

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE DIREITO**

CÍCERO ALVES DE SOUSA NETO

**A LAVAGEM DE DINHEIRO E A ADVOCACIA: UM ESTUDO SOBRE A QUES-
TÃO DO RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS MACULADOS E A SUA CONFOR-
MAÇÃO NOS TIPOS PENAIIS DA LEI Nº 9.613/1998**

**NATAL – RN
2016**

CÍCERO ALVES DE SOUSA NETO

A LAVAGEM DE DINHEIRO E A ADVOCACIA: UM ESTUDO SOBRE A QUESTÃO DO RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS MACULADOS E A SUA CONFORMAÇÃO NOS TIPOS PENAIIS DA LEI Nº 9.613/1998

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de **Bacharel em Direito** do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

Orientador: Professor Msc. João Batista Machado Barbosa

**NATAL – RN
2016**

CÍCERO ALVES DE SOUSA NETO

A LAVAGEM DE DINHEIRO E A ADVOCACIA: UM ESTUDO SOBRE A QUESTÃO DO RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS MACULADOS E A SUA CONFORMAÇÃO NOS TIPOS PENAIIS DA LEI Nº 9.613/1998

Monografia apresentada como requisito necessário para a obtenção do título de Bacharel em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

Monografia aprovada em: 05/12/2016

Cícero Alves de Sousa Neto

Professor Msc. João Batista Machado Barbosa
Orientador

Professor José Eduardo Moura

Professor Leonardo Medeiros Júnior

À vovó Aday e vovô Cícero, por tudo que representam em minha vida, e pelo amor, carinho e educação que ganhei com a sua convivência.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela dádiva da vida e pelas oportunidades que me concedeu.

À minha família – seio acolhedor, companheiro e fundamental –, por nunca faltar comigo, e pelo constante incentivo aos estudos.

Aos docentes do Curso de Direito do UNI-RN. Notadamente, os professores Anderson Leonardo de Oliveira Brito, pelo carisma e pelos ensinamentos em matéria de recursos, de procedimentos especiais e de direito financeiro (nos intervalos); Felipe Maciel Pinheiro Barros, que ministrou brilhantemente as nuances do processo de conhecimento, da tutela provisória e dos precedentes judiciais; Assis Rogério Maia, que me mostrou como a nossa República funciona através das suas explicações sobre a Organização do Estado e dos Poderes, além de ter simplificado o complexo controle de constitucionalidade (talvez a disciplina que mais gostei ao longo da graduação); Hallison Rêgo Bezerra, um exemplo de magistrado, por ter me apresentado aos direitos e garantias fundamentais, tão caros aos cidadãos brasileiros, e por ter coordenado o “Magistratura: Análises e Debates”, um projeto de extensão maravilhoso que tive a satisfação de integrar e que no seu final se transformou em um livro; Fábio Fidelis de Oliveira, que me introduziu ao direito (quicá a tarefa mais importante); Alexandro Gomes dos Santos, pelo profissionalismo, organização e brilhantismo à frente da teoria geral do direito penal; e João Batista Machado Barbosa, por ter aceitado me orientar. Também faço questão de destacar o trabalho primoroso dos professores Humberto Lima de Lucena Filho, Luciana Flávia Nunes Casimiro e Abraão Luiz Figueira Lopes, no ministério das suas respectivas disciplinas.

Aos meus colegas de turma, mais especialmente aos queridos João Paulo de Farias, Kelson Medeiros e a Ohara Oliveira.

E, por fim, mas não menos importante, à minha amada Fernanda dos Santos Silva, pelo amor, afeto, companheirismo e parceria, e pela sua paciência em virtude das horas de estudo roubadas da sua convivência.

“Labutastes a semana toda, o vosso curso de cinco anos, com teorias, hipóteses e sistemas, com princípios, teses e demonstrações, com leis, códigos e jurisprudências, com expositores, intérpretes e escolas. Chegou o momento de vos assentardes, mão por mão, com os vossos sentimentos, de vos pordes à fala com a vossa consciência (...)”

Ruy Barbosa

RESUMO

Busca-se, com pauta no método de abordagem dedutivo, discutir, de forma profunda e específica, a problemática atinente aos limites da responsabilização criminal do advogado pelo delito de lavagem de ativos, nos casos de recebimento de honorários originários de atividades criminosas. Quanto às técnicas de pesquisa, a coleta de dados para a composição da pesquisa consistiu em um estudo bibliográfico. O objetivo geral do trabalho em apreço consiste em analisar o recebimento de honorários advocatícios maculados como ato configurador ou não-configurador do crime de lavagem de ativos. Além disso, objetiva-se, especificamente, (a) elaborar considerações sobre os aspectos mais relevantes sobre o crime de lavagem de dinheiro; e (b) sublinhar a importância institucional da Advocacia, bem como outros pontos expressivos à categoria. Ao final, far-se-á a defesa da tese no sentido de que a conduta do advogado de receber honorários maculados não constitui crime de lavagem de dinheiro, porquanto ser formalmente (ou objetivamente) atípica, desde que o causídico tenha prestado os seus serviços profissionais; e que quando do recebimento dos honorários, o advogado tenha providenciado a emissão de nota fiscal ou de recibo, documentando o pagamento.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Lavagem de Dinheiro. Advocacia. Honorários Maculados.

ABSTRACT

MONEY LAUNDERING AND THE ADVOCACY: A STUDY ABOUT THE QUESTION OF THE ILLEGAL PAYMENTS RECEIVED AND IT'S FORMING ON THE TEXT OF LAW Nº 9.613/1998

Seeks, using the deductive method of approach, discuss deeply and specifically the topic regard to the limits of criminal liability of the lawyer for the money laundering crime, the fee receipt of cases originating from criminal activities. As research techniques, data collection for the composition of the research consisted in a bibliographic study. The overall objective of the work in question is to examine the receipt of legal fees as tainted configurator act or not configurator of the money laundering crime. Besides, the specific objective comprises (a) prepare considerations on the most relevant aspects of money laundering; and (b) emphasize the importance of institutional advocacy and salutary other significant points to the category. At the end, the defense of the thesis will be made to the effect that the conduct of the lawyer receiving fees is not tainted money laundering, because it's a formally (or objectively) atypical behavior, since the barrister has provided his professional services; and upon receipt of the fees, the lawyer has documented the payment.

Key Words: Economic Criminal Law. Money Laundry. Advocacy. Illegal Payment.

SUMÁRIO

RESUMO.....	VI
ABSTRACT.....	VII
1. INTRODUÇÃO.....	10
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.....	11
2.1. Do conceito.....	14
2.2. Das fases da lavagem de dinheiro.....	15
2.2.1. Do <i>placement</i>	15
2.2.2. Do <i>layering</i>	16
2.2.3. Do <i>recycling</i>	17
2.3. Do tipo penal subjetivo.....	18
2.4. Do bem jurídico tutelado pela Lei de Lavagem de Dinheiro.....	23
2.5. Da assessoriedade da Lavagem de Capitais em relação à infração penal anteceden-	
te.....	25
2.6. Da autolavagem.....	26
2.7. Das modalidades equiparadas de lavagem de ativos previstas na lei federal nº	
9.613/1998.....	28
2.8. Do conflito aparente de normas penais incriminadoras.....	30
2.8.1. Da lavagem de dinheiro <i>versus</i> a receptação.....	30
2.8.2. Da lavagem de dinheiro <i>versus</i> o favorecimento real.....	30
2.8.3. Da lavagem de dinheiro <i>versus</i> a evasão de divisas.....	31
3. DO ADVOGADO: A SUA IMPORTANCIA INSTITUCIONAL E OS HONORÁ-	
RIOS.....	
33	
4. DA ANÁLISE DO RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MACU-	
LADOS COMO ATO (NÃO) CONFIGURADOR DO CRIME DE LAVAGEM DE DI-	
NHEIRO.....	39
4.1. Dos critérios propostos pela doutrina com o fim de solucionar a questão.....	41
4.1.1. Dos critérios exculpantes.....	41
4.1.1.1. Do exercício regular de direito.....	41
4.1.1.2. Da preponderância dos interesses.....	42
4.1.1.3. Da boa-fé do advogado.....	43
4.1.2. Do critério atinente ao tipo penal subjetivo.....	43

