogado informar uma atividade alegadamente suspeita de seu cliente. Poderá ele ser processado pelo mesmo, caso as suspeitas não se confirmem? No final o advogado poderá, além de perder o cliente, ser processado? Quem vai querer consultar um advogado se não puder ser “transparente” e revelar a ele os desvãos de seu infortúnio? O advogado é consultado, como conselheiro, devido a sua imparcialidade. O que acontecerá a partir do momento em que ele tiver a obrigação de ser parcial em favor das autoridades?”. NEMR, Jorge. **Regras do jogo**. “Querem transformar o advogado em alcaguete”, p. 2 e 3. Idêntica posição contrária à colaboração é assumida por COBO DEL ROSAL, Manuel; LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos Zabala. “Aqui no valen paliativos de clase alguna. Un cliente no puede ser

defendido cuando no confía en su letrado porque este leva a delatar a las autoridades judiciales, policiales o administrativas”. *Op. cit.*, p. 49.

[40](#) BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, p. 33.

[41](#) Nesse sentido, DURRIEU, Roberto. *Op. cit.*, p. 89.

[42](#) SÁNCHEZ STEWART, Nielson. *Op. cit.*, p. 132.

[43](#) Disponível em: <http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/105mcrm.htm>. Acesso em: 24 out. 2008.

[44](#) “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense”. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.billofrights.html#amendmentvi>>. Acesso em: 24 out. 2008.

[45](#) “Because the Department firmly believes that attorneys representing clients in criminal matters must not be hampered in their ability to effectively and ethically represent their clients within the bounds of the law, the Department, as a matter of policy, will not prosecute attorneys under § 1957 based upon the receipt of property constituting bona fide fees for the legitimate representation in a criminal matter, except if (1) there is proof beyond a reasonable doubt that the attorney had actual knowledge of the illegal origin of the specific property received (prosecution is not permitted if the only proof of knowledge is evidence of willful blindness); and (2) such evidence does not consist of (a) confidential communications made by the client preliminary to and with regard to undertaking representation in the criminal matter; or (b) confidential communications made during the course of representation in the criminal matter; or (c) other information obtained by the attorney during the course of the representation and in furtherance of the obligation to effectively represent the client”. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/105mcrm.htm>. Acesso em: 24 out. 2008.

[46](#) DURRIEU, Roberto. *Op. cit.*, p. 183 e 185. A mesma posição é adotada por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 258-261, favorável à solução da justificação e também por MESTRE DELGADO, Esteban. **Las eximentes de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, y de cumplimiento de un deber, y el blanqueo de capitales**, p. 85 e s.

[47](#) DURRIEU, Roberto. *Op. cit.*, p. 186.

[48](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutras”**. La sentencia del tribunal constitucional alemán de 30 de marzo de 2004, p. 789-835.

[49](#) FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**, p. 316.

[50](#) ROXIN, Claus. **La evolución del derecho penal y la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Especialmente as p. 31 e 32.

[51](#) BLANCO CORDERO, Isidoro. **Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales**, p. 3.

[52](#) AMBOS, Kai. **La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: lavado de dinero**, p. 14.

6 LAVAGEM DE CAPITAIS E O PAPEL DO ADVOGADO DEFENSOR NA ACEITAÇÃO DE HONORÁRIOS SUPOSTAMENTE MACULADOS: PREMISSAS

No desenvolvimento do Capítulo 2 desta obra, apontamos que uma das maiores críticas da doutrina penal está direcionada ao cerne da tipificação do delito de lavagem, não sendo apenas a técnica legislativa empregada na descrição do tipo merecedora de questionamentos por parte da doutrina e da prática jurisprudencial. Constantemente se encontram posicionamentos advertindo acerca da real efetividade dessa figura como instrumento de política criminal e da falta de densidade dogmática na determinação do interesse tutelado pela norma.

Outros fatores podem ainda ser indicados corroborando o aspecto crítico. Dentre eles, encontra-se a falta de um consenso quanto à necessidade de condenação pelo delito antecedente como condição para sancionar o autor da reciclagem, também o reclamo por parte de mais esclarecimentos quanto à determinação do dolo eventual¹ e, por fim, a improcedência na quantificação elevada da pena do delito de lavagem em relação aos delitos antecedentes, verificando-se uma desproporcionalidade injustificada.

Esse quadro insatisfatório sobre a figura típica é confirmado pela doutrina nacional. Na experiência comparativa, as interrogantes são idênticas, pois suas modificações obedecem às instâncias supranacionais e a sua promoção é impulsionada por organismos internacionais, sob a bandeira da luta contra a criminalidade organizada². Nessa avaliação, não surpreende uma visão tão inquietante como aquela oferecida por Bajo Fernandez: “É difícil encontrar uma figura delitiva que proporcione maior insegurança jurídica, que a sua redação esteja tão afastada da certeza jurídica primando pela imprecisão”³.

Retomando a análise da técnica legislativa utilizada para a configuração do tipo penal de lavagem, destaca-se o emprego das finalidades de *ocultar* ou *dissimular*. Para tanto, o legislador pátrio não mediu esforços em

recepção os verbos “esconder”, “receber”, “guardar”, “utilizar”, “converter”, “encobrir”, “transmitir” valores ou bens de origem delitiva, advindos dos diplomas internacionais.

Com esse procedimento, objetiva-se agasalhar as Diretrizes de política criminal já amplamente reconhecidas, ou seja, deter o fluxo do dinheiro ilegal para o âmbito legal, demonstrando-se, com isso, a importância da normativa da lavagem de capitais como um dos instrumentos jurídicos mais eficazes de combate à criminalidade organizada.

Essa assertiva poderia, em princípio, deixar transparecer a simplista impressão de que bastaria elasticizar o âmbito objetivo do tipo para englobar todas as possibilidades e circunstâncias de enquadramento de condutas pelas quais seja possível o branqueamento de capitais.

No entanto, a partir da mera interpretação literal, restariam poucas dúvidas quanto à possibilidade de incluir o recebimento de honorários supostamente maculados no tipo de lavagem. Um dado objetivo e apriorístico daria aval a essa interpretação semântica na política criminal do “*follow the money*” e do “*catch the money*”, em que o agente branqueador não poderia disponibilizar esses ativos para efetivar sua defesa criminal.

Definido o tipo de forma ampla, abarcar-se-ia toda transação resultante dos ganhos de uma atividade delitiva. A doutrina penal tem assinalado que esse tipo penal englobaria todos os negócios realizados pelo agente do delito, independentemente da quantidade dos valores utilizados ou da finalidade destes⁴. Assim, também poderiam, *prima facie*, ser objeto de reciclagem diversas condutas socialmente adequadas, tais como a do corretor de imóveis ao vender uma residência, a do dentista ao realizar um tratamento, a do taxista ao transportar o agente etc., sempre e quando estas hipóteses envolvam o recebimento de dinheiro de origem delitiva.

No tocante às condutas socialmente adequadas ou “*standard*”, estas têm recebido a atenção da doutrina penal por meio do instituto da “cumplicidade mediante ações neutras”⁵. Igualmente poderiam se subsumir ao alcance do tipo o pagamento de honorários ao advogado prestador de serviços aos autores do delito antecedente. Recorde-se a esse propósito a lição de Ambos: “A aceitação de honorários maculados, cai, sem mais, sob o tipo penal de aquisição ou posse, assim como ele foi codificado originariamente na Convenção de Viena sobre Drogas de 1988, a denominada ‘convenção

mãe' sobre punibilidade da lavagem de dinheiro, a saber como aquisição, posse ou emprego de patrimônio maculado (art. 3, 1, c, i da WK)"⁶.

Sem prejuízo de um acurado exame da problemática, poder-se-á reivindicar a necessidade de uma interpretação restritiva da figura delitiva da lavagem, pois, a par dos direitos fundamentais afetados com uma interpretação literal (na legislação pátria *vide* o art. 1º, § 1º, inciso II, da Lei n. 9.613/98, na modalidade “receber”) –, a ampla defesa e o livre exercício da profissão –, identifica-se, ainda, o sentido político-criminal desse delito no intuito de impedir a sanção de condutas cuja conexão com o delito antecedente seja remota e cuja pena em pouca medida venha a contribuir na luta contra a lavagem de dinheiro, como é o caso do recebimento, a título de honorários advocatícios, de ativos eventualmente maculados⁷.

Obviamente, a negativa de eventual proposta de imputação penal à conduta do advogado deverá partir, conforme Ambos, da concepção de que essa imputação não poderá recair sobre o advogado “sério e honesto”, representante da maioria absoluta dos profissionais⁸.

Nesse particular, durante a tramitação da Convenção sobre Lavagem, Identificação, Embargo e Confisco dos Benefícios Econômicos derivados do Delito de 1990 (Convênio de Estrasburgo), essa temática foi levantada. No informe explicativo do Convênio, em consonância com a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena), havia-se discutido se era ou não constitutivo de lavagem de capitais a conduta do advogado pago com dinheiro ou bens de origem delitiva. De acordo com o referido informe, o Comitê de *experts* redatores do Convênio de Estrasburgo convalidou a improcedência de uma interpretação literal da norma, não aceitando a inclusão de atos praticados pelo advogado, especificamente o recebimento de honorários⁹.

Antes de uma detida análise sobre o papel das condutas neutras e sobre a concreta configuração do sentido delitivo nessa temática, bem como dos elementos típicos e da dimensão do injusto do delito de lavagem de capitais, merecerá especial destaque uma reflexão, a grandes rasgos, acerca da legitimidade desse delito em relação às suas funções político-criminais, com o que se pretende buscar um maior alicerce para contribuir ao posicionamento teórico a ser adotado no desenvolvimento da pesquisa.

6.1 Os efeitos da política criminal direcionada ao delito de lavagem e a sua eventual extensão à atividade advocatícia

Ao nos depararmos, no curso desta exposição, com a assertiva de que as respostas político-criminais estão em consonância com a crescente internacionalização do Direito Penal, surge o imperativo de formular e distinguir as três fases de atuação da política criminal¹⁰, com o fim de comprovar em qual dessas etapas se assentam os aspectos mais deficitários ou polêmicos dessa incidência.

A primeira diz respeito ao referencial da política criminal voltada ao legislador para a criação de novas figuras típicas e, ao mesmo tempo, na orientação de recomendações extrapenais consideradas suficientes para a prevenção de delitos. Essa primeira função, por assim dizer, *informativa*, parece ser desempenhada à luz das influências dos diplomas internacionais nesta matéria, com dilatado debate decorrente do caráter impositivo das obrigações de colaboração e pelo aumento do “papel” de diversas categorias profissionais na seara preventiva.

Esse entendimento é passível de críticas quanto à sua extensão e pela deturpação que apresenta a inclusão de atividades de particulares em funções de vigilância que incumbem ao Poder Público. Além disso, em muitas ocasiões, a falta de um aprimorado diálogo entre a comunidade acadêmica e o Poder Legislativo¹¹ origina a precipitada recepção de diplomas legais compostos por diversos institutos jurídico-penais e processuais incompatíveis com a ordem constitucional vigente¹².

Num segundo momento, positivada a norma penal, os efeitos da política criminal se irradiam no processo de exegese dogmática, procurando confirmar as categorias do fato punível e acentuar as orientações interpretativas. Nesse ponto, importante a manutenção da unidade sistemática entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal proposta por Roxin e à qual aderimos anteriormente¹³. Partindo dessa concepção funcional teleológica, a dogmática penal conjuga o trabalho sistemático

com atenção aos problemas emanados da realidade social, vinculando os fins da pena às categorias do delito e aceitando que estas devam ser orientadas por exigências da política criminal¹⁴.

Por conseguinte, recepcionando-se a tese de Roxin, no sentido de inserir as demandas da política criminal dentro das categorias do fato punível, e, ao mesmo tempo, evidenciando-se que as considerações de política criminal reforçam os resultados de uma interpretação dogmática¹⁵, podemos identificar nessa função o núcleo da pesquisa a ser desenvolvida: a atuação do advogado pago com honorários supostamente maculados cumpre com as exigências da política criminal para uma eventual tipificação desta conduta? Em outras palavras, estaria devidamente comprovada a necessidade de abarcar a conduta do advogado nas demandas da política criminal tendentes a prevenir e tutelar o bem jurídico protegido no delito de lavagem?

A resposta imediata a essas interrogantes só poderá ser negativa, pois os reflexos contrários à eventual inserção na figura típica da conduta do advogado e dos seus honorários superam longamente a dimensão jurídico-penal da referida política criminal ao comprometer direitos fundamentais, como da ampla defesa e do livre exercício da profissão.

Uma interpretação funcional teleológica do tipo legal da reciclagem irá denotar que as exigências de política-criminal em relação a essa figura típica não poderiam albergar a ideia da diminuição dessas garantias consagradas no Estado de Direito. Paralelamente, o delito de lavagem deverá ser interpretado de forma a não alterar sua “relação instrumental”¹⁶ com o delito antecedente, cuja persecução e sanção constituem prioridades dessa normativa.

Uma exegese do sentido político-criminal dessa modalidade delitiva deverá ter o escopo de impedir a punição como delito de lavagem de capitais de condutas sem vínculos com a realização dos crimes antecedentes, e da qual a sanção penal teria escassa contribuição no marco da delinquência organizada¹⁷. Esse entendimento deverá imperar em matéria de recebimento de honorários maculados por parte do advogado, ao permanecer sua atividade dentro do âmbito do risco permitido, não caracterizando um sentido delitivo, excluindo-se a feição típica da conduta, mesmo diante do conhecimento da origem delitiva dos valores recebidos a título de pagamento¹⁸.

Ao se adentrar em uma sucinta interpretação dogmática do tipo penal de lavagem em vigor em nosso direito positivo (Lei n. 9.613/98), depara-se com aspectos dissonantes, pois a atuação do profissional, conforme tradicional entendimento, demandaria um elemento subjetivo especial – receber para “*ocultar ou dissimular*”- e quem presta efetivo serviço profissional não oculta nem dissimula. Essa perspectiva da ação neutra do advogado ao receber honorários maculados encontraria, no âmbito da solução do dolo, a restrição da incidência do tipo penal da lavagem¹⁹, recebendo respaldo dogmático e político-criminal (pois manteriam-se as prerrogativas do defensor de livre exercício da sua profissão).

Comumente, a doutrina tem outorgado um sentido subjetivista à preposição “para”, entendendo que a finalidade à qual se direciona diz respeito a um fim de agir, de determinada intenção, ou de ânimo etc. Contudo, deve-se recordar: nem sempre citada preposição terá uma leitura subjetivista, pois poderá expressar uma relação de meio e fim objetivamente considerada entre a ação do agente branqueador e o delito antecedente, visando usufruir dos efeitos do resultado delitivo²⁰.

Portanto, a preposição “para” servirá igualmente de instrumento apto a demonstrar a conexão objetiva entre o fato delitivo prévio e a lavagem de capitais, devendo ser encontrada a restrição do tipo no marco do seu aspecto objetivo, atendendo aos postulados da teoria da imputação objetiva²¹.

Em uma terceira fase, a política criminal exerce uma função crítica do Direito Penal vigente, considerando os resultados da reflexão dogmática e apresentando propostas de *lege ferenda*²². Para efetivar as propostas de reforma da normativa penal, a política criminal poderá recorrer a critérios técnicos impostos pela dogmática, a princípios jurídicos ou políticos que possibilitem sua vinculação com o primeiro momento da criação legislativa.

Na temática tratada, objetiva-se uma restrição plena da incidência do tipo penal de lavagem para as situações atinentes ao recebimento de honorários supostamente maculados. Nessa última fase da política criminal, novamente se comprovaria a amplitude da problemática, que não se restringe ao discurso jurídico-penal, mas atrela-se, também, à temática das garantias constitucionais da ampla defesa e do livre exercício da profissão²³.

Não se está a desconhecer o fim irrecusável da Lei de lavagem de dinheiro, qual seja, prevenir e reprimir as condutas de *ocultar* ou *dissimular* a utilização de bens produtos de crime antecedente, sempre e quando suas disposições não afrontem direitos fundamentais. Tal qual restou consignado, as respostas político-

-criminais a esse tipo de criminalidade estão em consonância com a “crescente internacionalização do direito e do processo penal”²⁴, afastando-se qualquer proposta de imunidade total ou de exclusão do rol de sujeitos ativos do delito àquele agente que, sem embargo de ostentar a qualidade de advogado, não atua como profissional do direito²⁵.

Uma hipótese em que tal ocorreria seria a da elaboração de contrato fictício para eventual consultoria não efetivada, outra seria a do profissional que cede o seu nome para a abertura de “contas fantasmas”, situações nas quais o objetivo é a *ocultação* da origem de bens, direitos ou valores provenientes de atividade delitativa. Nessas hipóteses, a atuação do profissional teria possibilitado ou facilitado um comportamento delitivo alheio, não podendo se negar um sentido delitivo à sua conduta ao incrementar o risco para o bem jurídico tutelado²⁶.

Para os casos do efetivo exercício da profissão dentro do risco permitido²⁷, em que se atesta a inexistência de conexão com o delito antecedente, isto é, no recebimento de honorários maculados em função dos serviços prestados pela defesa técnica, não se afigura dimensão de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma em decorrência dessa atividade profissional (quer seja a Administração da Justiça, quer seja a ordem socioeconômica), ao não se identificar, aí, qualquer sentido delitivo²⁸ na conduta. Estar-se-ia diante de condutas socialmente adequadas, comportamentos neutros impeditivos da imputação objetiva do resultado. De uma atividade adequada socialmente, não pode derivar-se uma conduta típica de branqueamento. Nas atividades dos profissionais, apenas se pode cogitar de conduta delitiva quando se constate uma solidariedade com o injusto alheio, no caso, com os fins da lavagem. Repita-se: não é este o caso do advogado quando recebe honorários supostamente maculados para prestar serviços de defesa técnica.

Nessa última fase, em que a política criminal exerce uma função crítica da norma penal, origina-se o debate sobre a utilidade de uma norma

expressa por parte do legislador na normativa, que aponte a necessidade de restrição do tipo penal da atividade advocatícia, nos moldes propostos na legislação penal alemã para as condutas socialmente adequadas, mas o emprego dessa medida, que a princípio poderia dar a impressão de configurar uma imunidade absoluta ao profissional, encontrou sérias resistências de natureza jurídico-penal²⁹, e a sua aprovação não obteve o devido respaldo no parlamento alemão, sendo excluída do texto finalmente aprovado³⁰.

¹ Mesmo quando, na experiência comparativa, se acabou aderindo à modalidade da imprudência do tipo de branqueamento. Eis o que se constata nas legislações penais alemã (§ 261.2.V do StGB) e espanhola (art. 301.3 do CP de 1995).

² É o que se depreende, por exemplo, das Considerações n. 1 e n. 10 da Directiva 2001/97/CE.

³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **Prólogo a obra política criminal y blanqueo de capitales**, p. 7.

⁴ *Vide*, entre outros, BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 3.

⁵ *Vide* nota 65, *supra*.

⁶ AMBOS, KAI. *Op. cit.*, p. 18 e p. 68 da tradução brasileira.

⁷ *Vide* PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacia y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales**, p. 179; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Blanqueo de Capitales y negocios standard**, p. 158.

⁸ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 8.

⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 34.

¹⁰ Sobre as fases de atuação da Política Criminal, *vide* LUZON PEÑA, Diego Manuel. **Curso de derecho penal**. Parte general, p. 99.

¹¹ Entre as tarefas principais da ciência jurídico-penal, a assessoria legal ao legislador será no entender de Roxin, um dos principais desafios. Ao refletir sobre o modelo normativo alemão, entende o autor que essa orientação ao legislador encontra-se seriamente diminuída. *Vide* ROXIN, Claus. **La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro**, p. 23-27.

¹² *Vide*, por exemplo, a discussão sobre a proibição da liberdade provisória e da fiança no art. 3º da Lei n. 9.613/98. Em relação a este último instituto, existe orientação favorável a sua aprovação, pois “poder-se-ia exigir uma fiança de alto valor e proporcional à quantia

objeto do ilícito, ao invés de proibi-la”. In: **Conclusão de “Uma Análise crítica da Lei dos crimes de lavagem de dinheiro”**, Série Pesquisas do CEJ, n. 9.

[13](#) RIOS, Rodrigo Sánchez. **Das causas de extinção de punibilidade nos delitos econômicos**, p. 66 e s.

[14](#) ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**, p. 20 e s.

[15](#) LUZON PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*

[16](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**, p. 171.

[17](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*

[18](#) Ao tratar dos grupos sem referência de sentido delitivo, em particular, as condutas socialmente adequadas, ressalta W. Frisch: “las prestaciones de esta índole ni son esencialmente delictivas o configuradas delictivamente, ni el que las realiza cumple llevándolas a cabo la petición de orden delictivo; estas prestaciones, más bien satisfacen la petición de estados absolutamente ajustados a Derecho (...) aún cuando a su vez de estos objetos pueda hacerse un uso abusivo”. *Op. cit.*, p. 316.

[19](#) Cfr. Capítulo 9.1.d, critérios relativos ao tipo subjetivo, *infra*.

[20](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado ya a la defensa y las “conductas neutrales”**, p. 832.

[21](#) *Vide* texto da nota 216, *infra*.

[22](#) *Vide* LUZON PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*, p. 99.

[23](#) Conforme asseverado pelo Tribunal Constitucional Alemão, na decisão paradigmática de imputação de lavagem a advogados em decorrência do recebimento de honorários maculados. *Vide* Capítulo 10.1.b.

[24](#) DIAS, Jorge de Figueiredo. **Sobre a reforma penal**, p. 19 e 20. No tocante à influência que as normas internacionais exercem sobre o Direito Penal brasileiro, *vide* os comentários de Pablo Rodrigo Alflen da Silva à obra de Kai Ambos. **Lavagem de dinheiro e direito penal**, p. 43 e s.

[25](#) Ao tratar da garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, afirma Lôbo que: “A inviolabilidade não é absoluta porque não alcança os atos não profissionais, a saber os que dizem respeito a interesses meramente pessoais, e os excessivos, que ultrapassam os limites da razoabilidade, aos quais incidem as normas disciplinares”. *Op. cit.*, p. 58.

[26](#) Cfr. FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento tipico e imputación del resultado**, p. 313.

[27](#) Na profissão do advogado, para compreender adequadamente em que consiste a noção de risco permitido, vale a indicação proveniente da experiência comparativa, a qual confere elementos merecedores de acolhida, isto é, a preocupação das Diretivas Comunitárias e do legislador de cada Estado-membro com a problemática da lavagem é transparente, adquirindo relevância social o risco em decorrência de inúmeras práticas legais e comerciais que possam se desviar do profissionalmente adequado. Com esse fim, o legislador cria normas nas quais são determinados os limites do risco permitido. No caso da legislação espanhola, Ley 19/1993, no seu art. 2º, inciso II, ao estabelecer as obrigações

a serem observadas pelos sujeitos referidos na normativa (entre eles o advogado), o próprio legislador atenua esses deveres positivos e estabelece as exceções nos casos em que se “*determine a posição jurídica do cliente*”. Desse modo, a normativa de prevenção (advinda das Diretivas) deixa clara a posição do advogado como garantidor das informações que recebe do seu assistido, e toda atuação condizente com os postulados da normativa de prevenção estará dentro do risco permitido. *Vide* SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. **Blanqueo de capitales y abogacia**, p. 10-11 e 12. De forma idêntica, PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**, p. 180-181. Qualquer atuação posicionada além dos limites traçados na normativa de prevenção estaria superando o risco permitido. Considere-se ainda, no marco da delimitação do risco permitido, na legislação pátria, a normativa extrapenal impositiva das infrações e sanções disciplinares estampadas no estatuto do advogado (Capítulo IX da Lei n. 8.906/94) e as regras deontológicas fundamentais indicadas no Código de Ética e disciplina da OAB.

[28](#) FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 300 e s. Esse autor, de forma contundente, deixou asseverado que as condutas adequadas socialmente não criam um risco desaprovado. *Idem*, p. 316. *Vide* nota 165, *supra*.

[29](#) Cfr. texto da nota 230, *infra*.

[30](#) Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Blanqueo de capitales y negocios standard**, p. 135.

7 CONDUCTAS NEUTRAS. O ADVOGADO DEFENSOR E O RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS SUPOSTAMENTE MACULADOS

Sob o enfoque acadêmico, o conceito de ações neutras é aberto, sendo assim consideradas “aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais”, ou ainda “tudo aquilo que, num primeiro contato, superficial, é verdade, pareça irrelevante para o direito penal, tenha um aspecto inocente, inofensivo, seja dotado daquela aura angelical do que é socialmente adequado, tudo isso será uma ação neutra”¹. A doutrina tem discutido, nos últimos anos, sobre o tratamento a ser dado ao grupo de casos de “cumplicidade mediante ações neutras”². Diversos exemplos analisados se identificam com a modalidade de delitos comuns: é o caso da compra do machado, da venda da chave e do pãozinho integral usado para fins de envenenamento, da consulta do advogado criminalista e do taxista ao conduzir repetidas vezes os corréus³.

Para Frisch, essas condutas envolvem comportamentos de terceiros lesivos de bens jurídicos pela facilitação ou favorecimento à atuação delitativa alheia⁴. Outras hipóteses podem ser inseridas na categoria dos delitos econômicos, expondo uma nítida especificidade fraudulenta na descrição típica. Eis os exemplos: o funcionário do banco ao efetuar uma transferência a uma instituição financeira estrangeira tendo conhecimento da intenção do cliente em fraudar o pagamento dos impostos devidos; ou o contador ao lançar como despesas determinados gastos do seu cliente; o fornecedor de carne de uma empresa distribuidora ciente de que seu produto será comercializado sob procedência falsa de qualidade superior⁵; e do advogado ao aconselhar o seu cliente em operações bancárias, dentre outras.

Todos esses exemplos indicados apresentam características comuns: todos estão inseridos no marco da legalidade e são executados dentro do papel social desempenhado (comerciante, particulares, funcionário,

profissional liberal etc.). Portanto, as atividades realizadas são lícitas e, no caso específico do advogado, chegam a ser natural decorrência do desempenho de suas prerrogativas. Ao mesmo tempo, depara-se com um fator similar e determinante a todas elas: acabam favorecendo a conduta delitiva de outrem.

Nesse cenário, ao visualizar a dimensão do problema, assiste-se razão a Greco quando define as ações neutras como “todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis”⁶. Por óbvio, no tratamento da figura típica da lavagem de capitais, esse entendimento também seria válido para o caso do cirurgião plástico ao prestar seus serviços ao acusado de tráfico de entorpecentes; do vendedor de concessionária automotiva ao efetuar venda irregular; do taxista ao transportar o acusado de lavagem, e, finalmente, do recebimento de dinheiro maculado, a título de honorários, por parte do defensor.

Essas atividades poderiam, numa interpretação literal, ser englobadas pelo instituto da cumplicidade por favorecerem o delito de outrem, incrementando o risco desaprovado ao ampliar o proveito da conduta delitiva alheia. Poder-se-ia alegar que um entendimento dessa natureza possuiria um lastro normativo mínimo. Todavia, sob o prisma político-criminal, não encontraria absolutamente nenhum respaldo, pois esse fim do instituto da cumplicidade seria altamente indesejado.

Não se vislumbra a possibilidade de previamente sancionar atividades inseridas no contexto social e necessárias ao regular desenvolvimento da atividade econômica e, igualmente, para o convívio social. Aliás, o fundamento dessas atividades do comerciante, do padeiro, do vendedor de veículos, do advogado, entre outros, se encontra na proteção da liberdade de iniciativa garantida pela Constituição.

Pretender direcionar a norma penal às condutas neutras a título de cooperação dolosa, criaria um mecanismo negativo impeditivo do normal desenvolvimento das relações sociais altamente reprovável. Não temos dúvida ao afirmar que eventual sanção a essas condutas constituiria um fator de insegurança jurídica, com reflexos adversos nas atividades sociais e econômicas próprias do Estado de Direito.

Por tal razão, a doutrina penal não tem medido esforços para oferecer critérios dogmáticos aptos a restringir o âmbito de punibilidade do instituto

da cumplicidade diante das condutas neutras e, ao mesmo tempo, definir critérios de imputação do partícipe. Além dessas questões atinentes ao campo jurídico-penal, segundo Landa Gorostiza, as razões conjunturais pelas quais é nutrido o interesse por essa temática teriam mais a ver com o âmbito da atividade empresarial e econômica sobre o qual as “condutas neutras” irradiariam sua influência⁷.

Em matéria de condutas neutras, são relevantes a definição da categoria do fato punível a ser excluída e o modelo da concepção dogmática da teoria do delito relevante neste contexto.

Da produção teórica divulgada, podemos extrair um certo consenso ao se apontar o âmbito da *tipicidade* como a categoria do fato punível sob a qual recairá a exclusão das condutas neutras. Referido consenso doutrinário quanto à restrição da cumplicidade no marco da tipicidade tem nesse elemento o seu ponto convergente, mas é, também, ao mesmo tempo, ponto de partida de posicionamentos direcionados, ora em favor de uma restrição no âmbito do tipo subjetivo, ora do tipo objetivo. No tocante às perspectivas subjetivas, a distinção entre cumplicidade punível e atipicidade depende do conhecimento do executor da ação de cooperação. Afirma-se, em síntese, que o significado social de uma conduta é deduzido a partir da consideração do conteúdo da vontade de quem a pratica⁸.

A interrogação lançada por Frisch acerca de quando determinada atuação, que possibilita ou facilita delitos, tem referência de sentido delitivo⁹, representa um indicador teórico para poder distinguir as condutas neutras, daquelas com uma especial vinculação anterior e posterior ao delito alheio.

Nesse sentido, uma análise imediatista poderá concluir que a existência de uma referência de sentido delitivo é, antes de mais nada, um problema de ordem subjetiva. Comumente poderá ter maior receptividade indagar-se quanto ao querer do sujeito e das intenções do terceiro.

Se o sujeito tem a vontade direcionada a colaborar com o delito de terceiro e anteriormente assentiu a esse objetivo, resta claro o sentido delitivo da sua conduta ao atuar com dolo direto. Com essa consideração, o motivo central da desaprovação da conduta residiria na perspectiva subjetiva¹⁰.

Em linha de máxima, o viés subjetivo se impõe quando o sujeito tem a intenção de aderir com dolo direto à ação principal¹¹, definindo-se assim os limites entre a criação do risco aprovado e do risco desaprovado¹². Na hipótese de uma contribuição à conduta de outrem, mas sem a exata noção de como será empregado esse auxílio (dolo eventual), a resposta jurídico-penal seria tendente à impunidade dessa atuação ao considerá-la inofensiva. A sanção não se justificaria com base em suspeitas da eventual possibilidade de utilização dessa atuação pelo agente principal para a prática do delito.

Nesse ponto, a doutrina tem alertado para um eventual regresso à orientação subjetiva¹³, pois as questões atinentes à aprovação ou desaprovação da atuação do agente, ao facilitar ou possibilitar a conduta delitiva de terceiro, não pertencem ao elemento subjetivo da *psique* daquele, mas, sim, a um dado inicialmente objetivo.

Mesmo porque, na realidade, o cerne da questão delitiva deverá se refletir na exteriorização normativamente desvalorada da conduta, e não na intenção (*ex ante*)¹⁴ do autor principal. Aceitar, sem reservas, que o conhecimento da resolução delitiva alheia seja base suficiente de imputação acessória equivaleria, na reflexão crítica de Landa Gorostiza, a instaurar uma autêntica “posição de garantidor genérico”, propiciando uma espécie de obrigação de vigilância sobre a própria função desenvolvida para que esta não possa favorecer delitos de outrem. Isso seria inaceitável e inoperante na complexa sociedade pós-moderna¹⁵.

Desse modo, sobre a base objetiva da ação deverá recair o referencial do sentido delitivo, “não porque o sujeito queira possibilitar ou facilitar o atuar delitivo alheio, e desde logo a referência do sentido não desaparece porque falte essa disposição. Pelo contrário, a referência do sentido delitivo é um dado objetivo e se dá se a ação tem sentido somente na sua propriedade de possibilitar ou facilitar o comportamento delitivo alheio ou que pelo menos apareça como preenchimento a uma necessidade delitivamente definida, satisfazendo-a”¹⁶.

Na apreciação de Frisch, o “*sentido delitivo da ação*” só poderá ter uma feição objetiva, servindo de limitador às condutas aprovadas e as desaprovadas penalmente. A realização de negócios habituais (compra e venda de máquinas, imóveis, prestação de serviços rotineiros) não configura

um referencial delitivo com base na intenção do vendedor ou daquele que realiza a prestação, pois os mesmos produtos e os serviços poderão ser obtidos em qualquer outro lugar.

Por esse motivo, os “negócios normais da vida cotidiana”¹⁷ não poderiam ser proibidos, pois não representam um meio idôneo para lesar um bem jurídico. Por essa via, não poderia se fundamentar a criação de um risco tipicamente desaprovado, mesmo quando possibilitem ou facilitem a terceiros a comissão do delito. Dessa forma, as condutas neutras estariam excluídas do comportamento típico em sentido amplo, por lhes faltar o sentido delitivo da conduta¹⁸.

Além disso, a realização da ação não dependeria da intenção do vendedor ou do prestador de serviços, pois dificilmente esse aspecto subjetivo será demonstrável no âmbito do processo. O dado funcional da atividade se esgota no facilitar ou possibilitar a conduta de terceiro, tendo a circunstância funcional uma explicação justificada na perspectiva objetiva.

Ao acatar a tese da restrição no marco do tipo objetivo, essa finalidade poderá ser alcançada, seja sob o ponto de vista da ausência do sentido delitivo, ao não se configurar o favorecimento ou facilitação ao delito alheio, seja sob o da atuação dentro do risco permitido no âmbito da cumplicidade¹⁹. Sob esse último aspecto, deverá ser ulteriormente esclarecido quando as ações de favorecimento ou facilitação ultrapassarem o filtro da imputação objetiva.

Exemplificativamente, quando o advogado recebe honorários maculados atuando na defesa do agente ao qual se lhe imputa a prática de um delito antecedente ao branqueamento, esse profissional não revela com sua conduta nenhum sentido objetivamente delitivo, situando-se dentro dos limites do risco permitido.

Inúmeros exemplos poderão ser aventados para demonstrar as condições nas quais o profissional supera essa delimitação: nas hipóteses de contratos simulados, na expressa ocultação do dinheiro ilícito recebido na condição de “testa de ferro” do autor principal.

Nessas circunstâncias, a ação estaria dirigida inequivocamente a possibilitar ou facilitar a conduta delitiva alheia, não mais se podendo falar em conduta neutra, sendo dispensável a cogitação da perspectiva subjetiva para a configuração delitiva dessa conduta.

Atente-se para o fato de que a crítica direcionada à perspectiva subjetiva não tem o escopo de negar a relevância do aspecto subjetivo na desaprovação de uma conduta, pois o significado delitivo de um fato depende de uma unidade valorativa entre o objetivo e o subjetivo.

Apenas – e seguindo a crítica de Robles Planas e Landa Gorostiza – assinala-se o defeito metodológico das perspectivas subjetivas que reside na inversão automática da análise e a colocação do problema em sede de tipicidade subjetiva sem ter-se concedido o devido fundamento à periculosidade objetiva da conduta.

Afirma-se, de forma conclusiva, que o diagnóstico do problema das contribuições *standards* no âmbito das prestações de serviços é reconduzido a duas posições bem definidas. Uma tradicional, que atrela a dependência do dolo à relevância dessas condutas, seguindo esquemas sistemáticos que o localizam como elemento essencial da definição do injusto em coerência com o modelo finalista. E outra ancorada em propostas dogmáticas pós-finalistas. Esta última tendência trata as condutas neutras como um problema de delimitação dos critérios de imputação objetiva da conduta, portanto, tratar-se-ia de uma questão prévia ao dolo, ou seja, do tipo objetivo²⁰.

Com isso, em relação ao sistema dogmático proposto como modelo de imputação penal de responsabilidade, invocam-se os postulados da imputação objetiva²¹, minimizando-se o critério da simples relação de causalidade, o qual, conforme a lição de Sánchez-Vera²², deduzia equivocadamente, por meio da extensão da fórmula da *conditio*, uma responsabilidade penal individual inexistente.

Na doutrina pátria, merece destaque a conclusão a que chegou Greco: “para a doutrina tradicional, a cumplicidade esgotava-se na ideia de causação dolosa de um fato injusto principal. Tal caminho é insuficiente, de modo que surge a necessidade de alternativas. Uma primeira alternativa a esta posição seria a de dizer que a ação de cumplicidade deve auxiliar o fato principal, o que é mais que unicamente causar. Mas uma segunda alternativa, que se deve preferir, quer transportar os princípios da imputação objetiva para a cumplicidade; para esta segunda alternativa ser cúmplice, auxiliar alguém, nada mais é senão realizar um aumento juridicamente desaprovado do risco, causador do resultado”²³.

No entanto, uma incursão no instituto da cumplicidade deverá tratar da delimitação da participação em relação à autoria, o que requer um estudo próprio²⁴. Entretanto, partindo do pressuposto da acessoriedade limitada, é preciso apontar que, nos tipos de resultado, os cúmplices nunca criam riscos, pois, se os criassem, seriam autores, e desse modo os partícipes apenas favorecem ou facilitam a criação do risco pelo autor²⁵.

As críticas feitas principalmente ao modelo causalista demonstraram a sua superação como referencial dogmático tendente a dar resposta jurídico-penal à exclusão das condutas neutras e especificamente às atividades dos advogados e respectivos honorários. Para Robles Planas, apenas um setor minoritário da doutrina, aglutinado em torno das chamadas teorias extensivas, defende a posição segundo a qual as condutas neutras são puníveis enquanto exista, sobretudo, causalidade. Nessa concepção, chega-se a afirmar que a não aplicação de uma norma sancionadora da cumplicidade “suporia um privilégio inexplicável no âmbito dos negócios, de onde se poderia chegar a produzir-se um escambo de condutas de favorecimento de delitos”²⁶.

De fato, somente desde os pressupostos da teoria da *conditio sine qua non*, que elevou a imputação penal a meras relações causais, poderia deduzir-se erroneamente uma responsabilidae penal do advogado, assentada no conceito de que todas as condições determinantes de um resultado são necessárias e, portanto, têm idêntica qualidade causal. Essa teoria, como se sabe, renuncia à determinação de uma causa específica do resultado, pois causa não é o conjunto individual das condições, mas qualquer delas, desde que necessária à produção do resultado²⁷.

Conforme conhecida lição doutrinária, o essencial é que, se abstraindo essa condição, não ocorreria o resultado. O chamado processo hipotético de eliminação das condições positivas (ação) e negativas (omissão) estabeleceria consequentemente a eliminação do próprio resultado. O exemplo de Greco é significativo para, em seguida, ser cotejado com a atividade do advogado: “Assim, se o médico operasse o paciente terminal, prolongando-lhe a vida por mais dez dias, teria praticado uma ação típica de homicídio doloso, uma vez que causou a morte concreta, a morte dez dias depois; e teve o conhecimento e a intenção de causar o resultado”²⁸.

Transpondo a situação acima considerada para a atuação do advogado no papel de orientar o cliente a constituir uma sociedade comercial, atesta Sánchez Vera que, por meio dessa constituição (a causa última), a ser utilizada pelo “cliente” (a causa mais próxima) para fins de reciclagem de capitais (o resultado), aquela causa última desta causa mais próxima seria também causa do resultado, existindo, desse modo, uma responsabilidade do advogado²⁹. Ao aplicar em toda sua extensão a fórmula da *conditio*, afirmando-se que suprimida mentalmente a atuação do advogado desapareceria, numa linha imaginária causal, a operação realizada, verifica-se a improcedência dessa teoria, sobretudo nos casos de advocacia consultiva³⁰.

Essa concepção mecanicista do modelo de fato punível também não encontraria incidência nos casos de comportamentos pós-delitivos, por uma questão de inconsistência lógica, isto é, o advogado contratado para a defesa do sujeito de lavagem ou do crime antecedente jamais poderia, com sua atuação profissional efetiva, fazer parte do processo causal anterior, pois o resultado da lavagem já terá acontecido em virtude de outras causas ou condições integrantes do percurso causal³¹.

Poder-se-ia, num plano abstrato, validar os postulados causalistas na situação do advogado que, por meio de um contrato de honorários fictícios, tenha recebido valores para ocultar ou dissimular a origem do dinheiro auferido criminosamente, mas a validade deste pensamento estaria intrinsecamente relacionada às hipóteses alheias à atuação profissional efetiva na defesa constituída, pois não derivam daquela premissa de Ambos, concernentes à regra de advogados “*sérios e honestos*”³².

Se a maioria da doutrina abandonou o entendimento extensivo-causal da cumplicidade, indaga-se, no plano meramente teórico, se esse “abandono” também se estende para o modelo finalista. Essa questão poderia, em princípio, sugerir um distanciamento da discussão centrada nas condutas neutras.

Entretanto, a digressão torna-se inevitável na medida em que os estudos acerca das condutas neutras são promovidos a partir do modelo de imputação individual então considerado, visando estabelecer a delimitação da conduta de cooperação (não necessária) a um fato delitivo de outrem, a fim de diferenciá-la das condutas aparentemente ajustadas às prestações

socialmente adequadas. E essa indagação, em nosso entendimento, não é de fácil resposta, pois quem assume os postulados da imputação objetiva nos delitos de resultado deverá estar consciente de que a funcionalização do sistema dogmático desde a política criminal ainda se encontra em pleno desenvolvimento³³.

Essa evolução é constatável nas modernas formas de delinquência, onde os tipos penais dificilmente coincidem com a estrutura dos delitos comuns nos quais a ação produz um resultado modificador do mundo exterior. Contudo, deve ser ressaltada a necessidade da substituição de categorias ontológicas do finalismo por categorias normativas “não condicionadas pela estrutura ontológica do objeto da norma”³⁴. De acordo com as elucidativas reflexões de Bacigalupo, “a grande discussão consiste nos limites do alcance da normatização”³⁵.

Acrescente-se a vinculação da dogmática ontologista a uma concepção absoluta de pena, não oferecendo, desse modo, uma alternativa satisfatória ao objeto em discussão. Contudo, não se descarta, de plano, sua contribuição para a elaboração dos critérios da exclusão, pois a partir da teoria da adequação social se procurava encontrar soluções já dentro do aspecto objetivo do tipo.

De qualquer modo, os diversos matizes reveladores das categorias do fato punível relativizando a noção ontológica da ação e seu caráter inalterável para as valorações jurídicas devem considerar a não modificação da estrutura básica do sistema finalista, permanecendo as categorias da tipicidade, antijuridicidade e da culpabilidade advindas da teoria clássica, além das distinções finalistas dos tipos dolosos e tipos culposos e entre o dolo e a consciência da ilicitude. Entretanto, conforme o ensinamento dos doutrinadores, formados inicialmente na concepção sistemática de Welzel, o conteúdo dos temas centrais da teoria do delito é explicado de forma diversa³⁶. Afinal, nenhum dos sistemas dogmáticos tem validade absoluta, nem deve ter a pretensão de ser o único possível, como ocorria em outros tempos³⁷.

Antevendo situações de extrema especificidade como aquela proporcionada pelo advogado defensor e os honorários maculados, considerada uma conduta neutra³⁸, resulta conveniente o emprego de todos

os substratos teóricos tendentes a solucionar esse caso no âmbito do tipo objetivo.

Nessa seara, é irrefutável que as propostas desenvolvidas até o momento manifestam – sobretudo na literatura comparativa – uma maior aceitação dos critérios do funcionalismo penal para resolver, na esfera do tipo objetivo, essa problemática. Desse modo, para a exclusão das atividades neutras, os postulados da teoria da imputação objetiva conduzem a um resultado mais satisfatório nos casos referentes à reciclagem de dinheiro e à atuação dos advogados.

