

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Vinicius Vitorino

Exercício da Advocacia e Lavagem de Dinheiro:

Limites da Responsabilidade Penal do Advogado e Análise do § 14 do art. 7º da Lei 8.906/1994 sob a Ótica da Vedação à Proteção Deficiente

Florianópolis
2022

Vinicius Vitorino

Exercício da Advocacia e Lavagem de Dinheiro:

Limites da Responsabilidade Penal do Advogado e Análise do § 14 do art. 7º da Lei 8.906/1994 sob a Ótica da Vedação à Proteção Deficiente

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Vera Lúcia Teixeira.

Coorientador: Msc. Francisco Yukio Hayashi.

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Vitorino, Vinicius

Exercício da Advocacia e Lavagem de Dinheiro : Limites da Responsabilidade Penal do Advogado e Análise do § 14 do art. 7º da Lei 8.906/1994 sob a Ótica da Vedação à Proteção Deficiente / Vinicius Vitorino ; orientador, Vera Lúcia Teixeira, coorientador, Francisco Yukio Hayashi, 2022.
79 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Lavagem de Dinheiro. 3. Responsabilidade Penal do Advogado. 4. Sigilo Profissional. 5. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. I. Lúcia Teixeira, Vera . II. Yukio Hayashi, Francisco. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC (VIRTUAL)

(Autorizada pela Portaria 002/2020/PROGRAD)

No dia 08 do mês de Dezembro do ano de 2022, às 12 horas e 45 minutos, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), no modo virtual, através do link: “<https://meet.google.com/qgz-pdwo-zzg>” intitulado “Exercício da Advocacia e Lavagem de Dinheiro: Limites da Responsabilidade Penal do Advogado e Análise do § 14 do art. 7º da Lei 8.906/1994”, elaborado pelo acadêmico Vinícius Vitorino, matrícula 18100097, composta pelos membros Vera Lúcia Teixeira, Francisco Yukio Hayashi, Luiz Eduardo Dias Cardoso e Ana Luiza Coelho Silveira Mello, abaixo assinados, obteve a aprovação com nota **10 (dez)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Aprovação Integral

Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador

Florianópolis, 08 de dezembro de 2022.



Documento assinado digitalmente

Vera Lúcia Teixeira

Data: 08/12/2022 16:01:12-0300

CPF: ***.653.619-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Vera Lúcia Teixeira
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente

FRANCISCO YUKIO HAYASHI

Data: 09/12/2022 16:14:21-0300

Verifique em <https://verificador.iti.br>

Francisco Yukio Hayashi
Professor Co-orientador



Documento assinado digitalmente

LUIZ EDUARDO DIAS CARDOSO

Data: 08/12/2022 16:44:44-0300

CPF: ***.542.229-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Luiz Eduardo Dias Cardoso
Membro de Banca

Ana Luiza Coelho Silveira Mello
Membro de Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado Exercício da Advocacia e Lavagem de Dinheiro Limites da Responsabilidade Penal do Advogado e Análise do § 14 do art. 7º da Lei 8.906/1994, elaborado pelo acadêmico Vinicius Vitorino, defendido em 08/12/2022 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10 (dez)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 08 de dezembro de 2022.



Documento assinado digitalmente

Vera Lucia Teixeira

Data: 08/12/2022 16:02:10-0300

CPF: ***.653.619-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Vera Lúcia Teixeira
Professor Orientador

Documento assinado digitalmente



FRANCISCO YUKIO HAYASHI

Data: 09/12/2022 16:15:24-0300

Verifique em <https://verificador.iti.br>

Francisco Yukio Hayashi
Professor Co-orientador



Documento assinado digitalmente

LUIZ EDUARDO DIAS CARDOSO

Data: 08/12/2022 16:43:23-0300

CPF: ***.542.229-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Luiz Eduardo Dias Cardoso
Membro de Banca

Ana Luiza Coelho Silveira Mello
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina

Centro de Ciências Jurídicas

COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E

ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Vinicius Vitorino

RG: 6.821.094

CPF: 101.711.694-03

Matrícula: 18100097

Título do TCC: Exercício da Advocacia e Lavagem de Dinheiro: Limites da Responsabilidade Penal do Advogado e Análise do § 14 do art. 7º da Lei 8.906/1994

Orientadora: Vera Lúcia Teixeira

Co-orientador: Francisco Yukio Hayashi

Eu, Vinicius Vitorino, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 08 de dezembro de 2022.



Documento assinado digitalmente

Vinicius Vitorino

Data: 08/12/2022 14:40:55-0300

CPF: ***.711.649-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Vinicius Vitorino

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Elizabete e Maurli, por sempre me apoiarem e acreditarem no meu desenvolvimento acadêmico e profissional, sem vocês eu não teria o privilégio de estar nesta universidade, sou eternamente grato.

Especiais agradecimentos ao Eduardo, o irmão que a vida me proporcionou. É uma honra trilhar o mesmo caminho que você, não apenas pela nossa amizade única e duradoura, mas também por ser uma fonte de inspiração acadêmica e profissional. Seu nome já está guardado nos agradecimentos das pesquisas futuras.

Aos amigos Leonardo, Guilherme, João, Samir, Lamin e Ian, que me ajudaram, a partir dos afetos únicos de cada um, a prosseguir e desenvolver esta monografia de forma saudável.

Agradeço à Universidade Federal de Santa Catarina, não apenas por me proporcionar uma graduação de qualidade, mas por me apresentar uma nova família. É difícil conceber o quão sortudo eu sou de conhecer tantas pessoas especiais em um só local e em um curto período de tempo.

Por conta disso, não poderia deixar de agradecer aos meus amigos Rodrigo, Thompson, Mazzoli e Mateus. Conhecê-los nesta universidade foi presente inestimável, obrigado por toda ajuda e apoio recebido ao longo destes anos, sei que posso contar com vocês a qualquer momento.

Liege e Nicolle. Como agradecê-las? Seria necessária uma nova monografia para eu abordar a importância de vocês na minha vida. Muito obrigado por tudo, espero estar com vocês pelo resto da minha vida. Sou extremamente agradecido, de verdade. Amo vocês.

Luiza e Júlia. Júlia e Luiza. Que sorte a minha. Me dá arrepios só de imaginar uma realidade em que nós não nos encontramos. Vocês alteraram de maneira significativa a minha vivência e existência nesta universidade, sou incapaz de conceber a minha vida sem vocês ao meu lado. Meu amor por vocês duas está marcado no fundo do meu coração, nunca irei esquecê-las.

Aos amigos Marcelo, Aniele, Bruno, Caio, Diego, Fred, Gabriel, e Luciano, pelo companheirismo e por tudo o que passamos juntos durante esses maravilhosos anos.

Não poderia deixar de tecer considerações aos grupos que me formaram e transformaram por completo a minha trajetória durante a graduação, agradeço a Revista Avant, ao Literar, ao Programa de Educação Tutorial (PET Direito) e ao Grupo de Teoria Econômica do Crime (GETEC).

À minha orientadora, Prof. Dra. Vera Lúcia Teixeira, por ser uma fiel companheira nesta jornada, sempre disposta a me auxiliar e contribuir com o meu trabalho. Da mesma forma, especiais agradecimentos ao meu co-orientador, Francisco Yukio Hayashi, pelos conselhos e apontamentos, os quais foram imprescindíveis para o desenvolvimento desta pesquisa.

Ao escritório Costa Ferreira Hayashi, não apenas por me auxiliarem e viabilizarem o progresso desta monografia, mas por me tornarem, diariamente, um profissional mais competente. Não há palavras para descrever a sorte que eu tenho de estar em um ambiente tão receptivo e de tamanha qualidade técnica. Meus especiais agradecimentos ao Gustavo, Francisco e Ana.

Também não poderia deixar de agradecer a cafeína, ingrediente fundamental para o desenvolvimento desta pesquisa.

Por fim, agradeço a todas as pessoas que, apesar de não citadas nominalmente, foram, de alguma forma, parte essencial na construção deste trabalho acadêmico.

RESUMO

Com a promulgação da Lei 12.683/12, que alterou a Lei 9.613/1998, tornou-se relevante a discussão sobre a submissão de advogados aos mecanismos de controle em operações suspeitas de lavagem de capitais. A presente monografia se propõe, inicialmente, a discutir a (in)compatibilidade entre o dever de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais e o sigilo profissional da advocacia. Em um segundo momento, será analisado os limites da responsabilidade penal do advogado como agente colaborador na lavagem de dinheiro praticada por terceiro pela via da omissão imprópria. Por fim, tendo em vista a alteração da Lei 8.906/1994 promovida pela Lei 14.365/22, a qual incluiu o § 14 do art. 7º, que atribuiu ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a competência exclusiva para analisar e decidir sobre a prestação efetiva do serviço jurídico realizado pelo advogado, será examinada, sob a ótica da vedação à proteção deficiente, a eventual inconstitucionalidade do referido dispositivo por proteger, de forma insuficiente, o bem jurídico da administração da justiça no arcabouço normativo de prevenção, detecção e repressão aos delitos de lavagem de dinheiro. Feita essas considerações, pretende-se responder o seguinte problema: seria possível o Poder Judiciário, durante a persecução penal do advogado, no âmbito do crime de lavagem de dinheiro e diante do § 14 do art. 7º da Lei 8.906/94, concluir que não houve efetiva prestação de serviço em contrariedade ao Conselho Federal?

Palavras-chave: Lavagem de Dinheiro; Sigilo Profissional; Advocacia; Ordem dos Advogados do Brasil.

ABSTRACT

With the enactment of Law 12,683/12, which amended Law 9,613/1998, the discussion on the submission of lawyers to control mechanisms in suspicious operations of money laundering became relevant. The present monograph proposes, initially, to discuss the (in)compatibility between the duty to report suspicious operations of money laundering and the professional secrecy of the law. In a second moment, the limits of the criminal liability of the lawyer as a collaborating agent in money laundering practiced by a third party through improper omission will be analyzed. Finally, in view of the amendment of Law 8906/1994 promoted by Law 14365/22, which included § 14 of art. 7, which assigned to the Federal Council of the Brazilian Bar Association the exclusive competence to analyze and decide on the effective provision of the legal service performed by the lawyer, it will be examined, from the perspective of the prohibition of deficient protection, the eventual unconstitutionality of the referred device by insufficiently protect the legal interests of the administration of justice in the normative framework for the prevention, detection and repression of money laundering crimes. Having made these considerations, it is intended to answer the following problem: would it be possible for the Judiciary, during the criminal prosecution of the lawyer, in the context of the crime of money laundering and in view of § 14 of art. 7 of Law 8.906/94, conclude that there was no effective provision of service contrary to the Federal Council?

Keywords: Money Laundering; Professional Secrecy; Advocacy; Brazilian Bar Association.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO	8
2.1	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL ECONÔMICO	10
2.2	A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL NA PREVENÇÃO E COMBATE AO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS	14
2.3	PANORAMA GERAL SOBRE O DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL E SEU ARCABOUÇO NORMATIVO DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO	17
2.4	O BEM JURÍDICO DA LAVAGEM DE DINHEIRO	21
2.5	A INCLUSÃO DO ADVOGADO NO SISTEMA ANTILAVAGEM DE DINHEIRO	23
2.6	ATIVIDADES TÍPICAS DA ADVOCACIA BRASILEIRA	26
2.7	CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONFLITO ENTRE O SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO E OS DEVERES DE INFORMAÇÕES IMPOSTOS PELA LEI 12.683/12	27
2.8	CONCLUSÕES PARCIAIS	32
3	PRESSUPOSTOS DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO POR OMISSÃO NO DELITO DE LAVAGEM	36
3.1	AÇÕES NEUTRAS: BREVES APONTAMENTOS	37
3.2	CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE	39
3.3	SOBRE A (IN)EXISTÊNCIA DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO ADVOGADO NO ÂMBITO DA LEI 9.613/98.....	42
3.4	REFLEXÕES ACERCA DA CAPACIDADE DE AGIR, DO ELEMENTO SUBJETIVO E DA AUTO RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO DE OPERAÇÕES PELA VIA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA	45
3.5	CONCLUSÕES PARCIAIS	47
4	DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO § 14, ART. 2º, DA LEI 14.365/22	50
4.1	ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 14.365/22	50
4.2	CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO VEDAÇÃO À PROTEÇÃO INSUFICIENTE DO BEM JURÍDICO PENAL	53
4.3	A LEI 14.365/22 E A PROTEÇÃO DEFICIENTE	59
4.4	CONCLUSÕES PARCIAIS	63
5	CONCLUSÃO	66
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho uniu esforços para dar uma atenção teórica ao tema da lavagem de dinheiro e da responsabilidade penal do advogado no exercício da sua profissão para, ao final, tecer considerações sobre as recentes alterações legislativas promovidas pela Lei 14.365/22.

Para realizar essa investigação, utilizou-se da metodologia de natureza bibliográfica, cujo conteúdo compreende a pesquisa bibliográfica doutrinária e de cunho jurisprudencial. Com esse intuito, dividiu-se o presente trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo, pretende-se discutir o suposto conflito existente entre o dever de comunicação de operações suspeitas de lavagem de capitais e o dever de sigilo profissional do advogado, no intuito de averiguar a (in)compatibilidade entre essas duas funções.

Tal discussão é necessária pois existem setores que são mais sensíveis às práticas de lavagem de capitais, os chamados *gatekeepers*. Foi por essa razão que surgiram uma multiplicidade de ordenamentos internacionais, os quais invariavelmente influenciaram a legislação nacional para tornar esses determinados setores como obrigados a prestarem informações ao se depararem com atividades suspeitas e atípicas. Dentre esses setores, para o que interessa a esta pesquisa, surge a discussão em torno da classe advocatícia, em que se discute se há, de fato, o dever do advogado em comunicar tais atividades ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), conforme dispõe o art. 9º, inciso XIV, da Lei 9.613/98.

No segundo capítulo, considerando o eventual entendimento de que haveria, de fato, obrigações existentes em relação a determinado advogado em comunicar operações suspeitas, será estudado, a partir de um viés dogmático, a possibilidade de eventual imputação da lavagem de dinheiro ao advogado pela via omissiva imprópria.

Uma análise atenta a este tema é imprescindível, pois a política criminal da lavagem de dinheiro voltou a se preocupar com o advogado, cuja figura passou a ser tida como um agente sensível no crime do branqueamento, criando potenciais riscos e preocupações acerca de uma eventual limitação e criminalização do próprio exercício da atividade profissional.

Ao final, no terceiro capítulo, será analisada a alteração promovida pela Lei 14.365/22, a qual incluiu o § 14 no art. 7º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil). O referido dispositivo tornou de competência privativa do Conselho

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a análise sobre a prestação efetiva do serviço jurídico realizado pelo advogado.

Apesar de, à primeira vista, aparentar uma conquista para a classe dos advogados, observa-se que tal dispositivo poderá gerar consequências lesivas no âmbito da proteção ao bem jurídico da administração da justiça ao considerar o arcabouço normativo de prevenção e detecção aos delitos de lavagem de dinheiro.

Para tanto, imagine o cenário hipotético em que haja uma persecução penal em face de um advogado, o qual está sendo imputado pelo crime de lavagem de dinheiro por haver indícios de recebimento de honorários por serviços inexistentes, com o único intuito de dissimular a origem dos valores e reinseri-los na economia formal.

O objetivo da presente monografia é justamente questionar e responder o seguinte problema: seria possível o Poder Judiciário, durante a persecução penal do advogado, no âmbito do crime de lavagem de dinheiro e diante do § 14 do art. 7º da Lei 8.906/94, concluir que não houve efetiva prestação de serviço em contrariedade ao Conselho Federal da OAB?

O questionamento é importante pois, aprofundando-se na matéria, não seria inadequado considerar que o dispositivo em questão geraria, ao menos em tese, uma espécie de blindagem a uma situação fática indiscutivelmente repugnada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Na tentativa de obter uma resposta para o problema indicado, será interpretado o referido dispositivo a partir do princípio da vedação à proteção deficiente na seara penal, o qual preza pela análise da adequação, necessidade e proporcionalidade da norma adotada. Tal princípio prevê a possibilidade de afastar do ordenamento jurídico normas que criem uma situação de desproporcionalidade na proteção efetiva de bens jurídicos, hipótese em que estaria evidenciada a proteção deficiente por flagrante desproporcionalidade da medida adotada.

2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E O DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Antes de se debruçar efetivamente sobre o objeto desta pesquisa, é imprescindível tecer breves apontamentos introdutórios para descrever o fenômeno da “expansão do direito penal” e o seu impacto no direito penal econômico e, principalmente, no combate à lavagem de capitais.

É importante ter em mente a premissa de que o direito não pode ser desvencilhado do seu contexto, ou seja, da realidade em que se está inserido. Conforme leciona Miguel Reale Júnior, seria ingênua a concepção de que as manifestações humanas sejam fruto unicamente da consciência e da experiência isolada e individual de cada ser, pois a conjuntura cultural influencia e condiciona a individualidade e, por consequência, o comportamento:

O sistema de valores que preside o modo de ser, ou seja, a unidade espiritual que constitui a realidade cultural, transmite-se de geração em geração, sofrendo mutações contínuas [...] Vivemos tendo por substrato essa unidade espiritual, razão pela qual o mundo circunstante, conforme afirma Husserl, formado pelo passado em constante atualização, plasma a forma de ser de uma determinada época. O homem insere-se de modo participante no todo dessa realidade cultural¹.

O Direito é, portanto, um dos inúmeros elementos imersos na cultura social, um componente dessa realidade condicionadora e, dessa forma, passa a ser também influenciado por sua carga valorativa. Há, portanto, uma consciência da sociedade para fins comuns, sendo o Direito uma forma de ordenação dessas vontades particulares. Ele, portanto, expressa essa consciência geral dos indivíduos, embora a ela não se limite completamente².

Nesse sentido, o Direito de cada época deve ser sempre analisado de acordo com o seu contexto histórico e cultural, haja vista que o fenômeno jurídico estará sempre em transformação. E é justamente a partir desse entendimento que podemos concluir que a noção de reprovabilidade de certas condutas precede a de crime, a qual alimenta o ordenamento jurídico penal, que nada mais é do que uma expressão dos interesses da sociedade naquele local e momento histórico.

Tais noções de reprovabilidade se alteram no decorrer do tempo e são distintas em cada sociedade, gerando diversas modificações no ordenamento jurídico como um todo. O Direito, portanto, se transforma na medida em que é influenciado pela sociedade que ele próprio visa a regular.

¹ REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do delito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 10

² *Ibidem*, p. 19.

No cenário atual, pode-se verificar essa influência social em um sentido expansionista, a qual se encontra com a sociedade do risco. A expansão do direito penal na sociedade do risco se manifesta, principalmente, em três características: “proliferação de novos bens jurídicos a serem protegidos (meio ambiente, saúde pública, mercado de capitais e etc), o adiantamento das barreiras entre comportamentos puníveis e impuníveis e, por fim, a redução das exigências de reprovabilidade, mudando-se o paradigma de ataque para a ocorrência de mero perigo ao bem protegido pela norma”³.

No mesmo contexto, Silva Sánchez alerta sobre a expansão do direito penal e os efeitos fomentados especialmente pela globalização econômica e pela integração supranacional⁴, os quais desempenham um papel importante na dinâmica de construção do direito penal de cada país.

Alamiro Velludo Salvador Netto, ao relacionar o direito penal com a sociedade de risco, adverte que “o direito penal e seus modelos de imputação, designados e alinhados pela standardização dos corolários liberais (idealistas), não mais conseguem qualquer eficiência para a sustentação dos novos bens”⁵.

A complexidade da sociedade atual fomenta um forte sentimento de vitimização social, de modo que, para saná-lo, recorre-se à hipertrofia da intervenção jurídico-penal, na esperança que o direito penal seja apto a solucionar os conflitos existentes na sociedade.

Neste contexto, o papel do poder punitivo, ainda que somente de forma simbólica, por meio do uso ilegítimo de criminalizações para obter efeitos ilusórios⁶, é de atender aos anseios sociais decorrentes da imposição de uma nova realidade.

Por este motivo, diversos países adotaram uma postura de agravamento das penas, de reinterpretção e flexibilização de garantias e flexibilização das regras de imputação⁷. Assim,

³ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A deslegalização do Direito Penal: Leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. 1. ed. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 125.