4.1.3. Dos critérios relativos ao tipo penal objetivo.....	45
4.1.3.1. Da redução teleológica do tipo.....	45
4.1.3.2. Da interpretação da conduta do advogado à luz da garantia constitucional de defesa.....	46
4.1.3.3. Do critério da adequação profissional.....	48
4.1.3.4. Do critério da ação neutra.....	50
4.2. Dos fundamentos da atipicidade objetiva da conduta do profissional da advocacia que recebe honorários advocatícios maculados.....	51
4.2.1. Da impossibilidade de se enquadrar o pagamento do constituinte ao seu advogado com os proveitos das suas atividades criminosas como crime de lavagem de capitais.....	53
4.2.2. Da impossibilidade de se emoldurar a conduta do advogado que emite nota fiscal ou recibo quando do recebimento de honorários maculados nos tipos penais da Lei de Lavagem de Dinheiro.....	55
4.2.3. Do recebimento de honorários advocatícios maculados como uma conduta neutra.....	56
5. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62

1. DA INTRODUÇÃO

A sociedade enfrenta, atualmente, um contexto de criminalidade completamente distinto da realidade de algumas décadas atrás. Nos dias de hoje, essa criminalidade se destaca e muda paradigmas em virtude de características antes jamais experimentadas pelas instituições responsáveis pelo seu controle, quais sejam: a sua organização, o seu poder econômico e, em alguns casos, a sua internacionalidade.

A vivência tem demonstrado que a criminalidade tem sido dominada por verdadeiras associações compostas por um agrupamento considerável de pessoas, que chamam a atenção pela sua estrutura ordenada e pela divisão de tarefas entre os seus componentes. São organizações que, em determinados casos, chegam a ultrapassar os limites territoriais de Estados. Elas objetivam obter, direta ou indiretamente, vantagens de qualquer natureza mediante atividades criminosas, as quais podem chegar a uma quantidade substancial de rendimentos patrimoniais e monetários.

Diante dessa conjuntura, a camuflagem, o disfarce da origem ilícita dos bens e valores provenientes das suas empreitadas ilícitas, tem se tornado um mecanismo de perpetuação de várias organizações criminosas e, por conseguinte, da delinquência atual. Essa situação aponta para um cenário de maior sofisticação, no que tange às formas de administração e de reciclagem do patrimônio ilícito por parte das associações criminosas contemporâneas.

Nesse sentido, a implementação de políticas de enfrentamento a essa grave realidade mostrou-se como necessidade premente, preocupação esta que não se restringe a determinado país ou região do globo, mas, sim, que é partilhada em todo o mundo, sendo, ao longo dos anos, efetivada e aperfeiçoada. Nessas políticas de confronto, as regras que criminalizaram a lavagem de dinheiro e que disciplinaram sobre os procedimentos legais antilavagem assumiram posição de destaque.

Nada obstante, com o passar do tempo e a consequente sofisticação dos métodos de escamoteamento do patrimônio ilícito, os meandros da lavagem de dinheiro passaram a atingir a advocacia e os seus profissionais. Mas não no que diz respeito à necessidade do causídico entender o processo da lavagem de ativos, e sim no que concerne ao exercício propriamente dito da sua atividade profissional.

Muito se tem discutido na doutrina sobre a possibilidade ou impossibilidade de o advogado ser dado como incurso nos tipos penais da lavagem de capitais, utilizando-se como base inúmeras situações fáticas vivenciáveis por este profissional do direito e preceitos normativos que criminalizam o branqueamento de capitais.

Incluído nesse pano de fundo está o caso do advogado que recebe como honorários valores advindos de atividades criminosas praticadas pelo seu cliente. Poderia o causídico, nessa situação, ser responsabilizado criminalmente pelo crime de lavagem de dinheiro? Estaria o advogado concorrendo com o seu cliente para a prática de, ardilosamente, transformar um patrimônio de origem ilícita em um produto lícito?

A partir dessa linha de questionamentos, emerge uma complexa e árdua problemática, a saber: até que ponto a atitude do profissional da advocacia, no contexto supramencionado, é (des)conforme o direito? Quais os limites da responsabilização criminal do advogado pelo delito de lavagem de ativos, nos casos de recebimento de honorários originários de atividades criminosas?

Buscar-se-á resolver a problemática acima exposta com pauta no método de abordagem dedutivo, partindo-se das noções mais gerais a respeito do crime “lavagem de dinheiro” e dos pontos essenciais atinentes à Advocacia – notadamente, a sua importância institucional, a natureza jurídica da função, a deontologia da profissão e os honorários, para se trabalhar e conhecer uma parte específica, fruto da interseção destes últimos.

Quanto às técnicas de pesquisa, a coleta de dados para a composição do trabalho consiste em uma colheita e estudo de bibliografia.

Isso posto, consiste o principal objetivo desta pesquisa em analisar o recebimento de honorários advocatícios maculados como ato (não) configurador do crime de lavagem de ativos; ao passo que os objetivos específicos compreendem: (i) tecer algumas considerações relevantes sobre o crime de lavagem de dinheiro; (ii) destacar a inegável importância institucional da advocacia e sublinhar outros pontos relevantes à categoria dos causídicos.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A expressão *money laundering* surgiu da ideia de alguns criminosos (mais destacadamente, a pessoa de Alphonsus Gabriel Capone, também conhecido pelas alcunhas de “Al Capone” ou “Scarface”) integrantes da máfia que operava na cidade de Chicago, nos Estados Unidos da América, por volta das décadas de 1920 e de 1930, de mascarar a evolução desproporcional do seu patrimônio, o qual era proveniente do contrabando de bebidas e de armas.

A ideia consistiu no uso de lavanderias de roupas e de automóveis, para que fosse possível justificar às autoridades competentes a origem do dinheiro, com o fito de não levantar quaisquer suspeitas de ilicitude. Em termos práticos, caso os integrantes da máfia fossem

indagados pelo fisco americano sobre a origem do seu vultuoso (e injustificável) patrimônio, a resposta seria simples: que é produto das atividades da lavanderia.

Trata-se de um artifício que pode parecer simples. Entretanto, Vlamir Costa Magalhães (2014) pontua um fato interessante sobre o contexto acima exposto: o fato de que os agentes públicos que efetuaram a prisão de Alphonsus Capone eram contadores das agências de tributos dos Estados Unidos, e não policiais fortemente armados.

Segundo o próprio Magalhães:

Este dado enfatiza a realidade típica de uma criminalidade inteligente, requintada e que foge do estereótipo predominantemente violento ao qual o sistema penal está acostumado. Tanto é assim que o insucesso de Capone no encobrimento da raiz criminoso de sua renda estimulou outros criminosos a contratarem profissionais do campo jurídico-financeiro visando a criação de métodos que os livrassem do mesmo destino (...) (2014, p. 167).

A partir de então, a cada atitude repressiva do Poder Público no sentido de coibir a dissimulação da origem ilícita de capitais, a criminalidade organizada criou novas maneiras de driblar essas intentadas do Estado, com o fito de aperfeiçoar cada vez mais a metodologia da ocultação de patrimônio irregular (MAGALHÃES, 2014).

Após um hiato de aproximadamente cinquenta e cinco anos, o fenômeno da lavagem de dinheiro volta a chamar a atenção das autoridades estatais, só que agora num âmbito internacional. Disso, resultou a celebração da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), no dia 20/12/1988.

É verdade que a preocupação maior dos Estados signatários residia no crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas e na ameaça que isso representava (ou melhor, ainda representa) à sociedade e à economia.

Contudo, nessa Convenção Internacional, também se reconheceu que o tráfico ilícito de entorpecentes gera consideráveis rendimentos financeiros – circunstância que estimula os agentes criminosos a utilizarem de mecanismos capazes de ludibriar as entidades fiscalizadas quanto à ilicitude do seu patrimônio. Por esse motivo, a Convenção de Viena buscou bloquear as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito de entorpecentes e de outras substâncias do produto das suas atividades criminosas.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima assinala que,

De certa forma, evidenciada a ineficácia do Direito Penal em coibir a atividade primária de tráfico de drogas, a criminalização da lavagem de capitais surge, então, como importante meio de se controlar os fluxos financeiros provenientes daquela atividade ilícita. (2015, p. 286).