Isso porque o aspecto objetivo do tipo requer, além da causalidade, considerações normativas, não bastando para a sua configuração a causação dolosa pelo autor mas também que esse resultado seja uma realização de um risco não permitido criado pelo autor. Com arrimo nos ensinamentos de Roxin: “a imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo criado pelo autor e não amparado por um risco permitido dentro do alcance do tipo³⁹”.

Deslocando-se essa feição teórica para o campo da atuação do advogado e especificamente do branqueamento de capitais, só poderia se deduzir uma responsabilidade penal se, em primeiro lugar, com a sua atuação fosse criado um risco desaprovado (acima do permitido) e, em seguida, positiva a primeira premissa, se esse risco juridicamente desaprovado se realizasse no resultado típico (a lavagem). Conforme a adequada proposição de Bacigalupo, esses postulados de partida são deduzidos da função do Direito penal, cujo objeto são ações capazes de criar para o bem jurídico um risco além do autorizado e a produção de um resultado passível de ser evitado: “De ello pueden deducirse criterios que permiten deducir, ya en el nivel de la tipicidad, comportamientos que son irrelevantes para el derecho penal”⁴⁰.

Em acurada análise, Robles Planas assinala que o “risco permitido” será a instituição básica para encontrar um critério delimitador da punibilidade da participação, isto é, que defina quando o comportamento será punível e quando será impunível.

Desse modo, o problema consistiria em determinar a forma de atuação do risco permitido na cumplicidade e identificar que classe de ações de favorecimento ou contribuição não logram superar o filtro da imputação objetiva. Com esse escopo, o autor apresenta os diversos posicionamentos

doutrinários reunidos em dois grupos. Para o primeiro deles, o risco permitido resulta superado na função do grau de conhecimento mantido pelo cúmplice acerca do plano delitivo do autor. No segundo grupo, estão alinhados aqueles cujo entendimento a respeito do risco permitido o faz depender da existência ou não de um sentido ou uma finalidade autônoma na própria contribuição do cúmplice⁴¹.

Na perspectiva do primeiro grupo, não se optaria por uma perspectiva unicamente subjetiva para delimitar o risco aprovado do penalmente desaprovado, pois nesse ponto se mesclam os critérios objetivos e subjetivos. A opção para encontrar a solução continuará no marco do tipo objetivo. Na medida do conhecimento do favorecedor sobre a utilização de sua conduta para fins ilícitos, teremos a superação do risco permitido, de modo que a atuação do agente terá a configuração da cumplicidade punível⁴².

Com relação ao segundo grupo, destaca-se a proposta de Frisch, para quem as condutas com um inequívoco significado delitivo seriam aquelas nas quais não existe um interesse na produção da ação, tratando-se de condutas orientadas a uma referência funcional, possibilitando ou facilitando a conduta delitiva alheia⁴³.

As propostas retratadas nos dois grupos acima indicados dão ênfase à necessidade de prestigiar a perspectiva objetiva, a fim de excluir a imputação ao autor nos casos de ausência de dados externos configuradores da facilitação ou favorecimento ao delito alheio, sendo o sentido delitivo um dado objetivo depreendido do cerne da conduta, pois “dificilmente se pode negar a ocorrência do tipo subjetivo sem antes se haver constatado a realização completa do tipo objetivo”⁴⁴.

Entendemos, desse modo, no atual estágio de desenvolvimento teórico sobre o tema, não existir uma predominância de um grupo sobre o outro, nem de uma proposta teórica desenvolvida exclusivamente dentro dos postulados da imputação objetiva.

Ao tratar do aspecto negativo da desaprovação jurídica de um risco, Greco destaca, com originalidade, dentre os casos de intervenção posterior de terceiros, aqueles imbuídos de um caráter cotidiano e discutidos pela doutrina no âmbito da participação sob a rubrica de cumplicidade por meio de ações neutras. Para Greco, entre as diversas alternativas propostas –

synthesized in two groups by Robles Planas –, the question must be solved through the “criterion of the suitability of the prohibition to improve the legal situation of the concrete good”⁴⁵.

This cited criterion would consist in admitting that actions of complicity only would incur legal risks disapproved if the hypothetical refusal would make it difficult in any way the commission of the main conduct of the author, “... Or, that is, if the author could achieve the same contribution from another source without the need to reveal his plan, and without that it makes it difficult for his aggression to the legal good there is no reason to consider the risk created by the baker or the banker a prohibited risk”⁴⁶.

Let us include in this category the case of criminal lawyers regarding the receipt of honoraria, if it is found, for practical reasons, that the “eventual refusal” by the agent of the crime prior to seeking to hire the professional to defend him against the charges brought by the *parquet*, does not make it difficult in anything his main delictive conduct. And this observation is corroborated by the fact that it has already been consummated, at that height, the main crime. Therefore, there would not be a minimum instrumental auxiliary contribution of the service of the professional aiming to consolidate the crime: the risk of the lawyer's involvement in the sphere of the permitted risk. Still, in the face of an eventual refusal by the defender, the main agent will seek another professional and so on successively.

Pay attention to the fact that the orientation launched by Greco demands a “good faith” of the accomplice for the procedure of the *idoneidade da proibição* to consider inherent to its criterion the presupposition of the subsequent action of a third party “in the plans of committing a crime creates a difficulty that improves the legal situation of the concrete good”⁴⁷. With clarity, elucidated this requirement in the case of the baker: “if it is possible for the author to buy the bread in another nearby place, without having to reveal the purposes of this purchase, it will not create a prohibited risk when he carries out the sale even if he knows the purposes that move the author”⁴⁸.

Now, the requirement of good faith on the part of the third party will not be able to be based on a subjective perspective to vindicate the presence of sufficient *dolo eventual*. It does not seem to be this the profile designed by the author of the criterion

da *idoneidade da proibição para melhorar a situação do bem jurídico concreto*.

Dessume-se, isso sim, que o referencial da boa-fé deva ser mantido numa perspectiva de sentido delitivo da conduta, ou seja, atrelado ao primeiro patamar da análise da imputação objetiva, no caso, a imputação do comportamento. Essa ponderação torna-se relevante à luz do exemplo apresentado por Greco relativo ao motorista do táxi que aguarda, na porta de um banco, enquanto o autor principal consome seu roubo. Nesse caso, dúvida não há com relação à conduta criminosa do taxista. Nas palavras do autor, este “cria um risco juridicamente desaprovado porque seria necessário iniciar outro motorista nos planos criminosos para que ele pudesse realizar a contribuição, e isso o critério considera uma dificuldade”⁴⁹.

Quanto à aceitação pelo advogado defensor de honorários maculados, resultará evidente sua boa-fé ao limitar sua atuação ao âmbito do procedimento criminal instaurado em desfavor do suposto autor do delito prévio, usando de todos os mecanismos legais conferidos pelo sistema normativo. Nessa posição, a conduta do advogado permanece como neutra e não adquire relevância penal, pois não cria um risco juridicamente desaprovado. Esse critério da *idoneidade da proibição para melhorar a situação do bem jurídico concreto*, apto a resolver a problemática das condutas neutras, estará integrando as propostas da dogmática penal elaboradas exclusivamente para a situação do advogado e dos honorários de origem delitiva⁵⁰.

Outra questão é a das propostas tendentes a conferir um *status* normativo de imunidade às condutas neutras, incluído-se nestas as dos advogados. Nesse sentido, o debate parlamentar foi levado a efeito na Alemanha na discussão que antecedeu a da aprovação do tipo penal da lavagem de capitais, quando alguns setores clamavam pela inserção de um dispositivo legal apto a excluir a punibilidade das condutas socialmente adequadas⁵¹.

Tal proposta não foi aprovada e, em nosso entendimento, de maneira correta, pois, de acordo com o magistério de Roxin, o advogado pode “ao incluir-se conscientemente em um contexto delitivo perder seu caráter cotidiano”⁵² e deixar de praticar conduta neutra. Ao tratar do tema da

cumplicidade, o próprio Roxin defende não existir conduta neutra por si só⁵³. Ela será sempre neutra se não estiver relacionada ao fato delitivo, nem atuando de forma auxiliar para assegurar o produto do delito antecedente.

Convém lembrar que os esforços sistemáticos teleológicos (racional-final) encontram-se em fase de desenvolvimento⁵⁴, não sendo possível no plano dessa pesquisa propor uma adesão definitiva a uma determinada “escola de pensamento dogmático jurídico-penal” em detrimento de outra. Sobretudo porque as categorias do fato punível, desde o naturalismo, têm se mantido as mesmas não obstante as reelaborações promovidas em seu conteúdo.

Segundo Roxin, “todos os sistemas estão em uma mesma linha de evolução continuada”⁵⁵. A elaboração de uma resposta dogmática às questões atinentes ao advogado defensor deverá ter como intuito exclusivo uma aplicação segura e determinada do Direito Penal, justamente para não se incorrer em decisões imprevisíveis e arbitrárias. Essa imprescindível função da dogmática jurídico-penal foi devidamente acentuada nas razões aduzidas por Gimbernat Ordeig⁵⁶.

Frise-se: os conceitos do fato punível predeterminados pela dogmática devem servir de referencial no momento de refletir sobre a atuação do advogado e especificamente na redução teleológica do tipo penal da lavagem. Nessa perspectiva, visando excluir a imputação nos casos de recebimento de honorários maculados, a doutrina penal identifica três argumentos direcionados à restrição da figura típica da lavagem: o critério da adequação social, as considerações sobre o bem jurídico e a teoria dos papéis⁵⁷. Registre-se ainda os critérios da solução do dolo e da justificação. Uma incursão mais aprofundada sobre tais argumentos jurídico-penais será objeto de reflexão no Capítulo 9.

¹ Vide GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*, p. 110.

² Vide ROXIN, Claus. *¿Que es la cumplicidad?*, p. 535 e s.; FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 316 e s. e nota 65, *supra*. Informe-se, a título de referência, a importância precursora de

Jakobs, com seu estudo “La prohibición de regreso en los delitos de resultado”, realizado em 1977. Apontando essa relevância, *vide* LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. **La complicidad en el delito y los comportamientos ‘estándar’ en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico**, p. 263 e s.

3 Esses exemplos estão indicados na obra de GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**, p. 11 e s. Anteriormente, alguns desses exemplos foram oferecidos por Roxin, como é o caso do taxista, entre outros. *Vide* **¿Que es la Cumplicidad?**, p. 556; *vide* ainda PEREIRA, Flávio Cardoso. **As ações cotidianas no âmbito da participação**, p. 2.

4 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**, p. 249 e s. Nessa temática, interessa apenas tratar da terceira espécie de comportamentos sob o qual Frisch elabora seu sistema, ou seja, aqueles que possibilitam a atuação de terceiros. Os casos do comportamento gerador de um perigo direto ao bem jurídico e aquelas condutas que apenas geram um perigo quando combinados com a conduta da vítima fazem parte da totalidade do seu sistema, no qual só será típico se a proibição for idônea, necessária e adequada para a proteção do bem jurídico. *Op. cit.*, p. 105 e s. Um estudo acurado do pensamento de Frisch, inserido na categoria de teorias modernas mistas sobre o tema das condutas neutras, encontra-se na obra de GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 73.

5 As hipóteses são retiradas do estudo de ROBLES PLANAS, Ricardo. **Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos**, p. 17 e s. O exemplo do funcionário do banco e da transferência de uma grande soma de capital também é divulgado no texto de GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 3. Anteriormente, tratando do denominado caso “Dresdner Bank”, no qual se imputava, aos empregados dessa instituição, a cumplicidade sistemática nos delitos contra a Fazenda Pública, ao facilitar aos clientes o acesso a um produto financeiro “aparentemente neutro” por meio do qual transferia-se valores a outras filiais no exterior sem indicar o nome dos remetentes, *vide* LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Op. cit.*, p. 265. Segundo esse autor, a repercussão desse caso no âmbito jurisprudencial (perante o Tribunal Constitucional Alemão, em 1994) teria acelerado a discussão científica a respeito das condutas neutras. *Idem*.

6 *Vide* GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**, p. 110.

7 *Vide* LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Op. cit.*, p. 265.

8 *Vide* ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 21 e s.; LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Op. cit.*, p. 267; PEREIRA, Flávio Cardoso. *Op. cit.*, p. 3. Sintetiza esse autor: “O problema se encontra inserido na tipicidade, ficando os critérios divididos em duas vertentes: o elemento objetivo representado pela conduta de cooperação para a configuração do crime e o elemento subjetivo representado pelo acordo de vontades, expresso e prévio a comissão do delito, entre autor e partícipe, supondo por óbvio, a concorrência da atitude dolosa do partícipe”. *Idem*.

9 FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 304.

10 FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.* Defendendo a perspectiva subjetiva, *vide* PEREIRA, Flávio Cardoso. *Op. cit.*, p. 4.

11 Aponte-se que o próprio Roxin aderiu inicialmente a excluir as condutas neutras sob a perspectiva subjetiva. Para esse autor, haveria necessidade de diferenciar se a contribuição

tem ocorrido sob o conhecimento seguro dos planos delitivos do autor, quer dizer, com dolo direto, ou se terceiro não envolvido no caso tem a expectativa de aproveitar seus serviços para fins delitivos somente no campo da possibilidade. *Vide* o seu artigo: **¿Que es la culpabilidad?**, p. 556. Com o decorrer do tempo, Roxin teria abandonado os termos do dolo direto e do dolo eventual por entender que o problema concernia ao tipo objetivo. Desse modo, quando o partícipe sabe do plano do autor principal, a sua contribuição será punível quando imbuída de sentido delitivo. Esse sentido delitivo estará presente quando a ação principal tiver natureza delitiva. O exemplo proposto pelo autor é elucidativo: a venda de um martelo para alguém que sabe que está decidido a matar a outrem. *Vide* o texto citado na *Op. cit.*, p. 558 e a crítica movida por Luís Greco, na sua obra **Culpabilidade através de ações neutras**, p. 82.

[12](#) FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 304.

[13](#) *Vide* as críticas às perspectivas subjetivas movida por ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 37-43; RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. **Blanqueo de capitales y negocios standard**, p. 144 e 145 e também LANDA GOROSTIZA Jon Mirena. *Op. cit.*, p. 268.

[14](#) FRISCH. Wolfgang. *Op. cit.* De acordo com os estudos sobre o tema, não se ignora que o cerne da problemática estaria em conferir maior importância, ainda no campo do tipo objetivo, aos conhecimentos que o agente colaborador, no momento de prestar sua contribuição, tenha sobre a comissão futura do fato delitivo. *Vide* ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 22.

[15](#) *Vide* LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Op. cit.*, p. 268.

[16](#) FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 304-305.

[17](#) FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 316.

[18](#) FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 316.

[19](#) *Vide* ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 32.

[20](#) *Vide* ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 38. Oferecendo um perfil detalhado das posições teóricas em matéria de condutas neutras, *vide* LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Op. cit.*, p. 274. Aderindo à moderna teoria da imputação objetiva, esse autor, todavia, esclarece: “Relegar al dolo para dar preponderancia a la peligrosidad objetiva ex ante como criterio rector del desvalor de acción no debe implicar una negación de la realidad mixta del comportamiento humano: la peligrosidad como parametro normativo no puede prescindir de aspectos subjetivos – en particular los conocimientos especiales – para captar el sentido intersubjetivo de la conducta y poder así proyectar un juicio preciso de adecuación”. *Idem*, p. 290.

[21](#) Partindo do pressuposto de que o fundamento central do Direito Penal é a tutela seletiva de bens jurídicos, os critérios da imputação objetiva não podem ser conflitantes com essa perspectiva da missão do Direito Penal. Isso não significa que, em alguns pontos, não se apresentem coincidências com as conclusões daqueles que partem do entendimento de que o objetivo primordial do Direito Penal seja a estabilização normativa. Quanto à confluência dessas orientações, *vide* BACIGALUPO, Enrique. **Teoría y práctica del derecho penal**, p. 1580. Em relação à distinção das vertentes da Teoria da Imputação Objetiva a partir do

funcionalismo, *vide* o estudo de BUSATO, Paulo César. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva**, p. 78-79.

[22](#) TRELLES, Javier Sánchez Vera Gómez. Blanqueo de capitales y abogacia. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva. **Indret. Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, 2008, p. 6. Disponível em: <<http://www.indret.com>>

[23](#) GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 17. De forma idêntica, ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*

[24](#) A respeito, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Limites de la participación criminal**, p. 13 e s. Quanto à participação pós-delitiva e o seu intento de prevenir essa conduta, na modalidade de cumplicidade, favorecimento e receptação, nos delitos de lavagem (onde se constata facilmente), *vide* o estudo de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo. **¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas**, p. 41.

[25](#) *Vide* FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Op. cit.*, p. 14.

[26](#) ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 21.

[27](#) Cfr. BRUNO, Aníbal. **Direito penal**, p. 323. Mais recentemente, analisando a teoria da equivalência de condições, FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 24 e s.; RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Causalidad e imputación objetiva**, p. 14-24.

[28](#) GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 13. No exemplo de Bacigalupo: “causa do resultado da morte da vítima é tanto a ação que lhe produziu uma lesão leve como o incêndio do hospital em que morreu enquanto estava sendo curada. BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**, p. 174. *Vide* as críticas desenvolvidas por Otto ao esclarecer que a problemática do tipo de resultado não podia esgotar-se com a comprovação da simples relação de condição no sentido da fórmula da *conditio sine qua non*. Cfr. **Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal**, p. 67 e s.

[29](#) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. *Op. cit.*, p. 6-7.

[30](#) *Vide* as críticas vertidas à concepção causalista por BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**, p. 174 e s.

[31](#) A respeito do *auxilium post delictum*, *vide* SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo. **Encubridores o cómplices**. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas, p. 153 e s.

[32](#) AMBOS, Kai. **La aceptación por el abogado defensor de honorários “maculados”**: lavado de dinero, p. 7.

[33](#) É esse o entendimento, por exemplo, de RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Op. cit.*, p. 32, entre outros autores.

[34](#) BACIGALUPO, Enrique. **Sobre el estado actual de la teoría del delito**, p. 303.

[35](#) BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, p. 303.

[36](#) Cfr. BACIGALUPO, Enrique. **El sistema de la teoría del delito en el siglo XXI**, p. 314.

[37](#) Na consideração de Bacigalupo: “O pluralismo nesta matéria é consequência das distintas concepções do direito penal e de sua função social”. In: **Sobre el estado actual de**

la teoría del delito, p. 311. Desse autor, *vide* também **Principios de derecho penal**, p. 136.

[38](#) Nesse sentido, BLANCO CORDERO, Isidoro. **Cobro de honorários de origen delictivo y responsabilidad penal de abogado por el delito de blanqueo de capitales**, p. 4.

[39](#) *Vide* ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general, p. 364. Desse autor, *vide* anteriormente **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**, p. 145 e s. Também RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Op. cit.*, p. 30 e s.; WOLTER, Jürgen. **La imputación objetiva y el sistema moderno del derecho penal**, p. 66 e s.; FRISCH, Wolfgang. **La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado, lo problemático**, p. 19 e s.; BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**. Parte general, p. 188 e s. A respeito da observância do “incremento do risco” em lugar da aplicação da *conditio sine qua non*, *vide* OTTO, Harro. *Op. cit.*, p. 84 e s. Na literatura penal brasileira, *vide* SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral, p. 117 e s.; BUSATO, Paulo César. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva**, p. 79 e s.; GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**, p. 5 e s. Desse mesmo autor, *vide* ainda **Cumplicidade através de ações neutras**, p. 13.

[40](#) BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**, p. 188. Também RUDOLPHI, Hans Joachim. *Op. cit.*, p. 37-38; LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Op. cit.*, p. 274.

[41](#) ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 32-33. De acordo com Landa Gorostiza: “El giro sistemático era inevitable. Antes de preguntarnos si el eventual cómplice tiene voluntad de favorecer habrán de revisarse los presupuestos objetivos de la conducta: la pregunta clave es si al llevar a cabo la prestación el sujeto crea o incrementa un riesgo de elevación de las posibilidades de éxito de lesión del bien jurídico”. *Op. cit.*, p. 275. Cfr., ainda a respeito do conceito de risco permitido, a noção desenvolvida por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. *Vide* nota 174, *supra*.

[42](#) Na opinião de Robles Planas, inserem-se no primeiro grupo o pensamento de Claus Roxin e de Isidoro Blanco Cordero. *Op. cit.*, p. 32.

[43](#) *Vide* o texto da nota 194, *supra*.

[44](#) ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 37.

[45](#) *Vide* GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**, p. 73. E ainda, do mesmo autor, **Cumplicidade através de ações neutras**, p. 138. Nessa última obra, Greco assevera que a ideia da idoneidade para a proteção do bem jurídico, presente na fundamentação de Frisch, será a base da construção do seu próprio critério. *Op. cit.*, p. 78.

[46](#) GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**, p. 74.

[47](#) GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 74.

[48](#) GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 74.

[49](#) GRECO, *Op. cit.*, p. 74.

[50](#) Cfr. Capítulo 9, *infra*.

[51](#) *Vide* RAGUÉS I VALLES, Ramon. **Blanqueo de capitales y negocios standard**, p. 133.

- [52](#) ROXIN, Claus. **Las formas de intervención en el delito**: estado de la cuestión, p. 177.
- [53](#) ROXIN, Claus. **¿Que es la complicitad?**, p. 555. O exemplo do isqueiro dado pelo autor merece transcrição pela sua clareza e objetividade: “el problema no puede ser solucionado de una forma que excluya, de manera general, a las acciones cotidianas de la punibilidad por complicitad. Así, el prestar un encendedor es seguramente una acción cotidiana neutral de por sí; pero cuando ocurre con la finalidad declarada de incendiar un granero, dificilmente tenderá uno a rechazar una complicitad”. *Op. cit.*, p. 555-556. Nessa linha, quanto ao significado delitivo a ser conferido às condutas neutras, *vide* PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado**, p. 816-817.
- [54](#) ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general, p. 206.
- [55](#) ROXIN, Claus. *Op. cit.*; BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**, p. 136. Derrubando o mito da “modernidade” do tema da imputação objetiva no Brasil, *vide* BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 4 e s.
- [56](#) *Vide* o texto da nota 469, *infra*.
- [57](#) WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. **Honorarios de los abogados defensores en causas penales y blanqueo de capitals desde una perspective europea**, p. 454; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos**, p. 26 e s.

8 ELEMENTOS TÍPICOS E INJUSTOS NO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Tem-se assinalado que os vetores da política criminal, destinada ao delito de lavagem e a seus efeitos perniciosos associados ao produto da atividade criminosa, assentam-se em documentos internacionais, que buscam prevenir a utilização do sistema financeiro, visando a repressão da criminalidade organizada. Se nas próprias Diretivas se estabelecem espaços para a improcedência de uma interpretação literal da figura típica, no caso do recebimento de honorários maculados por parte dos advogados¹, esses mesmos documentos normativos ditam as balizas do alcance da figura típica, recomendando as modalidades do elemento subjetivo condizentes com a realização do tipo incriminador.

Cumprido, portanto, seguir a reflexão nessa seara a fim de constatar se, dentro dos enunciados dos documentos internacionais, a assunção de modalidades diversas do dolo direto poderia acabar alcançando também a atuação do advogado e, com isso, comprometer a sua atuação profissional e afetar direitos fundamentais.

Seguindo essas Diretrizes, na esteira do elemento subjetivo do tipo, a Convenção sobre Lavagem, Identificação, Embargo e Confisco dos Benefícios Econômicos derivados do Delito, assinada em Estrasburgo em 1990, no seu art. 6.3, faculta aos Estados-membros tipificar as ações de branqueamento nos casos em que o agente podia presumir que os bens eram produto de delito. Essa recomendação favorável à versão culposa foi incorporada pela legislação alemã desde 1992 no § 261(2) V, do StGB e pela normativa espanhola (art. 301.3 do Código Penal em vigor, onde se utiliza a expressão “imprudência grave”).

Reitere-se: na figura típica prevista na legislação espanhola, além da modalidade por “imprudência grave”, também encontra-se uma fórmula abrangente a ponto de, em uma interpretação gramatical, poder ensejar entendimentos errôneos. Eis a dicção do art. 301.1, sancionando, entre

outras condutas, “realizar cualquier otro acto para ayudar a la persona que ha participado en la infracción a eludir sus consecuencias legales”.

O alcance gramatical desse dispositivo abrangeria, no âmbito da tipicidade, a conduta do advogado pela apresentação de defesa técnica em favor do suposto “branqueador” diante dos tribunais, supondo que por meio dessa atuação se intentaria eludir a responsabilidade penal do autor do delito, considerando-se isso um verdadeiro *dislate*². Cogitar uma finalidade dessa natureza por parte da norma legal denotaria flagrante lesão a princípios constitucionais garantidores da ampla defesa.

Alertou-se, oportunamente, que as recomendações quanto à implementação do tipo penal da lavagem, seja na ordem objetiva ou na subjetiva, deverão ser consideradas atendendo sempre a uma clara separação entre as medidas preventivas e repressivas. Nas primeiras, imperam as sanções administrativas: o legislador nacional não pode ignorar, ao recorrer ao Direito Penal, o vínculo essencial ao caráter fragmentário e subsidiário deste.

Assim, surpreende à primeira vista a transposição de declarações deontológicas na prevenção ao delito para a esfera da norma jurídico-penal, aceitando-se, por vezes, essas recomendações (originadas na Convenção de Viena), mesmo quando estejam revestidas de obrigatoriedade em decorrência dos compromissos firmados pelos Estados-membros, sem o rigor crítico da assunção de certas modalidades delitivas, em especial, a “culposa”³. Esta, além de não oferecer segurança jurídica, poderia permitir o uso arbitrário e abusivo da norma jurídico-penal.

Não faltaram na doutrina posicionamentos de adesão à modalidade imprudente da figura típica⁴, com a justificativa de inicialmente se dirigir aos diretores e funcionários das entidades financeiras. Contudo, a intervenção por meio dessa figura típica torna-se desproporcional, sendo notório o alcance de qualquer pessoa, entrando em colisão com o princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

Lamentavelmente, essa exegese poderia alargar as hipóteses de riscos permitidos para riscos desaprovados, estabelecendo esferas de vigilância incompatíveis com a natureza da atividade desempenhada pelo advogado. Quintero Olivares, sob argumentos de natureza político-criminal, endossa a modalidade por “imprudência grave”, ressaltando, todavia, sua

aplicabilidade restritamente às classes profissionais inseridas nas Diretrizes da prevenção a esse delito⁵.

Com a máxima vênia, concordar com a procedência da espécie culposa alastrada em fundamentos de política-criminal, ainda que com a restrição a determinadas classes profissionais, significaria elastecer de modo desnecessário o manto de punibilidade dessa figura típica, revelando a usurpação da função do Direito administrativo sancionador e permitindo o engessamento da vida social.

A opção pela introdução de um tipo imprudente – advinda das recomendações internacionais⁶ – não poderia ignorar a problemática quanto ao alcance de um maior número de agentes estar atrelado originariamente à configuração do tipo objetivo, via de regra, descrito de forma ampla. E, nesse ponto, é conhecido o fato de o legislador não poder perder de vista o foco de sua escolha, direcionado em duas possibilidades técnicas: ou estabelece elevadas exigências no âmbito do tipo subjetivo e, nesse caso, poderia flexibilizar as formas de comportamento externo, incidindo no tipo objetivo, ou conformar-se com as hipóteses de imprudência no âmbito do tipo subjetivo, mas deverá definir com a mais exatidão possível o comportamento típico.

Se a finalidade da política criminal é trazer um maior número de agentes para o âmbito da prevenção ao delito, no caso, operadores econômicos, agentes de bolsa, vendedores de objetos de luxo, corretores de imóveis, tabeliães, entre outros, haverá necessidade de estabelecer regras de cuidados colaterais, que obrigariam aos destinatários efetuarem indagações exaurientes sobre a parte contratante, correndo-se o risco de criar um clima de desconfiança nas relações jurídicas⁷. Uma vez descrito com precisão o dever de cuidado, a violação dessas regras por parte dos operadores arrolados na norma implicaria o cometimento do delito culposos.

Outros argumentos contrários à imposição da modalidade culposa foram esgrimidos pela doutrina. Um dos mais relevantes é, sem dúvida, aquele que considera-a um empecilho à atividade econômica podendo distorcer a atuação dos intermediários financeiros nos mercados de crédito⁸.

As transações de reciclagem, quer nos parecer, não se distinguem externamente de operações legais, pois, na maioria dos casos, de forma imediata, o dinheiro não denota a sua procedência, valendo a célebre

máxima *pecunia non olet*. No entanto, uma operação de branqueamento, por regra, constitui-se uma exceção em meio a uma infinidade de operações legais, partindo dessa premissa a consequente dificuldade de sua identificação inicial por parte dos órgãos de controle⁹.

Pode-se concluir, desse modo, um alto grau de questionamento quanto à implementação da modalidade culposa. Justamente em sistemas normativos receptivos a essa figura típica (por exemplo, o sistema espanhol e o alemão), proliferam as maiores interrogantes no campo jurídico-penal, e das orientações de política criminal. Uma consideração de eventual aceitação no nosso ordenamento normativo não poderá ignorar os argumentos desenvolvidos na experiência comparativa.

Entretanto, deve-se frisar: não há fator legal impeditivo para uma futura assunção no direito brasileiro da modalidade culposa do delito de ocultação de bens oriundos de atividade delitiva. Querer arguir a negativa com base no critério da legalidade estrita seria confundir o delito consequente com o antecedente, pois deste último sempre deverá provir a renda a ser reciclada, resultado configurador do delito de lavagem. Destarte, é incabível acolher a argumentação do fator impeditivo, no sentido de que os delitos antecedentes também deveriam ser previstos na modalidade imprudente.

De todo modo, parece mais coerente centralizar a análise jurídico-penal na figura típica dolosa. Categoricamente, sustentou-se: “apenas o conhecimento da procedência ilícita do bem pode justificar a intervenção penal, devendo se excluir a incriminação da modalidade imprudente”¹⁰. Conforme entendimento doutrinário, é defensável o elemento subjetivo vinculado a uma concepção tripartida do delito, na qual o dolo pressupõe conhecimento e vontade de realizar o elemento objetivo do tipo, e não o tipo total de injusto.

Assim, o dolo no delito de lavagem reside no prévio conhecimento¹¹, por parte do sujeito ativo, da origem e natureza criminosa dos valores, bens ou direitos envolvidos e no querer realizar a ocultação ou a dissimulação da origem ilícita. Acrescente-se a necessidade de que esse conhecimento da origem delitiva englobe a criação de um risco não permitido para o bem jurídico.

Ao receber o tipo objetivo um novo conteúdo por meio da teoria da imputação objetiva, esta não poderia deixar intacta a essência do tipo

subjetivo doloso, sempre e quando se sustente que o objeto de referência do dolo seja precisamente o tipo objetivo¹². Seguindo a sugestão de regulação originada na Convenção de Viena, a intencionalidade é destinada a adquirir, ocultar ou dissimular o patrimônio ilícito proveniente direta ou indiretamente de crime. É esse o panorama na normativa estrangeira, admitindo-se o dolo direto de primeiro e dolo direto de segundo grau.

Quanto à modalidade de dolo eventual, identificam-se na doutrina pátria posicionamentos contrários à sua aceitação¹³. Entretanto, tem-se a impressão de que essa divergência encontra raízes na manutenção de um protótipo da dogmática tradicional válida para os delitos comuns ou “visíveis”¹⁴, em que se comprova a realização de um resultado modificador do mundo exterior.

Nessas figuras típicas (das quais são exemplos: homicídio, lesões corporais etc.), no âmbito da imputação subjetiva, verifica-se o predomínio do elemento volitivo. Em compensação, o modelo da teoria da imputação é de um delito *invisível*¹⁵, não caracterizado por manifestações sensorialmente perceptíveis situadas na realização da ação.

Nessa perspectiva, evidencia-se uma tendência de normativização da dogmática do dolo com a conseqüente redução do papel do elemento volitivo¹⁶. O delito de lavagem, acolhido nas modernas formas de delinquência, adere ao vigente modelo de imputação. Destarte, a ausência de aceitação da modalidade de dolo eventual nessa figura típica não resistiria a um *aggiornamento* da dogmática penal¹⁷.

A doutrina moderna tem retomado a crítica do chamado elemento volitivo do dolo, que pode ser encontrada até em autores alinhados às concepções finalistas. Eis, por exemplo, a postura assumida por Zielinski, para quem agiria dolosamente “aquele que atua com conhecimento do risco típico”¹⁸, esclarecendo que o *querer* só tem importância quando a ação não é conseqüência do ato reflexo¹⁹. Para ele, o elemento volitivo do dolo “tem uma existência teórica (nos livros), mas não desempenha nenhum papel na prática judicial”²⁰.

Longe de querer impor orientações que alteram os elementos do dolo, pois partimos de uma formação tradicional na qual sempre imperou o elemento volitivo, ou, na pior das hipóteses, estabelecia-se um alcance

paralelo entre os elementos volitivo e cognitivo, em razão do predomínio da identificação do dolo e da finalidade, devemos consignar que a temática – a qual demanda urgentemente uma investigação própria sob o prisma exclusivamente normativo – estaria em confronto direto com uma legislação penal (similar a nossa) definidora da figura do dolo direto e do dolo eventual (art. 18 do Código Penal), sobretudo, quando é sabido não caber ao legislador, e sim à doutrina e à jurisprudência definir o que sejam essas modalidades e tratar do esvaziamento do aspecto volitivo em favor de categorias normativas²¹.

A barreira legal impede de acolher posicionamentos, dentre os quais o de Frisch, para quem o tipo doloso requer que o autor atribua à sua ação um risco da existência de determinadas circunstâncias, cuja ocorrência fundamenta a proibição da respectiva conduta²². Caso o autor não atribua à sua ação um risco não permitido, seja por uma reflexão racional ou por qualquer outra razão, faltarão o dolo. Frisch recusa expressamente a necessidade do elemento volitivo ao definir o objeto do dolo em uma ação configuradora de perigo não permitido²³.

Uma simples incursão numa análise do injusto penal da lavagem, no caso da sua imputação subjetiva, é suficiente para demonstrar que limitar os elementos do dolo aos moldes propugnados pelo finalismo – do qual a doutrina tem avançado na crítica à concepção metodológica que concede primazia ao aspecto subjetivo em detrimento do objetivo²⁴ – encontra uma base legal de apoio (pois a legislação penal pátria ainda define o conteúdo do dolo direto e do eventual), mas deixaria de observar o cotejamento necessário com as propostas lançadas nesta matéria, as quais demonstram uma evolução tanto no alicerce teórico quanto na jurisprudência, de uma *“tendência a objetivização (normativização) da dogmática do dolo”*²⁵.

Feijoo Sánchez intervém nesse debate afirmando: “cada vez es más evidente que el dolo no es solo un elemento descriptivo de procesos psicológicos, sino un elemento profundamente normativo de la imputación”²⁶.

Segundo ele, a discussão na doutrina espanhola sobre a normativização do dolo se encontra dividida entre dois setores: um pretende normatizar o “conhecer” e o “querer” na condição de elementos do dolo, atrelados ao compromisso de decisão contrária ao bem jurídico e outro pretende

trabalhar sobre o fundamento normativo do injusto penal como um injusto mais grave²⁷.

Constata-se, assim, que os contornos da imputação subjetiva na experiência comparativa estão focalizados nas vertentes da teoria da imputação objetiva a partir do funcionalismo²⁸.

Um dos fundamentos da teoria normativa pura do dolo recebe assentamento no *déficit* probatório das teorias psicológicas. Em estudo específico objetivando a compreensão do conteúdo do dolo – “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo” –, Pérez Manzano conclui que, na configuração normativa do dolo, a exclusão de todo o referencial psicológico não poderá fundamentar-se exclusivamente nas particularidades dos fatos psíquicos como realidades subjetivas, nem nos conhecidos *déficits* probatórios inerentes àquela classe de fatos, pois os processos psicológicos existem como realidades naturais, sendo possível um conhecimento objetivo dos mesmos.

Quanto à deficiência apontada no campo probatório, afeta-se o conhecimento e a prova dos fatos no processo judicial. A repercussão irá além dos termos dessa pesquisa: ou se prescinde da prova dos fatos objetivos, ou adéqua-se a utilização da prova gerada a partir de fatos psicológicos às possibilidades reais no processo probatório²⁹.

Discussão à parte, merece a presença de algum elemento subjetivo especial nessa figura típica, pois a mesma está dispensada na legislação penal pátria quando se refere ao resultado típico de ocultação ou dissimulação³⁰, e o reconhecimento da consciência por parte do autor de que os bens procedentes de um delito anterior seja tratado como elemento normativo do tipo. Este último fato tornar-se-á relevante no momento de avaliar o alcance do conhecimento e o erro sobre referido elemento³¹. Reitere-se que, uma vez mais: a preposição “para” nem sempre terá um sentido subjetivista, pois poderá ser um elemento de conexão objetiva entre o delitivo prévio e a lavagem de capitais, demonstrando o caráter instrumental da própria ação do agente branqueador³².

Conforme mencionado, uma das questões essenciais na temática analisada diz respeito à técnica legislativa empregada nos diversos verbos reitores do elemento objetivo. A figura dolosa, por meio do conhecimento prévio do delito anterior e da “ocultação, dissimulação, recebimento ou

aquisição” da origem de bens ou valores de natureza ilícita, poderia alcançar, em uma interpretação imediatista, o papel do advogado e o recebimento de honorários maculados em razão da defesa técnica legal³³.

A contribuição de Kai Ambos, ao refletir sobre o sistema comparativo, é esclarecedora: “resulta que o advogado defensor é colocado em uma melhor posição nos Estados que não punem separadamente o tipo penal de aquisição, senão colocam a ocultação manipuladora da origem ilícita no ponto central da sua regulamentação jurídico-penal (...) ou exigem, além disso, uma determinada aptidão da conduta fática à ocultação (...). A punibilidade do defensor nestes Estados pressuporia pelo menos que a aceitação dos honorários servem objetivamente à ocultação ou – no sentido do tipo penal de intenção – deveriam servir”³⁴.

Imperioso concluir que, no Brasil, a redação do delito de lavagem, previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/98, acolhendo o verbo reitor da “*ocultação ou dissimulação*” no núcleo do tipo fundamental, demanda, no elemento subjetivo, o conhecimento pelo defensor da origem ilícita do dinheiro e, no seu recebimento, a destinação fraudulenta voltada a ocultar esses valores entregues, criando, desse modo, um risco penalmente desaprovado.

De fato, prevê o art. 1º: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime previsto nos incisos I a VIII”. Já o § 1º do inciso II do art. 1º da Lei n. 9.613/98 dispõe: “Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo: I – os converte em ativos ilícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere”.

A conduta descrita no inciso II do § 1º, na modalidade “receber”, poderia, sempre numa leitura superficial, dar azo à defesa de eventual enquadramento da conduta do advogado criminalista recebedor de honorários supostamente maculados, mas essa exegese revela um mero exercício de elucubração teórica carente da devida fundamentação legal, pois uma simples interpretação teleológica seria capaz de aclarar o alcance da modalidade “receber”, destinando-se ao agente detentor de prévio

conhecimento, querendo, por meio do recebimento, ocultar ou dissimular sua origem.

De forma mais enfática: *receber para ocultar ou dissimular*. Exatamente por isso a previsão no § 1º, de uma modalidade subjetiva especial destinada a ocultar ou dissimular a origem espúria do bem. Como não poderia deixar de ser, o § 1º deverá guardar consonância com o *caput* do art. 1º, fixando nos verbos “*ocultar ou dissimular*” o âmago da imputação, não se confundindo com o *receber* para a prestação de uma atividade profissional lícita, como a do advogado criminalista.

Partindo da opinião de Ambos e das manifestações doutrinárias no sentido de prevalecer uma interpretação restritiva do tipo de lavagem excludente da responsabilidade penal do advogado³⁵, podemos inferir que, por meio dessa exegese, se demonstra a conexão das finalidades de “ocultação e dissimulação”.

Destarte, a modalidade “receber” só deverá ser sancionada quando se destinar atingir os fins de “ocultar ou dissimular” bens ou valores de proveniência delitiva. Nas palavras de Pérez Manzano, a interpretação doutrinária restritiva se sustenta sobretudo no bem jurídico protegido, encontrando-se a Administração da Justiça como objeto de proteção prioritária do tipo. Significa dizer: carece de sentido político-criminal a punição de condutas não dirigidas à “ocultação ou dissimulação”³⁶.

Ainda nessa seara, tal análise terá a função de auferir a atipicidade das condutas neutras, ao se considerar que essas atividades, quando praticadas, não estão revestidas, via de regra, da finalidade de “*ocultar ou dissimular*”. Como exemplo, cite-se o caso de uma simples venda de veículos na concessionária.

Diante de eventual proposta do cliente para compra, o vendedor comumente não irá questionar se com essa aquisição o cliente estaria *ocultando* ou *dissimulando* valores de origem delitiva, pois se parte do pressuposto de não ser o vendedor instrumento de eventual reciclagem, justamente por desconhecer e por não estar incumbido do dever de investigar o delito anterior supostamente praticado pelo comprador.

A atuação do vendedor se enquadra nos limites do risco permitido, pois com a sua conduta não chegou a ultrapassar o filtro da imputação objetiva³⁷. Não significa a impossibilidade de descaracterização dessa

“simples venda”, diante de uma série de elementos de alta carga indiciária sinalizadores de um risco não permitido, isto é, ao conhecer a origem delitativa dos valores recebidos por parte do vendedor, conhecimento este associado a outros dados objetivos indicadores de auxílio no auferimento do dinheiro ilícito, estaria ele facilitando a conduta principal do agente e transformando os ativos ilícitos por meio de uma venda regular.

É evidente que, para a consolidação de um juízo condenatório, não se poderia alegar a tipicidade sem apresentar um quadro robusto de provas denotadoras do conhecimento prévio da origem ilícita³⁸.

Estudos recentes ressaltam, ao contrário do que se poderia imaginar, não se tratar de exigir a presença de elementos subjetivos ou de propósitos determinados nas condutas neutras (por exemplo, demandar do vendedor a indagação ao comprador a respeito da origem dos recursos empregados nessa compra). Deve ser demonstrado, basicamente, o caráter instrumental do delito de lavagem vinculado a um fato punível antecedente.

Conforme Pérez Manzano, essa íntima relação deverá ser vista como integradora do tipo de lavagem, pois nessas condições se superam as linhas delimitadoras do risco permitido³⁹. Não obstante a doutrina tenha conferido uma feição subjetiva às expressões *para* ocultar e *para* dissimular, esses termos revelariam uma relação instrumental de meio e fim entre a ação do eventual agente branqueador e o delito antecedente.

Com isso, não haveria uma ação típica de lavagem de capitais sem a apontada relação instrumental. Sob essa perspectiva, para o delito de lavagem, deve se providenciar uma interpretação restritiva capaz de vincular as finalidades requeridas “*ocultar* ou *dissimular*” com os atos de *adquirir, receber, trocar, negociar* etc.

É de se exigir, ainda e sobretudo, um sentido objetivo da conduta de *ocultação* ou *dissimulação* da origem delitativa dos bens ou de atos tendentes a iludir as repercussões de responsabilidade penal individual em razão do delito antecedente. Destarte, resta claro o caráter instrumental do delito de lavagem de capitais relativamente aos delitos prévios, os quais, com a ideia de ocultação ou dissimulação, passam a integrar o injusto material dessa figura típica⁴⁰.