⁴ São notados os seguintes pontos em comum: i) criminalização de novos bens jurídicos e incremento da pena dos já existentes; (ii) aumento de tipos de perigo abstrato e normas penais em branco; e (iii) flexibilização das regras de imputação e relativização das garantias processuais. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas relações pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97-104.

⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e sociedade de risco. São Paulo: Quarter Latin, 2006, p. 94.

⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110-116

⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 89/2011, mar-abr/2011, p. 407/428.

expande-se o direito penal sem qualquer rigor científico na tentativa de solucionar os diversos problemas gerados pela contemporaneidade.⁸

Desse modo, o direito penal é convocado a solucionar exigências de globalização e de integração supranacional, em razão do leque de novos perigos existentes na sociedade contemporânea⁹. Inserido dentro desse contexto, estão os estudos referentes ao direito penal econômico, o qual será melhor detalhado a seguir.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL ECONÔMICO

Para prosseguir a presente monografia, urge a necessidade de tecer considerações sobre o que se entende por direito penal econômico, de modo a auxiliar na delimitação do objeto de estudo, especialmente com base na realidade vivida nas estruturas dogmáticas desta modalidade de crime, as quais geram novas dificuldades na aplicação do direito penal.

O tratamento jurídico-penal da matéria apresenta uma enorme dificuldade por si só, tendo em vista a necessidade de se adotar tipos penais complexos e imprecisos, em função da própria característica que envolve as terminologias e conceitos fluidos¹⁰.

Em outras palavras, a complexidade inerente às áreas de atuação do direito penal econômico impede a criação de conceitos únicos e precisos sobre a temática, uma vez que dependem do complemento de noções oriundas de variadas áreas do conhecimento.

Inicialmente, ante o aparecimento de novos desafios, surge a seguinte questão: seria o direito penal econômico um ramo autônomo do direito penal clássico?

No âmbito desta pesquisa, filia-se à tese de refutação da autonomia do direito penal econômico em relação ao direito penal. Não aparenta razoável interpretar o direito penal econômico como uma área independente e apartada do direito penal “clássico”, eis que aquele está inserido a um sistema uno, o qual possui deferência às mesmas regras que orientam a matéria no âmbito de um Estado Democrático de Direito¹¹.

⁸ FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. Direito penal e pós-modernidade: a proporcionalidade como instrumento de correção da expansão irrazoável da intervenção penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 145/2018, jul/2018, p. 571-603.

⁹ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; REGO, Davi Uruçu. Funções dogmáticas e legitimidade dos tipos penais na sociedade do risco. *Ciências penais*. Vol. 09/2008, dez/2008, p. 181-201.

¹⁰ PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 37.

¹¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael [Coor.]. *Direito penal econômico: questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 48-49.

Neste contexto, entende-se que abordar a intervenção penal sobre a economia nada mais é do que tratar de limites, legitimidade, eficácia da tutela penal¹², respeitando os parâmetros estabelecidos que norteiam a atuação do direito penal sob égides constitucionais.

A partir desse entendimento, Manoel Pedro Pimentel afirma que o direito penal econômico não é um ramo autônomo, tratando-se, “simplesmente, de um ramo do direito penal comum e, como tal, sujeito aos mesmos princípios fundamentais deste”¹³. Assim, apesar de se tratarem de leis especiais editadas em razão de novos interesses ligados à política econômica estatal, tais leis penais não podem se imiscuir das exigências impostas a todos os preceitos penais. Segundo Pimentel, “não é a natureza especial das normas, incorporadas em setor diverso do código penal, em leis extravagantes, que permite a afirmação de autonomia do direito penal econômico”, por isso assevera que os princípios tradicionais do direito penal devem ser mantidos e que não se deve abrir mão dos mesmos¹⁴.

Da mesma forma, para René Ariel Dotti, o direito penal econômico não possui autonomia científica a ponto de justificar classificação e sistematização específicas. Frisa o autor que o direito penal não pode ser fragmentado, apesar de admitir a especificação das áreas de incriminação¹⁵.

Em razão do exposto, conclui-se pelo não reconhecimento da autonomia científica do direito penal econômico, haja vista a inexistência de uma metodologia própria e fontes próprias a justificarem uma adjetivação de “autônomo”.

Tratando da temática, relembra Helena Regina Lobo da Costa que:

Toda e qualquer utilização do direito penal precisa ser limitada por seus princípios fundamentais, conceitos e metodologia, desenvolvidos em razão do reconhecimento de que toda a violência estatal tende ao abuso e precisa ser, sem exceções, rigorosamente balizada¹⁶.

Ademais, rememora a autora que o:

[...] reconhecimento do direito penal econômico como uma parte do direito penal é decorrência necessária de sua indiferenciação e conduz à fundamental consequência

¹² SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 32

¹³ PIMENTEL, Manoel Pedro. Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 15

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ DOTTI, René Ariel. Algumas reflexões sobre o “direito penal dos negócios”. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Direito Penal Econômico e da Empresa: Teoria geral da tutela penal transindividual. Coleção doutrinas essenciais; v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 709.

¹⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261. Tese (Livre Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 84.

de impedir a aplicação de um regime jurídico específico nesse campo, que leve, por exemplo, ao abandono ou flexibilização de princípios ou conceitos penais. A presença de algumas características mais acentuadas nos crimes econômicos nada mais é do que um reflexo da própria ideia de fragmentariedade do direito penal. Não é possível buscar uma ilicitude penal contínua, uniforme, idêntica: o direito penal é, por natureza e exigência para sua legitimação, descontínuo¹⁷.

Portanto, parte-se da premissa de que não há fundamentos científicos hábeis a justificar a autonomia e independência científica do direito penal econômico. Além disso, importa ressaltar que tal reconhecimento geraria um inevitável tratamento diferente entre classes de delitos. Nesse cenário, a criminalização dos delitos econômicos ensejaria o brado de uma nova “caça às bruxas”, haja vista que a evolução das influências midiáticas sobre o discurso penal, em conjunto com os anseios da tutela simbólica, geraria um tratamento em desacordo do que se espera do direito penal¹⁸.

De qualquer forma, compreende-se necessária a intervenção do direito penal no âmbito econômico, tendo em vista que o “intrínseco relacionamento com o direito econômico e a dinamicidade própria das relações econômicas acarreta certas peculiaridades ao bem jurídico penal econômico”¹⁹. Com isso, pode-se afirmar que “se o direito econômico é em essência um direito coletivo, supraindividual, os crimes econômicos, então, em sua maioria, referem-se aos bens jurídicos supraindividuais”²⁰.

Imerso nesse contexto, Rodrigo Sanchez Rios expõe que o direito penal tem avançado para novos campos de atuação, protegendo áreas cuja verificação da lesão ao bem jurídico é mais difícil, notadamente porque se está diante de bens coletivos ou supraindividuais²¹.

Com efeito, o emprego do direito penal nestas novas áreas é necessário e imperativo para que se possa garantir aos indivíduos uma convivência pacífica. Todavia, conforme já ressaltado, tal incumbência não afasta a imprescindibilidade de se observarem as estruturas dogmáticas do direito penal, pois os princípios gerais do direito penal são os elementos que conseguem, ao mesmo tempo, fundamentar a tecnicidade do direito penal e restringir a agressão aos direitos e garantias fundamentais do cidadão²².

¹⁷ *Ibidem*. p. 86-87.

¹⁸ DAVID, Décio Franco. Manual de direito penal econômico. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 162.

¹⁹ BARRILARI, Claudia Cristina. Algumas considerações sobre os crimes de perigo e o direito penal econômico. Revista dos Tribunais. Vol. 903/2011, p. 411-424, Jan/2011.

²⁰ *Ibidem*, p. 411-424.

²¹ RIOS, Rodrigo Sanchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. Revista dos Tribunais, vol. 775/2000, p. 432-448, maio/2000.

²² DAVID, Décio Franco. *Op cit*, p. 175.

Em resumo, é imprescindível a preservação dos princípios gerais informadores do direito penal para superar os problemas que os novos valores inserem na estruturação destes princípios²³.

Nesse contexto, dentre os delitos abarcados pelo direito penal econômico, está a criminalização de atos que visem a lavagem de capitais, os quais ultrapassam a individualidade da ofensa ao bem jurídico e as fronteiras dos países, fomentando a proliferação de acordos internacionais e mandados de criminalização oriundos de tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

Por conta disso, passa-se ao exame da supranacionalidade da criminalização da lavagem de capitais, eis que se verifica hodiernamente a homogeneização dos ordenamentos jurídicos de diversos países em razão da aplicação de um direito penal no plano internacional²⁴.

²³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Econômico como Direito penal de Perigo. *Op. cit.*, p. 177-178.

²⁴ Juana Del Carpio Delgado afirma que a lavagem de dinheiro se encaixa naqueles delitos que ofendem bens jurídicos reconhecidos pela comunidade internacional, de modo que se justificaria a aplicação do princípio da justiça universal para a persecução desta espécie de criminalidade. El principio de justicia universal tras la reforma de 2009, *Diario La Ley*, 7307, 2010, p. 01-09, *apud* SOARES, Rafael Junior. 2021, p. 23)

2.2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL NA PREVENÇÃO E COMBATE AO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS

É comum compreender o direito penal como exercício de soberania dos Estados, em que a estipulação de crimes e sanções compreendia a autorregulação de cada um dos países, de acordo com suas próprias características e realidades internas²⁵. Todavia, infere-se uma flexibilização dessa autonomia a partir da proliferação de tratados internacionais e de organismos internacionais que influenciam e incentivam a criação de novas normas penais, principalmente em face dos delitos de caráter supranacional, como a lavagem de dinheiro.

Isso ocorre, pois, uma das principais características do sistema econômico contemporâneo é sua forma globalizada de interação, permitindo o fluxo contínuo e exponencial de riquezas entre os países. Desse modo, a globalização e a crescente expansão tecnológica gera a necessidade de novas políticas criminais no âmbito internacional, visando prevenir e reprimir modalidades criminosas que são fomentadas e favorecidas por essa nova realidade econômico-social.

Maíra Rocha Machado assevera que a internacionalização do direito penal pode ser compreendida a partir da “adoção de valores considerados comuns entre as nações, o incremento de instrumentos jurídicos internacionais destinados à proteção dos direitos envolvidos e políticas capazes de assegurar a observância dos novos instrumentos disponibilizados”²⁶.

Especificamente em relação ao crime de lavagem de dinheiro, verifica-se, no plano internacional, a “criação de um novo paradigma, à busca da uniformização, ampliação e consolidação desses parâmetros que foram ampliados, além da mudança na estratégia regulatória que passa a ser da gestão do risco”²⁷. Tal evolução gerou intensas modificações nos sistemas internos dos mais variados países, de modo a se perceber o fenômeno da supranacionalidade do crime de lavagem de dinheiro.

²⁵ SOARES, Rafael Junior. Exercício da advocacia e a lavagem de dinheiro: os limites da responsabilidade penal do advogado. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 23.

²⁶ MACHADO, Maíra Rocha. Internacionalização do direito penal – a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Ed.34 - Edesp, 2004, p. 13-20.

²⁷ SIQUEIRA Flávio Augusto Maretti Sgrilli. O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 178-179

Ademais, a profusão de diplomas normativos tratando da lavagem de ativos “fez surgir o que se convencionou chamar de sistemas globais de proibição, isto é, aproximação ou mesmo uma verdadeira harmonização dos sistemas nacionais e supranacionais”²⁸.

À vista disso, embora seja possível elencar diversas vantagens na aproximação de ordenamentos jurídicos sob aspectos que facilitam o tratamento jurídico-penal do combate à lavagem de capitais entre os países, é inegável a perda relativa de autonomia dos Estados para lidar com os seus problemas regionais. Isto é, avança-se numa área do direito penal no intuito de atender interesses internacionais de forma acrítica, muitas vezes descolada das realidades internas e dos problemas constatados, a partir da experiência político criminal de cada ente nacional²⁹.

Assim, estabelecido que o regime antilavagem fundamenta-se na preocupação geral das nações com tal crime, passa-se à verificação dos principais preceitos construídos internacionalmente.

Ressalta-se que o foco desta pesquisa não se propõe a analisar de forma pormenorizada a evolução e a importância das legislações internacionais sobre o tema. Todavia, é necessário demonstrar o crescimento contínuo, de diversos documentos supranacionais voltados ao combate da lavagem de capitais, haja vista que tais documentos impactaram de forma significativa a legislação nacional sobre o tema.

Dentro desse contexto, destaca-se três convenções internacionais, as quais não apenas aprimoraram a política criminal de combate a esse delito, mas também pelo fato de terem sido incorporadas formalmente ao ordenamento pátrio, quais sejam: a Convenção de Viena, a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida.

A Convenção de Viena de 1988 foi promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, a qual iniciou o compromisso nacional de coibir tais condutas. O objetivo central do diploma é o combate ao tráfico de drogas. Dentre as estratégias previstas na Convenção, menciona-se a importância de “privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo dessa atividade”. Para tanto, o diploma ordena que os seus países-parte criminalizem, em seus ordenamentos, a conversão ou transferência de bens provenientes do tráfico ilícito de entorpecentes com o

²⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito penal internacional. 1 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 176.

²⁹ SOARES, Rafael Junior. *Op cit.* p. 26.

objetivo de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe prática do delito a fugir das consequências jurídicas de seus atos³⁰.

Por sua vez, a Convenção de Palermo, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Presidencial 5.015, em 15 de março de 2004, possui um conjunto de regras específicas para o combate mais efetivo ao crime organizado.

O texto apresenta a definição de crime organizado, aponta meios eficazes de investigação e discorre, expressamente, sobre a lavagem de dinheiro (art. 6º, 1, a, I), caracterizada como a “conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produtos do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração penal a furtar-se da consequência jurídica de seus atos e outras atividades assemelhadas”.

Nesse sentido, a Convenção de Palermo vai além da Convenção de Viena ao indicar que diversos crimes, além do tráfico de drogas, podem originar bens passíveis de lavagem de dinheiro. A Convenção de Palermo ainda prevê medidas de regulação e controle de bancos e outras instituições sensíveis à lavagem de dinheiro com o escopo de conhecer seus usuários e eventuais operações suspeitas por eles praticadas.

Por fim, a Convenção de Mérida, adotada pela ONU, em 2003, e promulgada pelo Brasil, em 31 de janeiro de 2006 (Decreto 5.687), tem por objetivo específico combate à corrupção. Dentre outras medidas, destaca-se o art. 14, o qual trata especificamente de lavagem de dinheiro, impondo aos Estados-Parte a instituição de rígidos controles administrativos sobre a atuação de setor sensíveis-instituições financeiras e não financeiras usadas frequentemente para lavagem de dinheiro e estabelecendo medidas de fomento à cooperação internacional.

Em suma, observa-se um esforço mundial para reprimir a reciclagem de capitais por meio do desenvolvimento de políticas criminais de repressão e de mecanismos de controle das atividades nos setores sensíveis a tais práticas.

Além desses três principais documentos internacionais, há, no âmbito europeu, normativas que também auxiliam na compreensão do assunto aqui pesquisado. Citam-se, a título de exemplo, as Convenções de Estrasburgo (1990) e de Varsóvia (2005), ambas do

³⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Badaró, Gustavo. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. RT, 2019, p. 32

Conselho da Europa, bem como as Diretivas do Conselho da Comunidade Europeia (91/308/CCE, 2001/97/CE, 2005/60/CE, 2015/849/CE e 2018/843/CE).

Por fim, além da confecção de tais documentos internacionais, foram instituídos grupos de especialistas e de autoridades públicas com atribuições de monitorarem constantemente atividades de lavagem de dinheiro para a proposição de novos instrumentos de prevenção e repressão à prática. Dentro desses grupos destaca-se o GAFI (Grupo de Ação Financeira), criado em 1989 para constantemente produzir conhecimento, expedir recomendações sobre as melhores técnicas de combate à lavagem de dinheiro e acompanhar sua implementação. Para alcançar seus objetivos, o GAFI realiza estudos e diagnósticos, elabora planos e estratégias, e desenvolve sistemas de avaliação do controle das atividades em comento nos diversos países.

Apesar da existência de inúmeros documentos internacionais que tratam sobre o tema, importa indicar que tal movimentação internacional não deve implicar, de forma automática, na incorporação dessas diretrizes ao ordenamento nacional sem que haja um filtro crítico e constitucional. As realidades político-sociais de cada país são distintas e precisam ser levadas em consideração.

Cabe ao legislador, portanto, estar ciente do debate e das recomendações internacionais referentes ao tema, de forma a estar disposto a incorporá-las e adotá-las na medida em que seja compatível com os institutos constitucionais e os princípios que regem a criação e interpretação normativa nacional.

2.3 PANORAMA GERAL SOBRE O DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL E SEU ARCABOUÇO NORMATIVO DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO

Imerso no contexto de expansão do direito penal econômico e da internacionalização do direito penal, o Ministério da Justiça do Brasil apresentou sua proposta legislativa para criminalização das condutas de lavagem de dinheiro, a qual foi aprovada e publicada como a Lei 9.613/98, a primeira lei a criminalizar a reciclagem de capitais.

Posteriormente, modificou-se o diploma em 2002 (Lei 10.467), que inseriu os crimes praticados por particular contra administração pública estrangeira como antecedentes de lavagem de dinheiro; em 2003 (Lei 10.701), que incluiu o financiamento do terrorismo como antecedente da lavagem de dinheiro; e, em 2012 (Lei 12.683), quando o rol taxativo de infrações antecedentes foi abolido e outras mudanças importantes foram incorporadas.

Ante as diversas alterações ocorridas, pode-se dizer que a atual lei de lavagem possui tripla natureza: (i) contém dispositivos relacionados ao controle administrativo dos setores sensíveis onde é mais frequente a prática de lavagem de dinheiro (aspecto administrativo), com a indicação das pessoas entidades privadas que devem colaborar com a fiscalização e identificação de práticas delitivas, das regras destinadas a elas, das sanções aplicáveis e dos órgãos públicos responsáveis pela organização da área de inteligência (organização e sistematização de dados e informações sobre atos e processos de lavagem de dinheiro); (ii) dispõe de normas que tratam dos crimes e das penas relacionadas ao crime em questão (aspecto penal material); bem como (iii) dispositivos com regras de processo penal, com referência a medidas cautelares, meio de prova e outros institutos correlatos à persecução pena (aspecto penal processual)³¹.

No que concerne ao objeto da presente pesquisa, será aprofundado o aspecto administrativo da lei, a qual sofreu relevantes reformulações a partir da Lei 12.683/12 que, convergindo com as normativas internacionais, estabeleceu regras de cooperação privada para prevenção e combate à lavagem de dinheiro.

Esses dispositivos de teor administrativo possui um claro intuito de prevenção a partir da regulação dos setores mais sensíveis na área econômica, os quais deverão atuar na identificação e comunicação dessas operações elencadas pela autoridade administrativa como suspeitas ou atípicas.

Assim, o art. 9º do referido diploma legal dispõe que, pessoas físicas ou jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, a compra e venda de moeda estrangeira, as bolsas de valores e bolsas de mercadorias ou futuros, as seguradoras, as corretoras de seguros, as entidades de previdência complementar ou de capitalização, dentre muitas outras, deverão cumprir com as obrigações previstas na lei e nos atos normativos pertinentes ao seu setor de atividades.

Para gerenciar essas informações, criou-se uma estrutura administrativa de inteligência financeira, a qual no Brasil recebeu o nome de Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

³¹ *Ibidem.* p. 39-40.

Nesse sentido, o art. 14 do referido diploma legal dispõe que:

Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

A necessidade de criação de uma estrutura antilavagem advém, principalmente, da Recomendação 26 do GAFI que, em seus termos, apontava que:

Os países deveriam criar uma Unidade de Informação Financeira (UIF) que sirva como centro nacional para receber (e, se permitido, requerer), analisar e transmitir declarações de operações suspeitas (DOS) e outras informações relativas a atos susceptíveis de constituírem branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo. A UIF deveria ter acesso, direto ou indireto e em tempo útil, às informações financeiras, administrativas e provenientes das autoridades de aplicação da lei (law enforcement authorities), para desempenhar cabalmente as suas funções, incluindo a análise das declarações de operações suspeitas.