Simultaneamente, a comunidade internacional depositou seus esforços no sentido de criar um instrumento internacional idôneo a coibir a lavagem de dinheiro, destacando-se, nesse particular, o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), “(...) responsável por elaborar propostas preventivas para o problema da lavagem de dinheiro e a utilização do sistema bancário e das instituições financeiras para essa prática” (ANSELMO, 2013, p. 88). Esse grupo veio a se tornar o organismo de maior proeminência no campo de combate à lavagem de capitais, na esfera internacional.

A República Federativa do Brasil ratificou a Convenção de Viena contra o tráfico ilícito de entorpecentes através do Decreto nº 154, de 26/06/1991. Contudo, apenas com a publicação da lei federal nº 9.613/1998 é que o Brasil efetivamente criminalizou a lavagem de ativos.

Vale destacar que a mencionada lei criminalizava a ocultação ou a dissimulação de capitais provenientes de um número maior de delitos (e não somente do tráfico ilícito de entorpecentes, como ficou consignado na Convenção de Viena de 1988), fixados em rol taxativo no art. 1º da mencionada lei, *v.g.*, o terrorismo e seu financiamento; o contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; contra a Administração Pública; contra o Sistema Financeiro Nacional; praticado por Organização Criminosa etc.

Porém, em junho de 2011, o GAFI apresentou um relatório de avaliação do Brasil pontuando diversas críticas ao sistema inaugurado pela lei federal nº 9.613/1998, das quais se pode destacar: (i) poucas condenações pelo crime de lavagem de dinheiro; (ii) pequena variedade de crimes antecedentes; (iii) falta de responsabilização civil e/ou administrativa de pessoas jurídicas pela prática da lavagem de ativos; (iv) baixo número de confisco de bens; e (v) sistema judiciário deficitário, que dificulta as persecuções penais e condenações finais pelo crime em espeque (SAADI, 2012).

Nesse diapasão, buscando corrigir os erros apontados pelo GAFI em seu relatório avaliativo, o Congresso Nacional processou e aprovou a lei federal nº 12.683/2012, a qual introduziu várias mudanças, dentre as quais é possível destacar: (i) o maior fortalecimento do controle administrativo das instituições consideradas como “sensíveis” à prática de lavagem de dinheiro; (ii) a ampliação das medidas cautelares patrimoniais cabíveis no curso da persecução penal pelo delito em apuro; e (iii) a extinção do rol taxativo de crimes antecedentes, de

modo que “qualquer infração penal (e não mais apenas crimes) com potencial para gerar ativos de origem ilícita pode ser antecedente de lavagem de dinheiro” (ARAS, 2012, p. 5)¹.

2.1. Do conceito

De acordo com os professores Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Henrique Badaró:

Lavagem de dinheiro é o ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravençional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude. (2013, p. 23).

O professor Renato Brasileiro de Lima, a seu turno, explica que “(...) a lavagem de capitais é o ato ou o conjunto de atos praticados por determinado agente com o objetivo de conferir aparência lícita a bens, direitos ou valores provenientes de uma infração penal” (2015, p. 288).

O legislador, por sua vez, registrou no *caput* do art. 1º da lei federal nº 9.613/1998 (com redação alterada pela lei nº 12.683/2012) o seguinte tipo penal, definindo o conceito legal da lavagem de capitais: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.”.

No escólio dos professores André Luís Callegari, Carlos Eduardo Scheid e Roberta Lofrano Andrade:

(...) a ocultação se apresenta como o ato de esconder ou encobrir bens ou valores originários de crime antecedente. (...) Já a dissimulação, por seu turno, traz um acréscimo à conduta de ocultar, pois se refere ao disfarce, ao fingimento, à ocultação por meio de astúcia. (...) Assim, a ocultação seria o simples encobrimento, e a dissimulação seria a ocultação adjetivada, ou seja, sempre mediante o emprego do engano, do disfarce, da utilização de uma técnica que permite esconder com astúcia os bens provenientes dos delitos prévios dispostos na Lei de Lavagem. (2011, p. 228-229).

Pierpaolo Cruz Bottini, em lição mais técnica, professa que:

¹ Vale destacar que essa medida (a extinção do rol taxativo de crimes antecedente fixado no art. 1º da lei nº 9.613/98), em particular, foi fortemente criticada por parte da doutrina, a qual entende que o legislador foi excessivo ao se afastar do parâmetro prefixado na Convenção de Palermo, aprovada em novembro de 2000, que sugeriu que os crimes antecedentes da lavagem de dinheiro fossem dotados de alguma gravidade, sinalizado como parâmetro àqueles delitos cuja pena máxima em abstrato não seja inferior a quatro anos. Isso porque, com a extinção do rol taxativo de infrações penais antecedentes, é possível que o autor de uma contravenção penal se sujeite às penas da Lei de Lavagem de Dinheiro (ESTELLITA, BOTTINI, 2012; TEBET, 2012).

Ocultar significa esconder, tirar de circulação, subtrair de vista. (...) A dissimulação é o ato – ou conjunto de atos – posterior à ocultação. (...) Dissimular é o movimento de distanciamento do bem de sua origem maculada, a operação efetuada para aprofundar o escamoteamento, e dificultar ainda mais o rastreamento dos valores. (2014, p. 489)

Urge colocar que o legislador faz menção, no art. 1º, *caput*, *in fine*, da Lei de Lavagem de Dinheiro, a uma infração penal antecedente. Desse modo, pode-se afirmar que se está diante de uma norma penal em branco homogênea, já que o tipo penal em apuro, quando da sua aplicação, deverá ser complementado por outro texto normativo originário da mesma fonte formal da lei complementada (BRASILEIRO DE LIMA, 2015).

Vale observar também que o crime de lavagem de dinheiro se trata de um delito formal, logo, “(...) não há necessidade de realização daquilo que é pretendido pelo agente, e o resultado jurídico previsto no tipo ocorre ao mesmo tempo em que se desenrola a conduta (...)” (MIRABETE; FABBRINI, 2014, v.1, p. 119), havendo separação lógica entre o comportamento que o legislador visa a coibir e o resultado.

2.2. Das fases da lavagem de dinheiro

A prática da lavagem de dinheiro consiste em um processo que se inicia com a consumação de uma infração penal antecedente, através da qual o agente provê capital financeiro ilícito, e se desenrola em um conjunto de três fases, quais sejam: (i) o *placement*, que consiste na ocultação do dinheiro sujo; (ii) o *layering*, que diz respeito à dissimulação da quantia; e (iii) o *recycling*, no qual o agente faz a integração do montante na ordem econômica.

Nada obstante, é necessário esmiuçar um pouco mais cada uma dessas fases.

2.2.1. Do *placement*

O *placement* é a primeira fase da lavagem de dinheiro, também chamada de “ocultação” ou de “colocação”.

De acordo com Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Henrique Badaró, “trata-se do movimento inicial para distanciar o valor de sua origem criminoso (...)” (2013, p. 26).

Renato Brasileiro de Lima, a seu turno, professa que a colocação “consiste na introdução do dinheiro ilícito no sistema financeiro, dificultando a identificação da procedência

dos valores de modo a evitar qualquer ligação entre o agente e o resultado obtido com a prática do crime antecedente” (2015, p. 290).

Do ponto de vista de Callegari, Scheid e Andrade, “isso ocorre porque os criminosos têm ciência de que a acumulação de grandes somas de dinheiro pode chamar a atenção com relação a sua procedência ilícita” (2011, p. 226).

Em face do exposto, pode-se inferir que a (primeira) fase da ocultação consiste num ato ou sucessão de atos do agente que introduz no sistema econômico o montante financeiro obtido como consequência da prática do crime antecedente. Isso com o fito de se distanciar desses recursos, visando a pôr fim a qualquer tipo de relação entre a sua pessoa e aquela quantidade de suspeita de dinheiro.