Essa análise conduziria à conclusão de que somente o “recebimento” (no caso, honorários maculados) revelador do efeito de *ocultação* ou

dissimulação poderia ser elevado à categoria de conduta típica, sempre e quando esse ato viesse a contribuir com a consolidação das vantagens econômicas obtidas pelo autor do delito prévio. As condutas neutras serão típicas apenas se implicarem “*ocultação* ou *dissimulação*”, estando revestidas de atipicidade quando constituam um mero ato de consumo, independentemente de configurar uma transformação do objeto. Parece evidente, em tese, que o pagamento de honorários com dinheiro de origem delitativa ao advogado implica um “ato de transformação do dinheiro em serviços profissionais do defensor”, não gerando por si só “ocultação ou dissimulação de sua origem nem consolidação da capacidade econômica daquele que o entrega”⁴¹, pois, em princípio, permanece nos limites do risco permitido à atividade profissional respectiva.

A propósito da necessidade de atos fraudulentos de transformação dos ativos de origem ilícita, recente julgado do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferiu coerente exegese da norma de lavagem de capitais, cuja lavra coube ao Exmo. Sr. Dr. Des. Fed. Néfi Cordeiro, e assim restou ementado:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. CORREÇÃO DA DOSIMETRIA EM SEGUNDO GRAU. POSSIBILIDADE. CARTA ROGATÓRIA. POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO DE CUSTAS. CAPITULAÇÃO JURÍDICA DA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO DE EVENTUAL VÍCIO PELO TRIBUNAL. EVASÃO DE DIVISAS. SAÍDA CLANDESTINA DO PAÍS DA DIFERENÇA ENTRE O VALOR CUJA SAÍDA É DECLARADA E O SUPERIOR VALOR DE OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. DOLO. IRRELEVÂNCIA DO DESTINO A SER DADO AOS VALORES NO ESTRANGEIRO. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONVERSÃO DE ATIVOS ILÍCITOS EM LÍCITOS. HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA. 1. (...). 2 (...). 3 (...). 4 (...). 5 (...). 6 (...) 7. No delito de lavagem de dinheiro, tendo o legislador classificado como condutas típicas o ocultar ou transformar (dando ao dinheiro ilícito a aparência de lícito pela dissimulação de sua natureza, origem ou movimentação), a conversão de ativos ilícitos em lícitos não se dá com a mera aquisição de bens com o produto do crime anterior, mas por sua transformação falseada em dinheiro lícito. 8. A conduta de pagar contas diretamente, usando dinheiro ilícito, mas de forma aberta e não camuflando ou transmudando a

natureza do numerário, não se subsume a qualquer das figuras típicas do crime de lavagem de dinheiro, sendo, no máximo, pós-fato impunível e natural ao agir desde o início planejado pelo criminoso” (TRF4 – APELAÇÃO CRIMINAL N. 1999.70.00.013518-3/PR – Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro – 7ª Turma – D.E. 5-7-2007).

Do corpo do acórdão se extrai autêntica lição interpretativa racional da norma jurídico-penal, merecedora nesta sede, de inteira transcrição:

“Peço vênua, todavia, para divergir em parte quanto à condenação pela prática do delito de lavagem de dinheiro.

Embora a respeitável posição adotada no voto da Eminente Relatora seja igualmente verificada em grande parte da doutrina, penso que a conversão de ativos ilícitos em lícitos não se dá com a mera aquisição de bens ou pagamentos de dívida. O crime de lavagem de dinheiro não surge pelo tão só gastar dinheiro do crime, mas por sua *transformação* falseada em dinheiro lícito.

Daí porque o legislador classifica como condutas típicas o ocultar ou o transformar (dando ao dinheiro ilícito a aparência de lícito), seja pela dissimulação de sua natureza, origem ou movimentação. Também pode a aparência de lícito dinheiro dar-se pela dissimulação de propriedade (tem o dinheiro e o usa para compras de bens que não assume serem seus).

Sempre, porém, haverá a nova conduta – essa a típica, com dano social – de fazer o dinheiro ilícito parecer ter origem legítima. Nem seria razoável ou proporcional tornar típica a conduta de gastar o dinheiro do crime, porque consequência normal e objetivada desde o início pela conduta criminosa. Ou seja, o agente pratica o crime de roubo para gastar o dinheiro obtido com essa conduta; absurdo seria pretender que o agente roubasse e não gastasse o dinheiro do crime. De outro lado, se o agente rouba e, para legitimar o dinheiro obtido, compra um bilhete de loterias premiado, está então realizando novo desvalor, de dar ao dinheiro do crime a aparência de lícito pela falsa prova de ter sido premiado.

Não se pune o gastar dinheiro do crime, pós-fato impunível e natural ao agir desde o início planejado pelo criminoso. Pune-se a conduta de lavagem, a transformação dissimulada do ilícito dinheiro em lícito. Daí

porque penso que pagar despesas próprias não é ato de esconder ou dissimular dinheiro ilícito. Não há clandestinidade. Paga o réu suas contas diretamente, usando dinheiro lícito ou não, mas de forma aberta e não camuflando ou transmudando a natureza desse numerário. É, no máximo, gastar dinheiro do crime e isso não vejo como crime.

Por esse raciocínio excluo a caracterização como crime de lavagem de dinheiro dos pagamentos de cartões de crédito, de passagens aéreas em suas viagens, de condomínio próprio e despesas com médicos *e honorários de advogados*. Todos esses valores foram pagos pelo réu, sem subterfúgios, sem esconder ou alterar a natureza ou origem do dinheiro” (grifos nossos).

De outro canto, ao refletir sobre o alcance do injusto material do delito de reciclagem de capitais, percebe-se o caráter instrumental dessa modalidade delitiva em relação ao delito antecedente, constituindo verdadeiro reforço da função da pena prevista para os delitos prévios⁴².

Como ficou devidamente registrado, o objetivo da política criminal é impedir a consolidação dos benefícios conseguidos com a imputação antecedente, de forma a vedar a satisfação do lucro obtido. Transparece nas modernas categorias de delinquência que usufruir plenamente da capacidade econômica auferida ilicitamente requer a possibilidade do agente branqueador fazer uso efetivo dessa capacidade, mediante atos de consumo de qualquer natureza.

Ao defender-se, nesta sede, a finalidade preventiva da pena, a normativa penal sobre o branqueamento teria como desiderato contribuir com a redução das possibilidades *ex ante* dos autores do delito principal, especificamente a de usufruir dos produtos decorrentes do crime anteriormente cometido⁴³. Em síntese: a redução das expectativas de satisfação total do lucro poderá também ter um efeito inibidor relativamente ao delito antecedente.

Nesses termos, adere-se à reflexão de Ragués I Vallès: “Se o que impulsiona o autor a cometer certos ilícitos é a vontade de alcançar e manter os incrementos patrimoniais obtidos com a consumação, diminuindo as possibilidades a priori de ver satisfeita tal vantagem se estará reduzindo em maior ou menor medida o número de pessoas dispostas a delinquir por tal razão”⁴⁴.

Determinado o injusto do delito de lavagem, adquirem relevância manifestações doutrinárias aptas a comprovar que o autor do delito antecedente, quando o pratica, não o faz pensando na necessidade de posterior contratação de advogado para defendê-lo.

No entanto, a elaboração de um contrato de prestação de serviços advocatícios não parece ser um modo eficaz para a prática do delito de lavagem, pois, diante da diversificação das modalidades constantes utilizadas para tanto, esta seria uma das mais “rudimentares” técnicas⁴⁵, além de gozar de um escasso reflexo no âmbito do injusto penal. Claro está, pois na hipótese de contratos simulados, integral ou parcialmente, estes representariam um caráter instrumental destinado a *ocultação* ou *dissimulação*, conformando-se com o aspecto objetivo do delito de lavagem.

Desse modo, aderimos ao entendimento segundo o qual a atipicidade das condutas neutras, no âmbito da lavagem de capitais, deva sustentar-se de preferência no critério do seu caráter irrelevante para cumprir a função instrumental designada ao branqueamento de capitais a respeito da proteção dos bens jurídicos lesados com o delito antecedente e, ainda, na sua falta de relevância em contribuir no reforço das funções preventivas da pena do delito prévio⁴⁶. Aponte-se, também, o critério da *idoneidade da proibição para melhorar a situação do bem jurídico concreto* desenvolvida por Greco⁴⁷ para não superar o marco delimitador da imputação objetiva.

Outros argumentos serão invocados pela doutrina no sentido de estabelecer a atipicidade de certas condutas neutras, dentre eles, o critério de valores significativos ao se considerar não haver reciclagem quando se movimentam importes exíguos⁴⁸ (no caso, por exemplo, da compra de produtos básicos de consumo alimentício, até atividades de maior destaque, no caso, da contratação de advogados), acudindo-se, desse modo, ao denominado princípio da insignificância⁴⁹.

Entretanto, e a título meramente ilustrativo, efetuar uma delimitação típica do delito de lavagem de capitais em atenção ao volume econômico não encontraria receptividade sob o prisma da política criminal, pois a adoção de um limite mínimo para efeito de prevenção das transações de lavagem acabaria sendo adotado pelos sujeitos ativos do delito e pelas

organizações criminosas para fracionar suas ações, objetivando não incidir no marco do aspecto objetivo do tipo de lavagem⁵⁰.

Poder-se-ia afirmar que a irrelevância penal é clara quanto menor seja o valor questionado. Também a favor da tese da insignificância está o referencial a um limite mínimo a ser observado dentro da normativa de prevenção destinada a determinadas categorias profissionais, mas entendemos insuficiente de antemão esse critério, ao demonstrar a real importância do sentido delitivo da conduta. Não existe conduta neutra *por si só*⁵¹, mas apenas pelo caráter instrumental conexo com o delito antecedente.

Constata-se, assim, no atual momento do debate sobre o papel do advogado na sociedade e de suas prerrogativas e imunidades⁵², a pertinência da reflexão teórica sobre a restrição do tipo penal referente à lavagem de capitais em caso do recebimento de honorários maculados. A seguir, serão apresentados os argumentos da doutrina penal para restringir a aplicabilidade do tipo penal de lavagem nos casos de atuação específica do advogado defensor.

As soluções doutrinárias a serem analisadas assentam-se na restrição do tipo objetivo proposta pela teoria da imputação objetiva (subdividida no critério da adequação social, em considerações sobre o bem jurídico e na teoria dos papéis) ou do tipo subjetivo (na solução do dolo) e na causa justificante do exercício regular de um direito. Resultará claro que os argumentos doutrinários foram desenvolvidos para o esclarecimento das condutas neutras de modo genérico não caracterizando, entretanto, fator impeditivo para trasladar essa construção teórica – ainda que denote certa ênfase na insistência em retornar à categoria do tipo objetivo –, a fim de adequá-la às circunstâncias decorrentes da atuação do advogado defensor.

¹ *Vide*, por exemplo, o Informe Explicativo da Convenção referente ao Branqueamento, Identificação, Embargo e Confisco dos Benefícios econômicos derivados do delito, de 1990 (Convenção de Estrasburgo) em que se discute a respeito dessa temática. Cfr. texto da nota 156, *supra*.

[2](#) Contrário a qualquer espécie de interpretação gramatical ao dispositivo do art. 301. 1 do Código Penal Espanhol, *vide* ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*, p. 258.

[3](#) Em relação ao legislador espanhol, *vide* as críticas de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 167-168, ao denunciar um certo “automatismo” em incorporar a regulação sugerida pelos documentos internacionais sem a menor originalidade em considerar as peculiaridades do ordenamento de cada Estado-membro.

[4](#) Especialmente *vide* o pensamento de ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto. **El blanqueo de capitales. La comisión culposa y las profesiones jurídicas**, p. 197 e s.

[5](#) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Comentarios al nuevo Código Penal**, p. 1377.

[6](#) *Vide*, por exemplo, a Convenção sobre a Lavagem, Identificação, Embargo e Confisco dos Benefícios Econômicos derivados do Delito (assinada em Estrasburgo em 8 de novembro de 1990), que no seu art. 6.3 faculta as partes para tipificar como delito as ações de branqueamento nas quais o agente deve presumir que os bens eram produto de um delito.

[7](#) *Vide* SERRANO GONZALES DE MURILLO, José Luís. **Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo**, p. 1723. Apontando a dificuldade em concretizar o dever de cuidado exigível para a adequação do delito culposo, *vide* também CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**, p. 127.

[8](#) Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 278.

[9](#) Nesse sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Idem*. As críticas de Aranguez Sánchez foram divulgadas inicialmente na doutrina pátria por obra de CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, p. 126.

[10](#) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Idem*.

[11](#) Na doutrina pátria, *vide* BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**, p. 58-60; MORO, Sergio. **Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem**, p. 91 e s.; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**, p. 135 e s. Na experiência comparativa, exige-se o conhecimento da proveniência ilícita dos bens no momento da sua obtenção: *vide* o § 261.II. n.2 da legislação penal alemã.

[12](#) *Vide* GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. **La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales**, p. 91 es.

[13](#) *Vide* PITOMBO, Antônio Sérgio A. **Lavagem de dinheiro**, p. 136; CALLEGARI, André Luis. *Op. cit.*, p. 157; BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**, p. 59. Admitindo o dolo eventual no tocante à figura do art. 1º, § 2º, inciso I, *vide* DA SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. In: Comentários ao estudo de Kai Ambos. **Lavagem de dinheiro e direito penal**, p. 55.

[14](#) Denominação usada por BACIGALUPO, Enrique. **Sobre el estado actual de la teoría del delito**, p. 310.

[15](#) BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, p. 310.

[16](#) BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.*, p. 304; GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Op. cit.*, p. 101.

[17](#) Favoráveis à figura do dolo eventual na doutrina espanhola, *vide*: ARANGUÉZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 274-276; CORDOBA RODA, Juan. **Abogacia, secreto profesional y blanqueo de capitales**, p. 69; FARALDO CABANA, Patricia. **Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal**, p. 146; GÓMEZ INIESTA, Diego J. *Op. cit.*, p. 54 e s.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 1374. Também AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 12. Na literatura pátria, admitem o dolo eventual no tipo básico da lavagem MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. *Op. cit.*, p. 88. Reconhecendo a possibilidade por meio das soluções do direito comparado, especificamente na adoção da teoria da cegueira deliberada, que se assemelha ao dolo eventual, admite essa modalidade MORO, Sergio. *Op. cit.*, p. 96-101. Nessa linha, destacando a sua improcedência em relação ao art. 1º, § 2º, II, *vide* DE SANCTIS, Fausto Martin. *Op. cit.*, p. 51. De fato, quanto ao art. 1º, § 2º, II, não é possível admitir a figura do dolo eventual.

[18](#) ZIELINSKI, Diethart. **Dolo e imprudencia**, p. 32-33.

[19](#) ZIELINSKI, Diethart. *Op. cit.*, p. 42.

[20](#) ZIELINSKI, Diethart. *Op. cit.*, p. 41-42.

[21](#) Nesse ponto, *vide* o texto da nota 439, *infra*. A propósito, *vide* ainda o art. 10 do CP Espanhol e o § 15 do StGB. Em ambos diplomas legais não existe qualquer referência aos elementos “conhecimento e vontade do dolo” e a diferenciação entre as modalidades de dolo direto e dolo eventual.

[22](#) FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 65 e s.

[23](#) *Vide* ainda FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 43 e 63. *Vide* ainda texto da nota 518, *infra*.

[24](#) Nesta ordem, *vide* as críticas à imposição metodológica do finalismo desenvolvidas por ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 37 e s.

[25](#) BACIGALUPO, Enrique. **Sobre el estado actual de la teoria del delito**, p. 304.

[26](#) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Derecho penal de la empresa e imputación objetiva**, p. 95.

[27](#) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Op. cit.*, p. 96.

[28](#) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Op. cit.*, p. 96, nota 171. É sobejamente conhecido que o tratamento do dolo está intrinsecamente atrelado à questão probatória. Nesse diapasão, servimo-nos das palavras de Gustavo Badaró, para o qual o dolo deve ser aferido por abdução: “Se é verdade que na investigação da subjetividade do agente, o fato externo é que indica o elemento interno, isto não quer dizer que o dolo possa ser presumido. O Juiz deverá se convencer da ocorrência do dolo, ainda que, para tanto, deva se basear em elementos objetivos. Estes dados objetivos devem estar provados e convencer o Julgador, sem margem de dúvida, sobre qual era a intenção do acusado. A inferência do elemento subjetivo a partir de dados objetivos não significa que o dolo seja presumido”. *Vide Ônus da prova no processo penal*, p. 307.

[29](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo**, p. 1486.

[30](#) MORO, Sergio. *Op. cit.*, p. 92. Tratamento diverso poderemos encontrar no verbo “receber”, pois este só se concretiza com o cumprimento da exigência “para ocultar ou dissimular” prevista no § 1º da Lei n. 9.613/98.

[31](#) *Vide* BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 59; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 267.

[32](#) Cfr. texto da nota 168, *supra*.

[33](#) Na legislação alemã, o tipo penal do “Branqueamento de dinheiro, ocultação fraudulenta de valores patrimoniais ilícitos” do § 261 (2), n. 1 do StGB e na lei penal espanhola, no seu art. 301, incisos 1, 2 e 3, encontra-se em vigor um tipo penal cujo sentido literal também compreenderia a recepção de honorários por parte dos advogados criminalistas. *Vide* WIRTZ, Georg; BERMEJO. *Op. cit.*, p. 458; CORDERO BLANCO, Isidoro. **Cobro de honorarios de origen delictivo**, p. 3. No tocante à legislação espanhola, *vide* a lição de RAGUES I VALLÈS, Ramon. **Blanqueo de capitales y negocios standard**, p. 129 e s. GOMEZ INIESTA, Diego J. *Op. cit.*, p. 51. Na literatura nacional, Barros opinou nestes termos: “Somente em caráter excepcional se poderá responder afirmativamente a esta indagação, e isto se, no caso concreto, ficar realmente comprovado que o profissional agiu com dolo específico do crime de ‘lavagem’”. *Op. cit.*, p. 190.

[34](#) AMBOS, Kai. **La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”**: lavado de dinero, p. 17. Na tradução ao português realizada por Alflen da Silva, *vide* p. 69.

[35](#) BLANCO CORDERO, Isidoro, *Op. cit.*, p. 7 e s.; FARALDO CABANA, Patricia. *Op. cit.*, p. 28. PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado**, p. 798 e s. Dessa última autora, *vide* também **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**: el ejercicio de la abogacia y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales, p.169 e s.; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, 127 e s.; WIRTZ, Georg; BERMEJO. *Op. cit.*, p. 451 e s.

[36](#) Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**, p. 182.

[37](#) ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 32.

[38](#) Cfr. Capítulo 12, *infra*.

[39](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado**, p. 832.

[40](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**, p. 183.

[41](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**, p. 185. Pelo contrário, e citando a reflexão de Ragues, afirma essa autora: “si el asesoramiento tiene por objeto cómo ocultarlos – reinsertarlos blanqueados en el tráfico económico – entonces la actividad del letrado contribuye al mantenimiento de la capacidad económica de quien ha cometido previamente un delito”. *Idem. Ibidem*. De forma categórica, Juan Cordoba Roda afirma: “Una cosa es el llevar a cabo una conversión de bienes – que es lo propio del blanqueo – y otra distinta el efectuar un consumo o una compra de servicios

(...) el pago al abogado equivale a la retribución de unos servicios de asesoramiento o de dirección letrada. En virtud de dicho pago no tiene lugar la adquisición, conversión o transmisión de bienes. Tal pago no puede pues comportar un blanqueo de capitales. En suma, no da lugar a la realización de la parte objetiva del tipo”. *Op. cit.*, p. 62-63.

[42](#) Inicialmente RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Op. cit.*, p. 150.

[43](#) *Vide* RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Op. cit.*, p. 151.

[44](#) RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Op. cit.*, p. 151. Também PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**, p. 184.

[45](#) Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 179, nota 24.

[46](#) *Vide* o texto da nota 222, *supra*. Destaque-se que a procedência doutrinária do “princípio da idoneidade”, visando elucidar o alcance do instituto da cumplicidade mediante a invocação das condutas neutras, tratadas no âmbito do tipo objetivo, deve ser creditada ao estudo de Frisch. A respeito, ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 51. *ide* PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 188.

[47](#) *Vide* o texto da nota 222, *supra*. Destaque-se que a procedência doutrinária do “princípio da idoneidade”, visando elucidar o alcance do instituto da cumplicidade mediante a invocação das condutas neutras, tratadas no âmbito do tipo objetivo, deve ser creditada ao estudo de Frisch. A respeito, ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 51.

[48](#) Cfr. CORDOBA RODA, Juan. **Abogacia, secreto profesional y blanqueo de capitales**, p. 59. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 1376.

[49](#) Por todos, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 248. Ressalta esse autor que em outras situações mais conflitivas não se poderá recorrer ao princípio da insignificância sobretudo nos casos em que o serviço não denote um valor econômico irrelevante. Exige para a exclusão de eventual pena por lavagem de capitais, dois requisitos: 1) que o adquirente do bem ou serviço se comporte como mero consumidor; 2) que a negociação não implique um ato de investimento. Ademais, que o legislador não tenha proibido expressamente o estabelecimento de relações mercantis a determinados sujeitos que por sua posição no mercado são chamados a colaborar na *persecutio* do branqueamento. *Op. cit.*, p. 249.

[50](#) Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**, p. 187.

[51](#) A respeito do precioso ensino de Roxin, cfr. o texto da nota 229, *supra*. Também PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 173.

[52](#) *Vide* DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à lavagem de dinheiro**. Especialmente o Capítulo 6: Advocacia, compromisso com a verdade, direito à defesa, buscas em escritórios e sigilo, p. 85 e s.

9 PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS PARA RESTRINGIR O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS: A SOLUÇÃO DA TIPICIDADE

Pelo exposto, em matéria das condutas neutras, a maior parte da doutrina penal tende a encontrar no terreno da tipicidade a restrição do tipo penal da lavagem de capitais para os casos em estudo. Verificam-se dois acentuados posicionamentos, quais sejam, a proposta inserida no âmbito do tipo objetivo e as direcionadas à importância da limitação no plano do elemento subjetivo¹.

A utilização do risco permitido como critério delimitador da cumplicidade que acabe por ultrapassar o filtro da imputação objetiva receberá explicação de natureza objetiva e subjetiva. A primeira buscará identificar quais ações facilitam ou favorecem a ação de terceiro, existindo ou não uma finalidade autônoma naquelas. Já a segunda buscará o prévio conhecimento do plano delitivo do autor em detrimento do risco permitido.

9.1 Critérios aplicáveis ao tipo objetivo

Os posicionamentos doutrinários favoráveis ao tratamento jurídico-penal na esfera do tipo objetivo, nos casos do recebimento do advogado de honorários supostamente maculados, partem de diversas propostas teóricas cujas conclusões, via de regra, são coincidentes quanto ao afastamento da incidência do tipo penal da reciclagem quando efetivamente for oferecida uma defesa técnica legal por parte do defensor, considerando essa atuação atípica nos moldes das *condutas normais da vida cotidiana*, preconizada por Frisch². Basicamente os critérios apresentados são os seguintes:

9.1.1 A teoria da adequação social

O primeiro critério citado na maioria das pesquisas até o momento desenvolvidas sobre o tema é o da “adequação social”³. É sabido e ressaltado pela doutrina que esse critério foi criado e aperfeiçoado por Hans Welzel⁴, o qual detém o privilégio de ser o precursor na intenção de conceber o lado objetivo do injusto como perturbação social, ou seja, como expressão de sentido de incompatível com a norma⁵.

Consiste em um modelo auxiliar de interpretação apto a restringir o alcance do tipo, abarcando ocasionalmente condutas recepcionadas pela ordem social. Se o tipo delitivo estabelece um modelo de conduta proibida, este não poderá englobar na sua interpretação, situações aparentes, condutas lícitas e socialmente adequadas. A matéria de proibição dos tipos penais diz respeito apenas a ações “que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social historicamente establecida”⁶.

Os exemplos vertidos nos manuais são elucidativos. Citemos dois deles: o primeiro diz respeito ao ferimento resultante de um pontapé durante um jogo de futebol. Este poderia ocasionar uma lesão corporal dolosa, mas como se trata de prática esportiva socialmente aceita, a sua ação desde o início estará excluída do tipo, estando situada “entre os comportamentos normalmente permitidos, isto é, materialmente atípicos”⁷. O segundo exemplo trata dos pequenos presentes de fim de ano, propagados no meio social, ofertados aos carteiros⁸ e a outros funcionários prestadores de serviços à coletividade (por exemplo, os lixeiros). Essa prática socialmente aceita não poderia ser considerada como modalidade de crime contra a Administração Pública. Certamente nenhum Tribunal acolheria uma demanda penal dessa natureza, pois para esse caso a adequação social representaria um modelo idôneo para delimitar a tipicidade objetiva do delito. Na realidade, a teoria da adequação social surgiu como critério auxiliar para restringir a amplitude da punição advinda do estrito causalismo dominante nos anos trinta do século passado⁹.

As hipóteses apresentadas na doutrina penal podem demonstrar sua utilidade em situações mais corriqueiras como as práticas esportivas e nas singelas ofertas de fim de ano a servidores públicos, mas o seu alcance também incidirá no desenvolvimento de ações praticadas com o dever de cuidado respectivo e que estejam arraigadas no marco da ordem histórico-social, não realizando o tipo objetivo mesmo quando apresentem um perigo

para bens jurídicos penalmente tutelados. Inúmeros são os casos, valendo destacar o da “participação no moderno tráfego motorizado, ferroviário ou aéreo”¹⁰ e do “funcionamento de um reator nuclear, a produção de armas e materiais explosivos...”¹¹.

Assiste razão a Stratenwerth quando esclarece que: “a la formula de la adecuación social se ha ligado desde tiempo atrás la idea de que no toda puesta en peligro de otros puede estar prohibida, sino que solo se puede exigir observar determinada medida mínima de cuidado y consideración. Este critério aparece recién en la segunda mitad del siglo XIX, como consecuencia característica de la industrialización”¹².

Nesse diapasão, o tráfego viário e a utilização de tecnologias modernas, entre outras, deveriam ser suprimidos caso se pretendesse abolir qualquer tipo de perigo. Por isso, segundo a doutrina, somente seria possível restringir a mínima parte do perigo que não pode ser excluído caso a atividade correspondente seja permitida. Para a designação do perigo subsistente, tem-se adotado, já há algum tempo, o conceito de “*risco permitido*”, não existindo motivo para se limitar essa figura jurídica à conduta imprudente¹³.

Ressalte-se, assim, que a ideia do critério da adequação social compreenderia também as situações de produção dolosa do resultado nas quais o autor tenha cumprido com o dever de cuidado dele exigido¹⁴.

Nesse caso, são oportunos os exemplos oferecidos por Jescheck: “O marido que abandona sua família se mantém todavia no marco de uma atuação adequada socialmente, ainda que saiba que poderá provocar o suicídio de sua esposa. O barman de um hotel que tenha servido álcool a um condutor de veículo automotor só deverá impedir que este prossiga sua viagem se a embriaguez do cliente tenha alcançado um grau avançado que lhe impeça de atuar responsavelmente”¹⁵.

Seguindo o magistério do próprio Welzel, “as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, senão condutas que se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social. Este marco nem sempre é fácil de ser determinado nem expressado”¹⁶.

Na doutrina nacional, o estudo específico de Greco é pioneiro em ressaltar pontos em comum entre as ações neutras e as ações socialmente

adequadas. Citado autor lança a pergunta “E há ações mais integradas à vida comunitária do que vender um pãozinho, prestar assessoria jurídica ou dirigir um táxi?¹⁷. De sua pesquisa, depreende-se que não faltaram tentativas para resolver os problemas da cumplicidade através de ações neutras por meio do critério da adequação social, citando o exemplo da venda de bebida alcoólica ao motorista por parte do *barman* como próximo ao caso da cumplicidade¹⁸.

Observe-se a clara objetividade do estudo de Greco ao se perguntar se o critério da adequação social é apto para resolver os casos de cumplicidade através de ações neutras¹⁹. Sem qualquer espécie de rebuço, a resposta do autor não se deixa esperar, declarando a negatividade. É evidente que, assentado na posição majoritária, a qual lhe concede o *status de princípio geral de interpretação*²⁰, procede, nessa senda, a análise de Greco ao apontar a imprecisão do critério da adequação social²¹, pois não se sabe ao certo a definição do socialmente adequado ou inadequado²², sobretudo em um Estado Democrático, que deve ser, por definição, tolerante com a diversidade.

Corroborar-se, desse modo, a inquietação do mentor dessa categoria, ao asseverar que nem sempre é possível determinar com precisão quais são as condutas enquadradas no marco da liberdade de ação²³.

Um importante esclarecimento se impõe nesse momento da exposição para não se afastar do objeto da investigação: conforme visto, o critério da adequação social na sua origem serviria como instrumento de exclusão da tipicidade de comportamentos socialmente adequados e poderia ter utilidade como critério de interpretação no marco do favorecimento de delitos alheios.

Nesse último caso, os estudos doutrinários apontam a atividade bancária em relação aos fatos delitivos de seus clientes. As conclusões obtidas coincidem em justificar a impunidade do empregado bancário mediante a aplicação da teoria da adequação social. Nesses termos, seria socialmente adequada a conduta conforme às normas da atividade, sem embargo de favorecer, conscientemente, o delito de terceiro²⁴.

Sob essa perspectiva, poder-se-ia eventualmente encontrar, nos postulados da teoria, assentamento para a situação específica do advogado e

dos honorários maculados. Nesse ponto, estudos não faltam para atestar que em matéria de lavagem de capitais, pelo critério auxiliar interpretativo da adequação social, ficariam excluídas do tipo as operações mercantis e societárias correntes desenvolvidas dentro da normalidade, nos limites de uma gestão ordenada da atividade empresarial. Dentro da denominada “atividade normal” estaria inserida a recepção de honorários maculados por parte do advogado²⁵. É na lição de Welzel que encontramos: “son socialmente adecuados los negocios que se mantienen dentro de los limites de una gestión ordenada aunque luego resulten desventajosos...”²⁶.

Entretanto, uma reflexão teórica merece ser desenvolvida justamente para poder estabelecer que o critério da adequação social não conseguiria ser apto para delimitar a tipicidade objetiva nos casos do recebimento de honorários maculados sem adentrar nos pormenores a respeito de sua natureza de “ação neutra”, incidindo na discussão da cumplicidade. E a justificativa dessa ponderação é movida pelo fato de, *prima facie*, estarmos convencidos de a atividade do defensor restar acolhida pelas hipóteses das ações neutras como comumente estabelece a doutrina penal²⁷.

Prosseguindo na reflexão a respeito da utilidade do critério da adequação social, a doutrina, na sua grande maioria²⁸, acaba posicionando-se contrariamente, pois a adequação social da conduta é o resultado de uma valoração incapaz de especificar qual é o critério empregado para delimitação do tipo. Não se tem a segurança jurídica necessária para aplicar uma definição precisa a respeito da configuração do socialmente adequado; mesmo porque nem todas as condutas socialmente inadequadas se refletem como típicas, nem tampouco as socialmente adequadas sempre serão consideradas atípicas²⁹.

Com isso, o critério da adequação social não serve como referencial válido e seguro para estabelecer o alcance do risco inerente às condutas de colaboração com o agente principal. Ademais, o interesse suscitado por esse critério no âmbito doutrinário se reflete justamente na ausência de parâmetros identificadores perante os elementos do fato punível. Um setor doutrinário o considera instrumento de exclusão de tipo, outro lhe concede o tratamento de causa de justificação e finalmente outros o adotam como causa de exculpação³⁰.

Em uma análise mais detida, a proposta da teoria da adequação social apresenta uma valoração genérica das condutas, mostrando-as quase estereotipadas, sem atentar para o fato de que a relevância penal de uma conduta é deduzida de todas as circunstâncias envolvidas³¹.

Na lição de Robles Planas, a discussão não reside no fato de uma conduta ser socialmente inadequada para ser punível, mas, sim, sob quais condições possa afirmar-se que uma ação se orienta dentro de valorações sociais positivas³². Ilustrativamente, a venda de uma faca, a prestação de uma consultoria jurídica e a venda de bebidas alcoólicas constituirão, em princípio, condutas socialmente adequadas, mesmo constituindo, no sentido natural (o fato “venda de uma arma”), a causa do resultado típico.

A cogitação de eventual sancionamento a essas atividades limitaria irremediavelmente a liberdade intrínseca ao modelo da vida social. Sob esse prisma, tanto a venda de um veículo quanto a prestação de serviços advocatícios estão decisivamente inseridos no regular desenvolvimento da vida em sociedade.

A questão, portanto, não guarda relação com a referência genérica sobre a atividade em si considerada dentro dos marcos da liberdade de ação social, mas diz respeito a uma valoração quanto ao sentido delitivo destinado pelo autor³³. Essas condutas esgotam-se no *standard* normativo regulador no contexto no qual se realizam.

Nesse ponto, o argumento de Frisch denominado “princípio da idoneidade” merece novamente ser trazido à baila, ao prescrever que a eventual proibição dirigida aos que realizam essas prestações – mesmo imbuídos de má intenção – não comportaria o mínimo efeito de proteção para o bem jurídico, pois o suposto beneficiado dessa conduta poderia livremente, e sem nenhum risco, obter tais serviços junto a outro prestador³⁴. Deduz-se dessa análise aspectos decisivos para delimitar o campo da ação socialmente adequada das chamadas ações neutras impuníveis, pois quando se identifica o significado delitivo da conduta, podemos encontrar ações neutras puníveis.

Na crítica à adequação social desenvolvida por Roxin, tal teoria é superada por meio do critério do risco permitido (imputação objetiva) e do princípio da insignificância, aglomerando os diversos casos passíveis de solução nesses dois grupos. Segundo Roxin, tanto o critério do risco

permitido quanto o princípio da insignificância são mais precisos do que o método interpretativo da adequação social.

No primeiro grupo do risco permitido ou juridicamente irrelevante (tráfego viário, por exemplo), ao se observarem as regras correspondentes, mantêm-se a conduta dentro do risco usual no tráfego, desse modo, não se preencheria o tipo de lesão não obstante a produção de um resultado. Por princípio, a imputação ao tipo objetivo pressupõe que o resultado seja decorrente de um risco criado pelo autor, e não permitido.

Dessa forma, a tipicidade seria excluída com os critérios gerais de interpretação da teoria da imputação objetiva. No segundo grupo, trata-se da exclusão do tipo das ações insignificantes e socialmente toleradas (por exemplo, pequenas ofertas ao funcionário público pelas festas de fim de ano). Nesse caso, inexistente figura típica em decorrência da não lesão ao bem jurídico protegido, e não pelo critério da adequação social, o qual seria assaz impreciso³⁵.

Essa discussão, desenvolvida na esfera dos delitos comuns, é extensiva para os delitos de lavagem de dinheiro. O exemplo ofertado por Pérez Manzano é assaz apropriado: “se um conhecido narcotraficante cuja foto sai continuamente nos jornais e tem vários casos penais abertos se aproxima para comprar um pão na padaria, constitui lavagem a aceitação de dinheiro com a suspeita de que procede do narcotráfico?”³⁶.

Parece óbvio que o ato de receber o dinheiro é sinalagma da venda do produto, constituindo genericamente uma conduta socialmente adequada. Adentrando na situação da recepção do dinheiro maculado em pagamento da defesa técnica, poder-se-á constatar que essa atividade própria do profissional não se insere no campo do risco juridicamente desaprovado e nem poderia se adequar ao grupo relativo das ações insignificantes e socialmente toleradas, pois está assentada em garantias constitucionais como da ampla defesa e do livre exercício da profissão, valores estes revestidos de legitimidade constitucional postos a transcender o campo limitado de interpretação restritiva orientada ao bem jurídico tutelado.

Não obstante na doutrina se destaque o papel precursor da adequação social como “ponto de partida de toda a teoria da imputação objetiva”³⁷, esse mesmo critério, como instrumento normativo, não possui a precisão necessária de aplicabilidade porque não determina o postulado a ser

inserido na noção de conduta socialmente adequada. Frente a tal indeterminação, julga-se que a teoria da adequação social não ostenta relevância normativa direta.

Desse modo, a perspectiva genérica de valoração estereotipada das condutas, própria da adequação social, é inapropriada para a delimitação do tipo no seu viés objetivo, principalmente porque essa subsunção não constitui um “bloco monolítico”³⁸, de apenas um elemento, qual seja, a ação. De modo diverso, o tipo objetivo requer outras condições além da ação: nexos causal, resultado e a imputação objetiva. Em acurada síntese, Greco aponta que as condutas neutras sempre revelam os três primeiros aspectos: ação, resultado e nexos causal, restando a problemática para a imputação, e aqui o critério da adequação social torna-se inadequado³⁹.

9.1.2 Redução teleológica do tipo de lavagem de capitais

O segundo critério pelo qual se busca restringir a aplicabilidade do tipo penal de lavagem é o chamado “fim de proteção da norma”. Os representantes da solução do tipo se apoiam nos postulados da teoria da imputação objetiva em sentido amplo, desenvolvendo reflexões teleológico-normativas⁴⁰. A matriz teórica desse entendimento tem sua origem na análise da normativa alemã referente à lavagem de capitais, parágrafo 261 do *Strafgesetzbuch* (StGB).

É sabido que a finalidade do legislador com as normas de reciclagem é impedir o ingresso oculto dos ganhos ilegais no âmbito legal, visando com isso isolar economicamente aos autores dessa prática delitativa. Com esse intuito, são concedidos às autoridades de investigação mecanismos processuais para reconstruir o percurso financeiro cumprido pelos bens de origem ilícita, e ao mesmo tempo ter mais conhecimento e acesso ao núcleo de eventuais organizações criminosas⁴¹. Tal escopo genérico, estampado na normativa estrangeira, vale também para nossa realidade, principalmente no tocante às declarações de intenções dentro do marco da política criminal direcionada à prevenção e à repressão do delito de lavagem de capitais.

Usando a reflexão de Barton, a recepção de dinheiro de origem delitativa por parte de um advogado em razão dos serviços usuais ou *standard* não

caracteriza a modalidade do delito de lavagem, inexistindo na aceitação de honorários infiltração no marco econômico legal. As razões apontadas por esse autor são singelas: “Os advogados gozam de um status jurídico especial nas suas relações com os cidadãos, devendo manter discrição sobre os fatos que eventualmente tomem conhecimento em razão do exercício da sua atividade profissional (sigilo profissional)⁴²”.

Esse *status jurídico especial* teria assentamento na proteção legal da relação de confiança imprescindível a permear a necessária aproximação entre os advogados e os clientes, demandantes da prestação dos serviços. O pano de fundo dessa problemática reside na ponderação de interesses entre o Estado que procura mais informações a respeito de determinadas atividades, em favor da prevenção e repressão do delito, e, contudo, o interesse dirigido à proteção da confiança do cidadão no seu advogado. Esse é o embate estabelecido e que exige uma razoável ponderação dos interesses em questão.

Segundo Barton, a redução teleológica do tipo de lavagem, com base no critério do fim de proteção da norma, estabelece a seguinte orientação: a proteção dos dispositivos da lavagem não resultaria lesionado pela prestação de serviços do advogado cujos honorários advenham de origem delitiva, pois está claro que os tipos de reciclagem têm como bem jurídico predominantemente protegido a Administração da Justiça.

Se a norma pretende garantir o bom funcionamento da Administração da Justiça, ela não poderia ter um alcance parcial, identificando-se exclusivamente com os interesses do Estado-

-Acusação, olvidando-se dos interesses da defesa técnica do acusado⁴³. Sob esse prisma, o advogado, considerado no nosso sistema legal como “indispensável à administração da justiça”(art. 133 da Constituição Federal), resguardaria os interesses dos denunciados em prol de uma concepção abrangente do bem jurídico a ser protegido. Acrescente-se: se o tipo de lavagem busca contribuir com a Administração da Justiça na realização de suas funções, tal desiderato não poderá ser atingido, dificultando-se o acesso à defesa e a todos os meios a ela inerentes. Obviamente, a interpretação da norma deve considerar a Administração da Justiça em seu sentido amplo, incluindo-se, nesse ponto, a assistência técnica legal.

Em favor da tese de Barton, estaria um outro argumento de igual relevância no tocante ao bem jurídico. Ciente da complexidade quanto à identificação pacífica em tema dos interesses protegidos no delito de lavagem, pois nem todos os autores concordam com a tese única da Administração da Justiça, no marco da objetividade jurídica, a indicação do denominado bem da “segurança interior”, a ser tutelada pelo tipo penal de lavagem, também não estaria ameaçada quando um advogado aceite os honorários em decorrência da prestação de seus serviços profissionais. A assertiva adquire total procedência: “a segurança interior necessita da paz jurídica e das garantias processuais do Estado de Direito. A estas também pertence a defesa advocatícia”⁴⁴.

As críticas a esse critério de restrição sob uma perspectiva essencialmente normativa não se fizeram esperar. Para a doutrina, depreende-se uma contradição com o teor literal do texto legal, bem como uma indeterminação do critério de restrição utilizado⁴⁵. Tal entendimento advém supostamente das indefinidas limitações do tipo lastreadas nos fins perseguidos pela norma. Inclui-se nessas críticas uma alegada falta de unidade no momento da determinação do bem jurídico protegido pelo delito de lavagem.

Não existiria um critério único acerca de qual seria o bem jurídico protegido, questão essencial para se efetivar uma interpretação teleológico-normativa no marco jurídico-penal⁴⁶. Quando os tribunais se manifestaram a respeito, o fazem no sentido de apontar as disputas sobre qual seria o bem jurídico referendado pelo parágrafo 261, inciso 2.I, do StGB. Especificamente, o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*), em decisão profusamente comentada pela doutrina⁴⁷, após descrever os posicionamentos teóricos na literatura penal alemã indicadores dos diversos bens jurídicos, entre eles o critério da “segurança interna” defendido por Barton, assim explanou: “a refutação do resultado de interpretação encontrado com os métodos usuais necessariamente fracassa já por causa da amplitude e vagueza dos bens jurídicos potencialmente protegidos pela norma penal; nenhuma das orientações até hoje defendidas sobre o bem jurídico da proibição da lavagem de dinheiro almeja eximir o advogado de defesa do grupo dos possíveis perpetradores”⁴⁸.

Ainda no campo das críticas à tentativa de restrição sob o viés teleológico, foram refutadas por Ambos, ao considerar que o objetivo precípua da política criminal contra a lavagem albergaria em uma leitura literal do alcance do tipo os honorários advocatícios de origem maculada. O fim do parágrafo 261 do StGB da legislação penal alemã não deixa dúvidas: *isolar completamente o autor da lavagem*. Consequentemente, não seria suficiente considerar a criminalização de aquisição de produtos de luxo, ou imóveis por parte do autor. Seria também necessário e eficaz – à primeira vista – ao alcance do objetivo proposto, incluir os honorários advocatícios. Sem adentrar na postura assumida por Ambos nessa temática, a qual defende dogmaticamente a solução do problema ora discutido pela tese da justificação⁴⁹, é preciso ressaltar um dado de ordem prática denotador da permanência da discussão no âmbito do tipo: o delito antecedente não é cometido com vistas a obter vantagem econômica a ser empregada no pagamento de honorários advocatícios. Mas, sim, almeja-se o gozo e usufruto das vantagens materiais, de modo essencialmente diverso (e não pelos cânones da contratação do profissional da advocacia).

Deve-se considerar que a adoção do critério do bem jurídico protegido – ponto de partida da interpretação teleológico-normativa no campo penal – tem aglutinado posicionamentos diversos que dificultam um consenso quanto à elaboração de uma interpretação restritiva do delito de branqueamento. Nesses termos, relevante é a crítica do Tribunal Constitucional à tese defendida inicialmente por Barton⁵⁰, e, é evidente, sob o prisma de política-criminal aduzido por Ambos, o objetivo da normativa não deixa dúvida ao incluir todo o proveito decorrente do ilícito, e aqui não poderia se exonerar, por essa razão, os valores referentes aos honorários.