A exposição de motivos da Lei 9.613/98, ao tratar da criação do COAF, assim justificou:

[...] o regime administrativo terá como ponto crucial a realização, pelos sujeitos obrigados, de registro e comunicações de operações que excedam determinado valor, além de comunicações eventuais e periódicas de operações suspeitas de consubstanciar a prática de 'lavagem' de dinheiro. Isso, indubitavelmente, implicará um número elevadíssimo de informações sobre operações financeiras e comerciais, realizadas nos mais diversos pontos do país e no exterior. Para que essas informações descontroladas e isoladas sejam transformadas em evidências da prática de crime de 'lavagem' de dinheiro, há a necessidade de que lhes seja dado um tratamento adequado, seja pelo cruzamento dessas informações, seja pelo trabalho de natureza estatística. Para tanto, será imprescindível uma estrutura administrativa especializada, familiarizada com os instrumentos do mercado financeiro e comercial do país e internacional, para que, de posse dessas informações possa extrair evidências e provas da prática dos crimes de 'lavagem' de dinheiro, sem falar que, muitas vezes, a celeridade das investigações será uma peça fundamental para o desbaratamento de uma empresa criminosa³².

Contudo, a legislação não se limitou à criação do COAF. O poder de regulamentação foi distribuído entre outras instituições nacionais, como por exemplo, ao Banco Central (BACEN) a regulamentação das operações no âmbito do sistema financeiro; à Comissão de Valores Imobiliários (CVM) no âmbito do mercado de valores; à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) no âmbito dos seguros, mantendo o COAF com uma espécie de atribuição residual e subsidiária para regular as atividades de entes que não possuem uma entidade reguladora específica.

³² BRASIL. Exposição de motivos 692, de 18 de dezembro de 1996.

Conforme expõe Ricardo Saadi, o COAF possui dois grupos de atribuições. O primeiro grupo de atribuição se dá mediante atuação reguladora, com competências normativas, bem como de aplicação de penas administrativas. Já o segundo grupo devera filtrar as informações recebidas e comunicar aos órgãos competentes, bem como coordenar e estimular mecanismos de cooperação e troca de informações no combate à lavagem de dinheiro³³.

O COAF assume, dessa forma, um duplo papel de importância na área de prevenção e combate à lavagem de dinheiro no ordenamento pátrio, de um lado como órgão regulador e, de outro, como unidade de inteligência financeira.

Ressalta-se que o COAF não possui poderes para, por iniciativa própria, determinar medidas de coerção ou de iniciar persecuções penais. O que há é apenas a coleta de informações, as quais poderão ser comunicadas aos demais órgãos competentes para a persecução penal ou investigação, como o Ministério Público e a autoridade policial.

Dessa forma, cabe à instituição apenas receber, armazenar e sistematizar informações, elaborar Relatórios de Inteligência Financeira e contribuir para o combate à lavagem de dinheiro por meio do planejamento estratégico, de ações de inteligência e de gestão de dados.

A atividade de repressão administrativa do COAF se limita a instaurar procedimentos administrativos e aplicar sanções às entidades e pessoas (art. 9, da Lei 9.613/98) que descumprirem as regras previstas nos arts. 10 e 11 do mesmo diploma legal. Ou seja, as atribuições repressivas do órgão de inteligência serão válidas somente aos setores sem órgão regulatório próprio.

Aquelas que contam com órgão de controle específico, como já informado, devem observar as regras estabelecidas pelo órgão regulatório correspondente (art. 11, § 1º) e perante este serão processados administrativamente.

É imperioso ressaltar que as informações protegidas por sigilo legal ou constitucional continuam resguardadas, seja pela hierarquia constitucional, seja pela especialidade das leis de proteção do sigilo, sendo necessária, ainda, autorização do Poder Judiciário para tal acesso.

Ante o exposto, infere-se que o combate à lavagem de dinheiro no Brasil, sob a perspectiva legislativa, teve seu marco a partir da publicação da Lei 9.613/98 que, além da

³³ SAADI, Ricardo Andrade. O combate à lavagem de dinheiro. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2007. p. 87-88.

criminalização da lavagem de dinheiro, criou uma estrutura voltada para a prevenção de lavagem de dinheiro no Brasil.

2.4 O BEM JURÍDICO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

Partindo-se do pressuposto de que a função do Direito Penal é tutelar bens jurídicos relevantes, conceito esse dotado de capacidade limitativa da atuação estatal³⁴, importa trazer, ao menos de forma panorâmica, os aspectos conceituais sobre o bem jurídico tutelado pela criminalização da lavagem de capitais.

Reitera-se que, conforme já mencionado no início deste capítulo, a própria concepção de que há bens jurídicos merecedores de tutela no campo econômico depende do próprio contexto econômico, político e social vigente na sociedade em determinado momento histórico. Logo, o bem jurídico só pode ser considerado como relevante se já o era assim considerado em uma fase pré-jurídica, isto é, antes de sua positivação³⁵.

Nesse sentido, a discussão do bem jurídico da lavagem de dinheiro é necessária para ter um parâmetro valorativo ao analisar a relevância do fato concreto, ou seja, se é ou não lesivo e merecedor de considerações do direito penal.

As considerações sobre a tutela jurídica do crime de lavagem de capitais são indispensáveis para que se interprete corretamente o tipo penal. Para os fins desta pesquisa, será necessária tal análise para melhor compreender o papel do advogado como ente auxiliar do Estado e seus potenciais desdobramentos positivos e negativos.

Conforme exposto por Bottini e Badaró³⁶, há três posicionamentos principais sobre o bem jurídico tutelado na lei de lavagem de dinheiro.

Assim, primeiro, os autores discorrem acerca do entendimento de que a objetividade jurídica da lei de lavagem é a mesma que protege o delito antecedente, posicionamento este que decorre das razões históricas das convenções internacionais.

Em segundo lugar, há a proteção da ordem econômica, em virtude do impacto financeiro do crime organizado na economia.

³⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op cit.* p. 1 e ss.

³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Revista dos Tribunais / Coimbra Ed. 2007, p. 114-120.

³⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Badaró, Gustavo. *Op cit.*, p. 75-93.

Por fim, como terceira hipótese a ser considerada, há a proteção da administração da justiça, haja vista que se trata de um processo para dificultar a punição da criminalidade antecedente.

Essa última hipótese é a adotada pelos autores, uma vez que o delito possui o intuito de evitar que o criminoso possa dissimular o capital ilícito a partir de operações financeiras aparentemente legítimas, gerando potenciais óbices ao prosseguimento dos aparatos estatais de persecução.

Como será melhor detalhado a seguir, esta pesquisa segue a linha dos autores acima citados e entende que o bem jurídico que a legislação visa proteger é a administração da justiça.

Inicialmente, destaca-se que o entendimento de que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro é o mesmo do crime antecedente é ultrapassado. Haja vista que todo o contexto da lavagem de dinheiro busca desvincular o crime antecedente da lavagem, esse posicionamento seria irreal diante das intenções legislativas.

Tanto isso é verdade que a própria lei brasileira destaca que bastam meros indícios da infração antecedente para o recebimento da denúncia (art. 2º, § 1º, da Lei 9.613/98), sendo possível a condenação por lavagem sem condenação do crime antecedente (art. 2º, II, da Lei 9.613/98).

Já no que tange à ordem econômica, vislumbra-se ser a posição adotada na doutrina nacional, desde a promulgação originária da lei de lavagem³⁷, seja em uma variação de proteção do sistema econômico financeiro ou da ordem econômica³⁸.

Todavia, apesar da corrente majoritária no cenário nacional se ater ao entendimento de que o bem jurídico protegido pelo tipo penal em questão será a proteção da ordem econômica, Bottini e Badaró entendem ser necessário reconhecer a irrelevância de atos de lavagem na ordem econômica quando em comparação com a regular atividade financeira ou de atos voltados ao mero exaurimento criminoso:

³⁷ Vide: CERVINI, Raúl; Gomes, Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. Lei de Lavagem de capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 321-323; LIMA, Vinícios de Melo. Lavagem de dinheiro e ações neutras. Curitiba: Juruá, 2014; PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. Lavagem de capitais e delitos omissivos: a responsabilidade penal pelo descumprimento dos deveres de compliance. Curitiba: Juruá. 2015; PRADO, Luís Regis. Direito penal econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014; BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal econômico. Volume 2. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 445-450; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Legislação penal especial. Volume 2. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 332-333; BALDAN, Édson Luís. Fundamentos do direito penal econômico. Curitiba: Juruá. 2012, p. 243-246; entre outros.

³⁸ CALLEGARI, André Luís. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas. 2017, p. 62.

Imagine-se um roubo a banco – agora antecedente possível de lavagem de dinheiro – em consequência do qual seu autor adquira dinheiro suficiente para comprar um barco. Caso ele o compre diretamente, em seu nome, não haverá lavagem, mas mero exaurimento do crime. Por outro lado, se o valor for depositado em conta de terceiro, que efetua a compra em nome de empresa laranja, existirá lavagem de dinheiro. Note-se que, se o barco foi comprado pelo preço de mercado, em condições idênticas à aquisição do mesmo bem com recursos lícitos, a ordem econômica não foi afetada em qualquer dos casos. Ainda assim, na segunda hipótese haverá lavagem de dinheiro. Isso porque no primeiro caso não houve ocultação, blindagem do bem contra possíveis rastreamentos, nem mascaramento. Já no segundo, houve um movimento de escamoteamento do dinheiro, o que dificultou sua identificação³⁹.

Dito isso, entende-se que a solução apta a justificar a criminalização da lavagem seria no intuito de proteger a administração da justiça, haja vista que os atos de lavagem, sejam simples ou complexos, não necessariamente colocam em risco o bem jurídico do crime antecedente ou a ordem econômica. Pode até ser uma consequência, mas não é a essência do tipo penal. Ao contrário, é da essência do tipo penal proteger a credibilidade e operacionalidade de todo o sistema de justiça.

Ainda que se reconheça a dificuldade em precisar todo o conteúdo da administração da justiça, nos parece plausível apontar que grande parte dos danos causados pela lavagem de dinheiro recai preponderantemente na utilização do capital sujo, como, por exemplo, financiar organizações criminosas, do que nos interesses econômicos da sua utilização.

Pelo exposto, firmamos o entendimento de que o bem jurídico em apreço é essencialmente a administração da justiça. Evidente, portanto, que a imposição de novos deveres de colaboração por instituições e particulares expõe a real preocupação estatal em encontrar meios para prevenir, investigar, processar e punir os autores do crime, sempre com o objetivo de tutelar os interesses da justiça.

2.5 A INCLUSÃO DO ADVOGADO NO SISTEMA ANTILAVAGEM DE DINHEIRO

Conforme observado, o atual contexto social e econômico impôs a imprescindibilidade de criar novos mecanismos de combate à criminalidade organizada, as quais, valendo-se de novas ferramentas facilitadoras da ocultação do produto dos delitos, expandiu-se e mesclou-se com as atividades econômicas propriamente ditas.

Nesse cenário, além do acentuado caráter transnacional, as estratégias dos diversos países no combate à lavagem de dinheiro têm como elemento comum o reconhecimento da

³⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Badaró, Gustavo. *Op Cit.*, p. 86.

incapacidade do Poder Público de, por si só, prevenir ou investigar com efetividade tal delito sem a colaboração dos entes que atuam nos setores mais sensíveis à prática do crime.

Por conta disso, gerou-se um movimento de criação de deveres dirigidos aos particulares, impondo-lhes a necessidade de notificar as autoridades acerca de movimentações atípicas e suspeitas perpetradas por parceiros comerciais, bem como a necessidade de desenvolver procedimentos de integridade e de armazenamento e registro de operações.

Nesse sentido, no cenário atual, as políticas de combate à lavagem de dinheiro são construídas na cooperação entre setor público e o setor privado. Assim, entes que operam em campos propícios à lavagem de dinheiro (bancos, corretoras de valores, de imóveis, contadores etc.), são agora caracterizados como “*gatekeepers*”, torres de vigia, pois atuam ou possuem acesso aos caminhos e trilhas pelos quais corre o capital oriundo da infração penal.

Nesta modalidade, almeja-se afastar, ou ao menos dificultar, o contato do agente criminoso com os profissionais que poderiam, em tese, facilitar a prática da reciclagem, dificultando o uso do sistema financeiro e comercial formal para dissimular produtos ilícitos, auxiliando na verificação de condutas consideradas suspeitas.

Todavia, ao adotar tal postura cooperativa, cria-se um problema para os casos em que os profissionais e as entidades obrigadas exercem atividades cujo sigilo sobre informações obtidas no contexto profissional não apenas é inerente ao exercício da função, mas também é exigido e imposto por lei, como no caso dos advogados.

Em relação aos profissionais da área jurídica, dentre os motivos para um maior controle de suas atividades, estaria a possibilidade de agentes criminosos utilizarem vias diversas de acesso à economia formal. Principalmente em setores que não passam pelo controle de entrada exercido pelas instituições financeiras sobre o depósito de dinheiro em espécie, que devido à sua própria natureza, disparam mecanismos de alarme dos demais operadores intervenientes nas transações⁴⁰.

Assim, os principais fatores que motivam a inclusão da advocacia no rol de profissionais sensíveis seriam pela participação de advogados em operações financeiras e o acesso desses profissionais a conhecimentos jurídicos específicos para processos de ocultação,

⁴⁰ FARALDO CABANA, Patricia. Los profesionales del derecho ante el blanqueo de bienes, prevención del blanqueo y secreto profesional: el ejercicio de la profesión como conducta típica de blanqueo. Revista Aranzadi de derecho y proceso penal, n. 16, 2006, p. 20, *apud* NETTO, Romani Aldo, 2018, p. 32.

dissimulação e reintegração de capitais, de modo a tornar a lavagem mais sofisticados e de difícil detecção⁴¹.

A alteração promovida pela Lei 12.683/12 incluiu um amplo rol de atividades profissionais que têm o dever de comunicação ao COAF quando do conhecimento, no desempenho de suas atividades, de indícios da prática de atos que possam configurar lavagem de dinheiro.

Os profissionais que exercem as atividades nos denominados setores sensíveis à lavagem de dinheiro estão positivados nos incisos do art. 9º, destacando-se, para o que aqui interessa, a regra do disposto no inciso XIV:

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

XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;

Sem sombra de dúvidas o dispositivo mais controverso da alteração legislativa é o inciso XIV. Apesar de não constar, de forma expressa, a figura do advogado, seria cabível, visualizá-la, ao menos em tese, como um sujeito inserido pelo legislador como *gatekeeper*.

Até porque, é inegável que a função principal do advogado é de assessorar, fornecer consultoria, aconselhamento ou assistência ao cliente e, considerando que o dispositivo abarca tal possibilidade, seria viável interpretar que o advogado esteja colocado como “sujeito obrigado”⁴².

Em síntese, essas novas regras determinam a adoção de políticas, procedimentos e controles internos, devendo-se manter um cadastro atualizado no respectivo órgão regulador ou no COAF, bem como indicar operações suspeitas de lavagem de capitais.

Importa ressaltar que diversas passagens do novo texto legislativo afirmam ser de competência do órgão regulador da classe profissional a emissão de normas específicas de

⁴¹ ESTELLITA, Heloísa. (coord.). Exercício da advocacia e lavagem de capitais. São Paulo: Editora FGV, 2016, p. 12.

⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. Cit.*, p. 134.

registro, manutenção de informações e comunicação de operações suspeitas de lavagem de capitais (art. 10, incisos I, II, III e IV; e art. 11, incisos I e III).

Tais previsões indicam, assim, que as disposições administrativas da Lei 9.613/98 possuem eficácia limitada, ou seja, só produzem efeitos após a emissão de outra norma, regulamentadora da primeira⁴³.

Todavia, a análise da viabilidade da imposição de deveres de registro e comunicação de operações suspeitas aos advogados envolve, invariavelmente, a análise da extensão do sigilo profissional. Para tanto, será analisado, de forma detalhada, o suposto conflito entre sigilo profissional e o dever de prestar informação.

2.6 ATIVIDADES TÍPICAS DA ADVOCACIA BRASILEIRA

Inicialmente, é necessário esclarecer e definir as atividades típicas da advocacia conforme dispõe a legislação pátria, haja vista que tal distinção irá impactar os limites e alcances do sigilo profissional de cada atividade.

As atividades privativas da advocacia estão previstas no artigo 1º, incisos I e II, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB) como aquelas de postulação a órgão do Poder Judiciário, bem como as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

A questão referente a postulação em juízo sobre determinado assunto não gera maiores discussões:

Esta é a função tradicional, historicamente cometida à advocacia. O advogado tem o monopólio da assistência e da representação das partes em juízo. Ninguém, ordinariamente, pode postular em juízo sem a assistência de advogado, a quem compete o exercício do jus postulandi. São nulos de pleno direito os atos processuais que, privativos de advogado, venham a ser praticados por quem não dispõe de capacidade postulatória⁴⁴.

Entretanto, conforme disposto no início desta pesquisa, a evolução e o desenvolvimento das relações sociais, geram, invariavelmente, o aumento da complexidade das relações negociais e profissionais. Assim, as atividades de consultoria e assessoria jurídicas tendem a gerar dúvidas sobre quando se está diante de uma atividade exclusiva da advocacia e

⁴³ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 81-83.

⁴⁴ LÔBO, Paulo. Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21

quando se está diante de uma atividade que pode ser desenvolvida por qualquer outro profissional.

Antes de analisar este ponto, é necessário delimitar o que se entende por consultoria e assessoria jurídica.

Para De Plácido e Silva, o significado de consultoria remete a pessoa que “possui os significados de conselho, parecer, plano, projeto”. E tanto serve para designar o conselho ou parecer, que se pede, como o conselho ou parecer, que se dá”⁴⁵.

Por conseguinte, o parecer será constituído pela “opinião de um jurisconsulto a respeito de uma questão jurídica, a qual, fundada em razões de ordem doutrinária e legal, conclui por uma solução, que deve, a seu pensamento, ser aplicada ao caso em espécie”, ou seja, “o parecer jurídico é provocado por uma consulta, em que se acentuam os pontos controversos da questão, a serem esclarecidos pelo consultado”⁴⁶.

No que se refere à prática de assessoria, Silva afirma que “expressa a função ou o conjunto de pessoas que auxiliam os órgãos ou as pessoas na resolução das questões jurídicas”. Segundo o autor, “cabe às procuraturas estatais exercer a assessoria jurídica às pessoas políticas”, e que “a assessoria jurídica é atividade privativa dos advogados ou dos procuradores estatais”⁴⁷.

Desse entendimento, pode-se concluir que as hipóteses de prestação consultoria e assessoria jurídicas representam a chamada “advocacia extrajudicial”, que não se relacionam, necessariamente, com o exercício de defesa e da postulação perante órgãos judiciários.

Em suma, constituem-se como atividades típicas da advocacia no Brasil a postulação aos órgãos do Poder Judiciário, bem como as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. A partir dessa distinção, alguns autores irão distinguir a extensão do sigilo profissional resguardada a cada atividade, como será demonstrado a seguir.

2.7 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONFLITO ENTRE O SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO E OS DEVERES DE INFORMAÇÕES IMPOSTOS PELA LEI 12.683/12

A Constituição Federal consigna entre seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e promovendo o

⁴⁵ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, 29.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p 362

⁴⁶ *Ibidem*. p. 1004.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 149.

bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de outras formas de discriminação⁴⁸. À vista disso, o Estado brasileiro objetiva, acima de tudo, a defesa da dignidade da pessoa humana de forma integral.

Reflexo dessa proteção da dignidade da pessoa humana é a previsão constitucional do princípio da proteção judiciária, disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. O texto constitucional dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, sendo necessária a garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com seus meios e recursos inerentes.

Consequentemente, a proteção e a efetivação dessas garantias só serão alcançadas se estiver presente a figura do advogado, que irá submeter ao Poder Judiciário uma apreciação de lesão ou ameaça a direito, garantindo à sociedade o princípio do amplo acesso à justiça dispostos na constituição.

Tal disposição está positivada na própria Constituição Federal, em seu artigo 133, o qual insere o advogado na condição de indispensabilidade à administração da justiça. O mesmo entendimento pode ser averiguado do artigo 2º, da Lei n 8.906/94.

Dessa forma, a advocacia foi elevada constitucionalmente como fundamental, não apenas para questões eminentemente jurídicas, como também para questões sociais do Estado, principalmente no que se refere aos fundamentos do Estado Democrático de Direitos e os objetivos da República Federativa Brasileira.

No entender de José Afonso da Silva, esse fator confere à classe da advocacia a prerrogativa de ser “a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário”⁴⁹. Da mesma forma, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao traçar um paralelo entre a advocacia e a cidadania, pontua que “não há democracia sem cidadania e, por outro lado, não existe cidadania sem advocacia”⁵⁰.