Uma situação-exemplo que merece destaque diz respeito à técnica do *smurfing*, através da qual o agente divide a quantia ilícita em fragmentos, depositando/movimentando essas pequenas frações em várias contas bancárias ou afins, objetivando não despertar a atenção das autoridades fiscalizadoras. Trata-se de uma verdadeira pulverização do capital ilícito proveniente do delito antecedente.

Também podem ser citados como exemplos: a conversão do dinheiro ilegal em moeda estrangeira, o seu depósito em contas de terceiros (popularmente chamados de “laranjas”), e a transferência do montante financeiro ilícito para contas bancárias no exterior.

Por derradeiro, vale sublinhar que, na presente fase, as ações do agente são mais suscetíveis de serem detectadas, pois o caminho do dinheiro até o autor do crime ainda é relativamente curto.

2.2.2. *Do layering*

Logrando êxito na primeira fase do processo da lavagem de ativos, o agente criminoso depositará a sua preocupação em dificultar a detecção do objeto material da infração penal. Para tanto, os “lavadores” de dinheiro se valem de transações múltiplas e sucessivas, que servem como “camadas”, como revestimentos que, sobrepondo-se um sobre o outro, irão dificultar o trabalho das autoridades em descobrir a origem criminosa dos bens, direitos ou valores (CALLEGARI; SCHEID; ANDRADE, 2011).

Nesse diapasão, os professores Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Henrique Badaró explicam que a fase da dissimulação é caracterizada

(...) pelo uso de transações comerciais ou financeiras posteriores à ocultação que, pelo número ou qualidade, contribuem para afastar os valores de sua origem ilícita. Em geral, são efetuadas diversas operações em instituições financeiras ou não (bancárias, mobiliárias etc.), situadas em países distintos – muitos dos quais caracterizados como paraísos fiscais – que dificultam o rastreamento dos bens. (2013, p. 27).

Em outras palavras, na fase do mascaramento, os valores ilícitos já inseridos no mercado financeiro são sucessivamente realocados por meio de operações e transações financeiras esparsas, com a finalidade última de conferir uma aparência lícita a esses bens. Tais operações são, geralmente, destinadas aos chamados “paraísos fiscais” – nomenclatura utilizada pela doutrina para fazer referência a países que se isentam de tributar determinados fatos ou os tributam com uma alíquota baixa, objetivando atrair investimento e capital estrangeiro (normalmente, utilizados através do instituto do *trust* ou das sociedades *offshore*) (ANSELMO, 2013).

2.2.3. Do *recycling*

Na terceira e última fase, os valores, bens ou direitos provenientes direta ou indiretamente de uma infração penal antecedente, agora revestidos pelo manto da lei, são formalmente reincorporados na economia.

Conforme didática lição dos professores André Luís Callegari, Carlos Eduardo Scheid e Roberta Lofrano Andrade:

Consumada a etapa de mascarar, os “lavadores” necessitam proporcionar uma explicação aparentemente legítima para sua riqueza, logo, os sistemas de integração introduzem os produtos “lavados” na economia, de maneira que apareçam como investimentos normais, créditos ou investimentos de poupança. (2011, p. 227).

A reciclagem pode ser feita de inúmeras formas, dentre as quais se pode sublinhar: transações de importação ou de exportação com preços superfaturados, compra e venda de imóveis com valores diferentes dos de mercado, investimentos no mercado imobiliário ou mobiliário, aquisição de bens (v.g., obras de arte, joias, embarcações, aeronaves, carros) etc.

Analizadas as fases da lavagem de dinheiro, deve-se fazer uma observação importante: o legislador não exigiu que todas as fases fossem completadas para que a lavagem de ativos reste devidamente tipificada, sendo necessária, tão somente, a efetiva consumação da primeira fase (ocultação ou colocação) para que a materialidade do crime esteja configurada. Logo, a reciclagem do capital ilícito vestido de legalidade para a economia é algo despiciendo

quando se fala em tipificação do crime de branqueamento de capitais (BOTTINI; BADARÓ, 2013; BRASILEIRO DE LIMA, 2015).

2.3. Do tipo penal subjetivo

Levando-se em consideração que, no direito brasileiro, um delito só admite o seu cometimento na modalidade culposa² caso a lei assim preveja (art. 18, par. ún., do CP), pode-se concluir que a punição da lavagem de dinheiro se dá apenas a título de dolo³.

Como a vontade consciente de praticar a conduta com vistas ao resultado deve recair sobre todos os elementos constitutivos do tipo penal, é possível inferir também que o dolo do agente abranger o conhecimento de que os bens, dinheiro, ou valores são produto direto ou indireto de infração penal.

Dessa forma, “se o agente tiver ciência de que os bens são produto direto ou indireto de infração penal, e agir com consciência e vontade de encobri-los, deverá responder pelo crime de lavagem de capitais” (BRASILEIRO DE LIMA, 2015, p. 318).

Nesse cenário, é imperioso cotejar as afirmações acima com as ponderações feitas acerca da tipicidade objetiva e das fases da lavagem de dinheiro.

Conforme foi explanado, a lei federal nº 9.613/1998 não exigiu que todas as fases da lavagem de dinheiro sejam completadas para fins de tipificação do delito em espeque, bastando para tanto apenas a ocultação dos bens, direitos ou valores provenientes da infração penal antecedente.

Apesar disso, o estudo desse ponto deve ser conjugado com o tipo penal subjetivo, aquele que diz respeito à psique do agente. Isso porque, ainda que no âmbito do tipo penal objetivo a colocação do patrimônio ilegal seja suficiente para a caracterização da lavagem de ativos, “na esfera subjetiva, sempre será necessária a intenção de reciclar os bens, o desejo de completar o ciclo da lavagem” (BOTTINI; BADARÓ, 2013, p. 27).

Em outras palavras, no que concerne à análise do tipo penal subjetivo da lavagem de dinheiro, para que o indivíduo possa ser criminalmente responsabilizado pelo branqueamento de capitais, é imprescindível que ele saiba que o objeto material do delito é proveniente direta

² De acordo com o inciso II do art. 18 do Código Penal brasileiro, diz-se o crime “culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”

³ “Além de conferir lógica e sistematicidade à teoria do delito, a exigência da constatação de dolo na lavagem constitui importante garantia de imputação subjetiva que afasta qualquer hipótese de responsabilidade objetiva na seara penal. Por mais que uma pessoa seja responsável por determinada esfera de organização, somente será responsável pelos crimes de lavagem cometidos nessa seara se for demonstrada a sua relação psíquica com aqueles fatos, o conhecimento dos elementos típicos e a vontade de executar ou colaborar com sua realização” (BOTTINI, 2014, p. 477).

ou indiretamente de infração penal, e que ele aja conscientemente e com a livre-vontade de encobri-los, movido pela intenção de reciclá-los à economia.

Nesse mesmo sentido, o professor Pierpaolo Cruz Bottini argumenta que “(...) a mera ocultação não é lavagem de dinheiro quando desacompanhada de um ato adicional, seja objetivo, seja subjetivo, que aponte para a busca de reinserir os bens na economia formal” (2015).

Foi nessa mesma linha de intelecção que entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. RECEBIMENTO DE DINHEIRO DECORRENTE DE CRIME DE PECULATO. “LAVAGEM” OU OCULTAÇÃO DE VALORES (LEI 9.613/98, ART. 1º, § 1º). ESPECIAL ELEMENTO SUBJETIVO: PROPÓSITO DE OCULTAR OU DISSIMULAR A UTILIZAÇÃO. AUSÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DE RECEPÇÃO QUALIFICADA (CP, ART. 180, § 6º). EMENDATIO LIBELLI. VIABILIDADE. DENÚNCIA PROCEDENTE.

1. No crime de “lavagem” ou ocultação de valores de que trata o inciso II do § 1º do art. 1º da Lei 9.613/98, as ações de adquirir, receber, guardar ou ter em depósito constituem elementos nucleares do tipo, que, todavia, se compõe, ainda, pelo elemento subjetivo consistente na peculiar finalidade do agente de, praticando tais ações, atingir o propósito de ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de quaisquer dos crimes indicados na norma incriminadora. Embora seja dispensável que o agente venha a atingir tais resultados, relacionados à facilitação do aproveitamento (“utilização”) de produtos de crimes, é inerente ao tipo que sua conduta esteja direcionada e apta a alcançá-los. Sem esse especial elemento subjetivo (relacionado à finalidade) descaracteriza-se o crime de ocultação, assumindo a figura típica de receptação, prevista no art. 180 do CP.