Todavia, a par das críticas e de uma ausência de limitação jurídico-penal à amplitude dos postulados da imputação objetiva utilizados por Barton, algumas considerações devem ser vertidas com a intenção de demonstrar a utilidade desse critério quando destinado à compreensão específica da exclusão das condutas neutras dentro do marco da tipicidade.

Nos estudos de Pérez Manzano, com enfoque na normativa espanhola, caberiam duas opções interpretativas das condutas típicas incluídas na figura da lavagem de capitais. A primeira teria uma natureza mais ampla ao considerar, por meio dessa figura típica, a sanção a várias condutas

independentes: a aquisição, conversão e transformação de bens com o conhecimento de sua origem delitiva, a realização de qualquer outro ato com o escopo de ocultar ou acobertar a origem do delito. E a segunda atestaria uma interpretação mais restritiva aglutinando as finalidades de ocultação ou de dissimulação com as condutas de aquisição, conversão, transmissão de bens, incluindo-se as de recebimento.

Dessa forma, tais condutas apenas se sancionariam quando realizadas em concurso com algumas dessas finalidades⁵¹. Destaca a citada autora o apoio majoritário recebido pela interpretação restritiva pela doutrina, não decorrendo seu resultado diretamente da leitura do texto legal, pois este poderia imprimir um caráter mais alternativo às diversas condutas descritas, ao invés de acentuar suas finalidades, no caso da ocultação ou da dissimulação⁵². Acentua ela que as interpretações doutrinárias restritivas se apoiam principalmente no bem jurídico protegido. Na visão dessa exegese, tal e qual afirmado acima⁵³, o bem jurídico a ser protegido será basicamente o da Administração da Justiça, pois “careceria de sentido político-criminal sancionar condutas não dirigidas a ocultação ou acobertamento”⁵⁴.

Justamente essa interpretação restritiva demonstrará sua utilidade para confirmar os traços de atipicidade próprios das condutas neutras quando a atuação do profissional não apresenta as finalidades de ocultação ou dissimulação. E, nesse ponto, reafirme-se, impõe-se novamente a necessária observação⁵⁵: não se está a requisitar um elemento subjetivo ou um propósito determinado, mas, sim, exige-se que o delito de lavagem não perca seu caráter instrumental ligado a outro delito.

Toda atuação estará destinada a ocultar ou dissimular a origem dentro de uma perspectiva objetiva, isto é, os atos de aquisição, recebimento, transformação e transmissão devem ser dirigidos a facilitar ou favorecer a conduta típica de terceiro, possuindo essa atuação um claro sentido delitivo. Valem aqui, sob o prisma dogmático-penal as considerações apresentadas quando do tratamento dos elementos do injusto da lavagem, os quais atestam a procedência da interpretação restritiva, com especial ênfase à exclusão do tipo das condutas neutras.

9.1.3 A tese de W. Wohlers

Dentro das propostas de restrição da aplicação do delito de lavagem no âmbito do tipo objetivo, a tese de Wohlers merece um tratamento específico⁵⁶. Para esse autor, o recebimento de honorários independentemente do valor ou da forma de pagamento não seria um comportamento penalmente relevante.

Na sua opinião, somente os “*honorários fingidos ou simulados*” é que deveriam adentrar no âmbito da tipicidade, pois seriam realizados sob o pretexto de uma defesa criminal, quando na verdade acabariam retornando para o cliente ou para um terceiro interessado no ingresso desse capital no circuito legal. É evidente, nesse caso, o advogado estaria atuando mais como um agente “branqueador”, ignorando o exercício da profissão e decorrentes prerrogativas⁵⁷.

Wohlers é categórico na sua assertiva quanto à inexistência de tarifas “tabeladas” para os advogados livremente escolhidos. Desse modo, não entrariam na categoria de honorários fingidos mesmo aqueles valores “incomuns” ou “extraordinariamente elevados”.

Nos casos em que o advogado se apresenta para exercer a defesa técnica diante da opinião pública, somente poderiam ser considerados honorários simulados nas hipóteses nas quais a remuneração retorna ao acusado do delito ou serve de meio para beneficiar um terceiro a pedido do próprio agente do delito (essa hipótese é conhecida como o “*kik-back- Fälle*”)⁵⁸. As suas conclusões parecem óbvias: se o advogado unicamente recebe o dinheiro dos honorários e não presta seus serviços de modo efetivo, não poderia recorrer ao *status jurídico especial*, devendo ser tratado como qualquer outra pessoa receptadora de bens contaminados e, dessa forma, adentraria na figura típica da lavagem.

Assiste razão a Blanco Cordero quando pondera que essa solução é altamente sugestiva numa visão político-criminal, mas não desenvolve um sólido critério dogmático⁵⁹ dentro dos critérios da imputação objetiva (especificamente no caso do risco permitido) capaz de excluir com satisfação do âmbito do tipo penal comportamentos em tese delineados na figura típica da lavagem, como usualmente se poderia indagar relativamente ao pagamento de “valores extraordinariamente elevados”.

Além disso, não se apresentam referenciais normativos capazes de balizar um contrato de honorários como “*incomum*” ou “*extraordinário*”. O prisma dos “honorários fingidos” poderia desviar o foco da discussão, pois, obviamente, constatada essa modalidade de fraude, deslocar-se-ia a temática para o instituto da autoria na lavagem, não podendo mais referendar essa atuação nos limites da conduta neutra.

Contudo, não se está descartando de plano o argumento lançado por Wohlers no sentido de configurar o tipo apenas aos casos de “honorários fingidos”. Aceita-se essa perspectiva somente a título de uma contribuição teórica no sentido de acrescentar uma condição objetiva (no caso, a existência formal do contrato de honorários) para conceber uma interpretação restritiva do tipo da lavagem, mas um exame aprofundado irá constatar a fragilidade dessa proposta, pois a sua deficiência está em considerar o aspecto dos honorários simulados como critério fundante a ser usado dogmaticamente com o fim de restringir o alcance do tipo.

Aliás, é possível aventar características específicas na advocacia criminal quando o assunto é honorários advocatícios. Em feliz conclusão, Lins e Silva, assim ensina: “Na advocacia criminal não há causa de valor econômico, não há sucumbência. Existem vários aspectos que são levados em conta para estabelecer a cobrança de honorários. A primeira delas é a capacidade econômica do cliente. Em segundo lugar, o que está em jogo é a dificuldade da causa, o tempo que vai demorar. Finalmente, pesa a experiência do advogado, sua capacidade técnica, o tempo de formado e o caminho que ele percorreu para construir sua credibilidade, seu bom nome, seu conceito profissional”⁶⁰.

Adentrar na temática dos honorários demonstrará o quanto é difícil encontrar sólidos critérios normativos e deontológicos (por exemplo, a possibilidade da prestação gratuita de serviços advocatícios por inúmeros fatores alheios à tese acusatória) destinados a mensurar a correta medida do que possa ser considerado ou não valor extraordinário.

Ainda quanto às críticas elaboradas à proposta de Wohlers, atrevemo-nos a somar a seguinte: nos crimes de lavagem, na maioria dos casos práticos, a atuação do advogado criminal se dará no momento em que institutos de natureza processual (como a apreensão ou o sequestro de bens, direitos ou valores do acusado – vide art. 4º da Lei n. 9.613/98) já foram

possivelmente ativados, deixando-se, em regra, sem recursos efetivos ao agente do delito. Como falar de “honorários fingidos ou não” quando no momento da prisão os bens do acusado se encontram bloqueados? Alguém poderia pensar: nesse caso, não deveria o advogado apresentar seu contrato de honorários ao juiz da causa, solicitando a liberação de bens e numerários bloqueados para o pagamento dos serviços profissionais prestados? A resposta só poderia ser negativa, pois os bens e o valor bloqueados são em tese tidos por ilicitamente obtidos. E ainda, o magistrado não poderá dispor desses valores, pois estes encontram-se acautelados até o julgamento do processo. Diversa situação é vislumbrada na utilização de parte do numerário apreendido para o pagamento de honorários a advogados dativos indicados pelo magistrado da causa, prática esta já adotada por alguns juízos⁶¹.

E como estabelecer parâmetros definidos para a cobrança de honorários pelos profissionais que atuam na advocacia criminal justamente quando essa atividade profissional é permeada de especificidades tal como pondera Lins e Silva? Nessa temática, é fácil constatar que algumas indagações teóricas são desenvolvidas sem a devida conexão com pressupostos fáticos, ou realizadas sem se atentar às circunstâncias práticas decorrentes do exercício da advocacia criminal.

No entanto, no direito pátrio, o contrato de honorários advocatícios previamente convencionados apresenta outras particularidades, dentre elas, a recomendação pela forma escrita até sua aceitação na modalidade verbal, definindo-se o objeto, o valor e os modos de pagamento. Em matéria de recebimento de honorários maculados, o modelo de contrato, escrito ou verbal, terá repercussão na aferição ou não do juízo da tipicidade por meio da constatação do instituto do risco permitido, aderindo aos postulados da teoria da imputação objetiva. Para esse fim, dever-se-á incursionar necessariamente na normativa extrapenal e deontológica da profissão do advogado⁶².

9.1.4 Critérios relativos ao tipo subjetivo

Um importante setor da doutrina estrangeira defende a tese da restrição do tipo de lavagem a partir do elemento subjetivo. Sob esta perspectiva, a aplicação da figura típica somente poderia ter efeito nos casos nos quais o advogado tenha absoluto conhecimento da origem delitiva dos valores recebidos a título de honorários⁶³. Desse modo, a imputação dessa atuação profissional passaria a ser um problema do tipo subjetivo, ou seja, do dolo e, mais especificamente, do dolo direto⁶⁴, ficando excluída a figura do dolo eventual e da imprudência. Caso o profissional desconheça a origem ilícita dos valores, poderá recebê-los do seu cliente, pois teria atuado sem o conhecimento e a vontade exigida pelo elemento subjetivo do tipo.

Esse posicionamento adquire ampla receptividade e encontra respaldo sob viés doutrinário⁶⁵ e jurisprudencial⁶⁶. De fato, em termos práticos, resulta cômodo aderir a essa orientação, ao representar um limite à aplicação do tipo penal sem deixar espaços ao surgimento de impunidade na hipótese em se optar pelas perspectivas objetivas.

Lembre-se ainda de que: a controvérsia vertida no campo das condutas neutras acaba se refletindo na tese da solução do dolo, pois uma resposta favorável às perspectivas subjetivas sustenta-se na medida em que facilitaria identificar o sentido delitivo da atuação, ao se descobrir a vontade do agente em aderir à conduta principal de outrem (autor do delito prévio), ou em saber se o agente detém conhecimento quanto às intenções deste último⁶⁷. Essa orientação fica na dependência da disposição interna de quem executa a ação de favorecimento. De certo modo, a existência de um risco tipicamente desaprovado estaria condicionada ao lado subjetivo da intervenção do agente⁶⁸.

Dentre as críticas apresentadas à solução do dolo, encontra-se aquela dirigida ao fato de que para fundamentar a delimitação do conhecimento entre o dolo direto e eventual se apela para os argumentos da teoria da “adequação aos papéis” desenvolvida por Mussig. Para esse autor, a aceitação de uma defesa penal por parte do advogado em decorrência das imputações atribuídas a seu assistido, de ter cometido um dos delitos prévios da lavagem, não poderá afetar o caráter adequado ao papel de um acordo de honorários e do seu recebimento. O defensor penal exacerba seus limites de atuação quando atua com dolo direto, permanecendo exclusivamente na seara dos elementos anímicos do agente⁶⁹.

Ragués I Vallès, ao tratar sobre a resposta doutrinária às condutas *standard*, e, de modo peculiar, a respeito dos critérios subjetivos, tem enfatizado a falta de justificativas convincentes por adeptos dessa tendência em não poder explicar as razões pelas quais nos casos em que se realizam condutas organizadas de lavagem bastaria a figura do dolo direto e, nas hipóteses das prestações *standard*, seja insuficiente essa modalidade. Ou, dito de outro modo, porque o dolo eventual é considerado suficiente para todas as condutas delitivas nas quais não conste expressamente o contrário e, não obstante, seja questionada a sua abrangência no caso do tipo de branqueamento mesmo diante da aceitação da espécie culposa para esse delito (tal e qual se admite na legislação penal alemã e espanhola)⁷⁰.

A solução do dolo mereceu diversos reparos, pois, se bem possa acabar reduzindo em certa medida a sanção ao advogado, não impede a adoção de medidas processuais específicas, dentre elas a abertura de um inquérito policial visando encontrar indícios de autoria e de materialidade, no tocante ao conhecimento prévio da origem ilícita dos valores ou bens. Direcionar o momento da decisão da imputação para o âmbito interno do sujeito pressupõe a realização da conduta objetivamente típica por parte do advogado no momento de receber os honorários contaminados do seu cliente, sendo este um indício de criminalidade justificador da realização de atos de investigação contra o advogado⁷¹.

Acredita-se, no entanto, que encontrar uma possível resposta na perspectiva subjetiva, no sentido de facilitar a dedução de supostos elementos indiciários para identificar o sentido delitivo da atuação, pressupõe antecipadamente ter sido superada a discussão em torno do campo probatório, mas os resultados dessa solução não suportam tal evidência. Para ter um indício, faz-se um juízo de valor apto a pressupor uma instauração probatória, a qual por si só representa uma violação da esfera da atividade profissional. Não se eliminam os indícios, mas se estes constituem causas necessárias, não o são na classificação aristotélica condição suficiente para violar a relação de confidencialidade entre defensor e assistido.

Um eventual predomínio da solução do dolo não poderia ignorar a sua aproximação com a questão probatória, pois resta claro que a sua constatação não pode ser resultado de presunção, mas, sim, de uma

avaliação direta dos elementos de convicção fornecidos por dados objetivos. Será na perspectiva objetiva que se elucidará se o agente superou ou não os limites do risco permitido à sua conduta, e não na esfera, isolada e independente, dos elementos anímicos.

Partindo desse pressuposto, torna-se contundente a crítica de Ragués I Vallès aos intérpretes do modelo espanhol (art. 301 CP) no sentido de que para ser típica a conduta consistente em “*adquirir*” bens procedentes de um delito grave deva realizar-se com o elemento subjetivo acentuado no ânimo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens. O inconveniente dessa perspectiva para a solução dos casos concretos manifesta-se na estrita dependência dos desejos do sujeito ativo⁷².

A tese da solução do dolo, desenvolvida tendo como marco referencial a normativa penal alemã, poderia oferecer um quadro risível e tragicômico tanto para o advogado quanto para o próprio cliente, isto é, ambos poderiam ser investigados e processados ao mesmo tempo. Convenhamos: essa situação é intolerável no Estado de Direito, por constituir uma agressão à “relação de confiança”, elemento imprescindível no elo advogado-cliente.

Observe-se que, em uma situação de contrato de honorários fictícios, em que o advogado atua como agente branqueador, essa cena, de ambos processados lado a lado, seria plenamente plausível, mas de resto inadmissível no tangente a honorários referentes à efetiva prestação técnica da defesa.

Com esse fim, tem-se certamente reivindicada a exclusão do advogado das medidas processuais assentadas na suspeita da aceitação de valores e bens oriundos de atividades criminosas quando efetivamente prestar os serviços para os quais foi contratado, preservando a sua atuação nos contornos das condutas neutras, pois, nessa hipótese, não haveria “ocultação ou dissimulação” de forma a não se cogitar da criação de um risco penalmente desaprovado. Não se estaria ainda com essa devida atuação profissional, nem facilitando, nem favorecendo a conduta do autor do delito prévio.

Diante desse cenário, tem-se proposto uma solução material baseada no “*dolo de suspensão processual*”, fundamentada na imunidade da investigação do advogado⁷³. Conforme esse entendimento, o advogado deve gozar de toda a tranquilidade e confiança na sua linha de defesa, livre

de preocupações referentes a seus próprios interesses, dedicando sua concentração a dar fiel cumprimento às prerrogativas de seu mandato.

Na seara comparativa, invoca-se dispositivos de natureza processual para a exclusão do advogado da atuação na causa diante de situações nas quais *seja suspeito de forma fundada ou justificada de ter atuado em favorecimento ou encobrimento pessoal ou real do seu cliente*⁷⁴. Tal preceito processual tem aplicação para os parágrafos 257 a 259, do StGB, sem qualquer menção expressa ao delito de branqueamento (parágrafo 261 do StGB), não obstante as situações sejam similares no juízo de Grüner/Wasseburg.

Percebe-se, por essa perspectiva, que na hipótese de o defensor atuar para favorecer o seu cliente fora do aspecto técnico-jurídico, o profissional deveria ser afastado da defesa, seguindo a regra estampada no dispositivo processual supracitado⁷⁵. Resumidamente, o advogado, uma vez suspeito da prática de atos de encobrimento ou favorecimento da conduta delitiva do seu cliente, deixará de atuar tecnicamente no interesse exclusivo deste, pois seus próprios interesses também estarão potencialmente sujeitos às regras de imputação.

O dispositivo processual alemão resguarda os interesses legítimos da defesa técnica do denunciado, pois a sua defesa estaria fatalmente prejudicada ao manter-se a figura comprometida de um profissional atuante fora dos ditames legais. A efetiva participação do advogado em atos de favorecimento seria apurada em autos apartados. Esse posicionamento de natureza processual (de exclusão do advogado da ação) é essencial para assegurar a tese da restrição do tipo assentada na solução do dolo, demandando uma aplicação extensiva do parágrafo 138.a.1.3 do StPO à figura do parágrafo 261 do StGB.

Saliente-se: a referida “imunidade do profissional” estaria limitada ao término do processo movido contra seu cliente, ou até o momento de eventual renúncia ao mandato. Após o encerramento, caso se levantem suspeitas sobre o conhecimento da origem delitiva dos bens ou valores, por parte do defensor, abrir-se-ia a possibilidade deste último também ser processado.

Vale mencionar que, de acordo com tal concepção, ficariam em aberto aspectos assaz singelos, entre eles, o questionamento da interrupção do

prazo prescricional e o lapso temporal para a indicação de um outro profissional no momento do afastamento ou renúncia do primeiro. Além disso, vislumbra-se um círculo vicioso no tocante ao pagamento do advogado substituto. Essa solução, tendente a garantir uma imunidade parcial do profissional, nos parece insuficiente porque, em lugar de propiciar a almejada segurança jurídica, poderá produzir resultados diametralmente opostos.

9.1.5 A solução da justificação

Para os defensores da solução da justificação, o comportamento do advogado e a respectiva cobrança de honorários pelos serviços profissionais efetivamente prestados, conhecendo a origem maculada dos bens e valores ao momento de recebê-los, deveriam ser amparados pela causa de justificação do *exercício legítimo de um direito, ofício ou cargo*⁷⁶. De acordo com essa orientação jurídico-penal, a conduta do advogado é recepcionada pelo ordenamento jurídico por ter sido realizada sob o manto legítimo de um direito ao recebimento de honorários por serviços prestados. Nesse sentido, para que o exercício do direito do advogado seja *legítimo*, este deverá ser realizado conforme as prerrogativas legais da sua profissão previstas em normativa própria.

Ao concluir a reflexão sobre o eventual alcance do tipo da lavagem para as situações pontuais da advocacia consultiva, manifestávamos quanto à advocacia contenciosa, especificamente a criminal.

O primeiro posicionamento encontrado na doutrina era justamente favorável à solução da justificação⁷⁷, por entender que o recebimento de honorários por parte do advogado estaria albergada no “legítimo exercício de um direito, ofício ou cargo”, mas, naquela oportunidade, deixou-se claro a constância da improcedência desse posicionamento teórico, por diversos motivos, sendo o mais relevante o “tratamento excepcional” concedido à solução da justificação.

Dessa forma, a regra pressuporia efetivamente o recebimento de honorários maculados, com conhecimento anterior da origem delitiva dos bens ou valores. Razão pela qual, para evitar certos contratempus com seu

advogado pelas questões dos honorários, o acusado em qualquer momento poderia dispor da defesa dativa⁷⁸.

Não é demais reforçar o pensamento de que, nesta matéria, a bibliografia por vezes se contenta com exemplos práticos nem sempre condizentes com as circunstâncias fáticas a envolver a contratação do profissional, pois está longe de estabelecer a dimensão concreta dos pormenores da “relação de confiança” entre advogado e cliente.

Além disso, as hipóteses comumente apresentadas não percorrem as peculiaridades do recebimento do pagamento pelos serviços prestados, nem as dificuldades inerentes ao cumprimento de cláusulas anteriormente convencionadas entre o profissional e o seu assistido.

Uma digressão mais será feita para corroborar essa assertiva: em diversos casos, o primeiro contato com o cliente ocorre quando este se encontra privado de sua liberdade por ordem judicial. Não existe um manual muito menos uma norma disciplinando a forma de estabelecer a apresentação da proposta de honorários e do modo pelo qual se deve efetivar o pagamento nessas circunstâncias (do acusado preso), tornando-se inviável deduzir que nesse momento – ou sabe-se lá quando – o advogado possa conhecer a origem delitiva dos bens e valores a serem pagos.

Para alguns intérpretes, poder-se-ia alegar como forma de afastar essa presunção a obrigatoriedade de cobrança dos valores estabelecidos na “tabela” divulgada pelo órgão de classe dos advogados, mas este é tão somente um dos parâmetros a serem considerados, pois, não obstante o valor cobrado seja aquele indicado na tabela, estar-se-ia, ainda assim, tratando-se de honorários contaminados.

É evidente que nem toda a problemática estará englobada quando o acusado estiver privado cautelarmente de sua liberdade e com os bens bloqueados judicialmente. Outras circunstâncias deverão ser consideradas para efeitos do contrato de honorários e do recebimento dos valores respectivos em casos nos quais o acusado se encontre sob investigação, usufruindo da sua liberdade e com disponibilidade total do seu patrimônio.

Esse panorama irá denotar diferentes exigências sobre o profissional para a configuração de indícios do conhecimento prévio da origem delitiva dos bens ou valores do seu cliente. Contudo, insista-se que a hipótese de “contrato simulado” sem efetiva prestação dos serviços profissionais da

defesa técnica não se coaduna com a orientação da exclusão da tipicidade, pois guarda mais relação com o instituto da autoria do tipo de branqueamento, afastando-se em direção diametralmente oposta ao tema em estudo.

Retomando a proposta teórica da solução da justificação, assevera-se na doutrina que essa alternativa é deduzida da relação com o defensor e da presunção da inocência fixada no direito processual⁷⁹.

Conforme tal entendimento, como as autoridades vinculadas à persecução criminal podem executar medidas coercitivas com base em indícios da prática de um delito, dever-se-ia conceder ao defensor uma causa de justificação baseada em sentido contrário, isto é, na presunção da inocência até a sentença condenatória do seu cliente.

Em palavras mais simples, do mesmo modo pelo qual as autoridades da polícia judiciária justificam sua atuação apoiadas na existência de uma suspeita da prática de um crime, o advogado poderia justificar a aceitação dos honorários com base no próprio argumento da presunção da inocência do seu assistido, ou seja, até ser provada a responsabilidade penal por sentença transitada em julgado, o recebimento de honorários estaria amparado na justificante.

Essa teoria recorre ao princípio imanente das causas de justificação do interesse preponderante, fazendo prevalecer um juízo imparcial em detrimento de eventual interesse na *persecutio* da conduta do advogado⁸⁰.

Para esse autor, o recebimento de honorários, independentemente do valor ou da forma de pagamento, não seria um comportamento penalmente relevante. Na sua opinião, somente os “*honorários fingidos ou simulados*” é que deveriam incorrer na tipicidade⁸¹.

Por esse motivo, deveria ser mantida a solução da justificação baseada no princípio da preponderância dos interesses, sendo de maior relevância a garantia do direito de defesa e da livre escolha do defensor. Certamente, a configuração da causa de justificação se extrai nos termos apresentados, uma natureza objetiva, bastando a presença da situação de exclusão (consistente na cobrança de honorários de origem delitiva por parte do advogado dentro do âmbito de um inquérito ou de uma ação penal), e, ao mesmo tempo, demandando do advogado uma atuação movida pela intenção de garantir uma defesa efetiva (aspecto subjetivo da justificação).

No entender de Ambos, prosseguindo com a solução da justificação: “Quem se baseia unicamente na proteção do instituto de defesa livremente constituída diante de qualquer prejuízo e dá preferência a este direito ante o interesse na persecução penal do defensor, constrói uma causa de justificação objetiva que se baseia na ideia geral do interesse preponderante”⁸².

Esse ponto de vista teria a vantagem de se integrar na dogmática geral da justificação, explicada de forma sucinta: a situação justificante consiste no perigo para o direito à defesa livremente constituída quando pairar a possibilidade de investigação/julgamento do defensor. Por outro lado, a conduta justificante consistiria no exercício deste direito contra um honorário adequado e por certo, “subjctivamente com consciência da situação justificante”⁸³.

Assim, para o preenchimento do aspecto objetivo da causa de justificação, será indiferente que o advogado conheça a origem ilícita do dinheiro que está recebendo a título de honorários. Tal afirmação poderia levar à conclusão, todavia equivocada, de se tratar de uma teoria garantista que efetivamente respalde o direito da ampla defesa.

Poderia, ainda, numa leitura superficial, apresentar vantagens político-criminais para o exercício da advocacia ao descuidar das regras deontológicas que previamente orientam e regem as atividades do profissional. Por essas razões, a solução objetiva da justificação tem recebido diversas objeções por parte da doutrina.

Sem dúvida, a maior delas parte do próprio Ambos. O questionamento lançado por este autor é o seguinte: se para o ordenamento jurídico o advogado é considerado um “órgão da justiça”, poderia este mesmo ordenamento tolerar a aceitação consciente de honorários maculados? E, ainda: “Pode a própria classe profissional dos advogados estar interessada em uma justificação tão ampla, segundo a qual punem-se os advogados que tiveram consciência e premiam-se os que não a tiveram?”⁸⁴.

Com base nessas ponderações, Ambos defende a ideia de uma *subjetivização* da justificação. Essa proposta dogmática partiria da presunção de inocência e da boa-fé do advogado, o qual, no momento de receber o mandato do seu cliente, deva estar convencido da inocência deste.

A razão dessa convicção dependeria das circunstâncias em torno das quais o advogado razoavelmente devesse conhecer no momento da aceitação dos honorários, exigindo-se para tanto um juízo *ex ante*. Se o advogado conhece a origem ilícita dos bens, ficaria desvirtuada diante dele a presunção de inocência ou da boa-fé a respeito do cliente.

Não se sustentaria nessa hipótese a excludente da ilicitude. Contrariamente, e no sentido de acolher a justificante: “Se ele não conhece a origem ilícita dos honorários, este desconhecimento deve protegê-lo da punibilidade, inclusive no caso de conhecimento posterior”⁸⁵.

A tese da subjetivização da justificação proposta por Ambos resultaria do referencial normativo do § 261,II, n. 2 do StGB alemão. De acordo com esse dispositivo, exige-se o *conhecimento da origem do objeto no momento da aquisição*. Caso o conhecimento do advogado quanto à origem delitiva dos honorários seja posterior à contratação, a perda dos valores pagos estaria condicionada à eventualidade da condenação do seu cliente.

O raciocínio neste caso seria simples: condenado o cliente pelo delito antecedente § 261, (1) do StGB, pressupõe-se que o advogado teria sido pago com dinheiro ilícito, sendo portanto passível de confisco (§ 261.VII: “Os objetos ao que se referem o delito poderão ser confiscados”), a menos que o cliente demonstrasse a manutenção de uma parte do seu capital “limpo” e esta superasse ou igualasse os valores cobrados nos honorários⁸⁶.

A eventual procedência⁸⁷ da tese da subjetivização da justificação está atrelada ao esclarecimento do seu ponto nuclear, ou seja, as exigências que recaem sobre o profissional para a configuração do conhecimento prévio da origem delitiva dos honorários.

Sustentou-se, anteriormente, que da experiência prática surgem certas peculiaridades, nem sempre vislumbradas num plano exclusivamente teórico de discussão. Nessa linha, fazia-se referência à situação do cliente solto com disponibilidade do seu patrimônio e do cliente privado de sua liberdade (com total bloqueio de bens). Assim, propõem os partidários⁸⁸ dessa orientação que o conhecimento seguro por parte do defensor deva ser exigido a partir de uma confissão do próprio cliente ou das próprias circunstâncias em torno ao caso concreto⁸⁹.

Aprofundando a temática, Ambos afirma a necessidade de se distinguir entre as exigências materiais em relação ao conhecimento do defensor e sua

comprovação processual. Numa perspectiva material, entender-se-ia que a aceitação da defesa e dos respectivos honorários percorra um juízo de probabilidade englobando as circunstâncias do caso concreto.

Presume-se, nessa situação, a análise pelo defensor das argumentações da acusação levando a inverter o princípio da presunção da inocência. Desse modo, estaria o defensor partindo de uma premissa contrária ao seu papel, mitigando a credibilidade e a própria presunção de inocência do seu cliente. Este cenário impediria inferir por parte do defensor a obtenção de um conhecimento seguro da procedência do patrimônio maculado do seu cliente.

No tocante à comprovação processual dessas exigências do *conhecimento seguro* da origem maculada dos honorários, Ambos não titubeia em afirmar que este poderia ser deduzido partindo da confissão do próprio cliente, aliás, nessa hipótese também poderia ser requerido ao defensor o seu afastamento da causa patrocinada.

A indagação “teórica” do autor é complementada com a ideia da possibilidade de obtenção desse conhecimento seguro, que pode ser igualmente obtido em decorrência das circunstâncias atinentes ao caso concreto. Em suas palavras: “e se poderia deduzir estes fatos internos das circunstâncias externas, é uma questão relativa ao caso concreto que aliás está sujeita às regras gerais da apreciação da prova”⁹⁰.

Compreende-se do esforço do autor ao tratar da comprovação processual do conhecimento seguro que a expressão “fatos internos e externos” das “circunstâncias” possui o objetivo de afastar a influência advinda dos indícios produzidos pelos órgãos de investigação, relacionando-se apenas com o contato “frente a frente do defensor com o seu cliente”.

Segundo se afirma, a tese de Ambos se aproxima de uma causa de justificação *sui generis*, dependente do dolo, de forma que esta solução estaria próxima daquela oferecida pelo elemento subjetivo do tipo⁹¹. Não se ignora a defesa elaborada por Ambos em favor da solução da justificação subjetiva, ressaltando as suas vantagens sob o prisma da política criminal diante da solução do dolo.

Segundo essa concepção, por um lado, manter-se-ia intacto o aspecto objetivo do tipo da lavagem, permitindo-se o processamento dos advogados atuantes de má-fé no tocante ao prévio conhecimento dos honorários

maculados. Com isso, dar-se-ia aval aos clamores dos partidários da punibilidade dessa conduta.

Por outro lado, estaria excluída a reprovação do injusto ao manter-se a causa justificante nos casos dos defensores atuarem de boa-fé, prestigiando, com isso, a reinvidicação dos contrários à sanção penal dessa conduta⁹². Diante dos resultados da tese de Ambos, “gregos e troianos” se veriam atendidos, mas é sabido que soluções “salomônicas”, mesmo ancoradas nas boas intenções, conferem uma solução apenas aparente à controvérsia.

9.1.6 Excurso

Resta evidente que os esforços teóricos, advindos da doutrina estrangeira, merecem ampla consideração. Quem adentra nessa temática poderá se sentir isolado, caso não considere os questionamentos aventados na experiência comparada. Ao mesmo tempo, não se pretende esmiuçar as especificidades de cada sistema normativo, mas se este é o referencial (pois a discussão surgiu no âmbito alienígena), não poderá ser ignorado pelos pesquisadores nacionais.

Das propostas lançadas de *lege ferenda* na doutrina estrangeira, na perspectiva do acolhimento da solução justificante pelo *exercício regular de um ofício ou de profissão*, encontra-se aquela destinada ao legislador visando a adoção dessa excludente expressamente em cada sistema legal, objetivando a impossibilidade de confisco aos valores pagos a título de honorários quando o advogado tenha agido de boa-fé⁹³. Constata-se, desse modo, a dificuldade em estabelecer os parâmetros normativos para delimitar os requisitos necessários a atestar por parte do advogado o conhecimento seguro a respeito da origem ilícita dos honorários recebidos.

Aliás, cogitar-se de que “frente a frente com o cliente” venha a se extrair esse conhecimento seguro, é permanecer no âmbito hipotético sem qualquer resposta empírica. Mais grave ainda é sugerir o afastamento do advogado da causa após “uma confissão” do cliente quanto à origem delitiva do seu patrimônio, podendo o próprio advogado ser processado caso receba os valores e permaneça na causa, pois com esse procedimento limita-se inaceitavelmente os direitos da ampla defesa.

Cada caso deve ser tratado de maneira peculiar, sem a generalização pretendida de colocar os defensores em polos opostos: os de boa-fé de um lado e, de outro, os de má-fé. Importa, outrossim, centrar a discussão na efetiva defesa técnica a ser realizada, defendendo os interesses do denunciado sem a prática de atos que favoreçam ou facilitem a ação delitiva do autor do delito prévio, auxiliando-o na ocultação ou dissimulação de dinheiro, bens ou valores.

Por isso, deverá ser comprovado se a atuação do profissional se encontra dentro do risco permitido, não ultrapassando o filtro da imputação objetiva. Frise-se, mais uma vez, caso se constate o sentido delitivo da conduta do agente, a atuação deste superaria o âmbito das condutas neutras.

A defesa técnica efetiva, destaque-se, por si só, não elide a eventual responsabilidade penal do advogado, até porque poderia ser, em tese, concomitante à prática da lavagem. Com razão, se afirma que o papel da defesa não consiste em dar conselhos ilícitos ou imorais, pois o defensor está obrigado a expor a conduta do seu patrocinado o mais favoravelmente possível.

No diagnóstico de Garcia Rada: “a defesa deve ser exercida dentro do âmbito do direito e da moral profissional, ou seja, do direito diante do juiz e dever diante da justiça (...) O defensor não pode ser imparcial, porque deve assistir a quem se encontra denunciado por um delito e defendê-lo da melhor forma possível. Seria absurdo pedir-lhe imparcialidade. Pode e deve apresentar tudo aquilo que objetivamente melhore a situação processual do seu patrocinado”⁹⁴.

Nesse passo, diversa é a situação do advogado quando aceita a remuneração por razões alheias à defesa técnica a ser prestada, fazendo de sua atuação o papel de agente branqueador tal como ocorre nos honorários fingidos quando o valor recebido acabaria por retornar ao autor do delito prévio ou a terceiro interessado na inserção desse dinheiro no mercado legal.

Nessas circunstâncias, o advogado teria superado o risco permitido, configurando a cumplicidade punível. O destino do dinheiro maculado, desvinculado da defesa técnica, seria o ponto de apoio para prever um comportamento posterior doloso ao qual contribui a conduta do advogado.

Portanto, para a configuração do sentido delitivo⁹⁵, exigem-se atos objetivos corroboradores de um arcabouço de circunstâncias materiais, e não meros indícios, mostrando-se aptas a evidenciar a criação de um risco penalmente desaprovado e, por conseguinte, alheios à defesa técnica.

Essa conclusão é obtida independentemente do prévio conhecimento da origem maculada dos honorários. Uma outra hipótese que evidenciaria uma condição objetiva, segundo a qual a atuação do advogado constituiria uma ação de cumplicidade, estaria na contratação do profissional como mero preposto do agente do delito principal.

Uma subordinação material, na hipótese de atuação como preposto, retira o elemento fundante da atividade profissional do advogado, caracterizada pela independência. Nesse contexto, poder-se-ia deduzir um indício para uma elevação do risco permitido e uma exarcebação nos limites dos afazeres profissionais.

Poder-se-ia questionar se o resguardo documental do profissional mediante a elaboração de contrato de honorários com seu assistido (acusado das imputações de lavagem) bastaria para inferir a ausência de qualquer sentido delitivo da sua atividade.

Nessa linha de raciocínio, não haveria dúvidas quanto à função do contrato de honorários em respaldar formalmente o exercício do seu mandato, além de descortinar que sua atividade profissional não acarretaria nenhum risco desaprovado, podendo, de início, mas não de modo conclusivo, ser excluída qualquer ilação à vertente objetiva do tipo.

Ademais, advirta-se que a existência do instrumento escrito do contrato de honorários é afeta à matéria probatória, não sendo, por si só, determinante para a aferição ou exclusão do injusto punível. Em campo oposto, determinado contrato de honorários, realizado apenas verbalmente, caracterizaria uma circunstância objetiva capaz de elevar o risco permitido da atividade do defensor, aproximando a subsunção da conduta à norma.

De forma conclusiva, a existência de um contrato de honorários escrito não afasta de plano a incidência do tipo de lavagem, mas auxilia no reforço do afastamento de qualquer sentido delitivo ou de instrumentalidade auxiliar com a conduta do autor principal. Ao mesmo tempo, o mero contrato verbal caracterizaria uma aproximação na esfera da configuração

típica, podendo indicar um sentido delitivo residente no favorecimento ou facilitação da conduta principal.

Indubitavelmente, diversas questões atinentes ao exercício da profissão, antes de uma análise jurídico-penal da atividade advocatícia, requerem uma incursão nas regras deontológicas que representam imperativos de sua conduta. O próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no seu art. 22, bem como o art. 35 do Código de Ética, estipulam a necessidade de fixação de honorários convencionados por meio de instrumento escrito.

Paulo Lôbo elucidava a questão ao afirmar: “É dever ético do advogado, para reduzir o potencial de risco e desgaste com o cliente que repercute mal na profissão, contratar seus honorários por escrito⁹⁶.” Esses argumentos concernentes às regras da profissão (sejam positivadas ou não) foram devidamente tratadas por Hassemer e repercutiram nas reflexões de Pérez Manzano.

Para essa autora, as regras regulamentadoras de determinada profissão possuem valor diferenciado estejam ou não positivadas, pois uma vez transformadas pelo legislador em direito positivo, deixando de ser apenas normas deontológicas não escritas, servem para traçar os limites e contornos do risco permitido pelas atividades inerentes a esta profissão.

Assim, quando o legislador toma posição expressa no tocante a essas normas, positivando-as, “não cabe outra regra de conduta, e qualquer atuação que se desvie do padrão da conduta prevista corre o risco de ser considerada conduta típica”⁹⁷, salvo se as circunstâncias exijam esse atuar de modo diverso.

Portanto, o ponto de partida para a resolução dos casos concretos apresentados reside em verificar se a conduta examinada está de acordo com as regras genericamente previstas na legislação regulamentadora daquela profissão específica, no caso o Estatuto da OAB e o Código de Ética. Se a conduta estiver de acordo com essas Diretrizes, ela será, em princípio, penalmente irrelevante. Basta verificar o Capítulo IX do Estatuto da OAB que relaciona as infrações e as sanções disciplinares às quais estão sujeitos os advogados e também o Título I, Capítulo I, do Código de Ética que contempla as regras deontológicas fundamentais da profissão do advogado.

Entretanto, é imperioso ressaltar que a legislação extrapenal prevê apenas padrões genéricos e invariavelmente neutros de comportamento, silenciando sobre especificidades inerentes a cada caso concreto⁹⁸, passíveis de apresentar (e frequentemente apresentam) variações e circunstâncias não imaginadas, transformando aquela conduta inicialmente regulada em uma situação cujos deveres de cuidado não estão previstos na legislação (“um âmbito não regulado, ainda que a profissão esteja regulamentada”)⁹⁹.

Ocorre exatamente isso com o recebimento de honorários pelo advogado, *situação que, em princípio, é penalmente irrelevante, pois está genericamente regulamentada, dentro dos padrões neutrais de comportamento, pela legislação pertinente, sem a criação de riscos desaprovados*. Receber honorários é um direito do profissional. Todavia, não há previsão, nessa mesma legislação, para os casos específicos quando esta conduta (recebimento de honorários pelo advogado) “favorece o cometimento de um delito por outra pessoa ou contribui para garantir os efeitos ou os fins delitivos de seu autor”¹⁰⁰.

Desse modo, o recebimento de honorários se insere na categoria de conduta neutra, porém, para expressar uma atipicidade de plano, requer-se a inexistência de uma correlação instrumental com o delito principal, circunstância reveladora da superação dos limites impostos pelo risco permitido.

Melhor esclarecendo, por meio do recebimento de honorários maculados o advogado não poderá contribuir com a consolidação do patrimônio ilícito do autor do delito antecedente e isso facilmente poderá ser comprovado se a finalidade dos honorários não tiver relação alguma com a defesa técnica a ser prestada, visando unicamente à ocultação ou dissimulação de sua origem. Nesse caso, a conduta deixou de ser neutra passando a ter um claro significado delitivo, justamente por ultrapassar o filtro da imputação objetiva com a criação de um risco desaprovado¹⁰¹.

Adicione-se que as conclusões de Robles Planas encontram convergência com o critério adotado por Pérez Manzano, embora com algumas variantes¹⁰², para a solução da restrição do tipo penal da lavagem no seu aspecto objetivo. Imperioso seria constatar se com a intervenção se *criou um risco especial de continuação delitiva* por parte de outrem, de

modo que com essa contribuição o interveniente esteja afirmando a possibilidade do cometimento do delito.

Assim, criar-se-ia um risco desaprovado de intervenção no delito em dois grandes grupos. No primeiro, quando se infringem deveres especiais impostos pelo ordenamento jurídico destinados a evitar o proveito por terceiros de determinadas espécies de circunstâncias para a prática de ilícitos. E aqui Robles Planas arrola a classe dos notários a título ilustrativo, a qual podemos acrescentar por analogia à hipótese da classe dos advogados.

Por dedução, o cumprimento desses deveres especiais conduziria à exclusão da punibilidade, malgrado outrem acabe direcionando a atuação do profissional para a prática do delito¹⁰³. Apenas nos casos da infração de um dever especial, ou quando a conduta se afaste da esfera estritamente profissional e passe a integrar o fato delitivo alheio, mediante uma adesão específica, poder-se-á falar em intervenção punível, ou conforme o ensinamento de Frisch, em sentido delitivo.

No segundo grupo, enquadram-se as hipóteses nas quais não se apresentam deveres especiais a serem observados, casos em que a punibilidade deverá ser muito restrita: “Em atenção ao fundamento do injusto do interveniente, tão somente quando se realiza uma conduta inequívoca de adaptação ao fato principal que será consolidado poderá se falar em cumplicidade”¹⁰⁴.

Depreende-se dos dois critérios apontados por Robles Planas que um amplo grupo de casos, frequentemente inseridos na categoria de condutas neutras, ficaria à margem da cumplicidade do delito, pois não criam um risco penalmente desaprovado¹⁰⁵.

¹ Blanco Cordero apresenta uma evolução detalhada dos diversos argumentos tendentes a propor a restrição do âmbito de aplicação do delito de lavagem de capitais dentro do marco da tipicidade. *Op. cit.*, p. 7. De acordo com Faraldo Cabana, uma vez que se parte da neutralidade a respeito ao tipo objetivo, a solução se encontra no tipo subjetivo, principalmente no momento de determinar se concorrem ou não os elementos subjetivos do

injusto. *Vide* **Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal español de 1995**, p. 27. Alegando também a ausência do dolo ou da imprudência para as condutas cotidianas, *vide* ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 248. Nessa linha, Landa Gorostiza adere às teses mistas ao diagnosticar o problema da neutralidade como uma questão de delimitação dos critérios de imputação objetiva da conduta de cooperação. Assim, concebe a imputação segundo uma integração harmônica de aspectos objetivos e subjetivos. *Op. cit.*, p. 283.