À vista disso, a inviolabilidade das comunicações entre advogado e cidadão não pode ser considerada mero privilégio de uma determinada casta profissional⁵¹. Ao contrário, tal proteção protege e resguarda o mandamento constitucional de essencialidade à Administração

⁴⁸ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107.

⁴⁹ *Idem*. Comentário contextual à Constituição, 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 612

⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Cidadania e Advocacia no Estado Democrático de Direito. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, 50, 1997, p. 111-125.

⁵¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz e ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo código de ética. Revista do Advogado, v. 36, n. 129, p. 135, 2016.

da Justiça. Sem esta inviolabilidade não poderá haver confiança e, conseqüentemente, plenitude do direito de defesa.

Por conta disso, mitigar, de forma injustificada, os princípios que garantem a atuação profissional do advogado significa, na verdade, prejudicar o funcionamento da administração da justiça e a própria dignidade da pessoa humana. Daí é que surgem as prerrogativas profissionais, dentre as quais se destaca, a garantia do sigilo da informação trocada entre cliente e advogado.

No Brasil, uma parte da doutrina fundamenta a não aplicação dos deveres de comunicação de operações suspeitas pelos advogados com base no artigo 133 da Constituição Federal:

Na mesma medida em que a guarda do sigilo profissional é um dever do advogado, é também um direito seu, porquanto não só a Constituição de 1988, em seu artigo 133, lhe garante a inviolabilidade, mas também a Lei n. 8.906/94 lhe dá outros meios de guardar as confidências que lhe são feitas por seus clientes [...] Não se pode, porém, confundir as hipóteses de exceção à regra da inviolabilidade profissional do advogado com iniciativas que visem a colocar o regular e lícito exercício da advocacia num foco especial de vigilância tão só em razão da própria natureza da atividade e das relações que desenvolve. [...] Afora o evidente atentado ao Estado Democrático de Direito, fundado, dentre outros pilares, sobre a garantia da amplitude do direito de defesa, uma regra desse jaez [...] provocaria a esdrúxula situação na qual o advogado deveria alertar o cliente, já na primeira reunião marcada para tomar conhecimento do caso, que ele, cliente, teria o direito de permanecer em silêncio, sob pena de correr o risco de ser delatado. Será preciso comentar mais?⁵².

No mesmo sentido:

[...] 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 exercida, 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 Constitucional⁵³.

Por conta disso, o advogado, ao fazer jus a tais prerrogativas, como o da confidencialidade das informações transmitidas por seus clientes, não poderia ter seu dever-direito de sigilo violado sob nenhum pretexto, o qual ensejaria, invariavelmente, o desvirtuamento de sua função constitucional de administrador da justiça.

⁵² MASSUD, Leonardo; SARCEDO, Leandro. O exercício da advocacia e a lavagem de capitais: panorama brasileiro. In: OLIVEIRA, William Terra de (Org.) et al. Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann, v. 1, 1.ed. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 287.

⁵³ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104.

Todavia, esta pesquisa entende que tais argumentos não configuram, por si só, fundamento hábeis a afastar, de plano, a incidência da lei de lavagem de capitais aos profissionais jurídicos.

Assim, à primeira vista, poder-se-ia indicar que, ao menos de forma preliminar, o tema é suscetível de discussão doutrinária pelo fato de inexistir, *a priori*, inconstitucionalidade na imposição de deveres de cooperação proporcionais aos advogados, desde que as medidas eventualmente aplicadas sejam proporcionais e dotadas de razoabilidade.

Nesse sentido, entende-se não ser suficiente fundamentar a inconstitucionalidade dos deveres de comunicação pelos advogados somente com base na previsão do artigo 133, da Constituição da República.

Partindo da premissa de que é possível a imposição legal de deveres de cooperação aos advogados na prevenção a delitos de lavagem de capitais, cabe nos questionar se todo e qualquer advogado se submeterá ao regime imposto pelo artigo 9º, inciso XIV, da Lei 9.613/98, haja vista que há divisão de funções e tarefas na classe de advogados de acordo com o serviço prestado, conforme já demonstrado.

Ao tratar do tema, Badaró e Bottini indicam a existência de “advogados de representação contenciosas”, responsáveis por atuação “em contencioso judicial ou extrajudicial, ou que prestam consultoria ou proferem pareceres como instrumentos para litígios judiciais ou extrajudiciais ou para determinação da situação jurídica do cliente”⁵⁴.

Estes advogados podem ser definidos como aqueles que, pelas informações obtidas com seus clientes, possuem o resguardo do sigilo profissional, seja a partir de representação em processo judicial ou extrajudicial, elaboração de parecer ou assessoramento.

Concomitantemente, Badaró e Bottini irão diferenciar os “advogados de representação contenciosa” dos “advogados de operações”, caracterizando estes como aqueles que colaboram materialmente para consolidar operações financeiras, comerciais, tributárias ou similares, sem que essa atividade esteja, necessariamente, atrelada a um litígio ou processo.

A partir de uma distinção semelhante, Aldo Romani Netto irá defender que somente será possível a imposição do dever de comunicação aos “advogados de operação”:

Apenas se sujeitarão aos deveres de comunicação, assim, os advogados que atuarem na intermediação ou gestão de interesses alheios em operações financeiras, societárias e imobiliárias, permanecendo ileso o segredo profissional nas circunstâncias que o

⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. Cit.*, p. 135.

legitimam: quando presente o direito de defesa do cliente - representação em processos judiciais e administrativos, mediações e arbitragens, ou quando houver aconselhamento sobre qualquer das formas de solução de litígios atuais ou futuros⁵⁵.

A posição do autor acima referenciado parece a mais acertada. Assim, entende-se que as medidas descritas pela Lei 9.613/98, no modelo atual, devem se destinar, de forma exclusiva, àqueles advogados que realizam intermediação ou gestão de interesses alheios em operações financeiras, societárias e imobiliárias.

Assim, entende-se possível a mitigação do sigilo profissional aos “advogados de operações” nesse cenário, de forma a viabilizar uma eventual persecução penal como explica Kawakami:

Entretanto, aos serviços jurídicos em que o advogado agiria como um "gestor de bens" ou "administrador de negócios", tal exigência seria legítima, pois como sabemos, o segredo profissional não é absoluto e deve ser flexibilizado diante de um interesse maior⁵⁶.

Por fim, cabe destacar que o atual posicionamento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil é diverso do entendimento desta pesquisa.

Em 2012, foi instaurado o Procedimento Administrativo nº 49.0000.2012.006678-6/CNECO-OAB para debater sobre a possível inconstitucionalidade da Lei Federal 12.683/2012⁵⁷.

Em decisão unânime proferida, em 20 de agosto de 2012, indicou-se que o combate à lavagem de capitais não pode ser realizado ao arrepio das normas em vigor e das garantias previstas na Constituição da República. Por conta disso, a norma analisada deve ser interpretada de forma sistêmica, prestigiando o conjunto normativo brasileiro.

Nesse sentido, haja vista o tratamento diferenciado dado aos advogados pelo constituinte e pelo legislador, não seria possível que uma lei, ao tratar de serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência de qualquer natureza de forma genérica, pudesse alterar a lei especial, criando obrigações não previstas no Estatuto da Advocacia.

⁵⁵ NETTO, Aldo Romani. Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas, São Paulo: 2018, p. 131.

⁵⁶ KAWAKAMI, Cynthia Yuri. Lavagem de Dinheiro e Advocacia: dos Deveres Jurídicos dos Advogados à Cumplicidade Mediante Ações Neutras. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra. 2015. p. 54.

⁵⁷ BRASIL. Consulta nº 49.0000.2012.006678-6/OEP. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Relatora: Daniela Rodrigues Teixeira. Julgado em: 20.08.2012.

A conclusão a que chega a OAB, portanto, é a de que qualquer interpretação que inclua os serviços de advocacia entre os destinatários da Lei 12.683/12 será inconstitucional. De forma que, considerando que há sigilo profissional na relação cliente-advogado e, na leitura feita, não há expressa indicação do advogado, o dito silêncio eloquente⁵⁸, não se aplicam os dispositivos aos advogados, independentemente do serviço jurídico prestado pelo advogado.

Na análise do inciso XIV, do art. 9º, da Lei 9.613/98, observa-se que o dispositivo poderia, ao menos, em tese, impor deveres informações à advocacia. Tal questão é, inclusive, referendada doutrinariamente, desde que tais imposições se restrinjam aos “advogados de operações”. Porém, conforme ressaltado acima, o Conselho Federal da OAB não coaduna com o entendimento doutrinário.

Diante disso, entende-se que a posição tomada pelo Conselho Federal da OAB não significa a impossibilidade de que o Estado brasileiro entenda necessária a imposição de obrigações aos “advogados de operações”, desde que sejam tomadas medidas proporcionais e razoáveis, de modo a não prejudicar o exercício profissional do advogado.

2.8 CONCLUSÕES PARCIAIS

A partir da compreensão de que o Direito não pode ser desvincilhado do seu contexto, ou seja, da realidade em que se está inserido em determinado momento histórico-social, verificou-se que há uma influência no sentido de expansão do ordenamento penal, o qual vai ao encontro do conceito de sociedade do risco.

Tal cenário se manifesta, majoritariamente, em três aspectos: proliferação desenfreada de novos bens jurídicos a serem protegidos, a aproximação das barreiras entre comportamentos potencialmente puníveis e impuníveis e, por fim, a redução das exigências de reprovabilidade, mudando-se o paradigma de defesa contra condutas lesivas para a responsabilização de ações de mero perigo abstrato ao bem jurídico protegido pela norma.

Desse modo, o direito penal é evocado a solucionar exigências de globalização e de integração supranacional, em razão do leque de novos perigos existentes na sociedade de risco, influenciando o desenvolvimento dos estudos referentes ao direito penal econômico.

⁵⁸ “O “silêncio eloquente” da lei não deve ser confundido com possíveis lacunas. E exemplifica: se um dispositivo legal enumera, taxativamente, causas determinantes de uma incapacidade, está, silenciosa, mas eloquentemente, afirmando que ninguém pode ser considerado incapaz com base em outras causas não discriminadas naquela norma. Trata-se de hipótese que sequer poderia haver interpretação extensiva, eis que não houve omissão do legislador, mas sim silêncio eloquente.” (*Ibidem*, p. 18).

Na tentativa de delimitar o que se entende por direito penal econômico, esta pesquisa se filiou à corrente de refutação da autonomia do direito penal econômico em relação ao direito penal, o qual necessita deferência às mesmas regras que orientam a matéria penal no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, estudar a intervenção penal sobre a economia nada mais é do que tratar de limites, legitimidade e eficácia da tutela penal sem, contudo, afetar os parâmetros constitucionais que regem a atuação do direito penal.

Inserido nos estudos penais econômicos, estão os atos de lavagem de capitais, os quais ultrapassam a individualidade da ofensa ao bem jurídico e as fronteiras dos países, ocasionando o surgimento de inúmeros acordos internacionais.

Dentro desse contexto, ao tratar da tentativa internacional de aprimorar a política criminal de combate a este delito, abordou-se as três principais convenções internacionais ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao ordenamento pátrio, quais sejam: a Convenção de Viena, a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida.

Apesar dos diversos ordenamentos internacionais que tratam sobre o tema, importa indicar que tal movimentação internacional não gerou, de forma automática, a incorporação dessas diretrizes ao ordenamento nacional. Pois, invariavelmente, ocorre um filtro crítico e constitucional para considerar as realidades político-sociais do Brasil no momento de produção normativa referente ao combate da criminalidade de lavagem.

Ao analisar a atual lei de lavagem de capitais vigente no país, identificou-se a tripla natureza da referida legislação: (i) contém dispositivos relacionados ao controle administrativo dos setores sensíveis, bem como um sistema de organização e sistematização de dados e informações sobre atos e processos de lavagem de dinheiro (aspecto administrativo); (ii) dispõe de normas que tratam dos crimes e das penas relacionadas ao crime em questão (aspecto penal material); e (iii) dispositivos com regras de processo penal (aspecto penal processual).

No que concerne ao objeto da presente pesquisa, aprofundou-se no aspecto administrativo da lei, principalmente no que se refere às regras de cooperação privada para prevenção e combate à lavagem de dinheiro.

Tais disposições administrativas possuem um enfoque de prevenção, sobretudo buscando regular a utilização de setores da atividade econômica potencialmente lesivas a partir da imposição de obrigações administrativas aos setores potencialmente lesivos selecionados

pelo legislador, que atuarão na identificação e comunicação dessas operações elencadas pela autoridade administrativa como suspeitas ou atípicas.

Para gerenciar essa estrutura de informações, criou-se o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), o qual possui uma dupla função na prevenção e combate à lavagem de dinheiro, agindo tanto como órgão regulador quanto unidade de inteligência financeira.

Prosseguindo, partindo-se do pressuposto de que a função do Direito Penal é tutelar bens jurídicos relevantes, conceito esse dotado de capacidade limitativa da atuação estatal, adotou-se a corrente a qual afirma que o bem jurídico protegido pela legislação é, inegavelmente, a administração da justiça.

A partir disso, pode-se concluir que a imposição de novos deveres de colaboração por instituições e particulares expõe a real preocupação estatal, convergindo com os ditames internacionais, em encontrar meios para prevenir, investigar, processar e punir os autores do crime, sempre com o objetivo de tutelar os interesses da justiça.

Para a prevenção de tais delitos, as políticas de combate à lavagem de dinheiro passaram a ser construídas por meio da cooperação entre setor público e o setor privado. Assim, entes que operam em campos propícios à lavagem de dinheiro, são agora caracterizados como *gatekeepers*, pois atuam ou possuem acesso aos meios pelos quais percorre o capital oriundo da infração penal.

Entretanto, a cooperação, apesar de positiva, gera um problema de difícil resolução para os profissionais e entidades cujo sigilo sobre informações obtidas no contexto profissional não apenas é inerente ao exercício da função, mas também é exigido e imposto por lei, como no caso dos advogados.

Nesse sentido, a inviolabilidade das comunicações entre advogado e cidadão não pode ser considerada mero privilégio, a qual pode ser afastada a qualquer momento. Portanto, mitigar, de forma injustificada e desarrazoada, os princípios que garantem a atuação profissional do advogado significa prejudicar o funcionamento da própria administração da justiça.

Embora não esteja expressamente prevista a figura do advogado na legislação de lavagem, concluiu-se ser possível interpretar o advogado como um sujeito colocado pelo legislador como *gatekeeper* na prevenção aos crimes de lavagem.

Da mesma forma, entende-se equivocado fundamentar a inconstitucionalidade dos deveres de comunicação pelos advogados somente com base na previsão do artigo 133, da Constituição da República.

Assim, parte-se da premissa de que é possível a imposição legal de deveres de cooperação aos advogados na prevenção a delitos de lavagem de capitais. Contudo, é necessário delimitar se todo e qualquer advogado se submete ao regime imposto pelo artigo 9º, inciso XIV, da Lei 9.613/98.

A partir da análise do inciso XIV, do art. 9º, da Lei 9.613/98, observou-se que o dispositivo poderia, ao menos em tese, impor deveres de informações à advocacia. Tal questão é, inclusive, referendada pela doutrina, desde que tais imposições se restrinjam aos “advogados de operações”. No entanto, o Conselho Federal da OAB não coaduna com o entendimento doutrinário, afastando toda e qualquer possibilidade de restrição ao sigilo profissional independentemente do serviço jurídico prestado.

Todavia, a posição tomada pelo Conselho Federal da OAB não significa, necessariamente, a impossibilidade de que o Estado brasileiro entenda necessária a imposição de obrigações aos “advogados de operações”, desde que sejam tomadas medidas proporcionais e razoáveis, de modo a não prejudicar o exercício profissional do advogado.

Portanto, concluiu-se ser, *prima facie*, constitucionalmente viável impor o dever de reportar operações suspeitas de lavagem de capitais aos advogados de operações que atuem em operações extrajurídicas estritas, sem que haja qualquer ofensa ao sigilo profissional ou ao artigo 133, da Constituição Federal.

3 PRESSUPOSTOS DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO POR OMISSÃO NO DELITO DE LAVAGEM

Não será necessário tecer maiores considerações acerca da importância do advogado dentro de uma Democracia, sendo inegável a sua importância para o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito do Brasil, conforme disposto no artigo 133, da Constituição Federal.

Apesar de haver interpretações de que o artigo 9º, inciso XIV, da Lei nº 9.613/98 viola as prerrogativas da advocacia e que não devem ser aplicadas a tais profissionais, conforme posicionamento do Conselho Federal Ordem dos Advogados do Brasil, adotou-se nesta pesquisa uma posição distinta.

Para tanto, foi exposto que o referido dispositivo não viola, de plano, as prerrogativas dos advogados. Todavia, apesar de ser possível a sua imposição aos advogados, sua aplicação deve se dar de forma restritiva.

Tal interpretação restritiva impede a imposição de um dever de comunicação ao advogado contencioso, gerando óbices quanto a possibilidade de atribuir a responsabilidade penal ao advogado, tendo em vista que a manutenção do sigilo no cenário delineado deve ser entendida como uma ação neutra, conforme será melhor exposto no subtópico 3.1.

Entretanto, quanto aos advogados que não atuam na defesa estrita dos interesses do seu cliente, a questão enseja maiores debates.

Nesse sentido, discute-se, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, as possibilidades e os limites na atribuição de responsabilidade penal do advogado de operações que não atende aos deveres de comunicação legalmente impostos.

Um estudo mais atento a esta questão é imprescindível, tendo em vista que há eventuais riscos de imputação de lavagem de dinheiro ao advogado de operações pela via da omissão imprópria, criando consequências alarmantes frente aos riscos inerentes à criminalização de sua atividade.

3.1 AÇÕES NEUTRAS: BREVES APONTAMENTOS

Apesar de não haver uma pacificação sobre as regras que devem nortear a análise das condutas neutras⁵⁹, para efeitos desta pesquisa, entende-se por ações neutras aquelas condutas que estão inseridas em atividades normais de todos e quaisquer cidadãos, as quais, em tese, não possuem qualquer relevância penal ou indício de ilicitude⁶⁰.

Ocorre que tais ações “envolvem comportamentos de terceiros lesivos aos bens jurídicos pela facilitação ou favorecimento à atuação delitiva alheia”⁶¹. Ou seja, no desenvolvimento causal do delito, haverá a contribuição de terceiro com sua conduta na prática de crime almejado por terceiro.

Dessa forma, as condutas neutras serão aquelas contribuições a um fato ilícito alheio que, apesar de normais, favorecem o autor do delito. Veja, para tanto, a explicação de Greco:

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 urna ação neutra. E propomos também uma regra de decisão para casos de dúvida: os casos de dúvida também podem ser tidos como casos de ações neutras. Poderíamos, assim, reformular a definição dada de forma a compreender tanto a regra geral quanto a regra para o tratamento de casos duvidosos numa única formulação: ações neutras seriam todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis⁶².

A construção teórica origina-se de Welzel que, ao desenvolver a adequação social, entende serem atípicas as condutas que são realizadas dentro do marco da ordem social, histórico da vida, apesar de vinculadas a uma norma penal⁶³.

A importância dos estudos referentes às ações neutras está justamente em examinar se a manutenção do segredo existente entre cliente e advogado, em detrimento da obrigação legal de comunicação, está inserida na atividade comum e essencial à profissão.

Ora, sabe-se que a relação cliente-advogado está alicerçada no segredo profissional, a qual está intrinsecamente relacionada ao padrão comum da atividade, inclusive por meio da

⁵⁹ LOBATO, José Danilo Tavares. Ações neutras e teoria do abuso de direito - Um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2014, nov./dez., v. 22, n. 111, p. 114.

⁶⁰ SCHORSCHER, Vivian Cristina. *Op cit.*, p. 126.

⁶¹ FRISCH, Wolfgang apud RIOS, Rodrigo Sanchez. Advocacia e lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 152

⁶² GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar. 2004, p. 110.

⁶³ CORDERO, Isidoro Blanco. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid, v. 50, dez. 1997, p. 281 *apud* SOARES, 2021, p. 110.

prerrogativa profissional que lhe é conferida. Não há como exercer a advocacia sem que se tenha garantia do sigilo profissional.