2. No caso, não está presente e nem foi indicado na peça acusatória esse especial elemento subjetivo (= propósito de ocultar ou dissimular a utilização de valores), razão pela qual não se configura o crime de ocultação indicado na denúncia (inciso II do § 1º do art. 1º da Lei 9.613/98). (...) (STJ, AP nº 472/ES, CE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 01.06.2011)

Feita essa observação significativa, importante se faz traçar as diferenças entre uma conduta típica de lavagem de dinheiro e um comportamento de mero usufruto ou guarda dos bens, direitos ou valores provenientes de uma determinada infração penal.

Com fulcro em lição lapidar do professor Renato Brasileiro de Lima:

O uso aberto do produto da infração antecedente não caracteriza a lavagem de capitais. Logo, se determinado criminoso utiliza o dinheiro obtido com a prática de crimes patrimoniais para comprar imóveis em seu próprio nome, ou se gasta o dinheiro obtido com o tráfico de drogas, em viagens ou restaurantes, não há falar em lavagem de capitais. (...) a conversão de ativos ilícitos em lícitos não se dá com a mera aquisição de bens com o produto do crime anterior, mas por sua transformação falseada em dinheiro lícito (2015, p. 314).

Em linha de raciocínio semelhante, observam Bottini e Badaró que:

O uso aberto do produto do crime não caracteriza a lavagem. Se o agente utiliza o dinheiro procedente da infração para comprar imóvel, bens, ou o deposita em conta corrente, em seu próprio nome, não existe o crime em discussão. O mero usufruir do produto infracional não é típico. Aquele que se propõe a praticar uma infração penal com resultado patrimonial o faz, em regra, com a intenção de gastar em proveito próprio os bens adquiridos. Trata-se de mero aproveitamento do produto do crime, ato irrelevante para a administração da Justiça. (2013, p. 67).

No que concerne à diferença entre o ato de lavagem de dinheiro e a simples guarda (no sentido de tomar conta, de zelar) do patrimônio ilegalmente obtido, Callegari, Scheid e Andrade afirmam categoricamente que “(...) a simples guarda de valores, por mais volumosos que sejam, não pode, só por si, desencadear a persecução criminal por lavagem de dinheiro (...)” (2011, p. 223).

Sobre esse ponto, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento do HC nº 2009.02.01.011920-5, de relatoria do Desembargador Federal Abel Gomes, manifestou-se da seguinte forma:

I - PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. II - VÍCIO NA DISTRIBUIÇÃO DO FEITO. ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO. NÃO OCORRÊNCIA. III - INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONSTATAÇÃO. IV - QUADRILHA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. V - SUPORTE MÍNIMO PROBATÓRIO. QUADRILHA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRESENÇA. VI – LAVAGEM DE DINHEIRO. TRANCAMENTO PARCIAL DA AÇÃO PENAL. VII - ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. (...)

VII - O paciente também é acusado da prática de lavagem de capitais com objeto material no dinheiro apreendido em sua residência. Tão somente a guarda de dinheiro em casa, mesmo que a quantia envolvida seja grande, não indica com probabilidade forte o suficiente para a deflagração da ação penal que se esteja diante de crime, em tese, de lavagem de dinheiro. Os fatos ainda carecem de maior apuração em sede pré-processual, havendo suporte para a investigação. Ausente suporte mínimo probatório para o recebimento da acusação pelo crime de lavagem de dinheiro remanescente. (TRF-2, HC nº 2009.02.01.011920-5, 1ª T., rel. Des. Fed. Abel Gomes, j. 04.11.2009)

A 7ª Turma do TRF da 4ª Região, por sua vez, no julgamento da ACR nº 1999.70.00.013518-3, ocorrido em 19/06/2007, que teve como relator para o acórdão o (então) Desembargador Federal Nefi Cordeiro ⁴, entendeu que:

(...) 7. No delito de lavagem de dinheiro, tendo o legislador classificado como condutas típicas o ocultar ou o transformar (dando ao dinheiro ilícito a

⁴Nefi Cordeiro exerce a função de Ministro do Superior Tribunal de Justiça desde 03/04/2014, oficiando na 6ª Turma da Corte, que integra a 3ª Seção do Tribunal.

aparência de lícito pela dissimulação de sua natureza, origem ou movimentação), a conversão de ativos ilícitos em lícitos não se dá com a mera aquisição de bens com o produto do crime anterior, mas por sua transformação falseada em dinheiro lícito.

8. A conduta de pagar contas diretamente, usando dinheiro ilícito, mas de forma aberta e não camuflando ou transmutando a natureza do numerário, não se subsume a qualquer das figuras típicas do crime de lavagem de dinheiro, sendo, no máximo, pós-fato impunível e natural ao agir desde o início planejado pelo criminoso. (TRF-4, ACR nº 1999.70.00.013518-3, 7ª T., rel. p/ acórdão Des. Fed. Nefi Cordeiro, j. 19.06.2007)

Diante do exposto, não é difícil enxergar que a distinção da simples guarda do produto do crime precedente para um ato de lavagem de dinheiro reside no fato de que a mera custódia do proveito da infração penal anterior, apesar de efetivamente ocultá-lo, não possui qualquer idoneidade para revesti-lo de licitude.

Outra questão relevante ao estudo do tipo penal subjetivo do crime de lavagem de ativos diz respeito à teoria da cegueira deliberada.

Conforme ficou claramente consignado, o dolo do agente deve recair sobre todos os elementos constitutivos do tipo penal, de modo que o elemento subjetivo precisa abranger o conhecimento de que o objeto material da lavagem é direta ou indiretamente proveniente de uma atividade criminosa ou contravencional.

Nesse fio condutor, o professor Renato Brasileiro de Lima aponta que:

Por isso, é extremamente comum que o terceiro responsável pela lavagem de capitais procure, deliberadamente, evitar a consciência quanto à origem ilícita dos valores por ele mascarados” (2015, p. 326 – 327).

É nesse contexto que surge a “teoria da cegueira deliberada” (*willfull blindness*), também chamada de “teoria das instruções de avestruz” (*ostrich instructions*), ou “doutrina da evitação da consciência” (*conscious avoidance doctrine*), que, na visão de Vlamir Costa Magalhães:

(...) consiste em construção jurisprudencial assemelhada à formulação do dolo eventual e por meio da qual se afigura possível o enquadramento, por lavagem de dinheiro, daquele que, mesmo ciente da elevada possibilidade da procedência ilícita dos recursos, assume o risco de produzir o resultado ao agir, ainda assim, de modo indiferente a este conhecimento. (2014, p. 179).

Cumpra assinalar que o dolo eventual ocorre “(...) quando o agente, embora não querendo diretamente praticar a infração penal, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado que por ele havia sido previsto e aceito” (GRECO, 2012, p. 190)⁵.

Renato Brasileiro de Lima, em lição magistral, fundamenta e esclarece a teoria *wilfull blindness* da seguinte forma:

(...) o indivíduo que, suspeitando que pode vir a praticar determinado crime, opta por não aperfeiçoar sua representação sobre a presença do tipo objetivo em um caso concreto, reflete certo grau de indiferença em face do bem jurídico tutelado pela norma penal tão elevado quanto o daquele que age com dolo eventual, daí por que pode responder criminalmente pelo delito se o tipo penal em questão admitir a punição a título de dolo eventual (2015, p. 327).

O professor Pierpaolo Cruz Bottini (2012) argumenta que é possível equiparar a “teoria das instruções de avestruz” ao instituto do dolo eventual, desde que alguns pressupostos estejam presentes, quais sejam: (i) é preciso que o agente crie consciente e voluntariamente barreiras ao conhecimento da situação diante dele, com a intenção de deixar de tomar contato com a atividade ilícita; (ii) o motivo da criação consciente e voluntária dessas barreiras deve ser exata e precisamente para evitar o conhecimento da origem ilícita dos bens a serem encobertos⁶; e (iii) o agente deve ter suspeitas acerca da possibilidade concreta de que naquele contexto uma lavagem de capitais será praticada⁷.