2 FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 316. *Vide* ainda o texto da nota 194, *supra*.

3 *Vide* ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 26; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 8; WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 454. Luís GRECO, por exemplo, a denomina teoria “clássica”, pela sua divulgação. *Vide* **Cumplicidad através de ações neutras**, p. 19-20.

4 WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 83-86. Desse autor, *vide* também o estudo **El nuevo sistema del derecho penal**, p. 84-89.

5 *Vide* ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 44. Nesses termos, reconhece-se ao critério da adequação social ter exposto que o juízo valorativo acerca do injusto dependa do adjetivo adequado ou inadequado a ser direcionado sobre determinada conduta numa situação de fato. Não obstante o pensamento de Welzel tenha hoje uma vigência relativa, sobretudo quando se constata que não existe um sistema dogmático absoluto, a reflexão de Bacigalupo não deixa dúvidas ao asseverar que o pensamento de Welzel contém elementos que geraram outras perspectivas de desenvolvimento da dogmática penal moderna: a teoria pessoal da ilicitude e a teoria da adequação social. O primeiro elemento conduziria a uma subjetivização da própria noção da ilicitude com as suas conseqüentes repercussões no campo do erro. E o segundo permitiria o desenvolvimento de uma teoria do delito como teoria da imputação. *Vide* BACIGALUPO, Enrique. **Welzel y la generación argentina del finalismo**, p. 523.

6 WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 83; De forma idêntica, na sua obra **El nuevo sistema del derecho penal**, p. 85.

7 TOLEDO, Francisco de Assis. **Principios básicos de direito penal**, p. 132.

8 *Vide* WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 84. Ainda, por exemplo, ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general, p. 293. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. Parte geral, p. 291. SRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Parte general I, p. 133-134.

9 *Vide* WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 83. Também na sua obra **El nuevo sistema del derecho penal**, p. 85. Por influência da doutrina causalista, a interpretação dos tipos era assaz limitada pois pretendia vislumbrar a sua essência em lesões causais do bem jurídico. O exemplo trazido pelo próprio Welzel é elucidativo: “según un antiguo ejemplo de esta doctrina, el acto de engendrar debería ser una acción típica de matar si la criatura engendrada se convierte después en un asesino”. *Idem, Ibidem*. Na mesma linha de restrição do causalismo, *vide* ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 44, nota 100.

10 WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**, p. 84.

[11](#) JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**. Parte general, p. 269.

[12](#) STRATENWERTH, Günter. *Op. cit.*, p. 134.

[13](#) STRATENWERTH, Günter. *Op. cit.*, p. 135.

[14](#) JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, p. 269.

[15](#) JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, p. 269. Os exemplos de Jescheck foram retirados de duas sentenças do BGH alemão e apresentados anteriormente por WELZEL. *Op. cit.*, p. 85.

[16](#) WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 85.

[17](#) GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**, p. 21.

[18](#) GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 21.

[19](#) GRECO, Luís. *Idem*, p. 21.

[20](#) É a conclusão do próprio WELZEL, *Op. cit.*, p. 86. Na obra de Roxin **Derecho penal**. Parte general, na p. 284, são enumerados os autores que defendem a tese de que a adequação social é admitida como princípio geral de interpretação. Após iniciar o juízo crítico contra o critério da adequação social, o próprio Roxin admite que o mesmo possa ser empregado como princípio de interpretação do tipo, *vide* p. 295.

[21](#) Cfr. as críticas anteriormente realizadas por Jescheck: “Sin embargo también se recurre innecesariamente a la idea de la adecuación social para la restricción de los tipos, cuando las propias y usuales reglas de interpretación conducen ya a una correcta delimitación de los mismos. En estos casos es preferible las reglas de interpretación conocidas pues de este modo se consiguen resultados objetivamente verificables, mientras que la adecuación social permanece siempre como principio relativamente inseguro que, por este motivo, debe quedar siempre en último lugar”. *Op. cit.*, p. 270. Nessa esteira, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 293.

[22](#) GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 23.

[23](#) WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 85.

[24](#) *Vide* ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 27-28. Quem retoma os postulados de Welzel acerca da adequação social, adaptando-a ao campo de atuação profissional é Hassemer, por meio da sua “Teoria da Adequação Profissional”. Exaustivamente ROBLES PLANAS. *Op. cit.*, p. 28-30.

[25](#) *Vide* BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 8.

[26](#) WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 84.

[27](#) *Vide* RAGUES I VALLES, Ramon. *Op. cit.*, p. 133.

[28](#) ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 293 e s. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 8. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Op. cit.*, p. 269. FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**, p. 317. GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 23-24. PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 815. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 45. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 133. WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 454.

[29](#) ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 45.

[30](#) Para uma leitura da modificação do critério da adequação social diante dos elementos do fato punível, *vide* ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 293. Segundo esse autor, a diversidade advém da própria modificação parcial da concepção do tipo por parte de Welzel. Sobre essa postura, *vide* a observação de Cerezo Mir ao traduzir a obra de Welzel: *El nuevo sistema del derecho penal*, p. 84, nota 11.

[31](#) *Vide* PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 816.

[32](#) Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 45.

[33](#) *Vide*, inicialmente, FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 311; PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 816.

[34](#) FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 316.

[35](#) ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 295-296.

[36](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 816-817.

[37](#) Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 45. *Vide* também a nota 291, *supra*.

[38](#) GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 116.

[39](#) GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 23 e 24. A proposta de Greco “inidoneidade da proibição para melhorar a situação do bem jurídico concreto” é desenvolvida no marco do aspecto negativo da desaprovação do risco. *Vide* **Um panorama da teoria da imputação objetiva**, p. 61 e s., e **Cumplicidade através de ações neutras**, p. 138 e s.

[40](#) *Vide* AMBOS, Kai. **La aceptación por ele abogado defensor de honorarios “maculados”**: lavado de dinero, p. 22 e p. 74 da tradução brasileira. Também WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 454.

[41](#) *Apud* BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 9.

[42](#) *Apud* BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 10.

[43](#) Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 10.

[44](#) *Apud*. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 11.

[45](#) *Vide* AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 23-24; BLANCO CORDERO, ISIDORO. *Op. cit.*, p. 11.

[46](#) *Vide* WIRTZ, Georg; BERMEJO. *Op. cit.*, p. 454 e AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 23; PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**, p. 181.

[47](#) Por todos, PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado**, p. 789 e s.

[48](#) *Vide* a decisão do Tribunal Constitucional Alemão *Bundesverfassungsgericht – BverfG*. 2.BvR 1520/01. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs2004033o_2bvr152001.html>, item 100, p. 13.

[49](#) *Vide*, neste Capítulo, o item 9.1.5, *infra*.

[50](#) *Vide* texto da nota 334, *supra*.

[51](#) *Vide* PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**, p. 181-182.

[52](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 182.

[53](#) Cfr. texto da nota 270, *supra*.

[54](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 182.

[55](#) *Vide* texto das notas 274 e 275, *supra*.

[56](#) Esse critério específico à tese de Wohlers foi adotado originariamente por BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 12, sendo que o pensamento de Wohlers referido no texto foi extraído do estudo de Blanco Cordero ora citado.

[57](#) Com mais detalhes a respeito do pensamento de Wohlers, *vide* BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 12.

[58](#) Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 12.

[59](#) BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 13.

[60](#) LINS E SILVA, Técio. **O que é ser advogado**, p. 212.

[61](#) *Vide* autos de ação penal n. 2007.70.00026565-0, oriundos da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, especializada nos delitos de lavagem de capitais, fls. 237.

[62](#) *Vide* a parte final do excurso ainda neste capítulo, *infra*.

[63](#) Importante esclarecimento é prestado por Ambos, quando distingue os verbos nucleares do tipo legal do § 261 do StGB para efeito de definir o alcance do elemento subjetivo. Desse modo, se a compreensão é destinada ao requisito do conhecimento no momento da “aquisição da custódia”, segundo estabelece o § 261, II, n.2, também deveria ser estendido à modalidade de *negligência* de que trata o inciso 5 do mesmo dispositivo. Nesse sentido, na legislação alemã, a solução do dolo não teria muita utilidade, mas, no caso do tipo penal global de aquisição, há que subscrever o requisito do conhecimento positivo referente à origem legal. Isso dificultaria a condenação do advogado defensor, mas não impediria as investigações no processo baseadas na suspeita inicial. Cfr. AMBOS, Kai. **La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”**, p. 26 e, na tradução brasileira, p. 78.

[64](#) *Vide* BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 13; AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 12; WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 454.

[65](#) *Vide* as referências feitas por AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 26, nota 99.

[66](#) *Vide* a decisão do Tribunal Constitucional, de março de 2004. Cfr. Capítulo 10, item 10.1.2 *infra*.

[67](#) *Vide* texto da nota 187, *supra*. Em tema das condutas neutras, apresentando as perspectivas subjetivas, *vide* também GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**, p. 65-73.

[68](#) ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 21-22. Indique-se que a adoção das perspectivas subjetivas nos levaria a retroceder a uma concepção de delito em que o dolo atuava como elemento limitador da causalidade. Esse raciocínio não poderia ser efetuado nos delitos imprudentes, pois nestes, essa função limitadora exercida pelo elemento subjetivo era substituída por critérios normativos. Ao adotar-se os postulados da imputação, se constatará que o importante será o significado normativo da ação, e não mais

uma imputação ancorada na perspectiva do nível subjetivo. A respeito, *vide* BACIGALUPO, Enrique. **Problemas actuales del dolo**, p. 532.

[69](#) O pensamento de Mussig ao qual o texto se refere é retirado da obra de WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 454.

[70](#) RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Blanqueo de capitales y negocios standard**, p. 144-145.

[71](#) *Vide* BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 13.

[72](#) Prossegue Ragués I Vallès com um exemplo assaz explicativo: “Se o advogado sabe perfeitamente que o seu pagamento em dinheiro provém do tráfico de drogas, mas aceita o mesmo porque precisa do rendimento, não existe delito. Em compensação, se o advogado aceita o dinheiro alegrando-se em poder ajudar a que seu simpático cliente conserve os ganhos obtidos, então sim haveria delito. Esta solução seria dificilmente aceitável em um direito penal que presume punir unicamente fatos e não atitude internas”. *Op. cit.*, p. 145, tradução livre. Recepcionando o exemplo acima, e demonstrando a relatividade da perspectiva subjetiva, haveria de se demandar a resposta nas seguintes circunstâncias: e o advogado que não “necessitasse” do dinheiro para “chegar ao fim do mês”, conforme a descrição literal de Ragués I Vallès, estaria incidindo na conduta delitativa de lavagem?

[73](#) Mencionando a solução material assentada no dolo de suspensão processual que recebe seu fundamento na imunidade de investigação do advogado proposta por Grüner/Wassengurg, *vide* BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 14.

[74](#) *Vide*, no caso, a legislação processual alemã, especificamente o § 138.a.1.3, do StPO.

[75](#) O pensamento de Grüner e Wasseburg referido no texto é extraído da obra de BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 14.

[76](#) No sistema pátrio, *vide* o inciso III do art. 23 do Código Penal.

[77](#) *Vide* o texto da nota 142, *supra*. Reconhecimento diverso merece o estudo de Mestre Delgado e de Aranguéz Sánchez. Em ambas pesquisas são deduzidos respeitáveis critérios de dogmática penal aptos a definir uma causa justificante sem incorrer em mera retórica “de excepcionalidade” dessa excludente, ou da substituição por “dativos”, como é apreendido da obra de Durrieu.

[78](#) *Vide* o texto da nota 142, *supra*.

[79](#) *Vide* AMBOS, Kai. **La aceptación por ele abogado defensor de honorarios “maculados”**: lavado de dinero, p. 27 e p. 81 da tradução brasileira; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 16.

[80](#) *Vide* BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 16.

[81](#) Citando a opinião da doutrina alemã, *vide* BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 16.

[82](#) AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 42 e 97 da tradução brasileira.

[83](#) *Vide* AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 43.

[84](#) AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 43. *Vide* p. 98 da tradução brasileira.

[85](#) AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 44. O autor faz referência expressa ao dispositivo do § 261, II, n. 2 da legislação penal alemã.

[86](#) Cfr. AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 44.

[87](#) Esclarecendo a “solução da justificação”, *vide* DA SILVA, Pablo Rodrigo Alflen, p. 110 da tradução brasileira à obra de Kai Ambos. **Lavagem de dinheiro e direito penal.**

[88](#) *Vide* a confirmação dessa posição na decisão do Tribunal Estadual de Frankfurt, no início do item 10.1.1, *infra*.

[89](#) Lembrando sempre que na experiência comparativa existe a modalidade culposa do tipo de branqueamento, e em decisão judicial (a ser objeto do presente estudo, *vide* item 10.1.1, *infra*) se aceitou que no caso do advogado defensor incide a figura exclusiva do dolo direto.

[90](#) *Vide* AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 100 da tradução brasileira e p. 46 da tradução ao espanhol.

[91](#) BLANCO CORDERO. *Op. cit.*, p. 17.

[92](#) AMBOS, Kai. **La aceptación por ele abogado defensor de honorarios “maculados”:** lavado de dinero, p. 47.

[93](#) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El delito de blanqueo de capitales**, p. 260.

[94](#) GARCIA RADA, Domingo. **Instituciones de derecho procesal penal**, p. 465. *Vide* ainda o texto da nota 429, no qual se discorre sobre a opinião do papel do advogado defensor formulado pelo Tribunal Constitucional Alemão.

[95](#) Conforme a lição de W. Frisch, *vide* o texto da nota 220, *supra*.

[96](#) LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**, p. 147.

[97](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado**, p. 819.

[98](#) E não poderia ser diferente, porque, como é sabido, o legislador não possui condições de prever, antecipadamente, toda a variedade de condutas humanas e dos meios empregados para a sua realização.

[99](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 819.

[100](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 819.

[101](#) Cfr. FRISCH, *Wolfgang*. **Comportamiento típico e imputación del resultado**, p. 74 e 316. Também PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 820.

[102](#) Podemos asseverar que os referenciais teóricos de Robles Planas e de Pérez Manzano encontram sustento na tese de Frisch. Algumas distinções podem ser encontradas no último estudo da autora: **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**, onde a mesma avaliza a tese de Ragués I Vallès, quando considera o delito de lavagem instrumento político-criminal necessário para reforçar a função da pena prevista nos delitos prévios. *Op. cit.*, p. 184. Tratando das diferenças teóricas em matéria de condutas neutras, a partir do funcionalismo, *vide* LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Op. cit.*, p. 275 e s.

[103](#) ROBLES PLANAS, Ricardo. **Las conductas neutrales en el ambito de los delitos fraudulentos**, p. 59.

[104](#) Trata-se de averiguar se o partícipe tenha interrompido a prática da sua conduta considerando a posterior continuidade delitiva por parte do autor. *Vide* ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 60.

[105](#) Confere-se, outrossim, a proximidade das conclusões de Robles Planas com as conclusões externadas inicialmente por W. Frisch, Blanco Cordero, além, é claro, de Pérez Manzano. Todos os autores citados coincidem na medida de canalizar a discussão sob a perspectiva objetiva do tipo seguindo o referencial da imputação objetiva. Na doutrina nacional, a obra de Luís Greco adere a esse pensamento. Contudo, as distinções podem ser feitas sob uma perspectiva mais subjetiva ou no caso mista de orientação, conforme o próprio Greco sugere a respeito da obra de Frisch. Em outras palavras, a indagação de Frisch serviria como referencial: quando determinada atuação que possibilita ou favorece um delito tem sentido delitivo? *Op. cit.*, p. 304.

10 A ALTERNATIVA PROPOSTA PELOS TRIBUNAIS ALEMÃES

Além das razões desenvolvidas na solução referente à restrição do tipo a partir de critérios objetivos expressivos da excepcionalidade da tipicidade das condutas neutras, apresentar-se-ão na sequência as decisões dos tribunais alemães vinculadas aos direitos fundamentais em conflito. Essas decisões foram largamente debatidas na doutrina, dando ênfase à decisão-paradigma pronunciada pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) e certamente contribuirão para corroborar a posição por nós defendida.

10.1 A solução no marco do tipo objetivo. Os autos do Oberlandesgericht (OLG) de Hamburgo de 06 de janeiro de 2000

A situação fática pode ser descrita em síntese da seguinte forma: em 10 de fevereiro de 1999, a polícia alemã deteve uma mulher que transportava em seu automóvel um quilo de cocaína procedente da Holanda com destino à cidade de Colônia.

Com base em interceptações telefônicas, a polícia tomou ciência da relação dessa pessoa com um sujeito suspeito de ser o chefe de uma organização criminosa dedicada ao tráfico de entorpecentes. Esse suposto mandante, ao tomar conhecimento da detenção da mulher, contratou um advogado da cidade de Hamburgo para providenciar junto aos tribunais um pedido de liberdade.

Com esse fim, entregou ao advogado a soma efetiva de 5.000 marcos a título de honorários. Apoiado em novas interceptações telefônicas realizadas no próprio escritório do advogado, o representante do Ministério Público entendeu que o dinheiro entregue procedia do narcotráfico, concretamente da venda de 300 gramas de cocaína por uma quantia de

19.000 marcos¹. Desse modo, em 04 de junho de 1999, o advogado foi acusado do delito de lavagem de acordo com o § 261 do StGB, pois o profissional teria atuado, ao menos, na forma da imprudência grave em relação aos cuidados exigidos no tocante à origem do dinheiro².

Contudo, o *Landgericht* (LG) de Hamburgo, Tribunal competente para conhecer e julgar a imputação, considerou não procedente a abertura do juízo oral, pois não estava devidamente provada a atuação dolosa do advogado (§ 261.II do StGB) ou com imprudência grave (§ 261.V do StGB). Verificou-se, na ocasião, que a decisão do *Landgericht* alemão estava assentada na solução do dolo, diante da ausência de provas contundentes quanto ao conhecimento por parte do defensor da origem delitiva do dinheiro recebido a título de honorários, excluindo-se assim o aspecto subjetivo do tipo.

Na sequência, a decisão judicial foi objeto de recurso por parte do Ministério Público junto ao Tribunal Superior, o *Oberlandesgericht* – OLG (Tribunal equivalente aos nossos Tribunais de Justiça – TJs) de Hamburgo, o qual confirmou, em 06 de janeiro de 2000, a decisão do *Landgericht*, negando prosseguimento à apelação da acusação, ao empregar argumentos diferentes aos analisados na instância inferior. Esses argumentos são ressaltados e divulgados pela doutrina³. O mais importante deles refere-se ao entendimento de que a percepção de honorários por parte do advogado é uma conduta situada fora do alcance do tipo objetivo do delito de reciclagem de capitais. E esse posicionamento é auferido com base numa “interpretação conforme o texto constitucional (*verfassungskonforme Reduktion*)”⁴.

A decisão proferida pelo OLG é substancialmente simples. No caso, surgiria uma situação de colisão de interesses entre a vontade de isolar economicamente os agentes branqueadores (seguindo a *ratio* da política criminal para esse delito) e a necessidade de preservar os direitos fundamentais, dentre os quais estão o direito do acusado escolher livremente seu defensor e o direito dos advogados a *exercerem livremente sua profissão*.

A posição do Tribunal é clara: ao qualificar como delito de lavagem a cobrança de honorários, afetar-se-iam dois direitos reconhecidos constitucionalmente: *o direito do acusado em escolher seu advogado e o*

*direito deste ao livre exercício da profissão*⁵. Corretamente observou o Tribunal, no início da sua fundamentação, que já na fase do *iter* legislativo do § 261 do StGB surgiu a polêmica quanto à dimensão da pretensão de isolar os agentes branqueadores, mais especificamente se essa posição levada ao extremo conduziria à criminalização das chamadas *condutas neutras*.

Tal como assinalado, essas condutas têm uma ampla incidência na vida social desde o setor alimentício (por exemplo, compra de víveres de primeira necessidade etc.) até a prestação de serviços profissionais especializados (contadores, advogados, dentistas etc.). Chegou-se a cogitar na normativa alemã da inserção de uma cláusula que retirasse do espectro de punibilidade as “condutas socialmente adequadas” seguindo o modelo americano⁶. Sem embargo, tal e qual referido anteriormente, a proposta foi rejeitada e excluída do texto final da lavagem de capitais⁷.

Para o Tribunal (OLG), as soluções doutrinárias propostas até esse momento seriam consideradas insatisfatórias. Nesse ponto, recusam empregar a figura da *adequação social* por entendê-la extremamente vaga na sua expressão e pela dificuldade inerente a valorar o grau de adequação social de uma conduta sem levar em consideração os conhecimentos de quem a pratica. E, justamente, considera-se que muitas condutas de lavagem são praticadas dentro da “aparência de normalidade” e, caso se decidisse excluir por princípio tais condutas, estas jamais poderiam ser realizadas⁸.

No entanto, os julgadores não percorrem o caminho da solução do tipo subjetivo seguida pela decisão da LG (objeto do recurso), devido ao acréscimo da figura típica da negligência (inciso V do § 261 do StGB) na fase do *iter* legislativo da Lei de lavagem, e alegam, outrossim, que ninguém melhor que o próprio advogado para saber de onde provêm seus honorários, principalmente quando defende a autores de determinados tipos de delitos⁹, ou seja, por essa última assertiva, vislumbra-se um posicionamento menos teórico e mais calcado na realidade.

Naquela oportunidade, antes de apresentar sua motivação principal (“colisão de interesses”), o Tribunal advertia que sua interpretação referia-se unicamente aos casos de pagamento de honorários a advogados atuantes na defesa técnica num processo criminal, não se estendendo a outras formas

de “consultoria” realizadas pelos próprios advogados quanto ao destino ou à aplicação dos bens e valores do seu assistido.

Para o OLG, a configuração como delito da cobrança de honorários afetaria direitos fundamentais reconhecidos na Constituição: *o direito à livre escolha do advogado e o direito deste ao livre exercício da sua profissão*. A eventual subsunção da conduta do advogado no tipo de lavagem do § 261 do StGB acabaria por afetar gravemente a relação de confiança entre o cliente e o profissional.

Didaticamente, nos casos da aceitação de honorários maculados de um cliente acusado de ter cometido um delito descrito no § 261 do StGB, poderia constituir uma suspeita de lavagem, induzindo a adoção de eventuais medidas processuais de investigação por parte das autoridades contra os próprios advogados. Isso implicaria a renúncia do advogado em conhecer importantes detalhes do caso diante do receio de ser também investigado ou processado (por exemplo, busca e apreensão no seu escritório etc.). E, de forma idêntica, alterar-se-ia a função do defensor dativo, de exceção para regra.

Ainda de acordo com o Tribunal, ao aceitar todas essas ingerências, provocar-se-ia um enfraquecimento da posição processual da defesa, contrariando frontalmente a sua condição de órgão independente no processo¹⁰. Avançando nessa temática, estamos impelidos a concluir que essa restrição obrigaria ao defensor forçar uma posição de “ignorância deliberada”, isentando-se de conhecer, com profundidade, toda a versão do seu cliente sobre os fatos. Diga-se de passagem, tal hipótese atentaria contra a própria natureza da profissão do advogado criminalista.

Concluída a análise em torno das restrições aos direitos fundamentais, o OLG questiona se estas podem ser consideradas *idôneas, proporcionadas e necessárias*, para atender aos fins perseguidos com a punibilidade da Lei de lavagem de capitais. O Tribunal entende estar atendido o requisito da idoneidade, porque um dos instrumentos jurídicos fundamentais da luta contra as organizações criminosas e, em especial, as que dominam o tráfico de entorpecentes é, sem dúvida, a normativa da lavagem de capitais. Por meio desse diploma legal, pretende-se o isolamento econômico dos responsáveis, impedindo a satisfação da motivação econômica da prática delitiva.

Portanto, o requisito da idoneidade é contemplado dentro da legítima linha da discricionariedade concedida pela Constituição ao legislador, mas não se verifica o mesmo entendimento quando o Tribunal analisa os critérios da proporcionalidade em *sentido estrito* e da *necessidade*, justamente pela amplitude conferida ao § 261 do StGB, que conduz à *persecutio* de condutas e que, se bem à primeira vista, sejam idôneas para isolar economicamente ao agente branqueador e expressem uma escassa contribuição ao desmantelamento das organizações criminosas. Além do mais, um ponto crucial precisa ser observado: uma investigação criminal em desfavor do defensor causaria sérios prejuízos à defesa, instituição basilar do processo em um Estado de Direito¹¹.

Ainda, o Tribunal (OLG) incursiona em argumentos extradogmáticos, alheios a considerações jurídico-nomativas, para demonstrar que o pagamento de honorários maculados não constitui meio apropriado para combater a manutenção da estrutura da criminalidade organizada, um dos primordiais objetivos da Lei de lavagem de capitais.

Aproximando-se de um viés criminológico, os julgadores sustentam que o pagamento da defesa, em vez de constituir um incentivo à prática do delito, acaba se transformando em verdadeiro ônus para o acusado, pois o escopo do sujeito ao cometer um delito antecedente será sempre o lucro, motivado pela obtenção de vantagem patrimonial a ser efetivamente desfrutada.

Logo, eventual pagamento de honorários representaria o inverso da intenção criminosa do sujeito. Em nossa visão, adentrar nos objetivos pretendidos pelo sujeito ativo da figura típica com esses ganhos patrimoniais seria uma ilação alheia aos propósitos desta pesquisa. Talvez vetores criminológicos possam conceder uma explicação mais abrangente sobre o tema. Para o Tribunal (OLG), diante do conjunto e das condições observadas, as situações de contratos simulados entre o defensor e seu cliente estão distantes da reflexão tendente à restrição do tipo, pois se amoldam perfeitamente à descrição prevista na figura delitiva da lavagem. Nessa linha, conclui o Tribunal: a regra geral, na hipótese de recebimento de honorários maculados por parte dos defensores, não poderá ser abarcada objetivamente pelo tipo de lavagem de dinheiro.

Essa regra geral comportaria algumas mitigações, considerando os interesses implicados, as quais justificariam excepcionalmente uma sanção penal ao advogado. O Tribunal enumera os casos excepcionais. Uma pontual incursão sobre cada um deles servirá para confirmar a regra da exclusão do tipo de lavagem em seu aspecto objetivo. O primeiro interesse relevante diz respeito à “proteção da vítima”.

Caso o delito antecedente do qual procedem os bens identifique uma vítima concreta que possa reivindicar mediante medidas judiciais a restituição dos bens e valores e a devida indenização, o delito de lavagem protege também os direitos de propriedade ou patrimoniais da vítima. Tal ocorreria, por exemplo, quando o advogado recebesse seus honorários com o dinheiro obtido por meio do pagamento do resgate de um sequestro.

No entendimento do Tribunal, o advogado teria se associado ao delito de lavagem, contribuindo com o empobrecimento da vítima. Nessa hipótese, e nos seus estritos limites, deverá prevalecer o interesse da vítima sobre o direito do advogado ao recebimento dos honorários¹².

O segundo interesse excepcional trata da “proteção da Administração da Justiça”, podendo ser exemplificado na situação na qual o advogado, desrespeitando suas prerrogativas, desempenhe a função de cúmplice do autor do delito antecedente, e com essa atuação acabe interferindo negativamente no normal funcionamento da Administração da Justiça, alterando em favor do seu cliente o objeto do procedimento. Nesse contexto, o comportamento do profissional não ficaria impune, pois não está acobertado pelas suas prerrogativas determinadas em lei.

Finalmente, nos casos em que não se comprove a lesão a alguma vítima e nem o advogado atue com “tendência manipulativa”, dever-se-á proceder a uma redução do tipo conforme à Constituição¹³. De antemão, as duas primeiras exceções indicadas, quando prevalece interesse diverso daquele do profissional ao recebimento de seus honorários, seriam circunstâncias que não gravitam exclusivamente no modelo normativo alemão, podendo ocorrer em qualquer outro marco legal comparativo.

Das críticas vertidas à decisão do OLG, a de maior destaque é, sem dúvida, aquela referente ao método usado pelo Tribunal para excluir o advogado criminal do alcance da aplicação do § 261 do StGB. A hermenêutica conforme à Constituição significa justamente poder escolher,

entre as várias possibilidades de interpretação, a mais adequada ao texto constitucional¹⁴.

De acordo com o Tribunal, o teor literal da norma e a vontade do legislador não permitiriam nenhuma possibilidade de isentar de responsabilidade penal o advogado pelos honorários maculados, chegando a afetar, com isso, os direitos fundamentais do profissional. Essa assertiva encontra alicerce na afirmação de que o OLG, em vez de considerar a inconstitucionalidade do preceito diante do Tribunal Constitucional¹⁵, teria efetivado uma nova interpretação da norma jurídico-penal, no caso o § 261 do StGB.

Para alguns autores¹⁶, esse procedimento contraria os métodos interpretativos, principalmente aqueles norteados por uma exegese conforme à Constituição, isso porque uma “interpretação adequada à norma fundamental encontra seu limite onde esta se encontra em contradição com o teor literal da lei e com a vontade clara do legislador”¹⁷. Em outras palavras, além de interpretar o Direito, os julgadores do OLG criaram uma norma, e esse papel no Estado de Direito cabe exclusivamente ao legislador.

As conclusões do OLG de Hamburgo naquele momento “tiveram um efeito tranquilizador sobre os profissionais afetados”¹⁸. Assume-se, neste ponto da pesquisa, uma postura favorável em relação a essa orientação jurisprudencial, restando evidente que ela resguarda o profissional da advocacia criminal e reforça os direitos fundamentais (seja na Alemanha ou no Brasil) que poderiam ser afetados: *a livre escolha do advogado e o livre exercício da profissão*¹⁹.

Inclinamo-nos a sugerir reparos quanto às críticas movidas a essa decisão, pois não estamos convencidos de que a busca de uma interpretação conforme à Constituição significaria imiscuir-se no papel do legislador. Indaga-se: uma hermenêutica constitucional, visando restringir a amplitude do tipo penal, seria um método mais eficaz para evitar transgressões contra direitos fundamentais do que a espera de uma nova decisão do legislador quanto à inconstitucionalidade do dispositivo, poupando-nos de um tortuoso e exaustivo *iter* parlamentar, sobretudo quando no Brasil se adota um método misto de controle judicial de constitucionalidade, contemplando tanto o controle difuso quanto o controle concentrado?²⁰.

Exatamente por isso cabe a cada juiz, na apreciação de todas as causas a ele submetidas, fiscalizar a constitucionalidade das leis materiais e processuais. Constatada alguma contrariedade em face da Constituição, automaticamente deverá ser afastada a incidência da regra infraconstitucional, pois esta é *inválida* diante da norma fundamental. Nesse sentido, é o ensinamento de Barroso: “Em todo ato de concretização do direito infraconstitucional estará envolvida, de forma explícita ou não, uma operação mental de controle de constitucionalidade. A razão é simples de demonstrar. Quando uma pretensão jurídica funda-se em uma norma que não integra a Constituição – uma lei ordinária, por exemplo –, o intérprete, antes de aplicá-la, deverá certificar-se de que ela é constitucional. Se não for, não poderá fazê-la incidir, porque no conflito entre uma norma ordinária e a Constituição é esta que deverá prevalecer. Aplicar uma norma inconstitucional significa deixar de aplicar a Constituição”²¹.

10.1.1 O caso paradigma: European Kings Club

Esta temática foi apontada inicialmente pela doutrina penal alemã após o conhecido caso do “*European Kings Club*”²². Eis os fatos: dois advogados com escritório profissional em Frankfurt assumiram, em 1994, a defesa do casal Hans Günther Spachholz e Damara Bertges, fundadores do “*European Kings Club*”, entidade sem fins lucrativos com características de grupo esotérico-religioso, com forte influência política. A imputação consistia em associação criminosa e fraude continuada, por meio do sistema conhecido como “bola de neve” ou “pirâmide”, versões aprimoradas do chamado “Esquema Ponzi”²³.

Os investidores compravam, na época, uma “carta” (espécie de letra de câmbio) por 1.400 marcos alemães (ou francos suíços), obtendo direito a receber doze parcelas mensais de DM 200,00 (ou SF 200,00), com rentabilidade superior, portanto, a 70% ao ano, incompatível com as taxas praticadas no mercado.

Dessa forma, o dinheiro devolvido aos investidores dependia necessariamente do ingresso de novos investidores na base piramidal – algo cada vez mais raro devido à quantidade de sócios (segundo estimativa,

apenas na Alemanha, eram quase cem mil). Inevitavelmente, a “bola de neve” se desfez e seus mentores foram denunciados e, sob custódia, contrataram os serviços de dois advogados que os defendiam desde 1992, em várias outras ações, de imputações similares.

Os advogados cobraram 200 mil marcos alemães a título de antecipação de honorários²⁴, os quais foram pagos diretamente em espécie pelo funcionário de uma empresa de informática sucessora do “*European Kings Club*” (extinto formalmente em razão dos processos em trâmite). Receberam ainda 500 mil marcos para pagamento da fiança dos acusados, valor este devidamente depositado junto ao órgão judicial, embora em nome dos próprios advogados.

Em 04 de maio de 2000, o Tribunal Estadual de Frankfurt condenou os defensores a nove meses de prisão pelo crime de branqueamento de capitais (§ 261. II.1 do StGB²⁵, afirmando na sentença que os causídicos tinham conhecimento da origem delitiva dos recursos oferecidos em pagamento, pois não recorreram à família dos clientes (réus presos) para solicitar os honorários, e sim a um funcionário de uma empresa com a idoneidade *sub judice*, recebendo rapidamente (embora os clientes estivessem presos) o considerável montante financeiro integralmente em espécie, além de sequer terem firmado documento escrito à guisa de contrato de honorários advocatícios ou de recibo dos valores. Esses indícios denotariam amplo conhecimento quanto à origem maculada do dinheiro e atestariam – segundo o entendimento daquela Corte – o preenchimento do aspecto subjetivo do delito de lavagem, privilegiando-se, desse modo, a solução do dolo.

A sentença de primeira instância, entretanto, absolveu-os no tocante a uma suposta incidência na figura do delito de receptação (§ 257 StGB): o recebimento dos valores depositados e posteriormente levantados para o pagamento da fiança. O fundamento para o decreto absolutório assentou-se na compreensão de que a mera recepção do dinheiro da fiança não implicaria nenhum aproveitamento, ao não produzir benefício direto dos fatos intrínsecos à fraude exigida no citado parágrafo²⁶.

Insatisfeita com a decisão, a defesa dos advogados e os representantes do Ministério Público apelaram ao Tribunal Supremo Alemão (*Bundesgerichtshof* – *BGH*), o qual, em 04 de julho de 2001, proferiu

sentença, fazendo prosperar o pedido da acusação e confirmando a condenação por branqueamento e, ainda, em concurso com o delito de recebimento dos valores destinados à fiança, igualmente eivados de ilicitude. Atendendo ao rito inerente ao Direito Alemão, ordenou ao Tribunal Estadual de Frankfurt que refizesse a sentença – e a propalasse nos termos da decisão do *BGH* – fato ocorrido em 15 de janeiro de 2003, resultando em condenação a onze meses de prisão pelos dois delitos.

Ao não acatar o recurso da defesa, o Tribunal Supremo desenvolveu uma série de argumentos que merecem devida transcrição. Inicialmente, o *BGH* se pronunciou sobre a *prova do conhecimento da origem delitiva dos bens*. Considerou ser correta a decisão do *Landgericht* de Frankfurt quando afirmou que os acusados detinham ciência sobre a origem dos seus honorários. Esse conhecimento se assentava na série de indícios apresentados no caso concreto. Cite-se entre eles o fato de a defesa, anteriormente, conhecer os clientes quando estes, em 1992, foram acusados de imputações idênticas. Ademais, aduziu considerações quanto ao montante extraordinariamente elevado do valor recebido, tendo sido o pagamento efetuado em espécie e à revelia de qualquer documento escrito à guisa de vínculo contratual²⁷.

Em seguida, adentrou na polêmica doutrinária relativa à necessidade de restringir o alcance do § 261, II.1º do StGB, para excluir a punibilidade da atividade dos advogados defensores. E essa incursão decorria do fato de as alegações da defesa estarem embasadas em sólidos argumentos doutrinários. Neste ponto, o *BGH* refuta a necessidade de restringir o alcance do tipo objetivo ao desvendar a clareza do teor literal do § 261, II.1º do StGB quanto à vontade de isolar economicamente o agente do delito, justificando-se, assim, a sanção penal do branqueamento de capitais. Conforme esse posicionamento, estaria abrangida a conduta do advogado nas situações de recebimento de honorários de origem delitiva. Mencionada posição encontraria amparo na própria motivação da lei penal, lembrando os julgadores que na fase do *iter* parlamentar foram recusadas todas as propostas dirigidas a excluir do tipo penal determinadas condutas consideradas neutras, entre elas a do advogado defensor em uma ação penal²⁸.

Em sua argumentação, aquele egrégio colegiado afirmou que a admissão da tipicidade de semelhantes comportamentos não vulnera nenhum direito fundamental nem as garantias previstas no art. 6º do CEDH. Concernente ao direito ao livre exercício da profissão do advogado no processo penal do art. 12.1. da Constituição alemã (*Grundgesetz – GG*), entendeu o *BGH* que o livre exercício da profissão não inclui a faculdade de receber honorários sabidamente maculados, procedentes de um delito grave.

Esse entendimento advém do fato de considerar o advogado como órgão de Administração da Justiça e das circunstâncias de tradicionalmente não terem se formulado questionamentos sobre a aplicação de eventual sanção penal ao advogado pelos tipos de acobertamento ou receptação (§§ 257 e 259). Ainda, a respeito do § 261, II.1 do StGB, esse tipo amplia a punibilidade das condutas, alcançando as figuras da receptação substitutiva e do encobrimento substitutivo, e as figuras inerentes aos delitos prévios. De qualquer modo, é requisito a existência de uma conexão provada de forma indiscutível entre o recebimento dos honorários e um delito descrito no tipo da lavagem²⁹.

Ponderou que a eventual punibilidade do advogado como autor de um delito de acobertamento ou receptação (§§ 257 e 259 do StGB) não reduzirá necessariamente sua base econômica (representada por potenciais clientes, os quais poderão se esquivar). Porém, mesmo nessa hipótese, a autonomia profissional do advogado não poderá de forma alguma atrelar-se à dependência econômica advinda do crime organizado. E, taxativamente, subordinou o direito à livre escolha do defensor à capacidade econômica para exercê-lo com recursos de origem lícita.

Do contrário, os imputados devem submeter-se à constituição de um defensor público, cuja assistência deverá ser suficiente para assegurar e proteger seus direitos fundamentais: “Assim como não existe um direito a ser retribuído com dinheiro de origem delitiva, tampouco existe um direito dos acusados em retribuir a um advogado de sua escolha com recursos procedentes de um delito”³⁰.

No entanto, discorreu o Tribunal Supremo sobre a relação de confiança constitucionalmente protegida entre o cliente e o advogado, entendendo que não pode ser atingida pela recusa do advogado em permanecer no processo quando o cliente lhe revele a origem delitiva dos seus honorários. Para o

Bundesgerichtshof, a imposição ao advogado do abandono da defesa de seu cliente ao conhecer a origem espúria dos valores não conduz necessariamente à formação de uma conduta passível de contribuir com os indícios em desfavor do seu assistido.

Também mereceu a atenção dos julgadores o tema relativo ao perigo advindo da omissão por parte dos advogados em conhecer importantes detalhes do caso, para não ser obrigado a recusar os honorários oferecidos, prejudicando a efetiva defesa do cliente. Tal comportamento, de acordo com o Tribunal, permite concluir a admissão por parte do advogado da possibilidade de auferir honorários atrelados a uma origem delitiva. Complementa-se o raciocínio por meio da assertiva de não se considerar afetada a relação de confiança na hipótese do cliente vir a ser citado como testemunha no processo de lavagem aberto contra seu advogado³¹.

Na sentença comentada, reconheceu o Tribunal, a todo tempo, a possibilidade de o advogado indagar sobre a origem dos recursos financeiros, não se limitando à expectativa da confissão do seu cliente. Caso conscientemente não o faça, é porque considera a hipótese de ser remunerado com dinheiro maculado.

Não bastassem as motivações acima, o *BGH* corrobora que o conhecimento da origem delitiva do dinheiro não poderia se obter unicamente com a confissão do cliente, pois o próprio advogado teria meios de “calcular” a procedência espúria e como recusar a defesa, devendo ser constituído em favor do réu um advogado dativo³².

Apresentada a questão nesses termos como consequência da decisão do Tribunal Supremo, deu-se o ápice de insegurança e ameaça ao exercício da profissão dos advogados criminalistas alemães³³. Dessume-se, sem nenhum reboço, a deturpação do papel do advogado defensor, transformando-o em acusador inicial do suposto autor da conduta delitiva, solapando o princípio da presunção da inocência e ignorando o alcance do direito fundamental da ampla defesa no Estado de Direito, bem como menosprezando, ainda, o corolário do direito de defesa consubstanciado no sigilo profissional. Referido cenário seria alterado profundamente ao ser revisto sob as ponderações do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht* – *BVerfG*) mediante aceitação do procedimento de Reclamação Constitucional (*Verfassungsbeschwerden*) interposto pela defesa dos

advogados condenados diante da alegada violação de direitos fundamentais³⁴.

Trata-se da paradigmática resolução que cobrou notória transcendência pública, na qual foram fixados os limites para a aplicação do tipo de lavagem aos advogados na hipótese dos honorários “maculados”, seguindo a orientação da restrição pelo elemento subjetivo do tipo.

10.1.2 A decisão do Tribunal Constitucional Alemão

(Bundesverfassungsgericht – BVerfG) de 30 de março de 2004

Submetido em última instância ao Tribunal Constitucional Alemão (Procedimento de Reclamação Constitucional – art. 93.1, 4a da *Grundgesetz*)³⁵, o caso recebeu tratamento e solução emblemáticos, tornando-se verdadeiro paradigma acerca do tema e referencial para decisões posteriores. O *BVerfG* restringiu o alcance da aplicação do tipo penal de lavagem (§ 261. II. n 1 do StGB) no marco do elemento subjetivo, de modo que somente poderia ser apenado o advogado detentor de um conhecimento seguro quanto à procedência delitiva do dinheiro³⁶.

Aceitou-se, nesse caso, unicamente a figura do dolo direto e se excluiu do alcance do tipo penal as condutas dos profissionais permeadas na modalidade do dolo eventual e da negligência. Com essa redução teleológica do tipo, o Tribunal exerceu uma interpretação restritiva do dispositivo em análise de modo a torná-la compatível com a Constituição.

Contudo, constatou que os fundamentos da condenação seriam constitucionalmente corretos, pois o Tribunal de Frankfurt teria efetuado uma adequada argumentação do efeito de irradiação do art. 12.1 da GG na valoração da prova e na suposição do fato, desenvolvendo uma fundamentação jurídica conforme à Constituição, interpretando o tipo subjetivo de forma restritiva, e, assim, exigindo conhecimento seguro da origem delitiva do dinheiro recebido.

Desse modo, o Tribunal *a quo* ponderou sobre o papel desempenhado constitucionalmente pelo defensor. Esse posicionamento sobre a aplicação do tipo penal da lavagem ao advogado defensor merece uma devida reflexão sob o prisma jurídico-penal³⁷. Entretanto, é essencial para os

objetivos desta pesquisa destacar os argumentos esmiuçados pelo Tribunal Constitucional na justificativa da restrição do tipo conforme à Constituição, os quais resguardaram garantias fundamentais previstas constitucionalmente.