Por conta disso, caso o advogado, por meio de suas atividades típicas, atue nos limites da sua profissão e, opte por manter o sigilo profissional que lhe é assegurado por lei, entende-se não ser possível imputá-lo pela prática de lavagem de dinheiro, haja vista que sua conduta está acobertada pelas próprias regras da advocacia e pelos padrões da profissão.

Ao tratar da teoria das ações neutras, Rafael Soares Júnior realiza o exame dos fatos à luz do aspecto objetivo da conduta, ignorando a análise da esfera subjetiva existente na ação do agente, isto é, se o advogado detinha o liame subjetivo com o resultado pretendido pelo terceiro⁶⁴. Para o autor, tal perspectiva possibilita, com maior segurança, aferir a existência de delito pelo advogado, visto que não se faz necessário indicar o ânimo do agente, mas apenas visualizar a dinâmica fática ocorrida⁶⁵.

Por conseguinte, é indicado que a questão poderia ser resolvida, no âmbito do tipo objetivo, sob três aspectos desenvolvidos pela doutrina: i) interpretação do tipo penal; ii) direito de defesa; e iii) ações neutras⁶⁶.

O primeiro aspecto consiste na inviabilidade de se imputar o resultado ao advogado na forma omissiva imprópria por ausência do dever de garantia para atribuição do resultado. Em suma, ausente o dispositivo legal específico, restringe-se o campo de atuação do tipo objetivo. Esta questão será melhor analisada nos próximos subtópicos dessa pesquisa.

Quanto ao direito de defesa, deverá ser cotejado e o dispositivo da Lei 9.613/98 e o art. 133, da Constituição Federal, em conjunto com os demais princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório, de modo que sua vulneração afetaria não só o cliente como indivíduo, mas o ordenamento jurídico em sua integralidade.

Para tanto, considerando as ressalvas expostas no subtópico 2.7 quanto ao cotejo da Lei 9.613/98 com o art. 133 da Constituição Federal e levando em consideração a teoria das ações neutras, entende-se que terá o defensor atuado nos estreitos limites do que está previsto para sua atividade profissional, mantendo-se o sigilo em razão da importância que sua atividade detém frente às informações obtidas com os clientes.

⁶⁴ SOARES, Rafael Junior. *Op Cit.*, p. 112.

⁶⁵ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, setembro-outubro, 2014, p. 152

⁶⁶ *Ibidem*, p. 161-162.

Como afirma Hermán Blanco, a diferenciação entre as condutas neutras e as que não são deve ser tomada levando em consideração as margens de risco permitido, de modo que só estarão incluídas no âmbito de punição aquelas condutas que excederem as margens e excluídas aquelas que não⁶⁷.

Em suma, o sigilo profissional está inserido no âmbito do risco permitido da advocacia, não sendo razoável atribuir ao advogado responsabilidade penal pelo delito de lavagem de dinheiro por mera ausência na prestação de informação, haja vista sua conduta é neutra na cadeia causal de eventual delito praticado por terceiro, ainda que, de certa forma, tenha sido colaboradora.

3.2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE

Como já exposto anteriormente, esta pesquisa se preocupa com a expansão do direito penal econômico, o qual alcança, inclusive, os advogados. Para tanto, entende-se necessário um equilíbrio entre a tutela dessa atividade essencial à administração da justiça e a proteção suficiente de bens jurídicos penalmente relevantes.

Tendo isso em vista, é fundamental um aprofundamento na hipótese de eventual responsabilização do advogado de operações pela via da omissão, especificamente no que se refere o disposto no § 2º do art. 13 do Código Penal.

O Direito brasileiro foi concebido sob a égide de um Estado Democrático de Direito, o qual pugna pelo respeito aos princípios e às garantias reconhecidos na constituição, ou seja, o *jus puniendi* estatal deve ser submetido e limitado à legislação editada, respeitando os princípios e as regras sociais positivadas⁶⁸.

A partir disso, a relação entre sanção penal e responsabilidade somente será configurada quando houver a infração da norma penal a partir de uma conduta culpável de determinado agente. Portanto, entende-se que “a categoria da responsabilidade visa solucionar o problema dos pressupostos com base nos quais o agente poderá ser responsabilizado

⁶⁷ BLANCO, Hérmán. El nuevo art. 303.1 del código penal y la represión de condutas neutrales. Revista de derecho penal y procesal penal. Buenos Aires, nº. 12, dez. 12, p. 2057 *apud* SOARES, 2021, p. 114.

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.

penalmente pelo injusto que praticou”⁶⁹. Ou seja, o direito penal se preocupa em sancionar condutas puníveis⁷⁰.

O direito penal brasileiro, por meio do princípio da culpabilidade, veda a responsabilização objetiva no âmbito criminal, ou seja, “nenhuma pessoa pode ser responsabilizada por fato de terceiro ou objetivamente, devendo ser sempre apurado se o autor agiu com dolo ou culpa ao menos”⁷¹.

À vista disso, o artigo 13 do Código Penal dispõe que:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente

§1º- A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Relevância da omissão

§2º- A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Observa-se que a relação da responsabilidade criminal se dá, inicialmente, com a imputação do sujeito em relação ao fato criminoso, que pode ser averiguada pelas condutas comissivas ou omissivas. Em suma, o elemento basilar de todo fato criminoso é consubstanciado na forma da conduta humana⁷².

Tratando do tema, Claus Roxin utilizará o conceito de ação, a qual abrange tanto os crimes dolosos como os culposos, além dos delitos de omissão, porquanto deve ser considerado como um elemento comum para conduzir todas as manifestações especiais de conduta punível⁷³.

Nesse sentido, define-se o conceito de ação como “comportamento humano voluntário conscientemente dirigido a um fim”, enquanto a omissão é classificada como a “não realização

⁶⁹ ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 85.

⁷⁰ PASCHOAL, Janaína Conceição. Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2011, p. 21-24.

⁷¹ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 61.

⁷² MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal. Volume 2. 1ª edição atualizada. Campinas: Bookseller. 1997, p. 64-83

⁷³ ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Civitas, 1997, p. 233-234

de uma ação finalista que o autor podia realizar na situação concreta”⁷⁴. Ambos os conceitos se diferenciam na medida que “enquanto o fazer é um acontecimento perceptível no mundo da realidade física, o não fazer não tem existência material detectável”⁷⁵.

Ou seja, o conceito de ação pode ser considerado como o verdadeiro elemento básico do direito penal, o qual deverá, na sequência, ser objeto de valoração com os atributos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade⁷⁶.

Os crimes omissivos se desdobram em duas classificações possíveis, quais sejam: omissão própria e a omissão imprópria⁷⁷.

O crime omissivo próprio pode ser descrito da seguinte forma:

(...) se o legislador determinou a intervenção pessoal do agente, obrigando-o à realização de ação destinada à salvaguarda de bem jurídico, e se o agente desconsiderou o comando legal, omitindo tal ação, é óbvio que sua conduta se ajusta, de modo direto e imediato, à situação tipificada⁷⁸

Quanto à análise da omissão própria, entende-se não haver relevância para esta monografia, tendo em vista que, ao tratar do crime de lavagem de dinheiro, a Lei 9.613/98 não fixou tipo penal específico para eventual criminalização do mero desrespeito à legislação, havendo apenas tipos penais nas formas comissivas, inexistindo formas omissivas (própria) da prática do crime.

Já o crime omissivo impróprio é conceituado da seguinte forma pela doutrina:

Praticar um crime omissivo impróprio significa que este alguém responde por um resultado proibido pela lei penal, normalmente cometido por meio de ação, haja vista o fato de não o ter evitado, quando tinha o dever de agir para evitar o resultado, podia agir para evitar o resultado e a ação omitida seria idônea para tal fim⁷⁹.

Para a ocorrência do crime omissivo impróprio, necessário o cumprimento de certos requisitos essenciais: a) situação de perigo para o bem jurídico, que aparecerá implicitamente; b) poder concreto de agir, consistente na capacidade de realizar a ação mandada, a partir da natureza da ação e condições pessoais do autor; c) omissão de ação mandada, que será a não-realização da ação de proteção ao bem jurídico em situação de perigo; d) resultado típico que

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. vol 1. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 216

⁷⁵ FRANCO, Alberto Silva. Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. (coord. Alberto Silva Franco, Rui Stoco). São Paulo: RT, 2007, p. 120

⁷⁶ SOARES, Rafael Junior. *Op cit.* p. 99

⁷⁷ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Op Cit.*, p. 34-35.

⁷⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Op Cit.* p. 121

⁷⁹ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Op Cit.* p. 39.

deverá ser consequência causal da omissão da ação mandada; e, e) posição de garantidor que fundamentará o dever jurídico de agir para evitar o resultado⁸⁰.

Da mesma forma, o artigo 13, § 2º, do Código Penal, dispõe sobre a posição de garantidor, estabelecendo três hipóteses de fontes de dever em nosso ordenamento jurídico: i) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ii) de outra forma, assumiu a responsabilidade de evitar o resultado; iii) com seu comportamento anterior, crie o risco de ocorrência do resultado.

A primeira situação é tratada como um dever específico imposto por lei. No caso, inserido no objeto de pesquisa desta monografia presente estudo, seria imprescindível um dispositivo específico que irá impor o dever de evitar a lavagem de dinheiro ao sujeito (posição de garantidor)⁸¹.

O segundo cenário ocorre quando o próprio sujeito se colocou, de forma voluntária, mesmo que transitoriamente, na posição de garantidor, criando a obrigação de garantia em relação ao bem jurídico.

A terceira hipótese surge quando o sujeito, com seu próprio comportamento, originou a situação de risco ou agravou uma situação já existente, de modo que lhe surgirá a obrigação de impedir o advento do resultado lesivo ao bem jurídico (art. 13, § 2º, c, do Código Penal).

À vista disso, somente se preenchidos os requisitos delineados acima se poderá admitir a presença da omissão imprópria relevante ao direito penal.

3.3 SOBRE A (IN)EXISTÊNCIA DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO ADVOGADO NO ÂMBITO DA LEI 9.613/98

Como visto, a eventual possibilidade da responsabilidade penal do advogado de operações no crime de lavagem de dinheiro na forma omissiva imprópria é resultado da inserção da figura do advogado como pessoa sujeita aos mecanismos de controle e prevenção contra a reciclagem de capitais, haja vista as diversas obrigações impostas nos termos do art. 9º, XIV, da Lei 9.613/98.

A partir disso, questiona-se se tal fato implicaria, automaticamente, no dever jurídico de agir para impedir possíveis lesões ao bem jurídico tutelado pela Lei 9.613/98.

⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Teoria do fato punível. Curitiba: Lumen Juris, 2002, p. 125-13

⁸¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 144

Quanto ao dever de garante, Jorge de Figueiredo Dias expõe que entre o indivíduo que recai o dever jurídico pela lei e o bem jurídico violado do resultado, deve haver a "existência de relações fáticas (proximidade sócio existencial)" e uma "relação de dependência"⁸².

Nesses moldes, o garantidor será aquele que, devido à presença de uma norma (art. 13, § 2º, do Código Penal), está sujeito ao dever de agir para impedir determinado resultado lesivo típico. Por isso, se alguém, em razão de sua inércia, descumpra o dever de agir, não obstruindo o processo causal do fato delitivo, pode ser considerado como se o tivesse dado causa, estando sujeito à responsabilização penal⁸³.

No âmbito jurisprudencial, há a decisão Tribunal Regional Federal da 4ª Região em que se indicou a possibilidade de se adotar a posição de garantidor aos sujeitos obrigados aos mecanismos de controle⁸⁴. Da mesma forma, na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal, houve a responsabilização de dirigentes com base no art. 12 da Lei 9.613/98, reconhecendo a lavagem de dinheiro baseada exclusivamente no descumprimento de obrigações administrativas⁸⁵.

Em uma primeira análise, poder-se-ia corroborar com as conclusões acima indicadas, tendo em vista o exposto no art. 13, § 2º, alínea *a*, do Código Penal, uma vez que a obrigação de comunicação das operações suspeitas pelo advogado consistiria no fundamento legal que o tornaria garantidor.

Todavia, este não parece o entendimento mais acertado.

Eduardo Saad, ao analisar a fundamentação exposta na Ação Penal 470, expôs que “o sentido normativo atribuído à observância do dever de informar foi, de forma pouco convincente, delimitado com base na simples omissão de dever, com referência ao art. 12 da antiga Lei 9.613/1998”⁸⁶.

⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais: A doutrina geral do crime*, 2a ed., Coimbra Editora, 2007, p. 939

⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op Cit.* p. 305

⁸⁴ (...) 5. Portanto, as operações marginais de mero ingresso de valores no país por parte dos clientes das instituições financeiras são atípicas, remanescendo apenas a possibilidade de eventual prática de sonegação fiscal, que, como é cediço, pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário, ou ainda a punição dos gestores da instituição financeira clandestina pelo delito do artigo 16 e pelo crime de lavagem de dinheiro por violação dos deveres de compliance, quando perpetrado no âmbito de instituição financeira autorizada. 6. Recurso ministerial improvido. (TRF4, ACR 5008326-03.2010.4.04.7100, 8ª Turma, Rel. Paulo Afonso Brum Vaz)

⁸⁵ DINIZ, Eduardo Saad. O modelo brasileiro de prevenção à lavagem de dinheiro: as repercussões da ação penal 470. *Boletim do IBCCRIM*, n.º. 242, janeiro, 2013, p. 02-03

⁸⁶ *Ibidem*.

Por conseguinte, conforme indicado no primeiro capítulo, o objetivo dos arts. 9º e 10 da Lei 9.613 é de criar um arcabouço normativo de informações e registros acerca de operações suspeitas. Entretanto, inexistente qualquer previsão que se atribua, aos legalmente obrigados, o dever de impedir, por conta própria, o cometimento da lavagem de dinheiro, tanto é que o descumprimento das obrigações impostas resultam meramente na apuração de responsabilidade administrativa, nos termos do art. 12.

A doutrina já se manifestou sobre o tema:

(...) forçoso é reconhecer, ao contrário do que ocorre com a União Europeia, por exemplo, a Lei 9.613/98 não impõe às pessoas relacionadas em seu art. 9º o dever de abstenção de conduta que possa caracterizar o branqueamento de ativos, limitando-se a exigir que elas procedam à identificação adequada de seus clientes, mantenham registros à identificação adequada de seus clientes, mantenham registros de transações que realizarem e comuniquem às autoridades competentes a ocorrência de operações suspeitas⁸⁷.

Apesar do intuito da legislação ser permitir que áreas sensíveis fiquem sujeitas ao maior controle dos órgãos de fiscalização, tal situação não gera, de forma automática, o dever de agir para impedir o resultado lesivo ao bem jurídico no âmbito penal. Apesar de haver a possibilidade de punições no âmbito administrativo, tal disposição não deve ser aplicada de maneira extensiva a ponto de fundamentar a inclusão do advogado como fonte de dever, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

Como afirma Bottini e Badaró, a obrigação trazida na lei consiste tão somente na “criação de estruturas de *compliance* para atender ao disposto no art. 10 (registro e transmissão de informações) e no art. 11 (comunicação de atividades suspeitas), sem qualquer referência expressa à evitação de atos de lavagem de dinheiro”⁸⁸.

Ademais, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi asseveram que:

O dever de notificar os órgãos administrativos, tal como previu a reforma, não vincula a figura do advogado na evitação do resultado da lavagem praticada pelo seu cliente, e, conseqüentemente, a ele não se pode fazer a imputação por crime de lavagem praticado por terceiro, ainda que saiba que o cliente o cometeu ou cometerá⁸⁹.

⁸⁷ DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. CARLI, Carla Veríssimo de (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 115- 138

⁸⁸ *Ibidem*. p. 143

⁸⁹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. Boletim do IBCCRIM nº. 237, agosto/2012

Nessa senda, o dever jurídico de evitar o resultado decorreria da especial posição do agente garantidor⁹⁰ a partir da criação de um dispositivo específico, o qual é inexistente no ordenamento atual, tendo em vista que a mera obrigação de efetuar determinados procedimentos administrativos não eleva a posição do advogado como garantidor do bem jurídico protegido pela lavagem de dinheiro.

3.4 REFLEXÕES ACERCA DA CAPACIDADE DE AGIR, DO ELEMENTO SUBJETIVO E DA AUTO RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO DE OPERAÇÕES PELA VIA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA

No capítulo anterior, observou-se a viabilidade do advogado ser obrigado a deveres de comunicação de operações suspeitas no âmbito da lavagem de capitais. Por conseguinte, apesar de tal dever não incidir sobre a advocacia contenciosa, demonstrou-se haver um risco penal para os advogados de operações no tocante ao descumprimento de tais deveres.

Dessa forma, ante a possibilidade de haver um eventual dever de garantidor ao advogado de operações baseado no art. 9º da Lei 9.613/98, demonstra-se necessário que seja observado o cumprimento de fatores diversos, os quais poderão obstar a atribuição do resultado ao advogado, quais sejam: a capacidade de agir, o tipo subjetivo e a auto responsabilidade.

A capacidade de agir apresenta-se como a possibilidade de atuação do agente, visando à diminuição ou à eliminação do risco existente. Assim, mesmo que haja deveres impostos a figura do advogado, será imprescindível a possibilidade efetiva de impedir o resultado delitivo por meio de instrumentos hábeis e eficazes para sua cessação⁹¹.

Sobre a questão, pode-se destacar que:

(...) A intenção de omitir requer conhecimento do perigo de que o resultado típico possa ocorrer e da capacidade do perpetrador de evitá-lo; caso contrário, não concorrerá a disposição de assumir o resultado em decorrência da conduta de seus próprios. Na linha mesma uma conduta pode ser uma contribuição efetiva para o cometimento de um crime, mas se não houver vontade de contribuir para a realização de um crime, não pode ser classificada como cooperação⁹².

Quanto ao tipo subjetivo, Juarez Tavares explica a questão do dolo nos crimes omissivos impróprios nos seguintes termos:

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral. Vol. 2. Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina. São Paulo: RT, 2007, p. 431.

⁹¹ SOARES, Rafael Junior. *Op Cit.* p. 107.

⁹² RODA, Juan Córdoba. Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 76 *apud* SOARES, Rafael Junior, 2021, p. 107.

A ocorrência do resultado, a modalidade de conduta necessária a impedir o resultado, a possibilidade de sua atuação, a evitabilidade do resultado em virtude de sua atividade, a subsistência de uma relação legal ou contratualmente prevista, ou faticamente assumida (...) ⁹³.

Assim, o tipo subjetivo no cenário aqui descrito consistirá na ciência pelo advogado, com base em circunstâncias objetivas, de que o resultado típico (ocultação, dissimulação ou reintegração) ocorrerá ⁹⁴. Além disso, impõe ao advogado conhecer qual conduta deverá ser realizada, dentro das atividades possíveis, para impedir o resultado delitivo, bem como a ciência de que se tivesse praticado a conduta, teria evitado ou impedido o resultado, com probabilidade nos limites da certeza ⁹⁵.

Porém, ao fazer a correlação do dolo com a ausência de comunicação de operação suspeita, exsurge a impossibilidade de se falar no devido impedimento ou evitação do resultado, pois a ausência de comunicação é incapaz de assegurar, por si só, que o resultado não ocorreria.

Dessa maneira, o descumprimento da obrigação legal de comunicação exposta na Lei 9.613/98 é incapaz de configurar o dolo, em especial porque jamais saberá se o resultado adviria ou não pelo atendimento à norma ⁹⁶.

A situação se torna mais complexa no exame do dolo eventual, pois, nesse caso, necessário demonstrar que o sujeito tenha decidido não agir, conhecendo que sua atuação era devida e necessária e que, em face de sua omissão, o resultado ocorreria com probabilidade nos limites da certeza ⁹⁷.

Por fim, Rafael Júnior Soares, citando Mercedes Pérez Manzano, expõe que a questão da responsabilidade penal do advogado na lavagem de capitais também pode ser discutida a partir de duas questões: i) repercussões do princípio da autorresponsabilidade na determinação do caráter dos deveres estabelecidos pela legislação do setor; e ii) o conteúdo das infrações administrativas não pode ser idêntico ao conteúdo dos delitos ⁹⁸.

Nesse contexto, um dos pressupostos para a criminalização de condutas que descumprem deveres impostos pela legislação é de que, quando se tratar de indivíduos auto

⁹³ *Op. cit.*, p. 393-394.