Vale destacar que os Tribunais norte-americanos possuem ampla e consolidada jurisprudência, no sentido de admitir a aplicação da teoria da cegueira deliberada para o delito em apuro (BRASILEIRO DE LIMA, 2015).

O Ministério da Justiça, no item 40 da Exposição de Motivos nº 692, referente ao Projeto de Lei que posteriormente viria a se tornar a lei federal nº 9.613/1998, subscrita pelo então Ministro de Estado da Justiça Nelson A. Jobim, admite expressamente a aplicação do instituto do dolo eventual para o branqueamento de capitais – desde que na hipótese do *caput* do art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro (isso porque o mencionado texto normativo também prescreve modalidades equiparadas da lavagem de ativos).

⁵ Não se olvide que conforme dispõe o inciso I do artigo 18 do Código Penal pátrio, diz-se o crime “doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. É exatamente a parte final do mencionado dispositivo que reveste o instituto do dolo eventual de legalidade.

⁶ Nos termos do próprio professor Bottini, “se o agente não quer conhecer a procedência dos bens, mas representa como provável sua origem delitiva, e ainda assim realiza a conduta, haverá cegueira deliberada. Por outro lado, se lhe faltar absolutamente a consciência da origem delitiva dos bens, fica ‘absolutamente excluído o dolo eventual’” (2012).

⁷ “A possibilidade genérica que os usuários do serviço ou atividade praticarão mascaramento de capital não é suficiente. São imprescindíveis elementos concretos que gerem na mente do autor a dúvida razoável sobre a licitude do objeto sobre o qual realizará suas atividades” (BOTTINI, 2012).

Entretanto, os professores Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Henrique Badaró (2013), a despeito do que prevê o item 40 da EM nº 692/MJ, posicionam-se em sentido contrário. Fazem-no por entender que o agente deve ter a completa consciência da origem irregular dos bens, direitos ou valores que serão escamoteados, em qualquer modalidade delitiva prevista pela Lei de Lavagem de Dinheiro, concluindo no sentido da impossibilidade de aplicação do instituto do dolo eventual na lavagem de ativos.

2.4. Do bem jurídico tutelado pela Lei de Lavagem de Dinheiro

É cediço que a função primária do direito penal é a tutela dos bens jurídicos substanciais ao normal funcionamento da sociedade, podendo essa proteção incidir sobre valores individuais ou coletivos.

No que concerne à Lei de Lavagem de Dinheiro, existem posições doutrinárias dissonantes acerca da indicação do bem jurídico protegido pela lei nº 9.613/98.

A primeira corrente doutrinária sustenta que o objeto de tutela da Lei de Lavagem de Dinheiro é o mesmo bem jurídico lesado no crime antecedente. Todavia, “se o bem jurídico protegido pela norma da lavagem de dinheiro é o mesmo lesionado do delito antecedente, a punição do segundo crime estará fundada na afetação do mesmo bem já lesionado, a caracterizar um *bis in idem*” (BOTTINI; BADARÓ, 2013, p. 53) ⁸.

A segunda vertente doutrinária entende que, na medida em que o branqueamento de capitais dificulta a recuperação do produto (direto ou indireto) da infração penal antecedente, tornando mais difícil a ação do Poder Judiciário e das demais instituições de controle competentes para perseguir o crime, conclui-se que o bem jurídico tutelado pela Lei de Lavagem é a administração da Justiça ⁹.

Consoante explicam Bottini e Badaró:

A lavagem aqui é entendida como um processo de mascaramento que não lesiona o bem originalmente violado, mas coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem ilícita e com isso obstruir seu rastre-

⁸ Nesse mesmo sentido professa Renato Brasileiro de Lima: “(...) admitida a criminalização de um comportamento que incide sobre um bem jurídico já afetado e lesionado por uma conduta anterior, a punição pelo segundo crime estaria fundada na afetação do mesmo bem já lesionado, o que caracterizaria um indesejável *bis in idem*.” (2015, p. 294).

⁹ Urge sublinhar que o termo “Administração da Justiça” deve ser compreendido em uma acepção ampla, compreendendo o exercício da atividade judicante pelo Poder Judiciário, e a tarefa desempenhada por todos os demais órgãos de controle envolvidos na apuração e na busca pela solução dos fatos envolvendo a lavagem de ativos.

amento pelas autoridades públicas. Macula-se o desenvolvimento satisfatório da atividade de potestade judicial (2013, p. 55).

A terceira (e majoritária) parcela da doutrina manifesta-se no sentido de que o bem jurídico protegido pela Lei de Lavagem de Dinheiro seria a ordem econômico-financeira. Os professores Cezar Roberto Bitencourt e Luciana de Oliveira Monteiro, endossando a tese de que a lavagem de ativos seria um elemento de desestabilização econômica, explicam que:

Os estudos realizados em escala mundial vêm indicando que o fenômeno da lavagem de capitais repercute negativamente na ordem econômica e financeira, pois implica na perturbação artificial do funcionamento da economia de mercado, vulnerando as regras da livre concorrência, provocando desequilíbrio e distorções que afetam as relações comerciais globalizadas. Com efeito, a desconfiança e as incertezas geradas pela participação de capitais de origem ilícita em operações financeiras e comerciais afastam a captação e permanência de investidores, fato que pode gerar a médio ou longo prazo a redução das atividades de um determinado setor da economia. Esse panorama reflete negativamente na estabilidade financeira, incrementando os índices de medição de riscos para investimentos estrangeiros, que, finalmente, se retraem ante o diagnóstico de baixa credibilidade financeira das instituições de um determinado país (2013, p. 175).

Por fim, uma quarta corrente de doutrinadores sustenta que a lavagem de dinheiro se trata de um delito pluriofensivo, atentando especialmente contra os bens jurídicos supramencionados (BRASILEIRO DE LIMA, 2015)¹⁰.

Com todas as vênias, a tese sustentada pelos professores Bitencourt e Monteiro deve conferir razão ao segundo grupo de pensamento. Isso porque podem existir casos de lavagem de capitais em que a ordem econômico-financeira não será prejudicada. A administração da Justiça, no entanto, sempre será maculada, pois, ao praticar atos de lavagem de dinheiro, o agente necessariamente afetará a capacidade da Justiça de exercer as suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do objeto material do crime em exame, de modo que a interferência negativa na economia só vai se perfazer se as três fases forem completadas¹¹. Nesse sentido, como não existe a figura do crime potencialmente pluriofensivo

¹⁰ O professor Vladimir Aras adota essa linha de pensamento, afirmando que “(...) o branqueamento atinge a administração da Justiça e a ordem econômico-financeira (...)” (2012, p. 5).

¹¹ Tome-se como exemplo o caso de um roubo a banco no qual o agente adquire dinheiro suficiente para adquirir um barco. Caso o agente compre o bem com os proventos que obteve com a prática do crime contra o patrimônio que provocou, não haverá lavagem de ativos. Por outro lado, caso o agente deposite o dinheiro que obteve como resultado inerente ao crime de roubo na conta de um “laranja”, que, por sua vez, utiliza-se dessa quantia para adquirir um barco pelo preço normal de mercado (em idênticas condições caso a compra fosse efetuada com recursos lícitos), a ordem econômica não é afetada. “A ocultação no segundo caso subtraiu o bem das vistas, prejudicou seu rastreamento, em suma, colocou em risco a administração da Justiça, sem qualquer lesão a ordem econômica. E isso justifica a punição pela lavagem de dinheiro, ainda que a conduta não tenha afetado o funcionamento da economia” (BOTTINI; BADARÓ, 2013, p. 60).

(porque ou o delito é pluriofensivo ou não o é), e pondo em relevo as considerações há pouco tecidas, mais correta é a linha de pensamento cujo objeto de tutela da Lei de Lavagem de Dinheiro (sempre) é a administração da Justiça.

2.5. Da assessoriedade da Lavagem de Capitais em relação à infração penal antecedente

Conforme ficou consignado linhas atrás, a lavagem de dinheiro consiste na ocultação ou na dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de atividade criminosa ou contravencional.