A sentença de 30 de março de 2004 fundamenta-se em dois pontos: a aplicação do delito de branqueamento de capitais ao recebimento de dinheiro a título de honorários pelos advogados penalistas afeta o direito destes ao livre exercício da profissão (art. 12.1 da *Grundgesetz – GG*) e também atinge o direito do cliente (imputado) à livre escolha do advogado. Para que tamanha intromissão em direitos fundamentais seja adequada à Constituição, deve ser ajustada ao princípio da proporcionalidade, do qual deriva, dentre outras exigências, a necessidade de aplicação da sanção penal somente se o defensor detiver conhecimento seguro da origem delitativa do dinheiro.

De fato, os argumentos expostos pelo *BVerfG* são aglutinados em duas vertentes. A primeira, percorre a doutrina constitucional tendente a garantir o direito ao livre exercício da profissão de advogado, o direito do acusado à ampla defesa e à livre escolha do seu defensor³⁸. Para o propósito do exame comparativo, é suficiente indicar o art. 12,1, da *Grundgesetz* (GG), que garante a liberdade do exercício profissional como concretização do direito ao livre desenvolvimento no âmbito da profissão individual.

A regulamentação estatal da atividade profissional estabelece os limites de atuação sem dificultar o seu pleno exercício, incluindo nela a liberdade ampla para a fixação do valor dos honorários. Fixa o Tribunal a respeito desse direito fundamental: “A relação de confiança entre o advogado e seu cliente é pressuposto da possibilidade do cumprimento de sua tarefa e condição fundamental para que gere tal relação são a integridade, autenticidade do profissional bem como o direito e o dever de confidencialidade. A relação de confiança, constitui condição irrenunciável do exercício da profissão e está protegida pelo artigo 12.1. GG”³⁹.

Na segunda vertente, o Tribunal Constitucional assevera a incidência da norma do § 261, II. 1 do StGB, na liberdade de exercício da profissão, pois o risco de ser processado por delito de lavagem em decorrência do recebimento de honorários supostamente maculados na vigência do seu mandato colocaria em *risco* a própria atividade profissional, bem como

fragilizaria a imprescindível relação de confiança com seu cliente, condição *sine qua non* para uma efetiva defesa⁴⁰. Nesse contexto, dar-se-ia a colisão de interesses impeditivos da atuação do profissional na defesa do seu representado.

Com detalhes, assinala a Corte *a perturbação na liberdade de decisão de aceitação do mandato por parte do profissional*. Essa perturbação estaria atrelada aos *riscos específicos* do defensor penal em se tornar suspeito de lavagem ao aceitar a defesa do acusado.

Esse risco se daria basicamente por duas circunstâncias: a primeira, pelo tipo de atividade exercida pelo advogado e, a segunda, pela amplitude do elemento subjetivo do delito de lavagem. No tocante àquela, o Tribunal esboça argumentos configuradores de um perfil realístico da advocacia criminal.

Resulta claro, na visão dos julgadores, que dentro do círculo de eventuais clientes do profissional se encontram sujeitos acusados da imputação de lavagem de capitais. Representaria cerceamento ao livre exercício da profissão a imposição de ônus ao defensor, passível de minorar o *munus* do seu mandato⁴¹. É sabido que, ao aceitar o patrocínio da causa, o advogado assume deveres e adquire direitos perante seu cliente, não podendo, todavia, mentir nem obstruir o rumo da justiça, devendo defendê-lo da imputação formulada pela acusação, buscando prevalecer a versão do seu assistido.

Dentre os sujeitos do processo, o primeiro a tentar refutar os indícios oferecidos pela acusação e a ressaltar o princípio da presunção de inocência em favor do acusado deve ser sempre o advogado. Por natureza, a função da defesa será inarredavelmente valorar de forma distinta da acusação as suspeitas e os indícios formulados em desfavor do patrocinado. Em lapidar lição acerca do exercício da profissão, o *BverfG* aponta: “mesmo quando a imputação se concretiza existindo provas contundentes no decorrer do processo, caberá sempre ao defensor continuar semeando as dúvidas e contrabalançando as certezas sobre os pressupostos da culpa do seu assistido”⁴².

Complemente-se a louvável posição jurisprudencial com a seguinte elementar assertiva: se a culpabilidade do denunciado é evidente – seja pela sua flagrância, seja pela confissão –, isso não lhe exime de defesa, pois

sempre existem circunstâncias atenuantes em benefício da situação legal do representado. Se o defensor – por confiança do imputado – chega ao convencimento da responsabilidade penal do seu cliente, não obstante essa íntima convicção pode e deve pedir sua absolvição quando as provas não forem contundentes a respeito da sua atuação delitiva⁴³.

A função da defesa não é a de justificar o delito, mas a de exsurgir no âmbito probatório elementos aptos a desconstruir a tese acusatória. Isso se reflete na normativa extrapenal brasileira, precisamente no Código de Ética e Disciplina da OAB, que em seu art. 21 estabelece: “É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado”.

Por esses motivos, afirma-se corriqueiramente que o defensor é um profissional no exercício de uma atividade pública em defesa de um interesse particular. Dentro do cumprimento dessa função, o advogado terá conhecimento sobre as atividades e o patrimônio do seu representado e, principalmente, do seu modo de vida e subsistência. Essa condição potencializa, sobre o profissional, o risco de recair indícios de branqueamento pelo recebimento de honorários maculados.

Referente à segunda circunstância, os riscos decorrem da amplitude do elemento subjetivo. Conforme prescreve a norma jurídico-penal alemã no seu § 261, II. 1 do StGB, não se exige a qualificação de um elemento especial do tipo, apenas a presença da figura do dolo direto ou do dolo eventual ou ainda a modalidade da negligência (§ 261. V), demandando-se mais atenção do profissional na aceitação do mandato. A consideração por parte do profissional, no momento do recebimento dos honorários, de que seu assistido tenha cometido um dos fatos descritos na figura típica do delito antecedente acarretaria a possibilidade de idêntico enquadramento do profissional pelo crime de lavagem.

Dois argumentos restantes são desenvolvidos pelo Colendo Constitucional alemão. O primeiro, a título de advertência, focaliza-se nos efeitos negativos irradiados pelo branqueamento de capitais sobre a relação advogado-cliente, especificamente na obrigação de confidencialidade do profissional e no modo de atuação no interesse do assistido. O segundo sustenta a repercussão da norma penal sobre os direitos fundamentais (no caso da ampla defesa), não sendo correta a posição defendida pelo Tribunal

Supremo, no sentido de resolver um conflito de interesses com a indicação do advogado dativo.

Quanto ao primeiro argumento, a amplitude do tipo penal dificultaria sobremodo o exercício da atividade do defensor. Os termos usados pelos julgadores do *BVerfG* não deixam dúvidas: “um defensor penal que mediante a aceitação dos honorários corre o risco de ser objeto da persecução penal não poderá exercer a atividade profissional por ele escolhida de forma livre e independente e não está em condições de cumprir a tarefa a ele confiada pela Constituição da defesa dos interesses do denunciado”⁴⁴. Ainda sob esse aspecto, convém ressaltar que a relação de confidencialidade poderá ser abalada ao estabelecer-se um clima de desconfiança por parte do cliente, receoso do destino das informações necessárias à sua defesa, as quais poderão ser repassadas indiretamente por seu próprio advogado, que, em última análise, temendo ser responsabilizado penalmente, acabe contrariando o teor do mandato a ele outorgado.

Em síntese, a possibilidade de ser incriminado no tipo penal de lavagem pelo fato de aceitar o patrocínio da causa e de receber dinheiro maculado a título de honorários inviabilizaria o exercício da ampla defesa. O raciocínio dos membros do Tribunal Constitucional alemão denota uma clareza exemplar, pois é inaceitável que, em vez de atender aos interesses do seu cliente, o defensor passe a se preocupar com seus próprios interesses para evitar a acusação da prática de lavagem⁴⁵.

Esse conflito poderá ter conotações extremas ao imaginar situações nas quais o próprio profissional desconfie do seu cliente e passe a investigá-lo, indagando-o sobre a origem dos seus bens e do seu patrimônio. Esse panorama posiciona-se em sentido diametralmente oposto ao imaginado para o pleno exercício da ampla defesa e poderá se concretizar, caso não se restrinja o tipo da lavagem, observando-se os ditames constitucionais relativos aos direitos fundamentais respectivos⁴⁶.

No entendimento dos julgadores, essa limitação é necessária devido à ausência específica no ordenamento jurídico dos deveres de cuidado a serem observados pelos advogados em matéria de honorários, especialmente na eventualidade de estarem atrelados a atividades delitivas anteriormente praticadas. Ao se sujeitar ao ônus do dever de cuidado, quanto à procedência dos honorários recebidos, o advogado deixaria de

cumprir sua função de órgão independente e indispensável à Administração da Justiça, consoante previsto na lei máxima.

Esse posicionamento advindo do Tribunal Constitucional alemão ensejará outras interrogantes a serem oportunamente confrontadas em seara diversa desta pesquisa. Cumpre lembrar, apenas, que não se está ratificando uma ideia inexistente de liberação de ônus quanto a deveres de cuidado a serem tomados por parte de outros profissionais, sobretudo quando estes atuem no marco preventivo da política criminal destinada a combater a lavagem de capitais.

Ainda no campo da intromissão da normativa penal nos direitos fundamentais, especificamente na garantia da ampla defesa, o *BVerfG* posiciona-se acertadamente em sentido contrário ao inaceitável tratamento concedido pelo Tribunal Supremo alemão (*Bundesgerichtshof – BGH*) em matéria da indicação do advogado dativo no momento em que o profissional escolhido livremente pelo seu cliente detenha o conhecimento da origem delitiva dos valores.

Segundo Pérez Manzano, o entendimento do *BVerfG* não deixa dúvidas: “... o defensor não poderia ser obrigado de forma ilimitada por uma situação de perigo criada pelo legislador penal a renunciar ao mandato livremente escolhido e impor-se-lhe a designação do dativo”⁴⁷.

A instituição da defesa dativa constitui uma prestação do Estado em favor dos acusados carentes de recursos econômicos, nada além disso. Obrigar a renunciar ao profissional escolhido e ao mesmo tempo exigir deste o pedido para a nomeação de um advogado dativo “não compensa a perda da liberdade do exercício da profissão, muito pelo contrário, deixa essa perda mais aberta e escancarada”⁴⁸.

A imposição de um advogado dativo não é um ato corriqueiro na perspectiva do acusado detentor de recursos econômicos e ainda não julgado. Por sua vez, o arguido limitado em recursos econômicos tem direito à indicação de um advogado de ofício. Portanto, antes de uma sentença transitada em julgado, reafirma em boa hora o Tribunal Constitucional: o denunciado, dispondo apenas de bens contaminados, não pode ter o mesmo tratamento de outro que não detêm essa condição financeira⁴⁹.

Conclui o *BVerfG*: uma interpretação no sentido descrito pela norma penal do § 261 II, n.1 do StGB, afetando o livre exercício da profissão do advogado, não está justificada sob o prisma constitucional. A normativa da lavagem seria contrária ao princípio da proporcionalidade ao não se proceder a uma redução conforme a Constituição, pensamento divergente do esboçado pelo *BGH*.

Nesse sentido, o *BVerfG* atesta que a ofensa do direito ao livre exercício da profissão não cumpre com as exigências da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para alcançar os fins visados pela Lei de lavagem de capitais. Isso não significa o não reconhecimento pelos julgadores da necessidade de se combater o crime organizado por meio dessa normativa jurídico-penal, que atende aos compromissos internacionais recepcionados pelo sistema legal alemão.

Outrossim, no tocante a ampliação do tipo penal, englobando situações tangentes aos advogados pelo recebimento de honorários maculados, atestam-se a desproporcionalidade do preceito ao atingir o direito fundamental do livre exercício da profissão. A ameaça de eventual cominação de pena não promoveria os fins perseguidos pelo legislador, representando na sua aplicação um prejuízo inaceitável para a defesa⁵⁰.

Embora o *BVerfG* demonstre a sua contrariedade quanto ao alcance do tipo penal em relação ao recebimento de honorários do causídico – ao afetar direitos fundamentais, dentre eles o exercício livre da profissão e da ampla defesa –, esse entendimento não leva à exclusão completa da figura do advogado do círculo de sujeitos ativos do delito de lavagem de capitais.

De acordo com os julgadores, o defensor, assim como qualquer outro profissional atuante na atividade econômica, é um sujeito idôneo para o delito de branqueamento. E isso pode ser deduzido da utilização de todos os critérios de interpretação, desde o gramatical até o teleológico⁵¹. Na avaliação do Tribunal Constitucional alemão, é compatível com a Constituição uma interpretação restritiva que exige o dolo direto com o delito da lavagem de capitais (§ 261.II n.1 do StGB) abarcando-se a hipótese da cobrança dos honorários *quando o advogado no momento do recebimento tenha conhecimento seguro de que o dinheiro procede de um dos delitos antecedentes catalogados no tipo*.

A interpretação restritiva não seria contrária ao teor literal do preceito, uma vez que o § 261.II n.1, do StGB não contempla a descrição dos requisitos de uma atuação dolosa, ficando a cargo da jurisprudência e da doutrina determinar, nos casos concretos, o “saber e o querer da realização do tipo”⁵².

O Tribunal Constitucional, nessa linha, assevera que a interpretação restritiva também encontra amparo na origem histórica do dispositivo. Desde essa perspectiva, o legislador alemão teria “concebido o tipo de isolamento” do § 261.II n.1, ou seja, trata-se de um dispositivo legal de ordem geral, em virtude da opção legislativa de não prever casuisticamente todas as hipóteses fáticas que poderiam ou não estar incluídas no preceito, sendo este denominado de “*Auffangtatbestand*”⁵³.

A sua finalidade era articular uma luta efetiva contra a lavagem de capitais e essa teria sido a razão para evitar incluir exceções expressas para os negócios habituais ou outras situações similares com conteúdo mínimo de injusto⁵⁴. Mesmo admitindo-se a procedência dessa análise, na visão do *BVerfG*, restariam em aberto “riscos residuais” em relação ao livre exercício da profissão do advogado e para a livre escolha do defensor por parte do acusado. Para deslindar o conflito constitucional propiciado pela interpretação restritiva, a acusação e os magistrados deverão efetivar uma ponderação específica dos referidos direitos fundamentais.

Sob o ponto de vista da acusação, essa ponderação deverá ser feita no momento de valorar a existência de indícios racionais de delito na conduta do advogado⁵⁵. Na compreensão do Tribunal Constitucional, o tipo subjetivo não poderá ser provado de forma segura na fase inicial de investigação. E ainda, a aceitação do patrocínio de um acusado de lavagem não é suficiente para fundamentar a presença de indícios razoáveis da comissão de um delito.

A existência de tais elementos requer a presença de circunstâncias fáticas aptas a corroborar que o advogado, no momento da cobrança dos honorários, atuava de má-fé. Nessa orientação, poderão ser considerados indícios da parte subjetiva, no caso, a cobrança de valores extraordinários dos honorários ou sua forma de pagamento⁵⁶.

10.1.3 Considerações do autor

A decisão do Tribunal Constitucional alemão repercutiu em diversos setores normativos, irradiando-se pelo âmbito dogmático jurídico-penal, processual-penal e de forma idêntica, no livre exercício da atividade do advogado defensor. Resultará difícil apresentar apenas um perfil dessa resolução sem descuidar do seu alcance e conexão com os demais aspectos normativos e deontológicos que circundam a situação fática do recebimento, por parte do defensor, de honorários maculados. De qualquer modo, passemos a expor as consequências imediatas do posicionamento assumido pelos julgadores do BVerfG, na sentença do dia 30 de março de 2004.

Entre os primeiros ensaios destinados a uma avaliação crítica da sentença e do alcance dos seus enunciados, encontra-se o de Kuhlen. Segundo o doutrinador alemão, é louvável a resolução ao diferenciar o papel do advogado, pela sua atividade de risco, em comparação com outros terceiros perante a normativa da lavagem, embora não se estabeleça, formalmente, nenhuma condição privilegiadora. E destaca, ainda, a efetividade da “redução teleológica” conforme à Constituição.

Todavia, a sua discrepância de perspectiva é justificada quanto determinada extralimitação da competência do Tribunal Constitucional em desfavor da jurisdição ordinária. No seu parecer, os julgadores deveriam limitar-se a traçar as linhas gerais das possíveis interpretações ou reduções do § 261 do StGB, que estejam conforme à Constituição. Ao optar o *Bundesverfassungsgericht* pela redução teleológica do elemento típico do “dolo”, exigindo unicamente a modalidade do dolo direto em detrimento de outros critérios – tais como o do âmbito objetivo do tipo, ou da solução da justificação – que nem sequer foram mencionados, cerceou-se a possibilidade de escolha por parte dos magistrados das instâncias ordinárias, limitando o alcance de sua competência⁵⁷.

Na visão de Blanco Cordero, o questionamento é claro no sentido de indagar se a decisão do Tribunal Constitucional evita realmente os riscos que o delito de lavagem representa para a defesa técnica⁵⁸. E essa interrogação parte de um pressuposto jurídico-penal, pois a limitação do tipo subjetivo é apenas um dos critérios elaborados pela doutrina, embora, conforme anteriormente analisado⁵⁹, seja motivo de insatisfação ao não

resguardar devidamente a defesa dos atos de investigação e de outras medidas cautelares eventualmente propostas contra a figura do advogado, sujeitando-o à abertura de um inquérito policial e outros procedimentos de natureza similar⁶⁰.

Outra consideração crítica diz respeito à ausência de um consenso entre os doutrinadores quanto à falta de “critérios convincentes” por parte do BVerfG para a determinação do conhecimento do advogado em relação à origem maculada dos valores empregados no pagamento dos seus honorários, mais especificamente, de que tais valores teriam sido obtidos com a prática de um delito antecedente catalogado no tipo. Na análise de Bussenius: “A pretensão que um honorário extremamente alto deva indicar o conhecimento do defensor sobre a origem do dinheiro não é inteiramente correta. Por que deveria o defensor que recebe elevado valor maculado, saber mais sobre sua origem do que aquele que recebe um valor menor, especialmente quando o defensor não é obrigado a questionar o seu cliente? E ainda, levanta-se uma nova indagação: o que é um valor apropriado para uma defesa criminal?”⁶¹.

Desse modo, nem sempre “o valor extraordinário” cobrado pelo defensor serve como referencial definitivo do conhecimento da origem maculada do dinheiro. Outros fatores de natureza deontológica precisariam ser dissecados para compreender as peculiaridades de uma cobrança de honorários em um processo criminal, sobretudo quando inexiste um parâmetro rígido para determinar o valor dos honorários. Na exposição da vida de um dos maiores criminalistas americanos, Williams (1920-1988) usufruía da sua liberdade de cobrança dos honorários sempre recebendo de maneira antecipada o valor total da causa: “Ele defenderia qualquer pessoa, dizia ele, desde que lhe conferisse total controle do caso e pagasse antecipadamente”⁶².

Contestou-se, também, não obstante a opção pela limitação do tipo subjetivo do § 261 do StGB, o encaminhamento pelo Tribunal Constitucional aos representantes do Ministério Público e aos magistrados para que estes “ponderem” o “direito ao livre exercício da profissão” do advogado, antes de qualquer emanção de imputações e análise das provas. Essa diretriz estaria formulada “por termos vagos” ao não oferecer linhas definidas sobre o procedimento desses órgãos diante de situações de “riscos

residuais”⁶³, configurando mera recomendação destituída de qualquer conteúdo vinculante.

Segundo a literatura especializada, a garantia constitucional da ampla defesa possui um “significado decisivo”⁶⁴ na interpretação do § 261 do StGB. Nessa senda, o Tribunal Constitucional alemão deveria, nos diversos argumentos trazidos à luz visando a restrição do tipo penal da lavagem de capitais, ter concedido mais atenção a esse direito para fundamentar sua decisão.

O princípio da ampla defesa “deveria ter um peso mais importante que a liberdade de trabalho do defensor”⁶⁵. Não deixam de ter parcial razão Wirzt e Bermejo ao afirmarem que a liberdade do exercício da profissão (§12, 1 da GG) não exclui o defensor da ameaça de sanção, mesmo porque esse argumento poderia ser reivindicado em prol dos funcionários dos bancos, assessores contábeis e outros sujeitos obrigados a atender às diretrizes da política de prevenção ao branqueamento de capitais. Entretanto, é notória a distinção entre o advogado defensor e outros profissionais justamente em razão do direito de defesa do acusado (na experiência comparativa, cite-se o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos – CEDH). Seria este o princípio fundamental da exceção à regra da punibilidade de todos os cidadãos ao alcance do §261 do StGB⁶⁶.

De acordo com Wirzt e Bermejo, os limites da exclusão do advogado que recebe honorários maculados seriam encontrados na distinção entre o dolo direto e o dolo eventual, conforme a hermenêutica emanada do Tribunal Constitucional alemão. Contudo, tais restrições podem ser recusadas ou ampliadas de modo a excluir do tipo penal todos os casos de punibilidade do advogado⁶⁷.

Nesse ponto, outros questionamentos foram direcionados por parte da doutrina à impossibilidade do BVerfG em oferecer uma redução teleológica dos requisitos objetivos do tipo de branqueamento de capitais sob a alegação da “indeterminação” dos bens jurídicos tutelados pelo § 261do StGB⁶⁸. A refutação desse argumento sustentado pela Corte alemã estaria assentada na própria amplitude da descrição do tipo legal, a qual essencialmente demandaria um critério de redução de aplicabilidade. E, na linha oferecida pelo Tribunal Constitucional de sustentar a restrição do tipo subjetivo, haveria igualmente uma contradição na opção por esse critério,

ao se deparar com o injusto assentado na figura típica da negligência prevista no § 261. V do StGB⁶⁹.

De qualquer modo, todas essas interrogações, assaz debatidas pela doutrina, não invalidam a grandeza dos diversos argumentos esgrimidos pelos julgadores do *Bundesverfassungsgericht*. Além dos méritos assinalados por Kuhlen, a sua inovação residiria no fato de abordar um tema polêmico exigente de uma resposta jurídico-penal atrelada a controles normativos constitucionais, os quais devem fiscalizar a eventual intromissão de uma normativa infraconstitucional para evitar a violação de direitos fundamentais.

No entanto, evidencia-se que o Tribunal Constitucional constatou a dificuldade da restrição do tipo legal do § 261 do StGB por meio das interpretações gramatical, sistemática, histórica e teleológica, pois estas não teriam um “peso decisivo”⁷⁰ diante do texto legal. Eis uma das razões pelas quais o *BVerfG* teria elaborado uma interpretação conforme à Constituição por meio da ponderação de interesses visando conferir legitimidade suficiente à restrição do tipo penal, malgrado, tal qual afirmado, não seja este o sentido literal da norma penal nem a vontade do legislador quando visa “isolar” economicamente o agente do delito⁷¹.

Compreende-se, no entanto, que a restrição do tipo não objetiva uma exceção total da responsabilidade penal do advogado no delito de branqueamento de capitais e o posicionamento favorável a essa opção, pela perspectiva do elemento subjetivo, não impede eventuais medidas de investigação em desfavor do advogado, sempre e quando este tenha “conhecimento seguro da origem ilícita dos valores”.

Mas, quer nos parecer, se não é de todo aceitável essa orientação jurisprudencial, a mesma não percorreu a linha da solução da justificação, a qual implicaria uma maior limitação às funções do advogado em não considerar suficientemente os “riscos específicos” da profissão. Mencione-se ainda uma crítica irrefutável à tese da causa justificante que decorre do próprio contexto esboçado pelos seus partidários. Para estes, o usual seria a proibição legal da conduta, relegando-se a permissibilidade do recebimento de honorários maculados pelo advogado a casos excepcionais.

Com isso, converte-se em regra a relevância penal dessa conduta a título de branqueamento e, ao mesmo tempo, restringe-se a liberdade de atuação

do defensor, causando uma inversão na relação dos valores essenciais em um Estado de Direito. Ademais, essa alteração coloca em permanente risco a atuação do advogado e o seu direito a receber a contraprestação pelo serviço prestado⁷².

No nosso entender, o critério da restrição do elemento subjetivo usado pelo BVerfG deixa o espaço aberto para que a doutrina determine a dimensão do critério denominado “conhecimento seguro” em cada caso concreto, e, assim, qualquer conceito explicativo sobre o referido critério deverá estar ligado à configuração do contexto delitivo da conduta. E insista-se, nessa circunstância, o advogado não estaria mais exercendo a sua atividade de defensor, mas, sim, tornaria-se cúmplice do autor principal, favorecendo a “dissimulação ou ocultação” dos valores de origem delitiva, criando um risco penalmente desvalorado. E essa análise poderá ser respaldada no âmbito objetivo do tipo sob o marco da imputação objetiva.

Observe-se que, ao manter os fundamentos constitucionais de condenação dos advogados oriundas do *Landgericht* de Frankfurt a partir do elemento subjetivo do tipo na modalidade do dolo direto, não se utilizava apenas do tópico referencial ao valor extraordinário para efeitos do pagamento. A esta orientação seriam somadas outras circunstâncias fáticas capazes de atestar o conhecimento seguro da origem delitiva dos valores: a busca dos próprios advogados em uma empresa administrada por uma interposta pessoa vinculada a seus clientes, o recebimento em espécie, a falta de um comprovante de pagamento de uma quantia elevada (ou seja, a ausência de um recibo ou de um contrato de honorários).

Essas condições (e não exclusivamente o valor extraordinariamente alto) corroborariam um conhecimento seguro da origem delitiva do dinheiro. Na enumeração desses elementos, formar-se-ia o quadro probatório suficiente para, segundo o Tribunal, restar preenchido o aspecto subjetivo do tipo do § 261 II 1 do StGB, a título de dolo direto, excluindo-se a punição na modalidade do dolo eventual e da imprudência.

Entretanto, os julgadores da Corte Constitucional apontaram a necessidade de escrutinar o “sentido delitivo” da conduta em cada caso concreto. Ao encomendar essa função à doutrina e à jurisprudência, o BVerfG proporcionou vasta abertura para estabelecer, conforme a lição de Frisch, o significado do sentido delitivo⁷³ e a reclamação de indícios

especiais por meio dos quais seja possível considerar aceitável a existência do conhecimento seguro.

Seguindo essa orientação, assevera Pérez Manzano: “Saber que o cliente está acusado por um dos delitos incluídos no catálogo da lavagem de capitais não implica conhecer a relação especificamente delitiva da própria contribuição, no caso da recepção do dinheiro, pois isso requer conhecer a procedência ilícita do dinheiro que se recebe e algo mais: que a própria recepção do dinheiro é uma atividade instrumental de ocultação da origem delitiva do mesmo”⁷⁴.

Essa conclusão sobre o significado delitivo da conduta solidária do advogado ao injusto cometido pelo agente principal superaria o marco do risco permitido. Contudo, poderá fornecer uma restrição sob a perspectiva objetiva do tipo, tal qual foi referendada para as condutas neutras quando ausente o sentido delitivo e de adesão ao delito alheio.

Por tais razões, a tese defendida por Pérez Manzano, ancorada no pensamento de Frisch, vislumbra-se, além de plausível, a mais adequada dogmaticamente: “é possível efetuar uma restrição no âmbito do tipo objetivo, pelo que resulta desnecessário esperar a resolver os casos nos elementos da teoria jurídica do delito que serão analisadas posteriormente ao tipo objetivo, constituindo, ademais, uma opção mais ajustada ao princípio favor libertatis no qual se depreende que no Estado de Direito a regra é a liberdade de atuação e a exceção a relevância penal das condutas neutras”⁷⁵.

A evolução da discussão sobre a restrição do tipo penal da lavagem deverá encontrar sempre uma resposta de natureza dogmática jurídico-penal. Percorrer a temática dos critérios de interpretação, das perspectivas objetivas e subjetivas do tipo e da solução da justificação confrontadas, previamente no campo das denominadas condutas *standards*, não se cultiva como um mero exercício de elucubração teórica, mas “como forma de servir ao cidadão na defesa dos seus direitos e de sua liberdade”⁷⁶.

Há quase quatro décadas Gimbernat Ordeig proclamava que uma das funções primordiais da dogmática jurídico-penal era conhecer os limites e o alcance do tipo penal, sem este postulado “a punição ou impunidade não seria uma questão meticulosa e ordenada, mas sim uma questão de loteria”. Pela dogmática jurídico-penal, averigua-se “o conteúdo do direito penal (...)

tornando possível conseqüentemente, ao assinalar limites e definir conceitos, uma aplicação segura e calculada do direito penal, subtraindo-lhe a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação. Quanto menos desenvolvida é uma dogmática mais imprevisível será a decisão dos tribunais, mais dependerão do azar e de fatores incontrolláveis a condenação ou a absolvição⁷⁷”. Não por acaso se tem defendido o aprimoramento da dogmática jurídico-penal constituindo-se em fator gerador de segurança jurídica e igualdade na aplicação da lei⁷⁸.

Por derradeiro, a sentença proferida pelo *BVerfG* possui a virtude de restringir a aplicação do tipo penal de acordo com uma interpretação conforme à Constituição, por meio de uma ponderação dos princípios da liberdade do exercício da profissão, do direito a ampla defesa e da livre escolha do profissional⁷⁹.

Com máximo respeito a entendimento diverso⁸⁰, o Tribunal Constitucional alemão destacou suficientemente a temática do direito fundamental à ampla defesa, tanto ao diagnosticar os “riscos específicos” inerentes ao exercício da profissão como ao salientar o dever de confidencialidade e de “paridade de armas” entre acusação e defesa, além de preservar um processo justo para o acusado da lavagem de capitais.

Um outro mérito insofismável da Corte Constitucional alemã é o rechaço à equiparação realizada pelo Tribunal Supremo alemão (BGH) entre o acusado sem meios materiais e aquele com recursos econômicos, mas sob o qual pairam suspeitas da origem ilícita dos seus bens. Essa equiparação seria inadmissível, pois no momento da aceitação dos honorários, ainda não pesaria sobre o imputado um juízo condenatório irreversível, primando-se pela vigência do princípio da presunção da inocência.

A doutrina reforça a procedência dessa distinção mesmo nos casos em que os bens “conhecidos” do denunciado estejam totalmente embargados. O fato de não poder dispor do seu patrimônio devido à medida cautelar não enseja postular um tratamento idêntico àqueles que não possuem recursos⁸¹. Resta observar se a problemática das condutas neutras têm recebido uma atenção específica por parte dos tribunais e se, no presente estágio de evolução desse instituto, encontra-se um pensamento unitário sob o prisma doutrinário.

1 Vide basicamente RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Blanqueo de capitales y negocios standard**, p. 132 e s.; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 17.

2 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 132.

3 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 132 e s.; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 18 e s.; AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 19.

4 BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 18; AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 19; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 132.

5 Quanto ao direito de escolha do advogado, a invocação normativa encontra-se no art. 6.3, letra “c” da Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, *vide* nota 112, *supra*. Idêntico perfil é retirado do § 137 (Escolha de um advogado defensor) do StPO, que declara: “O imputado pode servir-se da assistência de um advogado defensor em cada situação do processo. O número dos advogados defensores escolhidos não pode ser superior a três”. Aclara o art. 12 (Liberdade Profissional) da Constituição alemã (Grundgesetz – GG): 1) *Todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei (...)*. A respeito do conteúdo e alcance desse direito fundamental cfr. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, p. 593.

6 Vide RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 133 e textos das notas 176 e 177, *supra*.

7 Cfr. AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 21 e texto das notas 176 e 177, *supra*.

8 Vide a respeito AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 21; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 134; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 26.

9 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 134.

10 Vide AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 20; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 18-19; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p.135.

11 Vide BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 19; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 135.

12 Cfr. AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 19; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 20; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 136-137.

13 Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 20.

14 WIRZT, Georg; BERMEJO, Mateo G. **Honorarios de los abogados defensores en causas penales y blanqueo de capitales desde una perspectiva europea: un mismo problema, una misma solución?**, p. 451; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 21.

15 Em relação ao controle concreto das normas pelo Tribunal Constitucional Alemão (art. 100. I GG c.c. § 13, n. 11 BverfGG – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal),

cf. MARTINS, Leonardo. **Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, p. 48 e s.

16 Vide AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 20 e, na tradução brasileira, p. 71. Também BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 21, nota 66.

17 BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 21.

18 Vide RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 138.

19 Na normativa pátria no tocante “a livre escolha do advogado”, afirma-se que esse direito é corolário do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV da CF/1988). No campo jurisprudencial, cite-se STF – HC 67.755-0/SP. Relator Min. Celso de Mello, Julgamento em 26-6-90; STF-HC 83.411-6/PR. Relator Min. Nelson Jobim, Julgamento em 9-12-2003. Em Portugal, esse direito encontra-se explicitado no texto Constitucional, *vide* art. 32º, *vide* texto de nota 79, *supra*. Referente ao “livre exercício da profissão”, *vide* art. 5º, XIII, da Carta Magna de 1988 e, no tocante a profissão do advogado, *vide* a Lei n. 8.906/97 (Estatuto da Advocacia e da OAB), no seu art. 7º, inciso I: “Exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional”.

20 Sabemos que o Constituinte de 1988 confiou a cada magistrado a função de guardião da Constituição. Essa tarefa, portanto, não cabe apenas ao STF (que, nesse aspecto, detém tão somente a última palavra sobre o assunto, mas não o monopólio da interpretação e aplicação constitucional). Na Alemanha o controle de constitucionalidade é concentrado e de competência exclusiva do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*). Essa Corte “realiza o controle vinculante, ainda que este seja motivado por um caso particular ou concreto. Significa que o juiz não poderá ignorar ou denegar aplicação à norma ainda não declarada inconstitucional por entender que tal norma fere a Constituição”. *Vide* MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 36.

21 BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

22 A respeito da descrição fática e do funcionamento do European Kings Club, *vide* a decisão do Tribunal Constitucional Alemão *Bundesverfassungsgericht – BVerfG.2.BvR 1520/01, item 35 de fls. 4*. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs2004033o_2bvr152001.html>. Na doutrina sobre a temática, *vide* AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 7; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 22 e s.; PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado y a la defensa y a las ‘conductas neutrales’**, p. 791 e s.; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 138 e s.; WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 455.

23 *Vide* PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 792; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 22; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 138; WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 455.

24 *Vide* a decisão do Tribunal Constitucional Alemão *Bundesverfassungsgericht – BVerfG. 2.BvR 1520/01 fls. 5, item 36*. Na doutrina penal: PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 792; WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 455.

25 Segundo o § 261, Lavagem de dinheiro e ocultação de bens, do StGB: (1)“Quem oculta um bem, que provém de um dos atos ilícitos mencionados no inciso (2), encobre sua origem, impede ou põe em perigo a investigação da origem, da localização, a entrega, o confisco ou a proteção do mesmo, será punido com pena privativa de liberdade de três meses a cinco anos”. E o inciso II do § 261 do referido diploma legal pune no seu número primeiro a quem adquire para si ou para terceiro um objeto procedente de alguns dos delitos catalogados no § 261.I e no número segundo sanciona a quem “guarde ou utilize para si ou para terceiro, quando conhecia a origem do bem no momento em que o adquiriu”. A doutrina manifesta ser essa uma norma de “isolamento”, dirigida a afastar o autor do delito prévio e seus ganhos maculados, fazendo-as não aptas à circulação, e punindo a quem realize negócios com aquele quando conheça a origem do bem. *Vide* BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 2-3. A tradução ao português do dispositivo penal alemão foi retirada de Pablo Alflen da Silva, ao traduzir a obra de Kai Ambos. *Op. cit.*, p. 129-130.

26 *Vide* a decisão do Tribunal Constitucional Alemão *Bundesverfassungsgericht* – *BverfG.2.BvR 1520/01, item 47 de fls 6*. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs2004033o_2bvr152001.html>. Na doutrina, *vide* PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 793.

27 Na literatura penal, *vide* RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 139; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 23-24; PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 793.

28 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 139-140 e ainda BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 23-24.

29 BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 24.

30 *Vide* a transcrição dessa conclusão na obra de RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 140 e os comentários da mesma no texto de BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 25. Os comentários de Bussenius retratam as divergentes posições adotadas nesse momento pelos tribunais alemães: “The Court contradicted the reasoning of the OLG Hamburg that the money laundering offence violates the right of the accused to choose counsel freely. It claimed that the right to choose counsel does not grant the right to pay the chosen counsel with illegally acquired money”. *Vide* BUSSENIUS, Anne. **Money laundering by defense counsel: the decision of the Federal Constitutional Court**. *Op. cit.*, p. 3.

31 *Vide* BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 25; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 141.

32 BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 25; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 140.

33 *Vide* os comentários de Pablo Rodrigo Alflen da Silva na tradução brasileira à obra de Kai Ambos. *Op. cit.*, p. 109 e ainda as ponderações de RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 142.

34 *Vide* PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y a las ‘conductas**

neutrales’, p. 791 e s.; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 27 e s.; BUSSENIUS, Anne. *Op. cit.*, p. 3 e s.

35 Conforme observação de Leonardo Martins, ao tratar da Competência do Tribunal Constitucional Alemão, o procedimento da Reclamação Constitucional tem um “caráter *sui generis*: em suas duas modalidades (diretamente como ato normativo ou contra decisão judicial), ela não se desenvolve contraditoriamente e não há que se falar em ‘partes processuais’ propriamente ditas. Por outro lado, resiste-se à ideia de que ela seja mais um instrumento de controle objetivo da constitucionalidade das normas, pois sua razão de ser residiria, segundo boa parte da literatura especializada, tão somente na defesa dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo o controle normativo, por sua vez, só mais uma consequência do exame da constitucionalidade do ato do Poder Público em face de um direito fundamental, cuja violação seu titular afirma pela Reclamação Constitucional”. *Op. cit.*, p. 40. Em relação ao alcance da Reclamação Constitucional perante decisão judicial, *vide* ainda p. 66 e 67.

36 *Vide* a decisão do Tribunal Constitucional Alemão *Bundesverfassungsgericht – BVerfG.2.BvR1520/01 itens142 e 143, fls1819*. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs2004033o_2bvr152001.html>. Nessa ordem, na doutrina: PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 804 e s.; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 27. *Vide* BUSSENIUS, Anne. *Op. cit.*, p. 3. WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 455.

37 *Vide* item 145 da Sentença do *BverfG, fls. 19*. Descrevendo o alcance da decisão do Tribunal Alemão no âmbito jurídico-penal e da sua repercussão para o exercício da advocacia, *vide* inicialmente PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 803 e s. Também Blanco Cordero oferece um amplo panorama das teses apresentadas pela Corte Alemã, seja a respeito dos direitos fundamentais (da ampla defesa e da escolha do advogado), seja da interpretação da restrição da figura típica no marco do elemento subjetivo e da sua conformidade com a Constituição. *Op. cit.*, p. 28. Ainda, *vide* WIRTZ/BERMEJO. *Op. cit.*, p. 456.

38 *Vide* a partir do item 101 da Sentença do *BVerfG, fls. 13*: “A responsabilidade do advogado no exercício da sua função o proíbe de fazer mau uso de suas prerrogativas”.

39 *Vide* a Sentença do Tribunal Constitucional Alemão, item 103, fls. 13. Na doutrina penal: PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 797; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 28.

40 Analisando a resolução da Corte Constitucional Alemã, Bussenius enfatiza: “In its ruling the Court emphasized the importance of defence as part of proper criminal procedure as stated by the rule of law and stressed that the free choice of counsel and the trusting relationship between counsel and accused are indispensable prerequisites to an effective defence”. *Op. cit.*, p. 3. *Vide* ainda: PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 799; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 28.

41 *Vide* item 114, fls. 15, da Sentença do *Bundesverfassungsgericht*. Na doutrina penal: PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 799; WIRTZ/BERMEJO. *Op. cit.*, p. 455.

[42](#) Vide item 111 da Sentença do *Bundesverfassungsgericht*. Vide ainda itens 115 e 116. Na doutrina, vide PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 798.

[43](#) A respeito, vide GARCIA RADA, Domingo. **Instituciones de derecho procesal penal**, p. 410.

[44](#) Vide item 109 da sentença da Corte Constitucional Alemã – *BverfG*, fls. 14, e ainda os itens 115 e 116, fls. 15, dessa citada decisão. Na doutrina, vide PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 799; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 29.

[45](#) Cfr. item 110 da Sentença do Tribunal Constitucional Alemão, fls. 14. Eis o que divulga BUSSENIUS, Anne: “The *BverfG* also held that the money laundering offence prevented counsel from defending clients adequately. If counsel was forced to keep in mind his or her own interests, that is, not being accused of money laundering, he or she would not be able to fulfil the responsibility assigned by the constitution, that is, the responsibility to observe the clients’ interests”. *Op. cit.*, p. 3.

[46](#) Cfr. item 111 da Sentença do Tribunal Constitucional Alemão, fls. 14. Vide ainda PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 799 e s.

[47](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 800; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 30; WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 456. Vide ainda, na temática da distinção elaborada pelo *BVerfG* entre o advogado livremente constituído e o defensor dativo, BUSSENIUS, Anne. *Op. cit.*, p. 4.

[48](#) Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 800.

[49](#) Cfr. item 129 da Sentença do Tribunal Constitucional Alemão, fls. 17. Na literatura penal: PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 800; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 30; WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 456.

[50](#) Vide a decisão do *Bundesverfassungsgericht* – *BverfG* 2.*BvR* 1520/01, item 141, fls. 18. Na doutrina penal, vide BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 31.

[51](#) Vide a decisão do *Bundesverfassungsgericht* – *BverfG* 2.*BvR* 1520/01, itens 89 a 100 da sentença, p. 11 a 13. Na doutrina penal, vide WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 455; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 31.

[52](#) A decisão do *Bundesverfassungsgericht* – *BverfG* 2.*BvR* 1520/01, itens 142 e 143, fls. 18 e 19. Vide, na doutrina, PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 804.

[53](#) Vide BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 31; PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 804.

[54](#) *BverfG* 2.*BvR* 1520/01, item 99 da sentença, fls. 13.

[55](#) *BverfG* 2.*BvR* 1520/01, item 153 da sentença, fls. 20.

[56](#) Vide BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 31-32.

[57](#) KUHLEN, Lothar. Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. , p. 4 e 5. O *Bundesverfassungsgericht* – *BverfG* 2.*BvR*1520/01, fls. 15, item 117, diferencia a atividade do advogado da de outros profissionais diante dos negócios habituais celebrados em que circule valores de proveniência ilícita.

[58](#) BLANCO CORDERO aponta os críticos a essa orientação, vide *op. cit.*, p. 32, nota 80.

[59](#) *Vide* Capítulo 9.1.d, *supra*.

[60](#) A respeito dessas críticas, *vide* também BUSSENIUS, Anne. **Money laundering by defence counsel**. The decision of the Federal Constitutional Court, p. 6.

[61](#) BUSSENIUS, Anne. **Money laundering by defence counsel**. The decision of the Federal Constitutional Court. “The claim that an extraordinarily high fee may indicate the knowledge of the counsel about the money’s origin is not entirely persuasive-why should a counsel who receives a lot of dirty money know more about its origin than one who gets little, especially since he is not obliged to question his client? In Addition, it raises a new question. What is and appropriate fee for a defense counsel?”, p. 6.

[62](#) THOMAS, Evan. **The man to see**. Edward Bennet Williams. “Williams would defend anyone, he liked to say, as long as they gave him total control of the case and paid up front”. Para ressaltar a liberdade de atuação do criminalista na hora de defender um cliente, merece transcrição a continuação do parágrafo: “He would represent Mafia dons and pornographers for enormous fees. He would also represent priests, judges, and attractive women in distress for little or nothing”, p. 20.

[63](#) Nas palavras de BUSSENIUS, Anne: “Furthermore, the appeal directed to the penal Courts and prosecutions to consider the right to occupational freedom of the defence counsels does not provide clear guidelines, but naturally remains vague”. *Op. cit.*, p. 6.