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ SOARES, Rafael Junior. *Op cit.*, p. 108.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 396

⁹⁸ PERÉZ MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Política criminal y blanqueo de capitales. Madrid. Marcial Pons, 2009, p. 202. *apud* SOARES, 2021, p. 110.

responsáveis, inexistente qualquer dever de impedir e evitar a prática de delitos⁹⁹. Como expõe Juarez Tavares, “as ações precedentes só geram um dever de garantidor quando o domínio da causalidade por parte do sujeito for de tal ordem que só a ele reste impedir o resultado lesivo ao bem jurídico¹⁰⁰”.

A problemática aqui tratada se resume na possibilidade de responsabilização criminal do advogado em razão de eventual descumprimento de deveres meramente administrativos quando da prática do crime terceiro. Trata-se, portanto, de imputação de resultado simplesmente em decorrência de infrações que dizem respeito à inobservância de normas administrativas, em que existiria clara contradição com o princípio da autorresponsabilidade¹⁰¹.

Ante o exposto, observamos que, mesmo havendo eventual possibilidade de se exigir a comunicação de operações suspeitas ao advogado de operações, a violação desse dever não implicaria, de forma automática, em responsabilidade penal. Dessa forma, entende-se que tal responsabilidade decorreria somente a partir da existência de uma conduta dolosa, o que torna especialmente relevante a avaliação do serviço prestado e a competência do Conselho Federal estabelecida pela Lei 14.365/22, a qual será analisada a seguir.

3.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Como visto, em relação a figura do advogado contencioso, inexistente deveres de comunicação às autoridades. Isso porque, ao realizar o cotejo da lei de lavagem com o art. 133 da Constituição Federal, a partir da teoria das ações neutras, caso o advogado decida por manter o sigilo das informações obtidas com os clientes, é razoável o entendimento de que terá o defensor atuado nos estreitos limites do que está previsto para sua atividade profissional. Por conta disso, entende-se não ser possível atribuir a responsabilidade penal a este advogado no descumprimento dos deveres de informação.

Em contrapartida, constatou-se ser viável extrair da Lei 9.613/98 a intenção do legislador em tornar *gatekeeper* o chamado “advogado de operações”. À vista disso, ao suscitar a responsabilidade penal do advogado de operações no descumprimento dos deveres de informação, entendeu-se por necessária uma discussão mais aprofundada a fim de verificar as possibilidades e os limites de eventual imputação, bem como os riscos na prática de sua atividade profissional.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 203.

¹⁰⁰ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 340.

¹⁰¹ SOARES, Rafael Junior. *Op cit.*, p. 109.

Para tanto, considerando que a obrigação do advogado de operações seria de comunicar atividades atípicas e suspeitas, vislumbra-se um risco de eventual imputação de lavagem de dinheiro do advogado se basear pela via da omissão imprópria.

Os crimes omissivos se desdobram em duas classificações possíveis, quais sejam: omissão própria e a omissão imprópria. Não houve maiores considerações acerca da omissão própria, tendo em vista que a Lei 9.613/98 não fixou tipo penal específico para eventual criminalização do mero desrespeito à legislação.

Em contrapartida, os crimes omissivos impróprios não necessitam de uma tipificação específica para sua aplicação, visto que se opera o juízo de equiparação entre o tipo de ação e o omissivo impróprio.

Para tanto, o artigo 13, § 2º, do Código Penal, dispõe sobre a posição de garantidor na omissão imprópria, estabelecendo três hipóteses de fontes de dever em nosso ordenamento jurídico: i) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ii) de outra forma, assumiu a responsabilidade de evitar o resultado; e iii) com seu comportamento anterior, crie o risco de ocorrência do resultado.

À vista disso, somente se preenchidos os requisitos delineados acima se poderá admitir a presença da omissão imprópria relevante ao direito penal, tendo em vista que a legislação prevê, com rigor e de forma taxativa, as situações classificadas como fontes de dever para atribuição do resultado ao agente.

A partir disso, questionou-se se os deveres elencados na Lei 9.613/98 implicaria, automaticamente, no dever jurídico de agir para impedir possíveis atos de lavagem de capitais.

Conforme visto no primeiro capítulo, o objetivo dos arts. 9º e 10 da Lei 9.613/98 é de criar um arcabouço normativo de informações e registros acerca de operações suspeitas. No entanto, a legislação é silente quanto a atribuições de deveres aos legalmente obrigados de impedirem, por conta própria, o cometimento do delito lavagem, tanto é que o descumprimento das obrigações impostas resulta meramente na apuração de responsabilidade administrativa, nos termos do art. 12 da Lei.

À vista disso, entende-se que o escopo da legislação é permitir que áreas sensíveis fiquem sujeitas ao maior controle dos órgãos de fiscalização, o que não gera, de forma automática, o dever de agir para impedir o resultado lesivo ao bem jurídico no âmbito penal.

Por conta disso, eventual dever jurídico de evitar o resultado na posição de agente garantidor somente seria possível caso fosse criado um dispositivo específico, tendo em vista que a mera obrigação de efetuar determinados procedimentos administrativos não eleva a posição do advogado como fonte de dever, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

Porém, mesmo que se entenda pela existência de um dever garantidor do advogado de operações baseado no art. 9º da Lei 9.613/98, é necessário que haja a observância de outros requisitos, os quais servirão de óbice para eventual responsabilidade penal, quais sejam: a capacidade de agir, o tipo subjetivo e a auto responsabilidade.

Em síntese, definiu-se que a capacidade de agir apresenta-se como a possibilidade de atuação do agente, visando à diminuição ou à eliminação do risco existente. A partir desta concepção, compreende-se que, ainda que haja deveres impostos à figura do advogado, será necessário aferir, no caso concreto, a capacidade efetiva do advogado em impedir o resultado delitivo a partir instrumentos hábeis à cessação da lavagem de dinheiro.

No tocante ao tipo subjetivo nos crimes omissivos impróprios, concluiu-se que somente haverá sua ocorrência quando o advogado, com base em circunstâncias objetivas, consiga prever que o resultado típico (ocultação, dissimulação ou reintegração) ocorrerá de fato. Por conta disso, o não cumprimento das obrigações informacionais será incapaz de, por si só, gerar a configuração do dolo, em especial porque jamais saberá se o resultado adviria ou não pelo atendimento à norma.

Da mesma forma, um dos pressupostos para a criminalização de condutas que descumprem deveres impostos pela legislação é de que, quando se tratar de indivíduos auto responsáveis, inexistente qualquer dever de impedir e evitar a prática de delitos

Ante todo o exposto, concluiu-se que a violação do dever de informação por parte do advogado de operações é incapaz de, por si só, impedir o curso causal da lavagem. Dessa forma, ainda que se entenda pela existência do dever de garantia em relação a tais advogados, o que é meramente uma hipótese, dado a amplitude semântica do inciso XIV, art. 9º, da Lei 9.613/98, isso não implicaria na omissão imprópria e na responsabilidade penal do advogado. Assim, concluiu-se que o advogado somente será responsável se participar dolosamente da lavagem.

4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO § 14, ART. 2º, DA LEI 14.365/22

Como visto até o momento, há uma plethora de assuntos a serem debatidos no âmbito da responsabilização penal do advogado dentro do contexto da criminalização da lavagem de dinheiro. Tal cenário, inclusive, vai ao encontro das atuais discussões sobre a proteção e ampliação das prerrogativas e garantias resguardadas constitucionalmente ao advogado.

Dessa forma, tendo em vista os potenciais cenários de riscos existentes no exercício da atividade profissional descritos nos capítulos anteriores, criou-se uma proteção estatutária no tocante à análise da prestação efetiva do serviço jurídico realizado pelo advogado.

Para tanto, no intuito de contribuir com a temática, a presente pesquisa busca abordar as alterações realizadas no Estatuto da Advocacia promovidas pela Lei 14.365/22, com enfoque na inclusão do § 14, no art. 7º, na Lei 8.906/94.

4.1 ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 14.365/22

A Lei 14.365/22, dentre suas diversas alterações, reformulou diversas disposições sobre a atividade privativa do advogado, sua fiscalização, competência, prerrogativas e questões referentes aos honorários advocatícios.

A partir disso, implementou-se uma série de mudanças no Estatuto da Advocacia e em vários códigos importantes, havendo impactos significativos no Código de Processo Civil, Código de Processo Penal e Código Penal.

Diversos autores elencaram que a referida Lei ampliou as prerrogativas dos advogados, sendo uma importante vitória para os advogados havendo o reconhecimento e expansão das prerrogativas desta classe profissional¹⁰².

De acordo com reportagem veiculada no site da Ordem dos Advogados do Brasil, Weverton Rocha, o relator do projeto no Senado, destacou que “as prerrogativas são

¹⁰² Vide: Nova lei amplia direitos de advogados, avaliam especialistas. Revista Consultor Jurídico, 06 de junho de 2022. Disponível em: conjur.com.br/2022-jun-05/lei-amplia-direitos-advogados-avaliam-especialistas; MARQUES, Mateus. Importantes alterações no Estatuto da OAB após o advento da Lei nº 14.365/22. Revista Consultor Jurídico. 29 de agosto de 2022. Disponível em: conjur.com.br/2022-ago-29/mateus-marques-abuso-autoridade-violacao-prerrogativas; Dez pontos positivos em nova lei que altera Estatuto da Advocacia. Migalhas, 3 de junho de 2022. Disponível em: migalhas.com.br/quentes/367353/veja-dez-pontos-positivos-em-nova-lei-que-altera-estatuto-da-advocacia. Nova lei fortalece a advocacia e o cidadão. OAB Nacional. 3 de junho de 2022. Disponível em: oab.org.br/noticia/59781/nova-lei-fortalece-a-advocacia-e-o-cidadao; Com lei que altera Estatuto, vitória no Legislativo é celebrada pela advocacia. OAB Nacional, 5 de julho de 2022. Disponível em: oab.org.br/noticia/59809/com-lei-que-altera-estatuto-vitoria-no-legislativo-e-celebrada-pela-advocacia; dentre outros.

importantes para a ampla defesa e para a preservação do Estado democrático de direito'. Sabemos de casos de abusos e violações que estão acontecendo no dia a dia e precisamos de uma resposta para a advocacia”¹⁰³.

Na mesma linha expôs o Deputado Federal Fábio Trad, presidente da Frente Parlamentar em Defesa da Advocacia do Congresso Nacional, ao indicar que não se trata de mera reafirmação das prerrogativas, mas é também uma legislação voltada a limitar “as ações do Estado na mesma medida que realça e revitaliza o valor constitucional das franquias profissionais. A advocacia não quer privilégio, mas efetividade no respeito às suas prerrogativas”¹⁰⁴.

Da mesma forma, o Deputado Federal Paulo Abi-Ackel, autor do projeto de Lei, ressaltou que o projeto obteve diversas contribuições de variados setores do sistema de Justiça e da sociedade para resultar em um texto de consensos¹⁰⁵.

À vista disso, infere-se que houve uma preocupação do Poder Legislativo em reassegurar as prerrogativas da advocacia, bem como inserir novos instrumentos na atuação do advogado perante o Poder Judiciário.

Nesse sentido, serão brevemente analisadas as principais mudanças nas garantias e prerrogativas do advogado realizadas pela Lei 14.365/22 que interessam a essa pesquisa.

Pode-se dizer que a pauta das prerrogativas profissionais da advocacia está presente no cenário legislativo dos últimos anos, exemplo disso foi a promulgação da Lei 13.869/19, conhecida como Lei do Abuso de Autoridade, a qual acrescentou o art. 7-B no EAOAB, a tipificação penal da conduta que "violou direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do artigo 7º desta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa".

Verifica-se que a questão ainda é vista com importância para o legislador, tendo em vista que, dentre as mudanças da nova lei, houve o aumento da pena do crime para 2 a 4 anos de detenção.

Ou seja, mesmo com a vigência da Lei 13.869/19, entendeu-se que certos aspectos relacionados à atividade do advogado ainda necessitavam de uma proteção legislativa mais

¹⁰³ Relembre as etapas da tramitação legislativa que originou a Lei 14.365/22. OAB Nacional, 7 de junho de 2022. Disponível em: oab.org.br/noticia/59791/relembre-as-etapas-da-tramitacao-legislativa-que-originou-a-lei-14-365-22

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

eficiente, principalmente na temática referente às prerrogativas asseguradas aos advogados e aos escritórios de advocacia, a qual foi tratada, de forma específica e detalhada, a partir do § 6-A e seguintes do art. 7º da EAOAB.

Dentre as principais inclusões no art. 7º, está a necessidade de cadeia de custódia que preserve o sigilo do material apreendido em escritório de advogado investigado (§ 6-C), a exigência da presença de um representante da OAB para acompanhar o procedimento, além do próprio advogado cujo escritório está sendo investigado (§ 6-G). Além disso, é permitido ao advogado zelar pelo cumprimento de mandado de busca e apreensão, inclusive impedindo que documentos, mídias e objetos não relacionados à investigação fossem analisados, fotografados, filmados, retirados ou apreendidos do escritório de advocacia, sob pena de abuso de autoridade.

No mesmo sentido, quanto aos direitos dos advogados, houve a inclusão do § 6º-I no art. 7 da EAOAB, vedando a colaboração premiada do advogado contra quem seja ou tenha sido seu cliente. Todavia, ressalta-se que, apesar de não haver prévia proibição expressa quanto à possibilidade de o defensor delatar seus clientes, uma interpretação sistemática do ordenamento revelaria a impossibilidade de tal conduta¹⁰⁶.

Perpassadas essas mudanças, passa-se a análise da alteração objeto da presente pesquisa.

A reforma realizada pela Lei 14.365/22 concedeu competência exclusiva da OAB para fiscalizar o efetivo exercício profissional e o recebimento de honorários pelos advogados. Tais previsões estão assim dispostas:

Art. 7º [...]

§ 14. Cabe, privativamente, ao Conselho Federal da OAB, em processo disciplinar próprio, dispor, analisar e decidir sobre a prestação efetiva do serviço jurídico realizado pelo advogado.

§ 15. Cabe ao Conselho Federal da OAB dispor, analisar e decidir sobre os honorários advocatícios dos serviços jurídicos realizados pelo advogado, resguardado o sigilo, nos termos do Capítulo VI desta Lei, e observado o disposto no inciso XXXV do caput do art. 5º da Constituição Federal.

§ 16. É nulo, em qualquer esfera de responsabilização, o ato praticado com violação da competência privativa do Conselho Federal da OAB prevista no § 14 deste artigo.

Deste modo, ratificou-se a posição legal da Ordem dos Advogados do Brasil, via seu Conselho Federal, como responsável, privativo, pelas atividades fiscalizatórias da profissão, ou seja, conferiu-se um viés expresso de autorregulação à Ordem dos Advogados do Brasil no que

¹⁰⁶ O Código de Ética e Disciplina da OAB, em seus arts. 21, 35, 36, 37 e 38, já assegurava a garantia ao sigilo profissional, bem como os arts. 388, I e II e 448, II do Código de Processo Civil e os arts. 207 e 243, § 2º do Código de Processo Penal.

se refere a fiscalização sobre a prestação efetiva do serviço jurídico e o recebimento dos honorários advocatícios.

Tal indicação foi tão evidente que o § 16 considera nulo, em todas as esferas de responsabilização, qualquer ato que viole a competência privativa do Conselho Federal da OAB prevista no § 14.

Entretanto, apesar de indicar uma possível conquista da Ordem dos Advogados do Brasil e a classe dos advogados, infere-se que tal previsão legislativa pode afastar a atuação do Poder Judiciário, de forma indevida, na persecução de delitos de lavagem de dinheiro praticados a partir de serviços não prestados por advogados e, conseqüentemente, resultar na proteção deficiente do bem jurídico protegido pelo delito de lavagem de capitais, qual seja: a Administração da Justiça.

Para tanto, antes de analisar a questão, é necessário apontar algumas considerações sobre o significado e eventuais conseqüências da proteção deficiente no tocante a bens jurídicos penais.

4.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO VEDAÇÃO À PROTEÇÃO INSUFICIENTE DO BEM JURÍDICO PENAL

Na doutrina, é conhecida a classificação das normas em regras e princípios, os quais se diferenciam não com base em critérios como generalidade e especialidade da norma, mas levando em conta sua estrutura e forma de aplicação. Nesse sentido, enquanto as regras apresentaram comandos definitivos e aplicam-se pela simples subsunção, os princípios dependem do sopesamento com princípios colidentes, conceituando-se, assim, como “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”, intitulados por Alexy como “mandamentos de otimização”¹⁰⁷.

Por conseguinte, segundo Alexy, há uma conexão entre a natureza dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Para o doutrinador, “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ ALEXY, R. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 23.

¹⁰⁸ *Ibidem*. p. 116-118

Para Virgílio Afonso da Silva, citando a tese de Alexy, a fundamentação jurídica para a existência do princípio da proporcionalidade é derivada a partir da necessidade e exigibilidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais decorrentes da própria estrutura dos direitos fundamentais¹⁰⁹.

Inicialmente, o princípio da proporcionalidade foi aplicado apenas para proteger os cidadãos dos excessos cometidos pelo Estado. Todavia, verificou-se não ser suficiente apenas a proteção negativa, mas também que haja uma garantia positiva por parte do Estado, surgindo, dessa forma, a vedação à proteção estatal deficiente.

Por esse motivo, incabível entender o princípio da proporcionalidade como mero absentismo estatal, sendo também possível a exigência de que a atuação do Estado, como ente protetor da sociedade pela via do direito penal, ocorra pautada pelo princípio em análise¹¹⁰.

Tendo isso em vista, o Estado não é meramente um defensor das garantias, o qual deverá assegurar, exclusivamente, as “liberdades negativas” de seus cidadãos. Pelo contrário, o Estado hodierno possui uma função de concretização de direitos, incluindo, nesse sentido, a obrigação de proteger os cidadãos contra as condutas delitivas de terceiros.

Assim, caso haja uma proteção aquém do mínimo exigido pela Constituição, verifica-se hipótese evidente de aplicação da proibição de insuficiência.

É cediço que a função legitimadora do direito penal é realizada por meio da tutela de bens jurídicos relevantes. Portanto, o direito penal busca promover uma ordem social a partir da tutela das relações sociais, assegurando, por meio da coação estatal, a manutenção da ordem jurídica¹¹¹.

Sentido semelhante pode ser atribuído ao processo penal, pois conforme as lições de Antonio Scarance Fernandes:

[...] o direito ao procedimento processual penal é, em síntese, direito a um sistema de regras e princípios que permita a atuação eficaz dos órgãos encarregados da persecução penal e que, ao mesmo tempo, assegure a plena efetivação das garantias do devido processo penal¹¹²

¹⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. In Revista dos Tribunais n. 798. Ano 91, abr. 2002. p. 43.

¹¹⁰ MAMBRINI, Fernanda Rodolfo. Proporcionalidade: Do excesso de proibição e da proteção deficiente. Empório do Direito. 24 de março de 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/proporcionalidade-do-excesso-de-proibicao-e-da-protecao-deficiente>

¹¹¹ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. v.1; 7. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 53.

¹¹² FERNANDES, Antonio Scarance (org.); ALMEDIDA, José Raul Gavião de (org.); MORAES, Maurício Zanoide de (org.). Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo. São Paulo: RT, 2008. p. 13.

A lógica do processo penal não pode se resumir em apenas assegurar o direito de defesa do acusado, como também não é apenas um instrumento do Estado para apuração da verdade e aplicação de penas. Ao fim e ao cabo, a função primordial do processo penal é obtenção de um resultado justo que se legitime pelo procedimento adequado¹¹³.

Em pensamento análogo, expõe Aury Lopes Júnior que:

[...] o moderno processo penal tem um duplo fundamento que justifica sua existência: instrumentalidade e garantismo. Por meio desses dois postulados, realiza a também dupla função do Direito Penal, em que pese a separação institucional e a autonomia de tratamento científico: de um lado torna viável a realização da justiça corretiva e a aplicação da pena, e de outro, serve como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, protegendo os indivíduos dos atos abusivos do Estado no exercício dos direitos de perseguir e punir¹¹⁴

À vista disso, a eficiência do processo penal deve ser examinada a partir do objetivo de alcançar um resultado justo, que significa garantir, concomitantemente, tanto a persecução penal quanto a defesa do acusado, extraindo-se, em prazo razoável, a melhor solução possível ao caso concreto.

O artigo 144 da Constituição impõe ao Estado brasileiro o dever do Estado em garantir proteção às pessoas e seus patrimônios. Por conta disso, tal dever não apenas gera a obrigação de prevenir a ocorrência de ilícitos penais, mas também de reprimir as condutas delituosas de forma eficaz.