É de se notar que, para que a lavagem de capitais ocorra, é imprescindível que uma infração penal anterior tenha ocorrido, e que desse comportamento ilícito o agente tenha obtido proveitos patrimoniais.

Por outro lado, o inciso II do art. 2º da lei federal nº 9.613/1998 preleciona que o processamento e o julgamento do crime de lavagem de ativos independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro a decisão sobre a unidade do feito.

Conforme já assentou a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

(...) A escolha legislativa por esse ponto de vista visa a garantir a pretensão punitiva estatal concernente à lavagem de dinheiro, entendendo que eventuais óbices do processo do delito antecedente não prejudicariam a apuração do crime da Lei 9.613/98, resguardando a possibilidade de punição dessa prática delitiva que de forma cada mais audaciosa e sofisticada assola o Estado Brasileiro (...) (STJ, HC nº 59.663/SP, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 07.12.2006).

Nesse cenário, o analista se depara com uma dualidade. Pois de um lado, o legislador considera a ocorrência de uma infração penal antecedente que gere patrimônio ilícito como um elemento constitutivo do branqueamento de capitais, de modo que a ausência da infração penal antecedente acaba por afastar a própria tipicidade do delito em esboço.

De outra banda, afirma claramente que o processo e o julgamento da lavagem de dinheiro independe do processo e julgamento do crime ou contravenção penal anterior, ainda que praticados em outro país, consagrando a autonomia do feito que processa a lavagem de capitais daquele referente à infração penal precedente, não sendo obrigatória a tramitação de ambos os procedimentos em um mesmo processo penal.

Diante da situação exposta, uma parcela da doutrina entende que o crime de lavagem de ativos é autônomo, logo, não está condicionado ao processamento e ao julgamento da infração anterior. Outro setor, por outro lado, sustenta que não é possível condenar alguém pelo crime de lavagem de dinheiro se não existir a absoluta certeza da realização da infração precedente (CALLEGARI; SCHEID; ANDRADE, 2011).

Trata-se de um debate que versa sobre a acessoriedade, isto é, o vínculo existente entre a infração penal antecedente e a lavagem de capitais, através do qual, segundo Bitencourt e Monteiro, “(...) pretende-se esclarecer quais são os atributos ou características necessários na infração penal antecedente para que o crime de lavagem seja punível” (2013, p. 177).

A resposta para esse dilema, com todas as vênias, encontra-se no texto da própria Lei de Lavagem de Dinheiro, mais especificamente no § 1º do seu art. 2º, dispositivo este que preceitua o seguinte: “A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente”.

Em face do exposto, Renato Brasileiro de Lima conclui que “(...) para fins de tipificação da lavagem de capitais, o fato anterior deve ser típico e ilícito, sendo desnecessária, todavia, a comprovação de elementos referentes à autoria, à culpabilidade ou à punibilidade da infração penal antecedente” (2015, p. 300). Nessa mesma linha de intelecção, Bottini e Badaró anotam que “(...) haverá lavagem sempre que o ato anterior for um injusto penal (...)” (2013, p. 88)¹².

Portanto, é mais correto afirmar que a relação da lavagem de dinheiro com o delito prévio é de acessoriedade limitada¹³. Sobre essa conclusão, vale trazer à colação relevante lição do professor Renato Brasileiro de Lima:

(...) o legislador brasileiro adotou, para fins de tipificação do delito de lavagem de capitais, o princípio da acessoriedade limitada, ou seja, há necessidade de que o delito prévio seja ao menos típico e antijurídico, o que torna impossível a prática da lavagem se o fato antecedente previsto na lei não puder ser considerado crime. Assim, deve restar provada a existência da tipicidade e da antijuridicidade da infração penal antecedente, qualquer que seja ela, pois o reconhecimento de uma justificante ou a ausência de um dos elementos do tipo leva, necessariamente, à ausência da infração precedente e,

¹² Urge colocar que, de acordo com a teoria analítica tripartite do crime, este consiste em um fato típico (uma conduta que tem relação de causalidade com um resultado, e que está devidamente tipificada em norma penal incriminadora), antijurídico (isto é, em desconformidade com o ordenamento jurídico, não estando o agente amparado por quaisquer causas excludentes de ilicitude, quais sejam a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever e o exercício regular de direito) e culpável (ou seja, o agente deve ter a capacidade de compreender a norma e adequar o seu padrão de conduta de acordo com a lei).

¹³ Nesse mesmo sentido entendem Bitencourt e Monteiro (2013), Callegari, Scheid e Andrade (2011).

por isso, não haveria a subsunção típica às figuras de lavagem que exigem a comissão daquele (2015, p. 300).

2.6. Da autolavagem

Busca-se discutir se, de acordo com o modelo da lei federal nº 9.613/1998, modificada pela lei nº 12.683/12, o legislador permitiu que o autor da infração penal antecedente pode ou não responder pelo branqueamento de capitais, situação esta em que se opera a chamada autolavagem (*selflaundering*).

De plano, é possível afirmar que a Lei de Lavagem de Dinheiro admite a autolavagem, permitindo que o sujeito ativo da infração penal precedente também seja responsabilizado pela lavagem de ativos.

A primeira razão da filiação a essa tese reside no fato de que o legislador não vedou a autolavagem de maneira expressa e inequívoca, inexistindo na lei nº 9.613/98 a chamada cláusula da “reserva de autolavagem” – prevista na legislação francesa e italiana, por exemplo.

Esse argumento se sustenta porque a letra “e” do item 2 do artigo 6 da Convenção de Palermo Contra o Crime Organizado Transnacional¹⁴ dispõe que:

Se assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte, poderá estabelecer-se que as infrações enunciadas no parágrafo 1 do presente Artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham cometido a infração principal.

Ora, ao apreciar o texto normativo convencional, depreende-se que deve estar expresso em lei o fato de não ser punível o mesmo agente responsável pela prática da infração penal anterior.

A segunda razão está na impossibilidade de aplicação do princípio da consunção¹⁵ entre a infração penal antecedente e a lavagem de ativos, de maneira que este crime não pode ser taxado de *post factum* impunível daquele. Na verdade, o escamoteamento de capitais provoca lesão autônoma e afeta bem jurídico diverso, e não pode ser entendido como uma mera

¹⁴ Promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12/03/2004.

¹⁵ Conforme lição esclarecedora do professor Pierpaolo Cruz Bottini: “Há consunção quando o fato previsto por uma norma está compreendido em outra de âmbito maior e, portanto, só esta se aplica. (...) Assim, se entre os delitos existe uma relação de instrumentalidade direta – um deles é meio para a consecução do outro – ou de contigência – um deles está compreendido como fase de preparação ou de execução do outro – haverá a consunção, o concurso de normas, de forma que um deles será absorvido pelo outro, restando apenas adequada a condenação unitária. A condenação, nesse caso, em concurso de crimes, afrontaria a vedação do *bis in idem* (...)” (2014, p. 482 – 482).

consequência natural da atitude criminosa ou contravencional anterior (BRASILEIRO DE LIMA, 2015; CALLEGARI; SCHEID; ANDRADE, 2011).

A terceira e última motivação se sustenta no fato de que:

(...) levando-se em consideração que um terceiro que não concorreu para a infração antecedente pode, de alguma forma, concorrer para a lavagem de dinheiro, que permanece sob a direção e controle do autor da infração-base, que, por possuir o domínio do fato, seria considerado autor, fosse vedada a punição da autolavagem, ter-se-ia, então, uma situação em que existiriam partícipes de um crime sem autor (2015, 304).

Por todo o exposto, verifica-se a autolavagem de dinheiro como admissível no ordenamento jurídico penal pátrio, reconhecendo-se a possibilidade de concurso de crimes entre a lavagem de capitais e a infração precedente.

2.7. Das modalidades equiparadas de lavagem de ativos previstas na lei federal nº 9.613/1998

Ao analisar o Capítulo I da Lei de Lavagem de Dinheiro, o qual contém as disposições de natureza penal, verifica-se que o legislador não se limita a prescrever um tipo penal “genérico” para o crime de lavagem de ativos. Na verdade, nos §§ 1º e 2º da lei federal nº 9.613/1998, com redação dada pela lei nº 12.683/2012, nota-se uma preocupação do legislador em penalizar determinadas condutas entendidas como sendo equiparáveis aos atos de branqueamento de capitais, devendo elas ser reprimidas com as mesmas penas cominadas àqueles dados como incursos no tipo penal estampado no *caput* da lei em análise.