[64](#) WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 456.

[65](#) WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 456.

[66](#) WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 456.

[67](#) WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 456.

[68](#) Cfr. as críticas de Bussenius à postura assumida pelo Tribunal Constitucional Alemão que entende não passível de restrição objetiva à figura típica a “amplidão e vagueza dos bens jurídicos potencialmente protegidos pela norma penal”, quando, na verdade, é justamente por esse motivo, em razão da amplitude do tipo, que deveria ser admitida a redução objetiva. *Op. cit.*, p. 7. Também BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 33. *Vide* ainda mais especificamente o item 100 da Sentença do Tribunal Constitucional Alemão, fls. 13.

[69](#) BUSSENIUS, Anne. *Op. cit.*, p. 7.

[70](#) WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 455.

[71](#) Eis o que se constata quando o legislador alemão previamente exclui qualquer justificativa legal relacionada às condutas socialmente adequadas, entre elas a do advogado criminalista. Cfr. texto das notas 176 e 177, *supra*.

[72](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 815.

[73](#) *Vide* texto da nota 186, *supra*.

[74](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 832.

[75](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 815.

[76](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo**, p. 1454.

[77](#) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?**, p. 158.

[78](#) PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo**, p. 1453-1454.

[79](#) *Vide* texto da nota 431, *supra*.

[80](#) WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. *Op. cit.*, p. 450.

[81](#) *Vide* PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y a las ‘conductas neutrales’**, p. 812.

11 AS CONDUITAS NEUTRAS E AS SUAS EXCEPTIVIDADES NOS TRIBUNAIS: SENTENÇA DO TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL (SALA SEGUNDA DE LO PENAL N. 34/2007, DE 01 DE FEVEREIRO DE 2007)

Não é objetivo da presente pesquisa permanecer num espaço exclusivamente teórico, sem repercussão prática. Ao tratarmos da situação específica do suposto enquadramento típico da conduta do advogado que recebe honorários maculados e dos perigos para a liberdade do exercício da profissão em decorrência da amplitude do tipo, o fazíamos convencidos em apontar para uma realidade movida pelo desiderato de uma resposta normativa amparada em critérios jurídico-penais e em uma interpretação constitucional da atividade profissional.

Mas não são apenas as circunstâncias da relação de confidencialidade entre advogado e cliente que foram alteradas após a entrada em vigor da Lei de lavagem de capitais, pois é sabido que o desenvolvimento legislativo dessa modalidade delitiva afetou outras áreas do ordenamento jurídico. A realização de outras atividades (notários, contadores, comerciantes, profissionais liberais etc.) foi influenciada pela necessidade de se considerar se uma determinada conduta quotidiana adquire relevância jurídico-penal ou, caso contrário, se estas permanecem no marco do risco permitido¹.

Sob o postulado da teoria da imputação objetiva, reúnem-se diversas propostas teóricas na tentativa de explicar em que momento e sob quais condições as chamadas condutas neutras superam o risco permitido e adquirem uma relevância penal. Nos estudos de Frisch, Landa Gorostiza, Greco, Robles Planas e Pérez Manzano, encontra-se pormenorizada relação dos múltiplos argumentos postos para se determinar a responsabilidade penal das condutas neutras. Greco as divide em quatro grupos².

O primeiro analisa o problema sob um enfoque exclusivamente objetivo (cite-se a teoria dos papéis de Jakobs, referendada por Robles Planas, da

adequação profissional de Hassemer, recepcionada em parte por Pérez Manzano³). O segundo busca resolver a problemática reduzindo o alcance do tipo subjetivo, do qual o estudo de Otto seria manifestação obrigatória⁴. O terceiro procura aglutinar as duas ordens de fatores, as objetivas e as mistas. Estas, segundo Greco, seriam representadas pelos estudos de Frisch e Roxin. E finalmente, no quarto grupo, encontra-se uma “multiplicidade de critérios, num declarado casuísmo”⁵.

Embora predomine o entendimento de que a solução do problema deva ser encontrada sob a regência dos postulados da imputação objetiva – e antes de retomar a originalidade da proposta teórica elaborada por Greco, conhecido como o “critério da idoneidade da proibição para melhorar a situação jurídica do bem jurídico concreto”⁶ –, é possível observar a falta de um tratamento unitário sistemático em relação ao instituto das condutas neutras. Procede, portanto, a seguinte assertiva: “O fato de que nos últimos anos, se tenha empenhado tanta sagacidade na questão das ações neutras mais contribuiu para complicar do que para esclarecer o problema”⁷.

Sob esse aspecto, a recente jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol, sendo Relator Bacigalupo, oferece pontos positivos, contribuindo com o esclarecimento dos contornos discutíveis das condutas neutras, ao considerá-las não cumpridoras dos requisitos da imputação objetiva exigidos para a determinação da responsabilidade penal. Examinemos inicialmente a matéria fática narrada na Sentença n. 34/2007, de 1º de fevereiro de 2007, proferida no recurso n. 142/2006:

“Em suma, o recorrente tem sido condenado por cooperar, emprestando seu nome, como testa de ferro de dois parentes com antecedentes penais por tráfico de drogas na compra de um imóvel. Carece portanto de importância, que não tenha podido demonstrar a origem do dinheiro da compra do imóvel, pois ele era um “testa de ferro”, e o dinheiro seria dos autores do delito. O problema apresentado por este recurso e pela sentença recorrida nada tem a ver com o incremento patrimonial injustificado do partícipe. É contraditório afirmar que é “testa de ferro” e condená-lo pelo patrimônio injustificado que se afirma ao mesmo tempo pertencer a outros. Portanto, é evidente, à luz dos fatos provados, a ciência do recorrente em atuar num negócio de compra e venda simulada. O tribunal a quo, deveria, por consequência, demonstrar o conhecimento do acusado da origem do dinheiro...”⁸.

Ao incursionar na temática das condutas neutras, o Tribunal Supremo Espanhol estabelece quando essas ações passarão a ter relevância penal, expondo os diversos critérios a estabelecer, sob uma perspectiva objetiva, as circunstâncias justificadoras da punibilidade dessas condutas quotidianas e em quais casos estas se situam dentro do risco permitido. Desse modo, uma ação neutra representaria ausência de imputação objetiva, pois o comportamento não representaria perigo algum à realização do tipo. Sem embargo de sua extensão, por seu conteúdo extremamente esclarecedor, merece a devida transcrição:

“A participação em um negócio jurídico simulado, em princípio, não é por si só um fato típico nem penalmente relevante, salvo no caso do art. 251, 3 do CP⁹. Na realidade poderá ser considerado **um ato neutro**, desde o ponto de vista penal. A doutrina recente estima que estes atos são comportamentos quotidianos, socialmente adequados, que via de regra não são típicos. Tal é o caso do sujeito que figura como adquirente de um imóvel em um contrato de compra e venda. O que exsurge desta questão é a exigência de que toda ação típica represente, com independência de seu resultado, um perigo socialmente inadequado. Sob esse prisma, **uma ação que não represente perigo à realização do tipo carece de relevância penal**. O fundamento desta tese é a proteção do âmbito geral de liberdade garantida pela Constituição.

Fosse aplicada em tais casos a teoria subjetiva da autoria e da participação, o ato de tomar parte no negócio jurídico simulado na condição de ‘laranja’, somente deveria ser considerado um ato de participação, uma vez evidente a ausência de intenção em querer o ato para si. Mas nossa jurisprudência tem recusado, sobretudo, uma vez abandonada a teoria do ‘acordo prévio’ a possibilidade de distinguir autoria e participação sobre a base do interesse subjetivo de cada partícipe.

No marco de nossa jurisprudência, portanto, a problemática é outra. Em recentes precedentes, a Sala tem enfrentando aspectos desta questão. Referindo-se ao significado causal de ações quotidianas a respeito do ato principal (STS 185/2005), a atuação do gerente de uma sucursal bancária e a intermediação profissional de um advogado em operações bancárias (STS797/2006) e a participação de operários cujo trabalho consistiu em acondicionar um veículo depois utilizado no transporte de drogas (STS 928/2006). Nestes casos, é necessário comprovar o sentido objetivamente delitivo da colaboração bem como conhecimento por aquele que realiza uma ação a qual em princípio, é socialmente adequada.

Com propriedade, a teoria e algumas jurisprudências europeias têm elaborado diversos critérios para estabelecer as condições objetivas nas quais um ato ‘neutral’ possa constituir uma ação de participação. **Nesse sentido se atribui relevância penal, que justifica a punibilidade da cooperação, a toda realização de uma ação que favoreça o fato principal na qual o autor exteriorize um fim delitivo manifesto, ou que supere os limites do papel social profissional do cooperante, de tal forma que já não possam ser consideradas como profissionalmente adequadas ou se adapte ao plano delitivo do autor, ou que impliquem em um aumento do risco, etc.** (grifamos).

No presente caso, o juízo *a quo* tem considerado apenas o aspecto subjetivo do fato, e de maneira insatisfatória. A respeito, assinale-se que o recorrente não podia ter conhecimento do perigo concreto da realização do tipo (ou seja, dolo) derivado de sua informação sobre os antecedentes penais dos parentes para os quais atuou como ‘testa de ferro’, pois estes, como se depreende da sentença recorrida, careciam no momento do fato de antecedentes penais, ou seja, a condição de traficantes de drogas pela qual tinham obtido o dinheiro de tais delitos, não era necessariamente conhecida pelo recorrente, excluindo-se assim a possibilidade de sustentar seu conhecimento acerca do perigo concreto da realização do tipo.

Mesmo os autores principais tendo confessado em juízo a origem do dinheiro, não permite aferir por si só o conhecimento dessa origem pelo acusado, pois não consta que lhe tivessem informado tal circunstância. Aquela instância, por outro lado, não teve em conta que a simulação pela qual se requereu a participação do recorrente, objetivamente considerada, tampouco pode ser reconhecida como um fato inequivocamente delitivo¹⁰.”

“Não obstante, a ação do ‘testa de ferro’ implica sempre em fazer parte de um ato, que, à primeira vista não apresenta traços delitivos, conduzindo a um ocultamento passível de aumentar o risco da comissão de um delito, como nos casos realizados sem uma explicação objetiva plausível da simulação, fundada em causas manifestamente lícitas. Tais casos deixam de ser um ato neutral, pois trazem no seu cerne uma relação de sentido delitivo.

Quando a cooperação nesse fato não é dolosa, o artigo 301.3 CP¹¹ exige-se ao cooperador uma atuação com especial cuidado em não favorecer um delito dos autores. É evidente que o recorrente, cujo dolo, como temos visto, não tem sido demonstrado, não tomou nenhuma medida de precaução para que sua participação não viesse a favorecer a comissão do delito ou não aumentasse o risco da mesma. Por tais razões, a ação a ele imputada não é simplesmente um ato neutral e sua imprudência não pode ser questionada.

Na medida em que o delito de lavagem de capitais admite a forma de comissão imprudente, não cabe indagar se a cooperação deva ser dolosa. Tampouco pode-se levantar a hipótese de coautoria. O artigo 301.3 soluciona a questão, posto que toda participação infringindo o devido cuidado é constitutiva de autoria. Consequentemente, o fato deve ser subsumido sob o tipo penal do artigo 301.3 CP”¹².

É possível deduzir na parte final do quarto parágrafo acima transcrito uma síntese de todas as propostas teóricas tendentes a solucionar a problemática das condutas neutras dentro da esfera da imputação objetiva. Nos precedentes que o Tribunal Supremo Espanhol aborda, indicados no terceiro parágrafo dessa transcrição, poderá se comprovar a superação das relações causais – no caso, a instrumentalização por terceiros –, para efeitos de conformar o juízo de imputação.

Nesses precedentes jurisprudenciais, a hipótese do recebimento de honorários maculados pelo defensor penal adquire ampla receptividade. Frise-se: a sua descaracterização como conduta neutra depende, portanto, da comprovação de seu sentido objetivamente delitivo. E este poderá ter uma explicação plausível quando se constata inicialmente a insuficiência da mera causalidade.

Independentemente da opção por quaisquer dos posicionamentos externados com o fim de estabelecer as condições mediante as quais um ato neutro passe a ser considerado cumplicidade, deverá estar alicerçada na perspectiva objetiva do tipo em que se encontrará uma solução adequada, demonstrando-se a precariedade do critério causal (para corroborar o juízo de imputação) e das soluções no âmbito do elemento subjetivo.

Na doutrina nacional, o estudo de Greco percorre toda a evolução dessa produção teórica, e a sua original proposta do *critério da idoneidade da proibição para melhorar a situação jurídica do bem jurídico concreto* é merecedora de destaque por representar solução apropriada ao problema da cumplicidade no marco da teoria da imputação objetiva.

Por fim, caberia indagar se a discussão a respeito das “condutas neutras” encontra a devida receptividade por parte dos nossos tribunais, em especial nos moldes da sentença proferida pelo Tribunal Supremo Espanhol,

conduzido pelo voto de Bacigalupo. Não poderia se apontar, nesta sede, a título meramente indicativo, decisões dos Tribunais pátrios alinhadas a uma conduta socialmente adequada atrelada à categoria de um delito comum, ou mesmo situações que demonstrassem a atuação do profissional da advocacia superando os limites do risco permitido e concretizando figuras típicas, distantes dos preceitos do Estatuto da OAB. Nessa linha, não seria privilégio da categoria profissional do advogado servir como exemplo da vinculação, mesmo excepcionalmente, entre profissionais e fatos delitivos a serem levados aos Tribunais.

Disso decorre, conclusivamente, a necessidade de refletir sobre uma decisão judicial na qual seja o objeto de discussão uma atividade profissional amoldada às características da conduta neutra e que, ao ser examinada, possa conseqüentemente ser alcançada pelo tipo de lavagem de capitais. Destarte, não poderá ser qualquer conduta neutra objeto de reflexão por parte dos nossos Tribunais, mas aquelas cuja tipicidade esteja subsumida – em tese literal – ao amplo tipo do branqueamento (art. 1º da Lei n. 9.613/98).

Tecidas as manifestações condicionantes, poder-se-á – com a finalidade de engrandecer a reflexão, quer seja sob a perspectiva teórica, quer seja sob o aspecto eminentemente prático – identificar as decisões judiciais prolatadas no caso específico relativo ao furto qualificado perpetrado contra as dependências do Banco Central em Fortaleza nos dias 05 e 06 de junho de 2005, resultando na “subtração” de R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais) ou seu equivalente a US\$ 71.000.000,00 (setenta e um milhões de dólares americanos) com o fim de individualizar, no mosaico das atividades praticadas dentro do contexto organizacional, aquelas que se enquadram nas premissas exigidas para a caracterização de uma conduta neutra.

Particularmente, é de relevante interesse uma análise da ação dos funcionários de uma empresa de veículos, cooptados por um suposto preposto da organização criminosa, o qual efetivou o pagamento em espécie no valor de R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais) e, ainda no dia do pagamento promovido mediante circunstâncias peculiares, deixou com os vendedores um valor adicional de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta

mil reais) para “compras futuras”. Analisar-se-á, no tópico seguinte, pormenorizadamente, as referidas manifestações jurisprudenciais.

1 GÓMEZ JARA DÍEZ, Carlos. **El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales**, p. 208.

2 GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutrais**, p. 32. Landa Gorostiza, por sua vez, no seu estudo “La cumplicidad en el delito y los comportamientos ‘estándar’ en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico” agrupa as posições em três correntes principais, denominadas: teorías objetivas-puras, teorías misto-objetivas e teorías misto-subjetivas, segundo a combinação de aspectos objetivos ou subjetivos no momento de configurar as bases do juízo de periculosidade. *Op. cit.*, p. 275- 276.

3 *Vide* PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y a las ‘conductas neutrales’**, p. 815. Essa autora aprofunda a lição de Hassemer no seu estudo **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**, p. 175.

4 Cfr. GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 65.

5 GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 101.

6 *Vide* texto das notas 222 e 223, *supra*.

7 *Vide* GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 111. Essa conclusão também poderá ser encontrada no estudo de Landa Gorostiza. Para este: “La agitada discusión dogmática ante el creciente número de sentencias condenatorias, sin embargo, no ofrece todavía, ni mucho menos, perfiles claros traz casi 20 años de intensa discusión. Como el Prof. Weigend acertadamente señala se tiene la impresión de que el *debate científico* lejos de contribuir a clarificar el diagnóstico del problema y apuntar las vías de su solución no hace, por el contrario, sino *obscurecer aún más la cuestión*”. *Op. cit.*, p. 266.

8 Disponível em: <<http://ww.vlex.com/vid/26674219>>, p. 23, tradução livre.

9 Declara o art. 251 do Código Penal Espanhol: “Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años: 3º El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado”.

10 Disponível em: <<http://www.vlex.com/vid/26674219>>, p. 23-26, tradução livre.

11 Segundo o dispositivo do art. 301.3º do CP espanhol: “El que adquiriera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infraccionesa eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. 3º Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo”.

12 Disponível em: <<http://www.vlex.com/vid/26674219>>, p. 26, tradução livre. Na doutrina penal, *vide* os precisos comentários de SÁNCHEZ-VERA a essa decisão do Tribunal Supremo Espanhol **In blanqueo de capitales y abogacía**, p. 27 e s. Destacando essa tendência da jurisprudência espanhola em advogar pela irrelevância jurídico-penal de determinados conhecimentos (ou probabilidades de conhecimentos) a respeito da utilização que porventura venha a ser efetuada por terceiros das prestações realizadas no marco de certos contextos sociais, *vide* GÓMEZ JARA DÍEZ, Carlos. **El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales**, p. 209 e s.

12 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA DIANTE DE UMA CONDUTA NEUTRA. A PREFERÊNCIA PELA SOLUÇÃO DO DOLO. A SENTENÇA DA 11ª VARA DA JUSTIÇA FEDERAL – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO CEARÁ

Os fatos descritos nos autos do processo n. 2005.81.00.014586-0, junto a 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará¹, são elucidativos da apuração de variadas condutas desenvolvidas em uma sofisticada estrutura organizacional tendente à prática do delito, *in casu*, a subtração de valores do Banco Central em Fortaleza/Ceará².

No entender da acusação, os réus seriam responsáveis, na medida de suas participações, no furto realizado contra o Banco Central, apurando-se a atuação de todos os envolvidos nas diversas fases do ilícito, quais sejam: arregimentação de pessoal, planejamento, financiamento, documentação falsa, constituição de empresa de fachada, aluguéis de imóveis, compra de veículos, ocultação do produto do furto etc.³.

Relata a sentença: “Frise-se que o numerário furtado (R\$ 164.755.150,00) caracterizou-se por ser constituído de notas de cinquenta reais que já estiveram em circulação, sendo que no interior da Caixa Forte existiam muitos milhões de reais em notas seriadas que foram evitadas pelos participantes do crime, o que também demonstra prévio conhecimento até mesmo da disposição dos maços de dinheiro, conforme se verifica através do lado (...) dito laudo afirma, ainda, que os assaltantes romperam contenedores de dinheiro e tiveram o cuidado de andar rente às paredes, evitando os sensores de movimento, até chegarem aos contenedores desejados. Os assaltantes usaram também roldanas e recipiente tipo tambor cortado verticalmente em forma de pequena balsa, de forma a deslizar e conduzir o numerário por dentro do túnel até a residência inicial, de onde empreenderam fuga”⁴.

Cumpra observar que a primeira prisão cautelar decorrente das investigações recaiu sobre o responsável pela aquisição dos 11 veículos da

empresa revendedora, transação adimplida com notas de cinquenta reais no valor de R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais), detenção ocorrida ao transportar três desses veículos em um caminhão-cegonha, tendo sido localizado no interior de um deles a quantia de R\$ 3.956.750,00 (três milhões, novecentos e cinquenta e seis mil, setecentos e cinquenta reais). Segundo noticiado nos autos, os próprios responsáveis pela revendedora devolveram, logo em seguida, 16.386 cédulas de R\$ 50,00 cada, totalizando a quantia de R\$ 819.300,00 (oitocentos e dezenove mil e trezentos reais) dos R\$ 980.000,00 recebidos do adquirente.

As imputações penais encontraram seu suporte na Lei de lavagem de capitais (Lei n. 9.613/98), entendendo o *parquet* que os sócios-diretores da revendedora deveriam responder pelas penas do art. 1º, § 1º, II, e o responsável pela aquisição pelo art. 1º, § 2º, II, do referido diploma legal (nota fls. 7 da sentença). Consta ainda um total de 21 pessoas denunciadas e processadas junto à 11ª Vara Federal de Fortaleza nos autos da ação penal objeto da presente análise. Os tipos penais imputados aos agentes pendiam entre os delitos antecedentes da lavagem (art. 1º, V e VII da Lei n. 9.613/98 referentes à Administração Pública e à Organização Criminosa), o delito comum de furto qualificado (art. 155, § 4º), combinado com a formação de bando ou quadrilha do art. 288, e das modalidades de falso previstas nos arts. 304 e 307 do Código Penal pátrio.

A sentença de primeiro grau, ciente da complexidade da estrutura organizacional necessária, a qual comporta relações hierarquizadas para a efetivação do delito, aponta pormenorizadamente a responsabilidade penal de cada um dos agentes integrantes de referida organização criminosa⁵.

Aliás, a decisão contém um estudo acurado a respeito da realidade do crime organizado e da rede de apoio constituída em torno de determinadas lideranças⁶ e, ao mesmo tempo, uma explicação clara sobre a abrangência da Lei de lavagem de capitais, descrevendo com minúcias o alcance da imputação objetiva e subjetiva do tipo de lavagem. Para fundamentar a procedência do dolo eventual, a sentença encontra respaldo no instituto do “*willful blindness*”, aduzindo que o estudo de Moro fornece os esclarecimentos devidos e suficientes a respeito dessa teoria de procedência anglo-americana⁷.

Nessa sede, não cabe refletir quanto às implicações inerentes a outras manifestações delitivas verificadas no caso sob exame, interessando apenas, como já consignado, restringir o campo de indagação às características e traços específicos do procedimento de venda dos veículos por parte dos diretores da revendedora, confrontando-o com o fundamento jurídico-penal empregado pelo julgador. Na mesma medida, uma incursão detida na denominada “ignorância deliberada”, visando suprir insuficiências inerentes à imputação subjetiva (assentada no nosso modelo tradicional entre o dolo e a culpa), demanda um espaço próprio, o qual ultrapassa os limites dessa investigação. Poderemos apenas apontar algumas opiniões introdutórias sobre o instituto referido.

Em seu núcleo, a sentença trata especificamente da venda de onze veículos ao preposto responsável por tal aquisição de acordo com o planejamento anterior da organização criminosa⁸. Conforme a declaração prestada em juízo por um dos representantes da empresa revendedora, a negociação da compra dos veículos teria se iniciado no mês de julho, concretizando-se no dia 06 de agosto (horas depois da subtração do número no Banco Central)⁹.

Trata-se, assim, de um corriqueiro e usual procedimento por ambas as partes (futuro adquirente – vendedor): observação dos modelos, solicitação dos preços e a intenção de concretizar a transação mediante uma proposta de compra por escrito efetuada pelo adquirente¹⁰.

Segundo as palavras do representante da revendedora de veículos: “que após cerca de dois dias, (...) efetuou a proposta da compra dos veículos usados elaborando proposta manuscrita de próprio punho, do que consta nos arquivos da empresa”. Declarou ainda: “Que o depoente analisou a questão financeira e acabou concluindo pelo interesse em realizar tal venda; que o (adquirente) sempre passava pela empresa durante o período de negociação, sendo que o depoente o alertava sobre a possibilidade de os carros serem vendidos caso o pagamento não fosse efetuado”¹¹.

Das circunstâncias em torno da negociação não se depreendem atos configuradores de elementos indiciários de atividade delitiva. É possível concluir que até o referido momento a conduta dos representantes da empresa revendedora permanece nos limites do usual, abrangidos na conduta neutra.

Entretanto, na conclusão do negócio, determinados atos praticados bilateralmente induzem um juízo valorativo capaz de ventilar suspeitas sobre a regularidade da compra e venda. Referidos atos podem, sucintamente, ser elencados da seguinte forma: por parte do adquirente, a) entrega de numerário efetivo com notas de R\$ 50,00 reais, totalizando o valor de R\$ 980.000,00; b) a não permanência do mesmo no local da contagem do referido montante, não se preocupando com a conclusão do negócio¹²; c) a entrega espontânea de valor amplamente superior ao devido, sob a alegação de futura compra¹³; d) descaso em relação à entrega dos devidos recibos de quitação.

Por parte dos vendedores: a) o elevado valor entregue em efetivo e a conferência do mesmo na ausência do adquirente; b) o recebimento de R\$ 250.000,00 além do valor devido para uma posterior e eventual compra, desacompanhado de documento oferecido em contrapartida; c) a não emissão de recibo correspondente ao valor recebido¹⁴.

Poder-se-ia, inocentemente, por meio da descrição fática, entender que a realização do vultoso negócio foi movida *in totum* pelo princípio da confiança. Assentado nesses atos de ambas as partes, dentre outros, entendeu o magistrado: “Resta incontroverso, que ocorreu a venda de 11 veículos por parte da (...) e com a intervenção de (...). Recorde-se aqui, os conceitos de dolo eventual e a cegueira deliberada (*willful blindness* ou *conscious avoidance doctrine*) expostos anteriormente, sendo que, pelo exposto, convenço-me que o adquirente sabia que a origem do numerário utilizado era do furto ao Banco Central (artigo 1, V, VII, § 1, I, § 2, I e II da Lei 9.613/98) não sendo o caso dos irmãos (representantes da revendedora) que, ao que tudo indica, não possuíam tal percepção mas certamente sabiam ser de origem ilícita”¹⁵.

Na fixação da pena pelo crime previsto no art. 1º, V e VII, § 1. I, § 2. I e II da Lei n. 9.613/98, e pelos arts. 9º e 10 da referida lei, considerando a circunstância favorável da devolução do dinheiro, o julgador fixou a pena de 3 (três) anos de reclusão em regime aberto e multa de 100 dias-multa, sendo cada dia-multa calculado em dez salários mínimos, para os responsáveis da empresa revendedora, substituindo essa pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Quanto ao adquirente, fixou a pena pelo crime do art. 288 do CP em 3 (três) anos de reclusão, e pelo delito de lavagem (art. 1, V e VII, § 1, I, § 2. I e II da Lei n. 9.613/98), em duas ações com propósitos distintos em concurso material, fixou a pena em 10 (dez) anos de reclusão, sendo que cada uma das penas recebeu o acréscimo de 2/3 (dois terços) na forma do § 4º do art. 1º da referida lei, perfazendo a pena de 16 (dezesesseis) anos e sete meses de reclusão, totalizando a pena definitiva de 36 (trinta e seis) anos e dois meses de reclusão a ser cumprida no regime fechado nos termos do art. 33 e uma multa de 1.080 (um mil e oitenta) dias-multa, sendo cada dia-multa fixado em cinco salários mínimos¹⁶.

Extraí-se da sentença que a conduta dos vendedores e do adquirente recaem na mesma figura típica (diferentemente do que consta na denúncia)¹⁷, não se encontrando uma exposição detalhada a respeito da admissibilidade ou não da figura do dolo eventual em cada uma delas, isto é, o referencial normativo do art. 1º e respectivos parágrafos (da Lei n. 9.613/98) demandava uma peculiar reflexão sobre a procedência ou não da espécie de dolo citada, principalmente quando se enfatizava na decisão a não previsão expressa na própria Lei n. 9.613/98 da modalidade do dolo eventual¹⁸, e se ressaltava a divergência por parte da doutrina nacional nesse tema. De antemão, registre-se nosso posicionamento a respeito da aceitabilidade do dolo eventual¹⁹, excepcionando-se apenas o delito do inciso II, do § 2º, da Lei de lavagem. Esta última assertiva teria sustento dogmático-

-penal e a sua reivindicação seria a título de *lege ferenda*²⁰.

Ao restringir a análise da sentença ao campo das condutas neutras, parte-se da premissa de focalizar as mesmas na perspectiva objetiva do tipo, visando a constatação, ou não, de circunstâncias indicadoras ou excludentes da criação de um risco juridicamente desaprovado como parâmetro preliminar da imputação objetiva.

Com isso, podemos deduzir – exclusivamente da situação da compra e venda de veículos analisada na sentença do juízo *a quo* – que é na culminação do negócio que se traduzem atos impositivos de uma carga negativa, os quais poderiam superar os limites do permitido.

Assim, dos atos acima indicados, praticados pelos responsáveis da revendedora de veículos, o primeiro deles (letra **a**) poderá escapar à

usualidade dessa espécie de negociação, mas, salvo melhor entendimento, por si só não representaria um juízo conclusivo de uma manifestação delitiva apta a possibilitar a descaracterização de uma conduta neutra, não podendo ser estimada em pressuposto material para a afirmação de um injusto imputável.

O mesmo não podemos dizer a respeito dos outros elementos (**b** e **c**), sobretudo daquele atinente a um ato indispensável para a transparência e idoneidade do negócio de compra e venda, como é o caso da entrega do recibo que representaria a internalização regular do dinheiro na empresa. A carência desse elemento, associada ao anterior (letra **b**), conduziria a um significado delitivo capaz de alterar essa usual prática comercial, transformando-a em uma conduta passível de se amoldar ao tipo de branqueamento na conversão de ativos ilícitos em lícitos (art. 1º, § 1º, I, da Lei n. 9.613/98), mesmo na hipótese de negociações de natureza relativamente informal, como na espécie da venda de veículos seminovos aqui debatidos.

Em relação ao terceiro elemento (a ausência do recibo), poderá se alegar, no âmbito civil, não ser o mesmo fator de eficácia, de existência, nem de validade do negócio, tampouco essencial à comprovação do pagamento, pois este pode ser auferido por outros meios de prova.

Ainda nesse ponto, existe uma particularidade atinente à atividade da revendedora, isto é, a venda de veículos diz respeito a um bem móvel e a transmissão da propriedade se dá pela “tradição” (art. 1.226 do Código Civil brasileiro). Essa circunstância jurídica da “tradição” mitigaria o argumento de ilicitude que permeia a falta de entrega desse documento, o qual poderá ser fornecido *a posteriori*.

Portanto, se na esfera cível o recibo não é essencial para a caracterização do negócio nem para atestar o pagamento, no caso em exame, diante da norma jurídico-penal as conclusões sobre essa circunstância não são assim tão singelas. Resta evidente que o procedimento normal seria a entrega do respectivo comprovante do negócio realizado e da internalização dos valores na empresa, e essa “formalidade” decorre justamente das anteriores condições apresentadas no momento da conclusão do negócio.

Em outras palavras, para suprimir elementos indiciários de ilicitude, o correto teria sido a entrega do recibo, condição para manter a atividade dos

representantes da revendedora no âmbito da conduta neutra. A falta do recibo, nessa hipótese, não é vista como único meio de prova, mas estaria associada às duas anteriores. Com isso, perante esses elementos indiciários ficará difícil arguir em favor da exclusão da perspectiva objetiva do tipo.

Todavia, mesmo que a soma dos elementos demonstrem a descaracterização de uma conduta neutra, para sedimentar um decreto condenatório, haverá necessidade de outras condições impostas a demonstrar uma atuação posterior por parte dos revendedores na destinação dos valores entregues pelo adquirente, dentre outras.

Portanto, mesmo existindo indícios expressivos de um significado delitivo, outros elementos indiciários, para fins condenatórios, deverão ser procurados visando superar qualquer dúvida razoável quanto à participação dos agentes na conversão do dinheiro ilícito em lícito (por exemplo, a exibição de prova de que o dinheiro excedente supostamente destinado para compra futura teria sido devolvido total ou parcialmente aos compradores, sinalizando um negócio simulado)²¹.

O conjunto desses elementos associado à destinação fática do dinheiro excedente conformaria a perspectiva objetiva da imputação, ao elevar o risco permitido da própria atividade, expressando, desse modo, uma sólida carga probatória que facilitaria e corroboraria a subsequente valoração da imputação subjetiva sustentada na modalidade dolosa.

Por tal razão, não podemos deixar de reconhecer: a sentença de primeiro grau concedeu mais ênfase ao aspecto subjetivo do tipo, sem esgotar a análise da perspectiva objetiva, o que restou evidenciado ao procurar os argumentos da “teoria da cegueira deliberada” com o escopo de suprir as deficiências decorrentes da classificação entre o dolo direto e o eventual na nossa normativa, principalmente com a discussão a respeito da procedência ou não da figura do dolo eventual nos delitos de lavagem.

De maneira satisfatória, a teoria da “*willful blindness*” explicaria o estado “deliberado” de desconhecimento que eventualmente alegariam os representantes da empresa revendedora, diante das condições (b e c) apresentadas na conclusão da compra e venda, ou seja, ignorar voluntariamente a relevância da entrega *sponte propria* pelo adquirente dos veículos de um valor considerável para futura compra (sem qualquer documento em contrapartida) e ao mesmo tempo manifestar uma

inconcebível resignação “com a falta de cuidado por parte do adquirente em não solicitar” o recibo da concretização do negócio. Desse modo, a provocação do desconhecimento equivaleria ao conhecimento atual. É cogitável que esse argumento tenha sido determinante na assertiva do magistrado quanto ao conhecimento do numerário subtraído do Banco Central e recebido pelos representantes da revendedora “ao que tudo indica, não possuíam tal percepção, mas certamente sabiam ser de origem ilícita”²².

Valendo-nos dos resultados da pesquisa de Ragués I Vallès, os objetivos perseguidos com a “teoria da cegueira deliberada” também poderiam ser alcançados por meio do dolo eventual²³, mesmo porque nos casos problemáticos *strictu sensu* de ignorância deliberada o sistema anglo-americano ainda não encontra uma resposta clara para auxiliar no traslado desse instituto a outra realidade normativa²⁴.

Tal como confirma a doutrina, a inclusão de certos casos de ignorância deliberada no conceito legal de dolo não deve ser compreendida como uma fórmula superficial a solucionar os problemas suscitados pela prova do conhecimento exigido pelo dolo. Mencionada inclusão somente procede se cumprida uma série de exigências a ser objeto de prova em juízo e cuja constatação não é mais simples que o elemento cognitivo do dolo²⁵.

Diante dessas considerações, fica fácil perceber que o critério mais adequado para a constatação do “conhecimento da origem ilícita” do numerário recebido pelos representantes da revendedora deveria passar inicialmente por uma consideração eminentemente objetiva das condições presentes no caso concreto²⁶, visando corroborar o sentido delitivo da conduta em favorecer ou possibilitar o delito principal, consolidando o produto do crime.

Dito de outro modo, adentrar a temática das condutas neutras, com a alegação de vultosa quantia de dinheiro em espécie recebido para futuras compras, e a ausência de recibo que comprove a internalização do dinheiro (indícios devidamente provados e não meras suspeitas) associadas a outros elementos indiciários denotadores da conversão dos ativos praticados pelos responsáveis da venda, configuraria fatos inequivocamente delitivos. Tais circunstâncias superam o limite do risco permitido dessa atividade, e essa

análise deveria ter precedido e prevalecido ao critério de imputação subjetiva utilizado pelo juízo *a quo*.

Ao refletir simultaneamente sobre o reconhecimento e a crítica à teoria da imputação objetiva, Frisch demarcava: “A ausência de sentenças que excluam a imputação nos delitos dolosos está condicionada pela prática jurídica, e tem a ver, especialmente com o fato de que o autor de conduta dolosa, na realidade (e não como mostram os exemplos dos manuais) se serve de riscos claramente desaprovados e no caso de disposição de riscos juridicamente ainda não relevantes, o dolo não é quase nunca demonstrável desde um ponto de vista prático”²⁷.

12.1 A Apelação Criminal n. 2005.81.00.01.4586-0 junto ao TRF da 5ª Região²⁸ – Relator. Des. Rogério Fialho Moreira. Julgamento no dia 9-9- 2008

Da ementa do Relator ao recurso de apelação interposto tempestivamente pela defesa dos condenados em primeira instância, se extrai o seguinte entendimento:

“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 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 Autarquia²⁹.”

Como se depreende, a análise do Relator é no sentido de privilegiar a chamada solução da restrição do tipo subjetivo. Essa orientação é realçada quando o desembargador analisa no seu voto as provas trazidas aos autos e, confrontando-as com o elemento subjetivo do tipo referente ao conhecimento da procedência ilícita do dinheiro, conclui serem estas insuficientes para o decreto condenatório.

De acordo com seu entendimento, os delitos de lavagem só podem ser punidos com dolo, ainda que genérico. Transcrevendo um trecho da obra de Tigre Maia, na qual trata do ônus probatório e da dificuldade do órgão ministerial, não se conformando este com a mera apresentação de indícios, mas também devendo demonstrar a consciência do reciclador dessa prática³⁰, incursionou sobre os elementos fáticos constitutivos do delito levantados na fase de investigação e corroborados em primeira instância.

Desse modo, sublinha o Relator, “não causaria perplexidade” o fato de os vendedores receberem a quantia de R\$ 980.000,00 em espécie, pois os apelantes “*vivem da compra e venda de veículos*”, e, mesmo que isso não seja uma prática corriqueira, não seria incomum o pagamento em dinheiro³¹. Com isso, este indício (letra **a** dos tópicos levantados acima) por si só não seria constitutivo do sentido delitivo da conduta.

Quanto ao recebimento antecipado da quantia de R\$ 250.000,00 para escolha futura de outros veículos (letra **b**), o Relator posicionou-se: “é intrigante, mas, a meu sentir, não autoriza presumir que, por essa circunstância devessem os empresários saber que se tratava de reciclagem de dinheiro”³². Para descaracterizar a feição típica dessa circunstância objetiva, apoiou-se na assertiva do juízo *a quo* quanto à dimensão de

eventual conhecimento por parte dos vendedores, uma vez que estes “... não possuíam a percepção de que o numerário utilizado tinha origem no furto do BC, mas certamente sabiam ser de origem ilícita”³³.

Com relação à falta da entrega do recibo ao adquirente (letra **c**), essa circunstância objetiva poderia denotar a criação de um risco penal desaprovado por parte dos vendedores, mas não recebeu qualquer referência a respeito de sua importância na elaboração de um juízo valorativo tendente a configurar um fato inequivocamente delitivo. Há de se destacar que a ausência de uma explicação jurídico-penal a essa circunstância também ocorreu junto ao juízo de primeiro grau.

Em seguida, o Relator percorreu a temática do dolo eventual desenvolvida na doutrina penal pátria em matéria de lavagem de dinheiro para finalmente asseverar que a teoria da cegueira deliberada poderia ser “perfeitamente adotada desde que o tipo legal admita a punição a título de dolo eventual”³⁴. Sob essa vertente analisada na decisão de segunda instância, apesar de a ementa fazer menção a uma suposta vinculação entre a cegueira deliberada e a responsabilidade penal objetiva, não há qualquer referência no voto nesse sentido.

Com a máxima vênia, na elaboração do voto não se encontra nenhuma relação lógica entre a cegueira deliberada e a responsabilidade penal objetiva, ou seja, nos presentes autos existem elementos (letras **b** e **c**) os quais poderiam constituir pressupostos materiais da imputação, seja pela criação do risco, seja pela específica relação entre a conduta desaprovada e o resultado produzido, constituindo-se em características de um fato delitivo afirmadores do injusto imputável da lavagem. Diversa é a questão quanto à carga probatória desses elementos para legitimar um decreto condenatório. Nesse ponto, levanta-se a necessidade da produção de outras provas denotadoras da cumplicidade dos agentes com a conduta do autor do delito prévio. E nesse argumento é compreensível, sob a leitura tradicional da dogmática penal, que o Relator tenha direcionado seu juízo integralmente ao elemento subjetivo do tipo.

Observe-se que o aresto do Tribunal Regional Federal da 5ª Região ignora a menção ao art. 1, § 1, inciso I, da Lei n. 9.613/98, feita pelo julgador de primeiro grau, concentrando-se unicamente no art. 1, § 2, incisos I e II. Em relação ao inciso II, afirma a decisão inexistir nos autos

elementos fáticos indicadores de a empresa ter, como atividade principal ou secundária, a prática de lavagem de ativos. Ainda, a decisão encontra respaldo na doutrina nacional ao não admitir a modalidade de dolo eventual nessa hipótese. De antemão, esses dois argumentos são corretos e foram devidamente utilizados pelo Tribunal para reforma da sentença.

Quanto ao inciso I, trancreve-se o respectivo parágrafo do voto: “No que tange ao tipo de utilizar, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo, inciso I, do § 2º), a própria redação do dispositivo exige que o agente SAIBA que o dinheiro é originado de algum dos crimes antecedentes. O núcleo do tipo não se utiliza sequer da expressão DEVERIA SABER (geralmente denotativa de dolo eventual). Assim, entendo que, ante as circunstâncias do caso concreto não há como aplicar a doutrina da willful blindness. As evidências não levam a conclusão de que os sócios da (...) sabiam efetivamente da origem criminosa dos ativos. Não há demonstração concreta sequer do dolo eventual”³⁵.

O fundamento, portanto, é transparente. Diante da não demonstração “*sequer do dolo eventual*”, o Tribunal absolveu a conduta dos representantes da empresa revendedora que em primeira instância haviam sido condenados na pena mínima do art. 1º da Lei n. 9.613/98. Ademais, considerou não incidirem sobre a empresa dos apelantes as determinações contidas nos arts. 9º e 10 da referida Lei³⁶. O mesmo Tribunal reduziu pela metade a pena do adquirente, mantendo a imputação nas figuras típicas indicadas pelo juízo *a quo*.

Duas considerações de ordem teórica merecem ser analisadas visando compreender adequadamente o lastro normativo empregado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região. No entanto, exsurge da presente decisão uma reflexão digna de ressaltar a perspectiva objetiva do tipo, mesmo que as condições apresentadas induzam a uma descaracterização da conduta neutra. Essa análise está atrelada à finalidade de cotejá-la com a atuação do advogado criminalista e o recebimento de honorários supostamente maculados.

Concernente à impossibilidade da aceitação do dolo eventual em decorrência da falta de previsão expressa na Lei de lavagem, o Tribunal encontra guarida na orientação assumida pelo legislador ao inserir na

descrição da figura típica a exigência de um viés subjetivo. Com isso, deixa-se ao crivo do magistrado a avaliação subjetiva a partir de condições de natureza eminentemente objetivas.

Desse modo, o próprio dispositivo legal, ao exigir esse requisito subjetivo, acabaria relativizando as diversas condições objetivas demonstradoras de fatos delitivos inequívocos, ou, dependendo do subjetivismo do julgador, (“*o seu sentir*”) algumas circunstâncias sequer precisariam ser consideradas (ocorre quando se ignora, por exemplo, a ausência de entrega do recibo por parte dos vendedores com as considerações acima delineadas de forma a diferenciá-la da normativa privada).

Indique-se ainda: o sistema normativo penal define o dolo na sua modalidade direta e eventual (conforme o art. 18, inciso I, e 20 do CP). Essa exigência de maneira direta e indireta do conhecimento de determinado elemento típico impediria o traslado do instituto da ignorância deliberada. Nesse sentido, ensina Ragués I Vallès: “Afirmar nestes casos que é conhecedor quem atua num estado de ignorância com respeito a tais elementos parece impossível sem forçar além do desejável a letra da lei: se trataria de uma autêntica *contradictio in termines* dificilmente aceitável por um princípio da legalidade que queira conservar um mínimo de vigência”³⁷.

Enquanto permanecer uma definição legal das modalidades do dolo, nos moldes da nossa legislação³⁸, não há como assumir os referenciais da ignorância deliberada, pois haverá sempre uma predileção por encontrar a solução na perspectiva subjetiva. E, nesse ponto, sem dúvida a decisão tanto da primeira quanto da segunda instância encontram sustento legal.