Dessa forma, a constituição impõe a coexistência de uma estrutura harmônica entre os princípios da proibição de excessos e da vedação da proteção insuficiente. Nesta linha, expõe Lenio Luiz Streck:

É por isto que não se pode mais falar tão somente de uma função de proteção negativa do Estado (garantismo negativo). Parece evidente que não, e o socorro vem de Baratta, que chama a atenção para a relevante circunstância de que esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas. [...]¹¹⁵

Da mesma forma, Maria Luiza Schafer Streck indica que:

¹¹³ Fernando Capez adota a mesma posição quanto a essa estruturação do processo. CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 25.

¹¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do Processo Penal. p. 15. Disponível em: professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17675/material/Instrumentalidade%20Garantista.pdf

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz (org.). Direito Penal em tempos de crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 96.

Portanto, o Estado Democrático de Direito, não exige mais somente uma garantia de defesa dos direitos e liberdades fundamentais contra o Estado, mas também, uma defesa contra qualquer poder social de fato. Estamos falando, então, nas palavras de Dieter Grimm, da proibição de "ir longe demais" (Übermassverbot), em contraponto com a proibição de "fazer muito pouco" (Untermassverbot), ambos mecanismos semelhantes, porém, vistos de ângulos diferentes. Daí que "quando um direito é invocado como direito negativo a questão é saber se o legislador foi longe demais. Quando é invocado como direito positivo ou dever de proteção (Schutzpflicht); a questão é saber se ele fez muito pouco para proteger o direito ameaçado". Assim, só haverá a possibilidade de se reconhecer a proibição de proteção deficiente quando se estiver face a um dever de proteção, isto é, para explicar melhor, a Untermassverbot tem como condição de possibilidade o Schutzpflicht¹¹⁶.

Nesse aspecto, nota-se que há um dever de proteção do Estado e, quando este não é cumprido, poderá haver a incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente, o qual obrigará o Estado a cumprir os níveis mínimos de proteção exigidos tanto pela Constituição quanto pelos acordos internacionais ratificados e inseridos no ordenamento pátrio.

Assim quando o Estado se omite quanto ao seu dever de proteção dos direitos e garantias fundamentais, ou o faz de forma inadequada e ineficaz, entende-se que tal ato estará invocado de inconstitucionalidade ou de desrespeito as normativas internacionais.

Nesse contexto, a proibição de excesso e a proibição de insuficiência se convergem, pois esta encontra-se abrangida pela primeira, no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível proporcionalmente no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo exigível quando se fala em proibição de insuficiência¹¹⁷.

Percebe-se, portanto, que essa dupla face do princípio da proporcionalidade gera uma redução do espaço de conformidade do legislador. Ou seja, ainda que seja reconhecido o espaço discricionário do legislador em adaptar os mandamentos constitucionais, inexistente liberdade absoluta de conformação legislativa.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no julgamento da ADI 3.112, diferenciou os princípios da proibição de excesso e proibição de proteção deficiente com base na dogmática constitucional alemã:

[...] no primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito

¹¹⁶ STRECK, Maria Luiza Schafer. O Direito Penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. São Leopoldo: UNISINOS (trabalho monográfico – mestrado), 2008. pp. 80-81

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 10, fls. 303-354, Madrid (2006). p. 18

fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violara o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo e inferior ao grau de satisfação em que não se realiza o direito fundamental à proteção¹¹⁸.

Por conta disso, a proibição de proteção deficiente é vista como um instrumento efetivo de medição do dever de prestação legislativa e do mínimo exigível a título de imperativo de tutela.

Portanto, o bem jurídico já não é, sob a égide do Estado Democrático de Direito, a simples proteção contra os poderes estatais. A importância do bem jurídico também abrange os modos pelos quais o Estado busca protegê-lo¹¹⁹.

A partir disso, tal princípio estaria apto a afastar do ordenamento jurídico normas que criem uma situação de desproporcionalidade na proteção efetiva de bens jurídicos, hipótese em que estaria evidenciada a proteção deficiente¹²⁰.

Assim, no momento em que o legislador não protege um direito fundamental, caberá a invocação da cláusula de proibição de proteção deficiente. Mediante esse recurso, é possível “identificar um padrão mínimo das medidas estatais com vistas a deveres existentes de tutela”¹²¹.

Ressalta-se que tal incidência não é exclusiva do legislador, que incorrerá em inconstitucionalidade quando protege insuficientemente bens jurídicos, mas também ao Poder Judiciário que, ao interpretar equivocadamente determinada lei, mantém o estado de proteção deficiente.

Por conta disso, é plenamente cabível o controle judicial sobre questões atinentes ao déficit de agir do ente estatal em determinadas situações, sendo não apenas possível, mas também seu dever, de afastar do ordenamento leis e atos administrativos inconstitucionais, ou, ao menos, que haja a correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a Constituição em consonância com as exigências dos deveres de proteção e da proporcionalidade.

¹¹⁸ STF, ADI 3112/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.05.2007.

¹¹⁹ STRECK, Maria Luiza Schafer. *Op cit*, p. 94.

¹²⁰ FELDENS, Luciano. A constituição penal: A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005, p. 110.

¹²¹ *Ibidem*. p. 116-117.

Em suma, assentado o dever de proteção sobre determinado bem, deve ser verificado se a norma sob análise satisfaz suficientemente esse dever de proteção, ou se, pelo contrário, apresenta insuficiências nesse aspecto¹²².

Ingo Sarlet, valendo-se das lições de Christian Calliess, aponta que é possível identificar o referido princípio a partir de três etapas: (i) análise da adequação da medida, isto é, se a medida é apta a proteger de modo eficaz o bem protegido; (ii) análise acerca da existência de outros meios de proteção mais eficazes e menos interventivos em interesses de terceiros ou da coletividade; e (iii) análise das consequências da efetivação das medidas de proteção com a necessidade de preservação de outros bens fundamentais¹²³.

Com efeito, para se verificar se há uma proteção deficiente a determinado bem jurídico, primeiro deverá ser analisada se a norma em questão é adequada para promover o fim que se pretende. Caso não esteja apto a fazê-lo, será proibido porque ofensivo à cláusula da proteção de proibição deficiente¹²⁴. O mesmo é dito por Juarez Freitas ao destacar que “a medida implementada pelo Poder Público precisa se evidenciar não apenas conforme os fins almejados, mas, também, apta a realiza-los”¹²⁵.

Após analisada a sua adequação, cabe verificar a necessidade da promoção do meio para alcance do fim pretendido, sendo necessário que o meio restritivo escolhido seja o menos gravoso possível. Portanto, se existir algum meio menos gravoso, porém igualmente adequado, para a promoção do fim, aquele meio primeiramente proposto será inconstitucional¹²⁶.

Por fim, será examinada a proporcionalidade em sentido estrito do ato. Para tanto, será necessário examinar o grau de satisfação do fim em conjunto com o grau de afetação que o meio investigado provocará na norma colidente. Em outras palavras, deverá ser verificado se a satisfação do primeiro princípio tiver o grau médio, e a afetação daquele que for colidente tiver

¹²² V. CALLIESS, Christian. Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis. In: Juristen Zeitung (JZ), 2006, p. 330. *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de proteção insuficiente e direito a um meio ambiente equilibrado. 14 de agosto de 2020, Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-14/direitos-fundamentais-proibicao-protECAo-insuficiente-meio-ambiente-equilibrado>

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. 2008, *Op Cit.*

¹²⁴ GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, nº 61, maio/2008/out./2008. p. 13

¹²⁵ FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. Revista Interesse Pública. Porto Alegre, Notadez, Ano VII, 2006, n 35, p. 33-47.

¹²⁶ GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. *Op cit.*, p. 13

o grau grave, o meio será desproporcional, porque viola o princípio da proibição de proteção deficiente¹²⁷.

A insuficiência da proteção estatal, como por exemplo, a ausência ou insuficiência da legislação em dada matéria, conforme já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal¹²⁸, caracteriza violação ao dever ou imperativo de tutela imputado ao Estado pela Constituição, e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade da medida.

Diante disso, sendo a proibição da proteção insuficiente considerada uma das dimensões da regra da proporcionalidade, sua violação deverá ser aferida no caso concreto, mediante análise estruturada das sub-regras acima elencadas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, subdivisão esta que, apesar de não aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, está bem assentada na doutrina¹²⁹.

4.3 A LEI 14.365/22 E A PROTEÇÃO DEFICIENTE

Feita as devidas considerações no subcapítulo anterior, parte-se para a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade do § 14, art. 7º, incluído pela Lei 14.365/22, no âmbito da proteção ao bem jurídico da administração da justiça no arcabouço normativo de prevenção e detecção aos delitos de lavagem de dinheiro, levando em consideração a análise estrutural da Lei 9.613/98 e os principais acordos internacionais subscritos pelo Brasil.

Antes de mais nada, é necessário elencar que, para Ulisses Rabaneda, Procurador-Geral do Conselho Federal da OAB, é positiva a ratificação da Ordem como responsável pelas atividades fiscalizatórias. Em suas palavras:

O legislador, ao delegar à OAB a fiscalização, o acompanhamento e a definição de parâmetros e diretrizes na relação entre advogados e sociedades de advogados ou entre sociedades e associados, demonstrou, mais uma vez, que o exercício da advocacia somente pode ser controlado pela própria instituição. É uma previsão de importância singular, na medida em que reafirma a autorregulação da advocacia¹³⁰.

¹²⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo Leivas. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 78-79.

¹²⁸ “Direito constitucional. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Equiparação do prazo da licença-adoptante ao prazo de licença-gestante. (...) 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. (...)”. (STF, RE 778.889/PE, Pleno, rel. Min. Barroso, j. 10.03.2016).

¹²⁹ SILVA, Virgílio Afonso. *Op. Cit.* p. 34

¹³⁰ OAB Nacional. 3 de junho de 2022, *Op Cit.*

Apesar de tal alteração legislativa ser considerada uma vitória das prerrogativas da advocacia, a qual irá beneficiar toda classe, necessário tecer certas considerações.

Imagine o cenário hipotético em que haja uma persecução penal em face de um advogado, o qual está sendo imputado pelo crime de lavagem de dinheiro por haver indícios de recebimento de honorários por serviços inexistentes, com o único intuito de dissimular a origem dos valores e reinseri-los na economia formal.

O objetivo da presente monografia é justamente questionar e responder o seguinte problema: seria possível o Poder Judiciário, durante a persecução penal do advogado, no âmbito do crime de lavagem de dinheiro e diante do § 14 do art. 7º da Lei 8.906/94, concluir que não houve efetiva prestação de serviço em contrariedade ao Conselho Federal da OAB?

O questionamento é importante pois, aprofundando-se na matéria, não seria inadequado considerar que o § 14 geraria, ao menos em tese, uma espécie de blindagem a uma situação fática indiscutivelmente repugnada pelo ordenamento jurídico pátrio. Caracterizando-se, dessa forma, uma típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Conforme exposto, para averiguar se determinada norma incorre em proteção deficiente, deve-se analisar, progressivamente: 1) se a norma em questão é adequada para promover o fim que se pretende; 2) se existir algum meio menos gravoso, porém igualmente adequado, para a promoção do fim; bem como 3) verificar a proporcionalidade em sentido estrito do ato, ou seja, compreender as consequências da efetivação da norma com a necessidade de preservação de outros bens fundamentais.

Seguindo essa linha de raciocínio, será analisado, primeiramente, se o § 14 do art. 7º inserido pela Lei 14.365/22 é o meio adequado para promover o fim que se pretende.

Nesse ponto, é inegável que a possibilidade de fiscalizar a própria classe garante, ao menos em tese, maior autonomia e segurança aos advogados, afastando possíveis violações às suas garantias e prerrogativas por outros setores institucionais.

Ademais, a partir dos pronunciamentos emitidos pelo Conselho Federal quanto à matéria, a Ordem dos Advogados do Brasil poderá desempenhar um papel regulador na criação de *standards* e padrões de condutas que devem ser seguidos pelos advogados quanto à natureza de seus serviços, além de se ter uma compreensão de quais serão os critérios observados para averiguar a efetiva prestação de serviço.

Nesse sentido, o Conselho Federal, a partir de suas decisões, elaboraria padrões de diligência aos advogados no que se refere a prática legítima e efetiva de seus serviços, evitando imputações indevidas e temerárias de uma suposta prática de lavagem de dinheiro.

Dessa forma, ainda que possam haver posições divergentes, entende-se que o § 14, art. 7º, da Lei 14.365/22, cumpre o primeiro requisito, sendo, de fato, um meio adequado para promover o fim que se pretende a lei, qual seja: garantir maior autonomia e segurança à classe dos advogados na fiscalização da prestação efetiva do serviço jurídico e no recebimento dos honorários advocatícios.

Prosseguindo, será examinado se existe algum meio menos gravoso, porém igualmente adequado, para promover o propósito da Lei.

Ainda que se entenda legítima a competência atribuída ao Conselho Federal da OAB de forma a garantir a autonomia da classe de advogados e a defesa de suas prerrogativas, observa-se uma proteção deficiente quando se estiver diante de um advogado que não prestou serviços jurídicos de fato, o qual possui um escritório de advocacia de fachada, ou seja, como um mero aparato de lavagem.

Cotejando a competência atribuída no § 14 com o § 16 do mesmo artigo, o qual dispõe que será nulo, em qualquer esfera de responsabilização, o ato praticado com violação da competência privativa do Conselho Federal, nota-se, ao menos em tese, uma possível blindagem a tais “advogados” na seara penal quando sua responsabilização depender da aferição de existência, ou não, de efetivos serviços jurídicos prestados.

Nesse ponto, importante distinguir a acusação, por parte do Estado, do advogado pela prestação (in)efetiva do serviço jurídico da acusação por serviço jurídico não prestado, ou seja, inexistente.

Entende-se que o § 14 gerará uma proteção deficiente somente no segundo caso, quando se estiver diante de um advogado que pretende se blindar com a prerrogativa da sua classe sem merecê-la. Assim, entende-se incabível atribuir competência exclusiva ao Conselho Federal da OAB quando se tratar de advogado que não prestou, de fato, nenhum serviço jurídico.

Em suma, é plenamente cabível a aplicação do § 14 quando se tratar de uma avaliação qualitativa de um serviço. Porém, quanto a análise da existência ou não do serviço, entende-se que tal exame poderá ser feito tanto pelo Conselho Federal quanto pelo Poder Judiciário, sendo

desarrazoável afastar o Poder Judiciário desta análise, haja vista que poderá ensejar uma proteção deficiente ao bem jurídico aqui tutelado.

Ao fim e ao cabo, entende-se legítima a interferência do Conselho Federal da OAB quando se estiver em discussão a suposta efetividade ou inadequação do serviço jurídico prestado pelo advogado.

Porém, no cenário em que se deflagra uma persecução penal em face de um advogado que não prestou qualquer serviço, havendo mera simulação de uma relação cliente-advogado, com o objetivo de lavar dinheiro, entende-se ser desproporcional impedir a análise acerca da existência ou não de um serviço jurídico pelo Poder Judiciário.

Por conta disso, entende-se que tal medida, apesar de possuir uma finalidade legítima, é demasiadamente gravosa no “cenário limite” descrito acima. Para tanto, poder-se-ia chegar a um meio alternativo e menos gravoso para solucionar o impasse em questão ao autorizar a análise da (in)existência do serviço prestado por parte do Poder Judiciário.

Por fim, parte-se para a análise da proporcionalidade do ato, ou seja, compreender as consequências da efetivação da norma com a necessidade de preservação de outros bens fundamentais.

Conforme já indicado, há uma aparente desproporcionalidade em atribuir, de forma exclusiva, a competência do Conselho Federal da OAB para se pronunciar acerca da (in)existência de serviços jurídicos prestados por advogados que são investigados pelo delito de lavagem de capitais.

Não obstante a isso, verifica-se, que tal medida afeta de forma considerável a proteção ao bem jurídico da lavagem de dinheiro, qual seja: a administração da justiça.

Entender que deve haver uma posição de deferência absoluta à decisão tomada no âmbito do Conselho Federal quanto à análise da (in)existência de serviço jurídico prestado vai de encontro às normativas internacionais subscritas pelo Brasil e pelo próprio arcabouço normativo de prevenção e detecção dos atos de lavagem de capitais.

À vista disso, ao cotejar os §§ 14 e 16 do art. 7º, da Lei 14.365/22 com o dever de proteção eficiente pelo ente estatal nos delitos de lavagem, percebe-se que tais dispositivos ensejam uma drástica redução na proteção da administração da justiça no cenário delineado acima, tendo em vista que poderá, ao menos em tese, gerar uma blindagem ao advogado que utiliza suas prerrogativas para praticar crimes de lavagem de dinheiro.

Por conta disso, compreende-se que o § 14 introduzido pela Lei 14.365/22, apesar de ser um meio adequado para promover o fim pretendido (garantir maior autonomia e segurança à classe dos advogados), gera situações desproporcionais na repressão aos crimes de lavagem de capitais na simulação de serviços jurídicos, sendo possível a adoção de medidas menos invasivas para assegurar a finalidade prevista, além de diminuir, drasticamente, a proteção de outros bens jurídicos do ordenamento,

Sendo assim, entende-se caracterizada a proteção deficiente, e sua consequente inconstitucionalidade, ao bem jurídico da administração da justiça quanto à possibilidade de punição aos advogados que pratiquem a conduta de lavagem de dinheiro via simulação contratual com intuito de reinserir capitais sujos na economia formal.

Para tanto, sugere-se uma interpretação conforme a Constituição para que se interprete o termo “prestação efetiva” indicado no § 14, do art. 7º, da Lei 8. 906/93, como prestação existente. Dessa forma, exclui-se o serviço jurídico inexistente do alcance semântico do dispositivo, de modo a não violar o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

4.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

A promulgação da Lei 14.365/22, ao realizar diversas alterações sobre a atividade privativa da advocacia, sua fiscalização, competência, prerrogativas e questões referentes aos honorários advocatícios, foi vista como uma importante vitória para os advogados havendo o reconhecimento e expansão das prerrogativas desta classe profissional.

Dentre as principais reformas, analisou-se com maior propriedade a inclusão do § 14, no art. 7º, do EAOAB, em que se delegou a competência exclusiva ao Conselho Federal da OAB para fiscalizar o efetivo exercício profissional e o recebimento de honorários pelos advogados.

A mesma lei prevê que, em seu § 16 do mesmo artigo, caso seja desrespeitada a competência concedida ao Conselho Federal, o ato em questão será considerado nulo em qualquer esfera de responsabilização.

Nesse contexto, apesar de indicar uma possível conquista da Ordem dos Advogados do Brasil e a classe dos advogados, abordou-se a possibilidade de que tal previsão legislativa afastaria o Poder Judiciário de forma indevida.

Para tanto, aventou-se a possibilidade da ocorrência de uma proteção insuficiente do bem jurídico protegido pelo delito de lavagem de capitais, qual seja: a Administração da Justiça ante a reforma em questão. Para tanto, aprofundou-se nos estudos da vedação à proteção deficiente, instituto derivado do princípio da proporcionalidade.

A partir disso, indicou-se que o princípio da proteção deficiente na seara do direito penal se dá na medida em que já não mais se pode falar em um Estado pautado exclusivamente na garantia de “liberdades negativas”. O Estado passou a ter o dever de cumprir certas funções e, dentre elas, está a obrigação de proteger os cidadãos contra as condutas delitivas de terceiros.

Assim, caso haja uma proteção aquém do mínimo exigido pela Constituição e pelas normativas internacionais ratificadas pelo Brasil, estaremos diante da aplicação da proibição de insuficiência.

Por conta disso, abre-se a possibilidade de afastar do ordenamento jurídico normas que criem uma situação de desproporcionalidade na proteção efetiva de bens jurídicos. Ressalta-se, para tanto, que tal incidência não é exclusiva do legislador, que incorrerá em inconstitucionalidade quando protege insuficientemente bens jurídicos, mas também ao Poder Judiciário que, ao interpretar equivocadamente determinada lei, mantém o estado de proteção deficiente.

Para averiguar a presença do referido princípio, pautou-se pelos ensinamentos de Ingo Sarlet, o qual, valendo-se das lições de Christian Calliess, aponta que é possível identificar o referido princípio a partir de três etapas: (i) análise da adequação da medida, isto é, se a medida é apta a proteger de modo eficaz o bem protegido; (ii) análise acerca da existência de outros meios de proteção mais eficazes e menos interventivos em interesses de terceiros ou da coletividade; bem como (iii) análise das consequências da efetivação das medidas de proteção com a necessidade de preservação de outros bens fundamentais.