Todavia, divergindo dessa orientação, propõe-se a supressão da definição legal do dolo, de *lege ferenda*, para que nas hipóteses de condutas neutras o exame destinado a confirmá-las ou excluí-las possa estar centrado nas condições criadoras de um risco desaprovado e na relação entre o resultado e a criação desse mesmo risco, pois estes seriam os pressupostos indispensáveis do injusto punível da lavagem.

Esse posicionamento reformula, é evidente, a concepção tradicional da tipicidade, assunto a ser melhor desenvolvido sob o prisma da teoria da imputação objetiva³⁹. Ciente de que, ao tratar da categoria do tipo, se está referindo ao tema mais árduo e espinhoso da dogmática penal.

Assumir os postulados da imputação objetiva não significa excluir a incursão na análise da imputação subjetiva. Trata-se apenas de observar que o objeto da desaprovação penal não pode constituir-se independentemente do sujeito. Essa polêmica é desvendada por Robles Planas ao afirmar: “... a realidade ou parte desta que se julga não pode ser definida de uma maneira absolutamente desvinculada do autor. E isso pela simples razão de que o direito penal opera com normas de conduta dirigidas a sujeitos particulares e não a uma realidade independente destes”⁴⁰. Aderindo à lição de Frisch, Robles Planas conclui: “a realidade se introduz no juízo de desvalorização não porque forme parte da psique do autor, mas sim porque o autor teve acesso ou poderia ter acesso a esta realidade. Esta circunstância não provoca a mudança de natureza da realidade: não a converte em um fato subjetivo”⁴¹. O fato de conhecer ou poder conhecer circunstâncias objetivas de uma realidade não a transforma em algo subjetivo.

Essa reformulação de pensamento se amolda à segunda consideração levantada com o fim de cotejá-la com a atuação do advogado e do dinheiro maculado. Vale dizer, o recebimento em espécie de vultosa quantia, a entrega em espécie de valor significativo a título de prestação de serviços futuros, e, ainda, desacompanhado de nota fiscal, recibo ou contrato escrito de honorários caracterizariam elementos com alta carga indiciária⁴², os quais, associados à finalidade de ocultar ou dissimular mediante atos fraudulentos, poderão configurar o injusto imputável da lavagem. Observando-se apenas que ocultar ou dissimular não tem, necessariamente, uma leitura subjetiva, encontrando-se na realidade fática do caso concreto.

Essas condições, associadas a outras (pois não se restringem aos elementos das letras **a**, **b** e **c**), por exemplo, uma prova documental ou testemunhal fortalecedora da vinculação entre os vendedores e o preposto da organização criminosa em relação à origem do dinheiro, poderia representar os pressupostos materiais do injusto, pois com elas se criaria um risco penalmente desaprovado e haveria uma correlação entre o resultado e o mencionado risco, desnaturando-se uma conduta genericamente neutra.

Finalmente, essas condições seriam suficientes para “abordar adequadamente o objeto de valoração: não se trata de intenção ou finalidade do sujeito mas sim da situação diante da qual este atua”⁴³. Ressalte-se: a opção pela concepção teórica de cunho objetivo tem por escopo criar

mecanismos eficientes para a segura diferenciação entre os profissionais cumpridores, no fiel respeito de suas prerrogativas funcionais e aqueles que, contrariamente, determinam com a sua atuação uma inescusável aproximação com o fato delitivo antecedente. Relegar o exame dessa realidade ao aspecto subjetivo torna imprecisa e insegura essa diferenciação⁴⁴.

¹ Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br/>>.

² Ao tratar do histórico do processo, na sentença respectiva, o magistrado assim descreveu: “Registre-se que o laudo pericial n. 2471/5 – INC/DITEC (fls. 423/437 – 3º vol.) assinado pelos peritos federais (...) comprova que tal furto ocorreu com a utilização de túnel escavado a partir da casa 1071 da Rua 25 de março região central de Fortaleza (...) e que chegou até a casa forte do Banco Central distante a mais de 75 (setenta e cinco) metros, onde uma laje de concreto de 1.10m de espessura foi rompida”, sentença, p. 5.

³ Vide sentença, fls. 4.

⁴ Vide sentença, fls. 6.

⁵ Sentença, p. 85.

⁶ Sentença, p. 35 e s.

⁷ Sentença, p. 55. Nela aprofunda o “instituto da cegueira deliberada” indicando como referencial o estudo de Sergio Moro “*Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem*”, In: **Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao ministro Gilson Dipp**.

⁸ Vide p. 86-93 da sentença.

⁹ Vide p. 88 e 89 da sentença.

¹⁰ Vide p. 89 da sentença.

¹¹ *Idem*.

¹² Vide p. 91 da sentença.

¹³ *Idem*, p. 92.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*, p. 93.

¹⁶ Vide p. 152 e 153 da sentença.

¹⁷ *Idem*, fls. 7.

¹⁸ *Idem*, p. 62.

¹⁹ Vide texto das notas 248 a 251, *supra*.

20 Claro que trata-se de uma postura eminentemente teórica, pois o art. 18 c.c. 20, do CP pátrio não permite tal interpretação.

21 A respeito da complexidade da prova no delito de lavagem, especialmente a prova do elemento subjetivo, *vide* MORO, Sergio. **Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem**, p. 101 e s. Ao analisar o tipo penal da lavagem na legislação espanhola (art. 301.I, que o sujeito ativo realize a conduta típica sobre os bens “sabendo que estos tienen su origen en un delito grave”). Em relação ao problema da prova do elemento subjetivo na hora de determinar se o sujeito tinha ou não conhecimento de que os bens procediam da realização de um delito grave, Faraldo Cabana assinala: “a jurisprudencia admite unánimemente la prueba de indicios a condición de que reuna los requisitos que la hacen aceptable, a saber que se base en indicios probados y no en meras sospechas o conjeturas y que se deje constancia en la sentencia del razonamiento por el que se ha llegado a la conclusión de que el acusado es culpable del delito que se le imputa, con base en dichos indicios, a fin de que pueda comprobarse que el mismo responde a las exigencias de la lógica”. *Vide* FARALDO CABANA, Patricia. **Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995**, p. 145.

22 *Vide* p. 93 da sentença.

23 RAGUÉS I VALLÈS. Ramon. **La Ignorancia deliberada en derecho penal**, p. 205 e s. *Vide* também o texto da nota 250 e s., *supra*.

24 RAGUÉS I VALLÈS. Ramon. *Op. cit.*, p. 210-211.

25 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 210-211.

26 Em passagem que trata do conteúdo dos documentos internacionais de prevenção à lavagem e das dificuldades probatórias no delito de lavagem, Moro chega a uma conclusão semelhante: “Segundo a recomendação a essas normas, o elemento subjetivo do crime de lavagem pode, portanto, ser provado por meio do elemento objetivo”. *Op. cit.*, p. 103.

27 FRISCH, Wolfgang. **La teoría de la imputación objetiva del resultado**: lo fascinante, lo acertado, lo problemático, p. 33.

28 Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/>>.

29 *Vide* p. 9 e 10 da Sentença de Apelação.

30 Sentença de Apelação, fls. 93. O Relator cita o texto de Tigre Maia: **Lavagem de dinheiro**, 2. ed., p. 66.

31 Sentença de Apelação, *Idem*.

32 *Idem*.

33 *Idem*, fls. 94.

34 *Vide* p. 96 da Sentença de Apelação.

35 Sentença de Apelação, fls. 97.

36 Esse fato mereceria um estudo apropriado no sentido da imposição de obrigações da política de prevenção à lavagem direcionada a setores do comércio privado. Nesse sentido, a sentença de segunda instância permite a abertura de um debate acadêmico acerca do tema. *Vide* p. 10 e 97 da Sentença de Apelação.

[37](#) RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 196.

[38](#) Diversamente ocorre na lei penal espanhola, art. 10 do CP: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley” e no § 15 do StGB: “Sólo será penado el comportamiento doloso cuando la ley no castigue expresamente el comportamiento negligente”.

[39](#) Inicialmente ROXIN, Claus. **Reflexões Sobre a problemática da imputação em direito penal**, p. 145 e s. Ainda, *vide* FRISCH, Wolfgang. **La teoría de la imputación objetiva del resultado**: lo fascinante, lo acertado, lo problemático, p. 44-45. Tratando a problemática do advogado e do recebimento dos honorários sob o prisma da Teoria da Imputação Objetiva, *vide* SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. **Blanqueo de capitales y abogacia**, p. 2 e s.

[40](#) ROBLES PLANAS, Ricardo. **Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch**, p. 92-93.

[41](#) ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 93.

[42](#) Quanto à matéria probatória no delito de lavagem, *vide* ainda CALLEGARI, André Luis. *Op. cit.*, p. 86-92; DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro**, p. 180.

[43](#) ROBLES PLANAS, Ricardo. *Op. cit.*, p. 94.

[44](#) Quando se defende uma tendência dogmática à objetivização do dolo, não se está a reivindicar uma responsabilidade objetiva em detrimento da supressão do elemento subjetivo do delito. Postula-se que apenas o cotejamento das circunstâncias fáticas não devem deter-se a um juízo de valor, de carácter “espiritual” que não possa ser provado. Na lição de Joachim Hruschka: “Como tudo aquilo que é espiritual o dolo não se constata e não se prova e sim apenas se imputa”. *Vide Sobre la difícil prueba del dolo*, p. 155. *Vide* ainda os comentários de Javier Sánchez-Vera à recente decisão do Tribunal Supremo Espanhol (n. 256/2007 de 30 março de 2007, Relator Perfecto Andrés Ibáñez), na qual tratou-se novamente sobre os “atos neutrais”. Nessa resolução se reafirma a insuficiência da causalidade como parâmetro inicial da tipicidade objetiva, sendo esta substituída pela criação (ou não) de um risco juridicamente desaprovado. Ao tratar do dolo, o Tribunal declara a desnecessidade de se incursionar nas particularidade desse elemento, cuja ocorrência (ou não) resulta irrelevante. A questão dos conhecimentos em nada contribui à comissão do fato punível desde o ponto de vista normativo, sendo outra a conclusão do ponto de vista natural. *Op. cit.*, p. 32.

13 CONCLUSÕES

Após a exposição da temática relacionada ao delito de lavagem de capitais e suas diversas implicações, principalmente sua repercussão na atividade advocatícia, algumas conclusões devem ser extraídas, sem o ânimo de exauriente e sem a pretensão de impô-las como produto definitivo.

O leitor poderá deduzir de cada capítulo aspectos que ainda requerem uma maior atenção por parte da doutrina nacional, objetivando estabelecer os parâmetros de compreensão e receptividade de institutos normativos oriundos e desenvolvidos na experiência comparada. E, ainda, das indicações feitas no decorrer do texto, será possível delinear um cenário a ser desvendado pela prática jurisprudencial. A satisfação, portanto, estará em contribuir na instigação de um debate – ora acanhado – não apenas restrito ao setor acadêmico, mas extensivo à classe dos advogados, dos representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público etc.

Delinear o esboço de algumas considerações finais é tarefa inarredável. Princípie-se com a identificação da característica principal da lavagem de capitais: trata-se de um delito transnacional e, segundo as orientações de política criminal, o seu arcabouço legal destinado à prevenção e repressão é um instrumento jurídico fundamental na luta contra a criminalidade organizada. Arrisca-se afirmar que a bandeira dos mecanismos legais de controle à retirada, isolamento e recuperação dos ativos advindos do delito esteja plasmada na contundente frase extraída do texto de Ambos: “Ele deve, no verdadeiro sentido da palavra, permanecer sentado em seu capital ‘sujo’”¹.

Esse propósito possibilita variadas leituras que não se restringem ao âmbito normativo. Suas consequências se espraiam, difundem-se na atividade econômica. Suas condições são ativadas e perfiladas na vida social, e sem o “alarmismo” de alguns setores, a sua inserção na atividade pública contaminaria as instituições e o poder político. Na justa medida dessa afirmação – sem superlativizar ou minimizar seus efeitos –, a incriminação do delito de lavagem comprova a “internacionalização do

Direito penal”², e seu desenvolvimento legislativo não poderá ser explicado sem a menção aos Tratados e Convênios internacionais, dos quais a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (a Convenção de Viena) constitui um marco referencial obrigatório.

Feita tal observação e apegados a uma resposta jurídico-penal a esse fenômeno delitivo, na esteira da política criminal, especificamente na atividade de prevenção, a legitimidade de inserir o sistema bancário e agentes financeiros não é passível de questionamentos, isso significa que a imposição de obrigações, como a identificação do cliente e a comunicação de atividades suspeitas aos órgãos de controle, não encontra hoje resistência nem na perspectiva teórica, nem na jurisprudencial. A ampliação a entidades privadas (entre elas, corretores de imóveis, contadores etc.) e a prestadores de serviços públicos (no caso, notários) de obrigações decorrentes da Directiva 2001/97/CE³ e das Recomendações do Gafi⁴, como recepcionadas, por exemplo, no modelo legal espanhol pela Lei n. 19/93, de 28 de dezembro⁵, suscitou certa apreensão na comunidade jurídica por se estar delegando a esses agentes privados funções a serem exercidas pelo Poder Público.

Contudo, centradas numa visão objetiva, diante do percurso realizado pelo agente branqueador, visando o processo da “reciclagem” do capital espúrio, provavelmente essas categorias poderiam passar a ter contato com o eventual *iter* da lavagem, e eis, nesse ponto, a motivação para incluir e manter esses agentes privados no rol de colaboradores da política de prevenção.

Quanto à inclusão do advogado, dificilmente haverá um consenso a apoiar essa medida. A respeito, tentou-se construir a devida distinção entre o exercício consultivo e o contencioso da advocacia, malgrado essa linha divisória, na maioria das vezes, resulte muito tênue.

De qualquer modo, um pensamento homogêneo é retirado de todo o debate propiciado no âmbito jurisprudencial perante a alta Corte Europeia: a proibição das imposições para o advogado quando é solicitada pelo cliente a sua assistência para o exercício da missão de defesa, ou representação em juízo, ou ainda para obter conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar

um processo judicial. Nesses casos (esfera contenciosa), o advogado ficará exonerado da informação de cooperação⁶.

Nas circunstâncias de uma assistência de advocacia para a concepção ou execução de determinadas transações, essencialmente de ordem financeira e imobiliária, ou quando o advogado age em seu nome e por conta dos seus clientes nas referidas transações, este não ficaria exonerado das obrigações de informação, pois, pela sua própria natureza, essas atividades estariam situadas num contexto alheio ao processo judicial, longe do âmbito de aplicação do direito a um processo equitativo⁷.

Esse precedente (acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – Luxemburgo, 26 de junho de 2007 – assunto C – 305/05) confere legitimidade e aplicabilidade à Directiva 91/308/CEE⁸, modificada pela Directiva 2001/97/CE do Parlamento e do Conselho de 4 de dezembro de 2001, que impõe aos profissionais do Direito deveres contemplados na norma para evitar a lavagem de capitais⁹ com alguma particularidade¹⁰, eximindo-os de qualquer responsabilidade pela vulneração das restrições sobre divulgação de informação impostas por via contratual ou por qualquer disposição legal ou administrativa¹¹.

Embora os posicionamentos contrários a essa resolução tenham demonstrado categoricamente a probabilidade da deturpação do papel do profissional na sociedade¹², é indubitável que na experiência comparativa o modelo da inclusão do advogado, mesmo nas hipóteses reduzidas de atuação descritas nas Directivas, passou a ser confirmado pela interpretação realizada pela Corte Europeia. Ao deslocar essa discussão para o nosso sistema legal, os argumentos apresentados nas searas tributária, societária e civil reacendem questionamentos que dificilmente poderiam ser ignoradas pelo legislador pátrio. Por esses motivos, a nossa contrariedade quanto à inclusão do advogado na política de prevenção à lavagem de capitais torna-se evidente.

Esclareça-se que com a assertiva anterior não se busca criar mecanismos de privilégios ou de impunidade para o profissional do direito, pois este, como qualquer outro profissional, poderá atuar despido de suas prerrogativas e incorrer na descrição da figura típica da lavagem. Busca-se, isso sim, limitar a convocação de um maior número de agentes privados na política de prevenção, em especial da figura do causídico, por entender –

liberado de qualquer resquício de discurso retórico – não ser condizente com o papel do advogado o arrolamento como “acusador” do seu cliente. E, nessa medida, as lições de Höffe, no tocante aos fundamentos do Estado Democrático de Direito¹³ e dos alicerces da Justiça¹⁴, e de Radbruch, mantêm plena vigência.

Em relação à eventual subsunção da conduta do advogado ao receber dinheiro maculado pago a título de honorários à figura típica da lavagem, verificou-se um consenso doutrinário na busca de uma interpretação restritiva conforme a Constituição e ao sentido político-criminal desse delito em razão da técnica de tipificação estabelecida. De fato, condizente com os fins da política criminal, optou o legislador pátrio – acolhendo a normativa internacional – por descrever de forma ampla o tipo penal, de modo a abranger o maior número de circunstâncias fáticas capazes de identificar o trânsito ou a circulação dos ativos oriundos da prática criminosa.

A exegese restritiva do tipo de lavagem demanda ainda uma leitura das razões de política criminal justificadoras da incriminação da conduta e das categorias de imputação afetadas por tais postulados. Quer nos parecer que, por meio da unidade sistêmica – proposta por Roxin – entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal, seja possível depreender critérios explicativos consentâneos com a finalidade imposta pela normativa da lavagem.

Reitere-se, assim, que, ao se desvendar as exigências de política-criminal, não se sustenta uma posição favorável à inclusão da conduta do advogado pelo recebimento de honorários maculados na figura típica, pois os efeitos negativos de tal enquadramento transcendem o discurso jurídico-penal ao comprometer direitos fundamentais, entre eles o da ampla defesa e do livre exercício da profissão.

Desse modo, conclusões assumidas anteriormente por Pérez Manzano permitem focalizar a “relação instrumental” dessa modalidade delitiva com os delitos principais, sendo incabível punir como delito de lavagem condutas sem vínculos com a realização dos crimes antecedentes. Assumir uma posição contrária a essa proposição, a pretexto de rastrear, isolar e recuperar capitais eventualmente espúrios, é desconhecer o escasso alcance

que teria uma aplicação de pena na luta contra a criminalidade organizada¹⁵.

Sob esse prisma, deverá ser verificado se a recepção de dinheiro maculado por parte dos advogados incide no elenco das condutas típicas de lavagem. Com isso, nada mais se reafirma além de que a citada figura típica (art. 1º da Lei n. 9.613/98) abarca toda e qualquer espécie de negócios, independentemente dos valores movimentados entre os autores do crime principal e terceiros alheios ao fato delitivo. Obviamente, essa finalidade estampada no instrumento legal retrata o perfil transnacional do delito, não sendo característica exclusiva do nosso sistema normativo, pois anteriormente essa motivação espraiou-se na legislação penal alemã (§ 261 do StGB) e espanhola (art. 301.1 do CP), estando corroborada na análise de Blanco Cordero: “Persegue uma espécie de excomunhão econômica dos delinquentes e castiga a quem ‘quebra referida excomunhão econômica’”¹⁶.

Uma resposta jurídico-penal a essa temática é extraída do arsenal da doutrina penal orientada à compreensão, abrangência e significado das denominadas condutas neutras ou *standard*. Interessando saber quando a conduta socialmente adequada passará a adquirir um sentido delitivo, determinando o favorecimento ou a facilitação da conduta alheia de terceiro.

Exsurgirá, desse modo, um questionamento inevitável: o advogado estaria “burlando essa referida excomunhão econômica” ao receber dinheiro maculado a título de honorários pelos serviços efetivamente prestados ao agente do delito principal? A resposta é negativa: a atuação do advogado não cria um risco penalmente desaprovado, ao não revelar, com sua conduta, nenhum sentido objetivamente delitivo, situando-se dentro dos limites do risco permitido. Essa categórica contestação é inferida inicialmente da tese de Frisch: o “*sentido delitivo da ação*” só poderá ter uma feição objetiva, servindo de limitador às condutas aprovadas e às desaprovadas penalmente e, no caso dos “negócios normais da vida cotidiana,”¹⁷ estes não poderiam ser proibidos por não representarem um meio idôneo para lesar um bem jurídico.

Na doutrina nacional, por diversos motivos, o estudo de Greco a respeito das condutas neutras torna-se um referencial obrigatório para os estudiosos da matéria. A sua reflexão conseguiu aglutinar o pensamento teórico das

diversas correntes do funcionalismo penal, não sem antes apresentar os fatores que demonstram, no mínimo, um esgotamento das propostas oferecidas até o presente momento pelo critério da causalidade e pela teoria finalista (principalmente ao revelar as deficiências da teoria da adequação social).

Com isso, deixa-se patente a opção pelos postulados da teoria da imputação objetiva. No âmbito do tipo, especificamente no seu aspecto objetivo, é que deverá recair a discussão das condutas neutras ou *standard* (incluídas a do advogado), visando constatar se, com o seu comportamento, foram superados ou não os limites do risco permitido.

Apoiados nessa orientação, nos estritos limites do discurso jurídico-penal para corroborar as características da conduta neutra, entendemos que não deverá existir qualquer vínculo “auxiliar” ou de “instrumentalidade” com a conduta do autor do delito principal, objetivando *ocultar* ou *dissimular* a origem espúria do dinheiro.

A conduta continuará sendo neutra enquanto não adquira um sentido delitivo. Essa assertiva tem propiciado uma série de argumentos específicos destinados a restringir o amplo alcance da figura típica da lavagem na hipótese do recebimento maculado por parte do advogado defensor. Um maior número se aglomera em torno do elemento do tipo (seja no seu viés objetivo, seja no subjetivo), outra tendência segue a linha da justificação e outros ainda apresentam uma feição mista (podendo tanto atingir o dolo quanto a excludente da ilicitude). Diga-se claramente que todos encontram respaldo na dogmática jurídico-penal e passam a ser confrontados na jurisprudência da experiência comparativa.

Entretanto, a decisão do *Oberlandesgericht* – OLG de Hamburgo, de 6 de janeiro de 2000, e a sentença do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG), de 30 de março de 2004, representam verdadeiros paradigmas na definição de um mecanismo de redução teleológica do tipo da lavagem. A primeira resolução judicial opta fundamentadamente pela solução do tipo objetivo. A segunda, malgrado se incline pela solução do dolo, é marcante na ideia da restrição em razão de eventual afetação a direitos fundamentais (entre os quais o do exercício pleno da profissão e do direito do denunciado à escolha livre do seu advogado).

Essas sentenças coincidem na assertiva da finalidade da política de prevenção e repressão à lavagem de capitais: isolar o agente do delito prévio da obtenção e usufruto do dinheiro proveniente da prática delitiva. Enfatizam, entretanto, que essa normativa não poderá afetar direitos fundamentais, dentre eles o livre exercício da profissão.

Com isso, não se cria nenhuma imunidade para o advogado defensor. Muito pelo contrário. O Tribunal Constitucional Alemão estampou que essa profissão é uma “atividade de risco”, distinguindo-a dos demais “negócios da vida cotidiana”. Justamente nesse ponto é que deverá se ponderar sobre a presença das circunstâncias objetivas corroboradoras de uma atuação neutra, sem sentido delitivo.

Uma atuação pautada no cumprimento das regras deontológicas da profissão, atinentes à normativa extrapenal referente às suas prerrogativas, capaz de demonstrar a inexistência de qualquer liame de instrumentalidade com a conduta do agente do delito principal, revela-se suficiente para se interpretar restritivamente a figura típica da lavagem, optando-se pela solução do tipo objetivo e defendendo-se a atipicidade da conduta conforme o magistério de Pérez Manzano.

A manifestação jurisprudencial do Tribunal Supremo Espanhol e da Justiça Federal do Ceará, bem como do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, serviram para apontar a necessidade de incentivar a discussão sobre as condutas socialmente adequadas ou neutras. O recebimento de honorários maculados por parte do advogado defensor e a eventual subsunção dessa conduta ao tipo da lavagem (art. 1º da Lei n. 9.613/98) possibilitaram uma leitura jurídico-penal do injusto da lavagem, e, malgrado entendamos a procedência da modalidade do dolo eventual e de uma visão mais objetiva da preposição “para” inserida no preceito, essas reflexões não intencionam conceder um juízo definitivo ao assunto, mas albergam uma finalidade explícita: debater.

1 AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 63 da tradução brasileira e p. 12 da tradução em espanhol. Quanto ao vínculo do tipo da lavagem com a criminalidade organizada e ao mesmo tempo

demonstrando seu caráter autônomo diante dos delitos principais, *vide* MANZANO, PÉREZ, Mercedes. **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**, p. 169 e s.

2 *Vide* texto da nota 6, *supra*.

3 Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04 de dezembro de 2001, que altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos do branqueamento de capitais, no seus arts. 2.A, 3.4 e 5. Essa Directiva, como é sabido, modificou a Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para o branqueamento de capitais.

4 As Quarenta Recomendações do Grupo de Ação Financeira sobre o Branqueamento de Capitais, de 20 de junho de 2003, art. 12.

5 A Lei n. 19/93 sobre determinadas medidas de prevenção à lavagem de capitais teve sua alteração em 2003. Cite-se a Lei n. 19/2003, sobre o regime jurídico dos movimentos dos capitais e das transações econômicas com o exterior. Especificamente a sua Disposição Adicional Primeira, no seu art. 2º, letra “d”.

6 Nota, *vide* Capítulo V.1, *supra*.

7 Nota, *vide* Capítulo V.1, *supra*.

8 De 10 de junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para a lavagem de capitais.

9 *Vide* art. 2 A da Directiva 2001/97/CE.

10 *Vide* art. 6 da Directiva 91/308/CEE, e arts. 22 e 23 da Directiva 2005/60/CE.

11 *Vide* art. 9 da Directiva 91/308/CEE e art. 26 da Directiva 2005/60/CE.

12 *Vide* GÓMEZ JARA DIEZ, Carlos. **El criterio de los honorarios profesionales bona fides**, p. 212 e s.

13 *Vide* texto da nota 80 e s., *supra*.

14 *Vide* texto da nota 85, *supra*.

15 *Vide* PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales**, p. 171.

16 BLANCO CORDERO, Isidoro. **Cobro de honorários de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales**, p. 3.

17 FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico y imputación del resultado**, p. 316.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Hans-Jörg. **Criminalidad transnacional, comércio de narcóticos y lavado de dinero**. Tradução de Oscar Julián Guerrero Peralta. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. Lavagem de dinheiro e remessa ilegal de divisas: o papel do Poder Judiciário na repartição de ativos. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, n. 4, abr. 2006.

ALIAGA MÉNDEZ, Juan Antonio. El proceso de blanqueo: sus causas y consecuencias. In: **Delitos económicos**. La función notarial y el derecho penal. Pamplona: Civitas, 2007.

AMBOS, Kai. **La aceptación por el abogado defensor de honorarios ‘maculados’**: ¿lavado de dinero? Intentos de restricción del tipo penal de lavado (blanqueo) de dinero a la luz de los derechos internacional y extranjero. Tradução de Dino Carlos Caro Coria. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

_____. Perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007.

ARAS, Vladimir. Lavagem de dinheiro, evasão de divisas e cooperação internacional: o caso Banestado. In: **Crimes contra o sistema financeiro nacional**. 20 anos da Lei n. 7.492/1986. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ARCO, Andrés Palomo del. Asistencia internacional en la delincuencia económica. In: **El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica**. Estudios de derecho judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. Sobre el estado actual de la teoría del delito. In: **Teoría y práctica del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2009. t. I.

_____. El sistema de la teoría del delito en el siglo XXI. In: **Teoría y práctica del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2009. t. I.

_____. Problemas actuales del dolo. In: **Teoría y práctica del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2009. t. I.

_____. Welzel y la generación argentina del finalismo. In: **Teoria y práctica del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2009. t. I.

_____. **Princípios de derecho penal**. Parte general. 4. ed. Madrid: Akal ediciones, 1997.

BADARÓ, Righi Ivahy Gustavo Henrique. **O ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. In: **Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BENITEZ, José Manuel Gómez. La realización del peligro en el resultador y la imputación al dolo en las desviaciones causales. In: GIMBERNAT, Enrique; SCHÜNEMANN, Bernd. **Omisión e imputación objetiva en derecho penal**. Madrid: Jürgen Wolter Edit., Facultad de Derecho, 1994.

BRAGA, Rômulo Rhemo Politot. Aspectos político-criminais sobre branqueio de capitais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 165, 2005.

BRANDÃO, Nuno. **Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n. 577, de 2003**. Relator: Deputado Marcelo Ortiz. Brasília. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/163247.doc>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n. 5.762-A, de 2005**. Deputado Marcelo Ortiz. Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

BRASIL. Justiça Federal. **Processo n. 2005.81.00.014586-0**. 11ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Ceará. Disponível em:

<<http://www.jfce.jus.br/internet/index.jsp>>. Acesso em: 11 mar. 2010.

BRASIL. Poder Legislativo. **Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994.**

Disponível em:

<<http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>>.

Acesso em: 11 mar. 2010.

BRASIL. Poder Legislativo. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998.**

Disponível em:

<<http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>>.

Acesso em: 11 mar. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Divisão de Atos Internacionais.

Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991. Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena – Áustria, 20 de dezembro de 1988). Disponível em:

<<http://www2.mre.gov.br/dai/entorpecentes.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Divisão de Atos Internacionais.

Decreto n. 5015, de 12 de março de 2004. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)

[2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação criminal n.**

2005.81.00.01.4586-0. Relator: Desembargador Rogério Fialho Moreira. J.

Em 9-9-2008. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/cp/cp.do>>. Acesso em: 23 mar. 2010.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **Tribunal Constitucional Alemão –**

BVerfG.2.BvR1520/01 itens 142 e 143, fls. 1819. Disponível em:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040330_2bvr152001.html>. Acesso em: 25 maio 2009.

BUSATO, Paulo César. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BUSSENIUS, Anne. **Money laundering by defense counsel.** The Decision of the Federal Constitutional Court. Disponível em:

<www.germanlawjournal.com/print.php?id=490>. Acesso em: 8 jun. 2009.

CABANA, Patricia Faraldo. Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995. In: **Estudios penales y criminológicos**, **XXI**. Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1998.

_____. Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal español de 1995. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los abogados y asesores fiscales. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Fasc/mes 1. Madrid: 2006. t. 59.

CALLEGARI, André Luis. **El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. **Lavagem de dinheiro**. Barueri: Manole, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. art 1^º a 107. 1. ed. brasileira e 4. ed. portuguesa revista. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2007.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

CEJ – Centro de Estudos Judiciários. **Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro**. Série Pesquisas do CEJ, n. 9, Brasília, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. A função do advogado na administração da justiça. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 694, 1993.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Comissão de Estudos sobre crime de “lavagem” de dinheiro. **Relatório/Comissão de Estudos sobre crime de “lavagem” de dinheiro**. Brasília: CJF, 2003.

CORDERO, Isidoro Blanco. **Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado**: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación e la Ley penal en el espacio. In: Criminalidad Organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI congreso de la AIDP en Budapest. Almagro: Universidad Castilla La Mancha, 1999.

_____. Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales. La situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de

marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004). **Revista General de Derecho Penal**, n. 3, mayo de 2005. Disponível em: <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&numero=3>. Acesso em: 18 fev. 2009.

COSTA, Gerson Godinho. O tipo objetivo da lavagem de dinheiro. In: JÚNIOR, José Paulo Baltazar; MORO, Sérgio Fernando (Coord.). **Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DELGADO, Esteban Mestre. Las eximentes de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, y de cumplimiento de un deber, y el blanqueo de capitales. **I Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero**. Coordenação de Miguel Abel Souto, Nielson Sánchez Stewart. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

DIANEZI, Vicente. **Regra inoportuna**. Advogados defendem sigilo e rejeitam delação de clientes. Consultor Jurídico, 1^o de março de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/33224,1>>. Acesso em: 3 jun. 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a reforma penal. In: COLÓQUIO EM HOMENAGEM AO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2008, São Paulo. **Justiça Penal portuguesa e brasileira: tendências e reforma**. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

_____. **Direito penal. Parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. I: Questões fundamentais. A doutrina geral do crime.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. 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**. Madrid: Bajo Fernandez, Miguel y Bacigalupo, Silvina Editores, Marcial Pons, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. A globalização e os crimes de “lavagem de dinheiro”: a utilização do sistema financeiro como porto seguro. In: **Ciências Penais. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 0, 2005.

DURRIEU, Roberto. **El lavado de Dinero en la Argentina**. Análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo. Buenos Aires: Lexis Nexos, 2006.

ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. **Autos de n. 34/2007, de 01 de fevereiro de 2007**. Relator: Bacigalupo.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. O direito penal insólito. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, p. A2, 30 de julho de 2008.

FIRMO, Aníbal Bruno de Oliveira. **Direito penal**. Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FRISCH, Wolfgang. **Comportamiento típico e imputación del resultado**. Tradução de Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. La teoria de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado, lo problemático. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Desvalorar e imputar**. Sobre la imputación objetiva en derecho penal. Barcelona: Atelier, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Lavagem de capitais e quebra do segredo profissional do advogado**. Disponível em: <<http://www.blogdofg.com.br/article.php?story=2004100810501536>>. Acesso em: 19 set. 2008.

GOMEZ, Juan Miguel del Cid. **Blanqueo internacional de capitales**. Como detectarlo y prevenirlo. Barcelona: Deusto, 2007.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GOROSTIZA, Jon-Mirena Landa. La complicidad en el delito y los comportamientos ‘estándar’ en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico. In:

Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón. Bilbao: Universidad de Deusto, 2002.

GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Um panorama da teoria da imputação objetiva.**

2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUTIERREZ, Pablo Sánchez Ostiz. **¿Encubridores o cómplices?** Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas. Madrid: Civitas, 2004.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional.** Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Autónoma de México, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Tradução de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. In: **Imputación y derecho penal.** Estudios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Edición a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz, Aranzandi, 2005.

INIESTA, Diego J. Gómez. **El delito de blanqueo de capitales en derecho español.** Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal. Parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002.

JOBIM, Nelson. A Lei n. 9.613/98 e seus aspectos. In: Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro. **Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal,** Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 17, 1999.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica.** Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

KEHDI, André Pires de Andrade. O projeto de alteração à lei de lavagem (PLS 209/2003) e o art. 366, do CPP. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, n. 186, maio 2008.

LAMELA, Hector D. Pérez. **Lavado de Dinero**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **Cornell University Law School**. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.billofrights.html#amendmentvi>>. Acesso em: 24 out. 2008.

LINS E SILVA, Técio. **O que é ser advogado**: memórias profissionais de Técio Lins e Silva em depoimento a Fernanda Pedrosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LUZON PEÑA, Diego Manuel. **Curso de derecho penal**. Parte general. Madrid: Editorial Universitas, 2002.

MACHADO, Agapito. **Crimes de colarinho branco e contrabando/descaminho**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. **Lavagem de dinheiro** (lavagem de ativos provenientes de crimes). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. In: **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Fundación Konrad Adenauer. Montevideo: Jan Woischnik, 2005.

MICHAEL, Andréa; DANTAS, Iuri. Governo quer obrigar advogados a revelar operações suspeitas. **Folha de S.Paulo**, 5-9-2004. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u63842.shtml – 30k>. Acesso em: 3 jun. 2008.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. **40 Recomendações do GAFI/FATF**. Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/40-recomendacoes-do-gafi-fatf/>>. Acesso em: 11 mar. 2010.

MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (Coord.). **Lavagem de dinheiro**: comentários à lei pelos juizes das varas

especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O processo penal no crime de lavagem. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (Coord.). **Lavagem de dinheiro**: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MURILLO, José Luis Serrano Gonzáles de. Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo. **La Ley Revista Jurídica Española de Doctrina y Jurisprudencia y Bibliografía**, n. 5, 1998.

MUSCO, Enzo. **L'illusione penalistica**. Milano: Giuffrè, 2004.

NEMR, Jorge. Regras do jogo. Querem transformar o advogado em alcaguete. **Consultor Jurídico**, 10 de junho de 2003. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/26497,1>>. Acesso em: 27 maio 2008.

NOVIS, Gary; McDOWELL, John. As consequências da lavagem de dinheiro e dos crimes financeiros. In: **Perspectivas Econômicas**: a luta contra a lavagem de dinheiro. Publicação eletrônica do Departamento de Estado dos Estados Unidos, v. 6, n. 2, maio 2001.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? In: **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Tecnos, 1990.

OTTO, Harro. Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal. In: SANCINETTI, Marcelo A. (Trad.). **La prohibición de regreso en derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

PASTOR, Daniel Alvarez; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. **La prevención del blanqueo de capitales**. Pamplona: Aranzandi, 1998.

PEREIRA, Flávio Cardoso. As ações cotidianas no âmbito da participação delitiva. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3652>>. Acesso em: 30 mar. 2010.

PÉREZ, Carlos Martínez Buján. La dimensión internacional del blanqueo de dinero. In: **El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia**

económica. Estudios de derecho judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales”. La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004. In: BARREIRO, Agustín Jorge (Coord.). **Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo.** Navarra: Civitas, 2005.

_____. Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo. In: **Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat.** Madrid: Edisofer, S. L., 2008. t. II.

_____. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. In: FERNANDEZ, Miguel Bajo; BACIGALUPO, Silvina (Ed.). **Política criminal y blanqueo de capitales.** Madrid: Marcial Pons, 2009.

PINTO, María José Vaquero. Secreto profesional del abogado y prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. A propósito de la STJCE Luxemburgo de 26 de junio de 2007 (asunto C-305/05). Disponible en: <<http://www.iustel.com>>. **Revista General de Derecho Europeo**, n. 14, octubre 2007.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PLANAS, Ricardo Robles. Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria (Dir.). **¿Libertad económica o fraudes punibles?** Madrid: Marcial Pons, 2003.

_____. Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Desvalorar e imputar.** Sobre la imputación objetiva en derecho penal. Barcelona: Atelier, 2004.

PRATS, Fermin Morales (Coord.). **Comentarios al nuevo Código Penal.** Navarra: Aranzadi Editorial, 1996.

RADA GARCIA, Domingo. **Instituciones de derecho procesal**. Lima: Fondo Editorial Asociación Civil Mercurio Peruano, 2008. t. I (Obras completas).

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de: Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1959.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A lavagem de dinheiro e os advogados**. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jggr/lavagem_e_advogados.pdf>. Acesso em: 18 set. 2007.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **Das causas de extinção de punibilidade nos delitos econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

RODA, Juan Córdoba. **Cuadernos de Crítica Jurídica 1: Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

RONCAGLIA, Daniel. Prerrogativa Profissional. Projeto sobre lavagem de dinheiro pode afetar sigilo. **Consultor Jurídico**, 01 de maio de 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/55127,1>>. Acesso em: 6 fev. 2008.

ROSAL, Manuel Cobo Del; LÓPEZ GÓMEZ, Carlos Zabala. **Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notários, inversores, bancários y empresários**. Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea. Madrid: Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2005.

ROXIN, Claus. ¿Que es la Complicidad? In: VÁSQUEZ, Manuel A. Abanto Vásquez (Trad.). **La teoría del delito en la discusión actual**. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

_____. La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro. In: VÁSQUEZ, Manuel A. Abanto. **La teoría del delito en la discusión actual**. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión. In: SEMINARIO EN LA UNIVERSTAT POMEPEU FABRA. ROXIN, Claus; JAKOBS, Gunther; SCHÜNEMANN, Bernd; Frisch, WOLFGANG; KÖHLER, Michael. **Sobre el estado de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 2000.

_____. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. In: RIVERO, Carmen Gomez; GARCIA, Maria del Carmen (Trad.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. In: PEÑA, Diego-Manuel Luzón; CONLLEDO, Miguel Díaz y García; REMESAL, Javier de Vicente (Trad.). Madrid: Civitas, 1997. t. I.

_____. Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal. In: **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega Universidade, 1986.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Causalidad e imputación objetiva**. Tradução de Claudia López Diaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

SAADI, Ricardo Andrade. Lavagem de dinheiro. **Revista Criminal**, São Paulo, Editora Fiuza, ano 1, v. 1, 2007.

SALA, Juan Walter Alvarez. **El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas**. Disponível em: <http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2008.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Límites de la participación criminal**. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal? Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

SÁNCHEZ, Carlos Aranguéz. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SÁNCHEZ, Jesús María. Hay Jueces en Berlin! (y en Karlsruhe). **Indret Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, 2007. Disponível em: <<http://www.indret.com>>.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas: Millennium, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte geral. Curitiba: ICPC & Lumen Juris, 2006.

_____. **A moderna teoria do fato punível**. 3. ed. Curitiba: Fórum, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. Comentários ao projeto de Lei n. 6.413/2005 em face do Direito à ampla defesa do acusado e ao exercício da advocacia. **Boletim IBCCrim**, n. 162, maio 2006.

_____. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: Primeiras observações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 863, 2007.

SENNA, Adrienne. Regulamentação da Lei n. 9613/98 pelos órgãos competentes. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE LAVAGEM DE DINHEIRO. **Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal**, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 17, 1999.

SERRANO, Juan Manuel Vega. La prevención del blanqueo de capitales. In: **Delitos económicos. La función notarial y el derecho penal**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. A internacionalização do direito penal sob a perspectiva brasileira. In: AMBOS, Kai (Org.). **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

_____. Comentários ao estudo de Kai Ambos. In: AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian. A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. Ciências penais. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./jun. 2005.

SRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**: parte general I. El hecho punible. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Editorial Aranzadi, 2000.

STEWART, Nielson Sánchez. Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención. In: **I Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero**. SOUTO, Miguel Abel; STEWART, Nielson Sánchez (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

THOMAS, Evan. **The man to see: Edward Bennett Williams: Ultimate insider; legendary trial lawyer**. New York: Simon & Schuster, 1991.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a lei 7.209/84 e a Constituição Federal de 1988**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas profissionais do advogado**. Brasília: OAB Editora, 2006.

TRELLES, Javier Sánchez Vera Gómez. Blanqueo de capitales y abogacia. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva. **Indret. Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, 2008. Disponível em: <<http://www.indret.com>>.

UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=C305/05&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

_____. **Diretrizes 2001/97/CE, de 4 de dezembro de 2001; 2005/60/CE, de 26 de outubro de 2005**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/>. Acesso em: 11 mar. de 2010.

UNITED STATES ATTORNEYS' MANUAL (USAM). **Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/105mcr m.htm>. Acesso em: 24 out. 2008.

VALLÈS, Ramon Ragués I. **La ignorancia deliberada en derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007.

_____. Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria (Dir.). **¿Libertad económica o fraudes punibles?** Madrid: Marcial Pons, 2003.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Tradução e notas de José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2001.

_____. **Derecho penal alemán**. Parte General. Tradução de Juan Bustos Ramirez Y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976.

WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. **Honorarios de los abogados defensores en causas penales y blanqueo de capitales de una perspectiva europea: ¿un mismo problema, una misma solución?** Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2007_11_174.pdf>. Acesso em: 26 maio 2008.

WOLTER, Jürgen. La imputación objetiva y el sistema moderno del derecho penal. Tradução de Silvina Bacigalupo. In: GIMBERNAT, Enrique Schünemann; BERND WOLTER, Jürgen (Edit.). **Omisión e imputación objetiva en derecho penal**. Madrid: Facultad de derecho, 1994.

ZANCHETTI, Mario. **Il riciclaggio di denaro proveniente da reato**. Milano: Giuffrè Editore, 1997.

ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto. El blanqueo de capitales. La comisión culposa y las profesiones jurídicas. In: MARTÍNEZ, Jesús Julián Fuentes (Coord.). **Delitos económicos**. La función notarial y el derecho penal. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en agosto de 2006. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007.

ZIELINSKI, Diethart. **Dolo e imprudencia**. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán. Tradução de Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2003.