Diante disso, sendo a proibição da proteção insuficiente considerada uma das dimensões da regra da proporcionalidade, sua violação deverá ser aferida no caso concreto, mediante análise estruturada das sub-regras acima elencadas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, analisou-se a adequação, necessidade e proporcionalidade do § 14, art. 7º, incluído pela Lei 14.365/22, no âmbito da proteção ao bem jurídico da administração da justiça no arcabouço normativo de prevenção e detecção aos delitos de lavagem de dinheiro.

Para tanto, partiu-se do cenário hipotético em que haja uma persecução penal em face de um advogado, o qual está sendo imputado pelo crime de lavagem de dinheiro por haver indícios de recebimento de honorários por serviços inexistentes, com o único intuito de dissimular a origem dos valores e reinseri-los na economia formal.

Nesse sentido, o objetivo da presente monografia é justamente questionar e responder o seguinte problema: seria possível o Poder Judiciário, durante a persecução penal do advogado, no âmbito do crime de lavagem de dinheiro e diante do § 14, do art. 7º, da Lei 8.906/94, concluir que não houve efetiva prestação de serviço em contrariedade ao Conselho Federal da OAB?

Feita a análise, compreendeu-se que o § 14, art. 7º, da Lei 14.365/22, é, de fato, um meio adequado para promover o fim que se pretende a lei, qual seja: garantir maior autonomia e segurança à classe dos advogados na fiscalização da prestação efetiva do serviço jurídico e no recebimento dos honorários advocatícios.

Nesse ponto, foi feita uma distinção entre a acusação, por parte do Estado, do advogado pela prestação (in)efetiva do serviço jurídico da acusação por serviço jurídico não prestado, ou seja, inexistente. Entendeu-se que o § 14 gerará uma proteção deficiente somente no segundo caso.

Em suma, é plenamente cabível a aplicação do § 14 quando se tratar de uma avaliação qualitativa de um serviço. Porém, quanto à análise da existência ou não do serviço, entende-se que tal exame poderá ser feito tanto pelo Conselho Federal quanto pelo Poder Judiciário, sendo desarrazoável afastar o Poder Judiciário desta análise, haja vista que poderá ensejar uma proteção deficiente ao bem jurídico aqui tutelado.

Em conclusão, entendeu-se caracterizada a proteção deficiente, e sua conseqüente inconstitucionalidade, ao bem jurídico da administração da justiça quanto à possibilidade de punição aos advogados que pratiquem a conduta de lavagem de dinheiro via simulação contratual, ou seja, por meio de serviços inexistentes, com intuito de reinserir capitais sujos na economia formal.

Para tanto, sugeriu-se uma interpretação conforme a Constituição para que se interprete o termo “prestação efetiva” indicado no § 14, do art. 7º, da Lei 8.906/93, como prestação existente. Dessa forma, exclui-se o serviço jurídico inexistente do alcance semântico do dispositivo, de modo a não violar o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual dispõe que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

5 CONCLUSÃO

Conforme visto ao longo deste trabalho, a realidade normativa referente à lavagem de dinheiro exige um aprofundado estudo para que se busque uma interpretação restritiva quanto ao seu âmbito de atuação na esfera penal, principalmente no que se refere a responsabilização penal do advogado que, poderia, ao menos em tese, estar sujeito aos mecanismos de controle e dever de prestar informações.

À vista disso, tornou-se fundamental um olhar mais atento às consequências da inserção da figura do advogado no sistema de prevenção à lavagem de dinheiro.

Por conseguinte, embora não esteja expressamente prevista a figura do advogado na legislação de lavagem, concluiu-se ser razoável interpretar, ao menos em tese, o advogado como um sujeito incluso pelo legislador como *gatekeeper* na prevenção aos crimes de lavagem.

Em contrapartida, assentou que tal entendimento não enseja a mitigação, de forma injustificada e desarrazoada, do sigilo profissional do advogado sob qualquer pretexto. Pelo contrário, é evidente que o sigilo profissional do advogado está assegurado tanto no plano constitucional como no plano infraconstitucional.

A partir da análise do inciso XIV, do art. 9º, da Lei 9.613/98, observou-se que o dispositivo poderia, ao menos em tese, impor deveres de informações à advocacia. Tal questão é, inclusive, referendada pela doutrina, desde que tais imposições se restrinjam aos “advogados de operações”.

No entanto, destacou-se que o Conselho Federal da OAB não coaduna com o entendimento doutrinário, afastando toda e qualquer possibilidade de restrição ao sigilo profissional independentemente do serviço jurídico prestado. Todavia, a posição tomada pelo Conselho Federal da OAB não significa, necessariamente, a impossibilidade de que o Estado brasileiro entenda necessária a imposição de obrigações aos “advogados de operações”, desde que sejam tomadas medidas proporcionais e razoáveis, de modo a não prejudicar o exercício profissional do advogado.

Portanto, concluiu-se ser, *prima facie*, constitucionalmente viável impor o dever de reportar operações suspeitas de lavagem de capitais aos advogados de operações que atuem em operações extrajurídicas estritas, sem que haja qualquer ofensa ao sigilo profissional ou ao artigo 133, da Constituição Federal.

Por conseguinte, considerando que a obrigação do advogado de operações seria de comunicar atividades atípicas e suspeitas, vislumbrou-se o risco de eventual imputação de lavagem de dinheiro do advogado em questão se basear pela via da omissão imprópria.

A partir disso, questionou-se se os deveres elencados na Lei 9.613/98 implicaria, automaticamente, no dever jurídico de agir para impedir possíveis atos de lavagem de capitais.

Para tanto, concluiu-se que a violação do dever de informação por parte do advogado de operações é incapaz de, por si só, impedir o curso causal da lavagem.

Dessa forma, ainda que se entenda pela existência do dever de garantia em relação a tais advogados, o que é meramente hipotético, dada a amplitude semântica do inciso XIV, art. 9º, da Lei 9.613/98, isso não implicaria na omissão imprópria e na responsabilidade penal do advogado. Em suma, o advogado somente será responsabilizado se participar dolosamente dos atos de lavagem.

Por fim, expôs-se os desdobramentos da análise do § 14, no art. 7º, do EAOAB, em que se delegou a competência exclusiva ao Conselho Federal da OAB para fiscalizar o efetivo exercício profissional e o recebimento de honorários pelos advogados.

Feito as condições necessárias, analisou-se a adequação, necessidade e proporcionalidade da norma em questão no âmbito da proteção ao bem jurídico da administração da justiça no arcabouço normativo de prevenção e detecção aos delitos de lavagem de dinheiro.

Para averiguar a presença do referido princípio, foram seguidos os seguintes critérios de análise: (i) adequação da medida, isto é, se a medida é apta a proteger de modo eficaz o bem protegido; (ii) existência de outros meios de proteção mais eficazes e menos interventivos em interesses de terceiros ou da coletividade; bem como (iii) consequências da efetivação das medidas de proteção com a necessidade de preservação de outros bens fundamentais.

Nesse viés, constatou-se que o § 14, art. 7º, da Lei 14.365/22, cumpre o primeiro requisito, sendo, de fato, um meio adequado para promover o fim que se pretende a Lei, qual seja: garantir maior autonomia e segurança à classe dos advogados na fiscalização da prestação efetiva do serviço jurídico e no recebimento dos honorários advocatícios.

Contudo, ainda que se entenda legítima a competência atribuída ao Conselho Federal da OAB de forma a garantir a autonomia da classe de advogados e a defesa de suas prerrogativas, foi observada a possibilidade de uma proteção deficiente quando se estiver diante

de um advogado que não prestou serviços de fato, o qual possui um escritório de advocacia de fachada, ou seja, como mero aparato de lavagem.

Nesse ponto, foi feita uma distinção entre a acusação, por parte do Estado, do advogado pela prestação (in)efetiva do serviço jurídico da acusação por serviço jurídico não prestado, ou seja, inexistente. Entendeu-se que o § 14 gerará uma proteção deficiente somente no segundo caso.

Em suma, infere-se ser cabível a aplicação do § 14 quando se tratar de uma avaliação qualitativa de um serviço. Porém, quanto à análise da existência ou não do serviço, entende-se que tal exame poderá ser feito tanto pelo Conselho Federal quanto pelo Poder Judiciário, sendo desarrazoável afastar o Poder Judiciário desta análise, haja vista que poderá ensejar uma proteção deficiente ao bem jurídico aqui tutelado.

Em conclusão, entendeu-se caracterizada a proteção deficiente, e sua conseqüente inconstitucionalidade, ao bem jurídico da administração da justiça quanto à possibilidade de punição aos advogados que pratiquem a conduta de lavagem de dinheiro via simulação contratual, ou seja, por meio de serviços inexistentes, com intuito de reinserir capitais sujos na economia formal.

Para tanto, sugeriu-se uma interpretação conforme a Constituição para que se interprete o termo “prestação efetiva” indicado no § 14, do art. 7º, da Lei 8.906/93, como prestação existente. Dessa forma, exclui-se o serviço jurídico inexistente do alcance semântico do dispositivo, de modo a não violar o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual dispõe que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Assim, respondendo o problema levantado na introdução desta monografia, compreende-se ser possível que o Poder Judiciário, durante a persecução penal do advogado, no âmbito do crime de lavagem de dinheiro e diante do § 14, do art. 7º, da Lei 8.906/94, analise questões referentes a (in)existência de prestação de serviços jurídicos, sem, contudo, adentrar no mérito qualitativo do serviço, ou seja, se foi prestado de forma efetiva e adequada.

Por fim, cabe indicar que esta monografia não esgota o assunto referente aos desdobramentos da competência atribuída ao Conselho Federal da OAB pelo § 14, do art. 7º, da Lei 8.906/94.

Ao contrário, há diversos questionamentos a serem respondidos, os quais necessitam de uma pesquisa mais aprofundada, tendo em vista que fogem do escopo desta monografia. Dentre as principais, destacam-se os seguintes problemas: Caso haja uma decisão do Conselho

Federal da OAB demonstrando que houve, de fato, a prestação de serviços jurídicos, quais seriam as suas consequências no desdobramento da persecução penal? Ainda que não seja pressuposto para o início da persecução, o Poder Judiciário deverá ter uma posição de deferência à decisão tomada no âmbito do Conselho Federal? A decisão gozaria de uma presunção absoluta ou relativa? Caberia ao Ministério Público o ônus de elencar os motivos pelos quais deveria ser afastado, no caso concreto, os fundamentos emitidos pelo conselho na análise da prestação efetiva de serviços?

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do direito penal econômico**. Curitiba: Juruá. 2012.

BARRILARI, Claudia Cristina. **Algumas considerações sobre os crimes de perigo e o direito penal econômico**. Revista dos Tribunais. Vol. 903/2011, p. 411-424, Jan/2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **Crítérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada**. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael [Coor.]. Direito penal econômico: questões atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico**. Volume 2. São Paulo: Saraiva. 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz e ESTELLITA, Heloisa. **Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo código de ética**. Revista do Advogado, v. 36, n. 129, 2016.

BRASIL. **Consulta nº 49.0000.2012.006678-6/OEP**. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Relatora: Daniela Rodrigues Teixeira. Julgado em: 20.08.2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 de novembro de 2022.

BRASIL. Decreto 154, de 26 de junho de 1991. **Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Decreto 5.015, de 12 de março de 2004. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 21 de novembro de 2022.

BRASIL. **Exposição de Motivos 692**, de 18 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.gov.br> Acesso em 24 de novembro de 2022.

BRASIL. **Lei 8.906**, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 de novembro de 2022.

BRASIL. **Lei 9.613**, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 de novembro de 2022.

BRASIL. **Lei 12.683**, de 9 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 de novembro de 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação. As recomendações do GAFI**. Disponível em: <https://www.coaf.fazenda.gov.br>. Acesso em 24 de novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região, **Apelação Criminal 5008326-03.2010.4.04.7100**, Oitava Turma, Desembargador Relator Paulo Afonso Brum Vaz, julgado em 22/03/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112/DF**, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 02/05/2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **Recurso Extraordinário 778.889/PE**, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 10/03/2016

CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CERVINI, Raúl; Gomes, Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CONVENÇÃO DE ESTRASBURGO. **Branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime**. Disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt>. Acesso em: 21 de novembro, 2022.

CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. **Do conselho da Europa para a prevenção do terrorismo**. <https://eur-lex.europa.eu>. Acesso em: 21 de novembro, 2022.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAVID, Décio Franco. **Manual de direito penal econômico**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

DE GRANDIS, Rodrigo. **O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. CARLI, Carla Veríssimo de (org.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

DIAS, Fernando Gardinali Caetano. **Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, setembro-outubro, 2014.

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

DINIZ, Eduardo Saad. **O modelo brasileiro de prevenção à lavagem de dinheiro: as repercussões da ação penal 470**. Boletim do IBCCRIM, nº. 242, janeiro, 2013.

DIRETIVA DO CONSELHO de 10 de Junho de 1991 relativa à **prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais** (91/308/CEE). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>. Acesso em: 21 de novembro, 2022.

DIRECTIVA 2001/97/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 4 de dezembro de 2001, que altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho relativa à **prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais** - Declaração da Comissão. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>. Acesso em: 21 de novembro, 2022.

DIRETIVA 2005/60/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de outubro de 2005 relativa à **prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>. Acesso em: 21 de novembro, 2022.

DIRETIVA (UE) 2015/849 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 20 de maio de 2015 relativa à **prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo**, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>. Acesso em: 21 de novembro, 2022.

DIRETIVA (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à **prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo** e que altera as Diretivas 2009/138/CE e 2013/36/UE (Texto relevante para efeitos do EEE). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>. Acesso em: 21 de novembro, 2022.

DOTTI, René Ariel. **Algumas reflexões sobre o “direito penal dos negócios”**. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Direito Penal Econômico e da Empresa: Teoria geral da tutela penal transindividual. Coleção doutrinas essenciais; v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do Direito Penal: Leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. 1ª Ed. Florianópolis: Emais Academia. 2020.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance (org.); ALMEDIDA, José Raul Gavião de (org.); MORAES, Maurício Zanoide de (org.). **Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo**. São Paulo: RT, 2008.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. **Direito penal e pós-modernidade: a proporcionalidade como instrumento de correção da expansão irrazoável da intervenção penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 145/2018, jul/2018.

FRANCO, Alberto Silva. **Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. (coord. Alberto Silva Franco, Rui Stoco). São Paulo: RT, 2007.

FREITAS, Juarez. **Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância**. Revista Interesse Pública. Porto Alegre, Notadez, Ano VII, n. 35, 2006.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. **A proibição de proteção deficiente**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, nº 61, maio/2008/out./2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral. Vol. 2**. São Paulo: RT, 2007.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras**. Boletim do IBCCRIM nº. 237, agosto/2012

GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; REGO, Davi Uruçu. **Funções dogmáticas e legitimidade dos tipos penais na sociedade do risco**. Ciências penais. Vol. 09/2008, dez/2008.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal internacional**. 1 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Legislação penal especial. Volume 2**. São Paulo: Saraiva. 2010.

LAUFER, Christian. Silva, Robson A. Galvão da. **A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro**. Boletim do IBCCRIM. V. 204, Nov/2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo Leivas. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Vinícios de Melo. **Lavagem de dinheiro e ações neutras**. Curitiba: Juruá, 2014.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras e teoria do abuso de direito - Um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia.** São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nov./dez., v. 22, n. 111, 2014.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **A instrumentalidade garantista do Processo Penal.** Disponível em:
professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17675/material/Instrumentalidade%20Garantista.pdf. Acesso em 24 de novembro de 2022.

MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do direito penal – a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena.** São Paulo: Ed.34 - Edesp, 2004.

MAMBRINI, Fernanda Rodolfo. **Proporcionalidade: Do excesso de proibição e da proteção deficiente.** Empório do Direito. 24 de março de 2015. Disponível em:
<https://emporiiododireito.com.br/leitura/proporcionalidade-do-excesso-de-proibicao-e-da-protecao-deficiente>. Acesso em 24 de novembro de 2022.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal.** Volume 2. 1ª edição atualizada. Campinas: Bookseller. 1997.

MARQUES, Mateus. **Importantes alterações no Estatuto da OAB após o advento da Lei nº 14.365/22.** Revista Consultor Jurídico. 29 de agosto de 2022. Disponível em:
conjur.com.br/2022-ago-29/mateus-marques-abuso-autoridade-violacao-prerrogativas. Acesso em 24 de novembro de 2022.

MASSUD, Leonardo; SARCEDO, Leandro. **O exercício da advocacia e a lavagem de capitais: panorama brasileiro.** In: OLIVEIRA, William Terra de (Org.) et al. Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann, v. 1, 1.ed. São Paulo: LiberArs, 2013.

MIGALHAS. **Dez pontos positivos em nova lei que altera Estatuto da Advocacia.** 3 de junho de 2022. Disponível migalhas.com.br/quentes/367353/veja-dez-pontos-positivos-em-nova-lei-que-altera-estatuto-da-advocacia. Acesso em 24 de novembro de 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Cidadania e Advocacia no Estado Democrático de Direito.** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, 50, 1997.

NETTO, Aldo Romani. **Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais.** Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Getúlio Vargas, São Paulo: 2018.

OAB Nacional. **Com lei que altera Estatuto, vitória no Legislativo é celebrada pela advocacia**, 5 de julho de 2022. Disponível em: oab.org.br/noticia/59809/com-lei-que-altera-

estatuto-vitoria-no-legislativo-e-celebrada-pela-advocacia. Acesso em 24 de novembro de 2022.

OAB Nacional. **Nova lei fortalece a advocacia e o cidadão**. 3 de junho de 2022. Disponível em: oab.org.br/noticia/59781/nova-lei-fortalece-a-advocacia-e-o-cidadao. Acesso em 24 de novembro de 2022.

OAB Nacional. **Relembre as etapas da tramitação legislativa que originou a Lei 14.365/22**, 7 de junho de 2022. Disponível em: oab.org.br/noticia/59791/relembre-as-etapas-da-tramitacao-legislativa-que-originou-a-lei-14-365. Acesso em 24 de novembro de 2022.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2011.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. **Lavagem de capitais e delitos omissivos: a responsabilidade penal pelo descumprimento dos deveres de compliance**. Curitiba: Juruá, 2015.

PRADO, Luís Regis. **Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. v.1; 7. ed. São Paulo: RT, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: 2ª Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Nova lei amplia direitos de advogados, avaliam especialistas**. 06 de junho de 2022. Disponível em: conjur.com.br/2022-jun-05/lei-amplia-direitos-advogados-avaliam-especialistas. Acesso em 24 de novembro de 2022.

RIOS, Rodrigo Sanchez. **Advocacia e lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIOS, Rodrigo Sanchez. **Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação**. *Revista dos Tribunais*, vol. 775/2000, p. 432-448, maio/2000.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAADI, Ricardo Andrade. **O combate à lavagem de dinheiro**. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2007.

- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quarter Latin, 2006.
- SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas relações pós-industriais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do fato punível**. Curitiba: Lumen Juris, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 10, fls. 303-354, Madrid (2006).
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal**. Revista da AJURIS, n. 109, v. 35, p. 139 e segs, 2008
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de proteção insuficiente e direito a um meio ambiente equilibrado**. 14 de agosto de 2020, Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-14/direitos-fundamentais-proibicao-protecao-insuficiente-meio-ambiente-equilibrado>. Acesso em 24 de novembro de 2022.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- SCHORSCHER, Vivian Cristina. **A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2012.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 81-83.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, José Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In Revista dos Tribunais n. 798. Ano 91, abr. 2002.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **A ideia penal sobre a corrupção no Brasil da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 89/2011, mar-abr/2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito penal de Perigo**. Revista dos Tribunais; 1ª ed, 2006.

SIQUEIRA Flávio Augusto Maretti Sgrilli. **O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SOARES, Rafael Junior. **Exercício da advocacia e a lavagem de dinheiro: os limites da responsabilidade penal do advogado**. Londrina, PR: Thoth, 2021,

STRECK, Lenio Luiz (org.). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O Direito Penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. São Leopoldo: UNISINOS, Mestrado, 2008.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons, 2012.