De acordo com o § 1º do art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro:

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

I - os converte em ativos lícitos;

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

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

Apreciando o texto acima transcrito, Renato Brasileiro de Lima esclarece que:

Para que a figura do § 1º reste consumada, basta que o agente pratique qualquer uma das condutas enumeradas em seus incisos com o especial fim de ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes. Assim, mesmo que não consiga êxito

nessa ocultação ou dissimulação, o delito já estará consumado, desde que, a título de exemplo, o agente tenha obtido êxito na conversão dos ativos ilícitos em lícitos (2015, p. 339).

Vale notar que para que os comportamentos descritos nos incisos I, II e III do § 1º do art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro sejam consumados, faz-se necessária, além da sua efetiva prática (logicamente), a clara finalidade de dirigi-las à reciclagem de ativos ilícitos. Ou seja, no caso do § 1º, é imperioso um fim especial de agir, isto é, um dolo específico¹⁶.

Já o § 2º do art. 1º da lei federal nº 9.613/98 preconiza que:

Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Com relação ao inciso I, que trata da utilização do produto ilícito de infração penal em atividade econômico-financeira, Brasileiro de Lima (2015), Bitencourt e Monteiro (2013) sustentam que para que essa modalidade equiparada seja configurável, é importante que o agente direcione a sua conduta à finalidade de reciclagem dos ativos ilícitos, “(...) caso contrário haveria uma intolerável ampliação do âmbito de punibilidade dessa espécie delitiva (...)” (BITENCOURT; MONTEIRO, 2013, p. 211). Nesse fio condutor, a utilização, na atividade econômica ou financeira, de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal desacompanhada da vontade consciente de ocultar ou dissimular a sua origem ilegal não configura a tipificação da modalidade equiparada em análise.

No que tange ao inciso II, urge colocar que, para que a sua tipificação seja satisfeita, é preciso a presença de alguns requisitos, tais como: (i) a efetiva existência do grupo; (ii) a estabilidade associativa; e (iii) a conduta individual penalmente relevante do agente, com a finalidade voltada à atividade de lavagem de dinheiro¹⁷ (BRASILEIRO DE LIMA, 2015).

¹⁶ O dolo específico consiste naquele em que, no tipo penal incriminador, é possível de ser identificado um fim especial de agir. Já o dolo genérico, por sua vez, é aquele em que o tipo penal incriminador não sinaliza uma determinada intenção especial na conduta do agente. Todavia, para Rogério Greco (2012), essa distinção só mostra seu valor a partir da teoria natural da ação (valendo observar que, no direito penal atual, é majoritária a ideia da teoria finalista da ação).

¹⁷ “Com efeito, o verbo que, teoricamente, constituiria o núcleo do tipo é participar, que significa agir, auxiliar, colaborar ou atuar junto com outros em um evento ou atividade. No entanto, como não há complemento verbal, como devia, indicando o conteúdo ou significado do ato de participar – como, de que forma – fica extremamente aberto, não oferecendo a menor segurança jurídica quanto à interpretação de sua abrangência. Pela redação do inc. II, o agente é membro ou integrante de grupo, associação ou escritório, isto é, de uma coletividade ou ‘reunião de pessoas’, sem a definição do que consiste a sua ‘participação’, o que realiza, executa ou faz, aliás, que deveria ser o autêntico objeto de incriminação. Admitindo-se a aplicação literal do dispositivo em questão, pode-se chegar ao absurdo de caracterizar, como agente do crime de lavagem de dinheiro, até mesmo os empregados

2.8. Do conflito de normas penais incriminadoras

Como a lavagem de ativos consiste na ocultação ou na dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente de uma infração penal anterior, conferindo-lhes (ou almejando conferir) uma aparência lícita, a figura delitiva apresenta algumas características que a aproxima dos seguintes tipos penais: a receptação (art. 180 do Código Penal), o favorecimento real (art. 349 do CP) e a evasão de divisas (art. 22 da lei federal nº 7.492/86).

2.8.1. Da lavagem de dinheiro versus a receptação

De acordo com o *caput* do art. 180 do Código Penal brasileiro, constitui crime de receptação “adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte”.

De acordo como esclarecimento do professor Renato Brasileiro de Lima (2015), a lavagem de capitais não se assemelha ao crime de receptação por dois motivos: (i) o bem jurídico tutelado pela lei federal nº 9.613/1998 é a administração da Justiça, ao passo que o artigo 180 do CP protege o patrimônio; (ii) a lavagem de ativos pode ser praticada pelo autor da infração penal precedente, enquanto que, na receptação, “o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, exceto o autor, coautor ou partícipe do crime antecedente” (AZEVEDO, 2014, p. 298 – 299); e (iii) no branqueamento de capitais, o dolo do agente está direcionado a conferir aparência lícita ao objeto material do crime, já na receptação, a vontade livre e consciente do agente se dirige à aquisição, recepção, transporte ou ocultação de coisa que sabe ser proveniente de algum crime, ou de influir para que um terceiro de boa-fé a adquira, a receba ou a oculte, sem buscar revestir o objeto com o manto da legalidade.

2.8.2. Da lavagem de dinheiro versus o favorecimento real

da limpeza de uma empresa ou sociedade que pratique lavagem de dinheiro. A ausência da descrição da qualidade da intervenção, ou, dito de outra forma, da ação realizada pelo agente, transforma o tipo penal em um tipo aberto e indeterminado, com grave afronta aos limites impostos pelo princípio da legalidade, além de dificultar a valoração do concreto desvalor da conduta, como elemento material da antijuridicidade. Na realidade, o texto legal ignora princípio elementar da dogmática penal de que o indivíduo deve responder pelo que faz e, por isso, deve-se criminalizar condutas, ações ou comportamentos, que são sempre representados por verbos nucleares do tipo penal incriminador. (...) É evidente, portanto, que participar de uma coletividade, isto é, figurar pura e simplesmente como um de seus integrantes, é um fato, por si só, carente de significância penal. Somente quando a participação implique em alguma espécie de colaboração à prática criminosa de outrem poderemos admitir sua relevância penal, nos termos dos arts. 29, 30 e 31 do CP.” (BITENCOURT; MONTEIRO, 2013, p. 215).

Com beneplácito na redação do art. 349 do Código Penal pátrio, constitui crime de favorecimento real “prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime”.

Na opinião dos professores Júlio Fabbrini Mirabete e Renato Nunes Fabbrini, o delito de favorecimento real tutela a administração da Justiça, “(...) visando-se impedir que qualquer pessoa auxilie o autor do crime a tornar seguro o proveito do ilícito” (2015, v.3, p. 422).

A partir da leitura do art. 349 do CP, depreende-se que, no crime de favorecimento real, o legislador exige a ocorrência de um crime anterior¹⁸, bem como que o seu sujeito ativo possa ser qualquer pessoa, à exceção do autor do crime antecedente (uma vez que o art. 349, *in fine*, do CP preleciona que a conduta se caracteriza pelo auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime, fora nos casos de coautoria ou de receptação).

Para Júlio Fabbrini Mirabete e Renato Nunes Fabbrini, “a conduta pode ser praticada de vários modos, por qualquer auxílio ao autor do crime antecedente para a posse e gozo do proveito do crime anterior” (2015, v.3, p. 423).

No que concerne ao tipo penal subjetivo, o legislador só admitiu a prática do crime encartado no art. 349 do Diploma Repressor na modalidade dolosa, consistente na “(...) vontade de auxiliar o autor do crime, desde que este tenha ciência de que se trata de proveito de crime” (MIRABETE; FABBRINI, 2015, v.3, p. 423).

Pontuadas as questões mais relevantes atinentes ao delito de favorecimento real, cumpre destacar em que pontos essa conduta criminosa se distingue da lavagem de ativos: (i) o favorecimento real não pode ser cometido pelo autor ou pelo partícipe da infração penal antecedente, enquanto que a Lei de Lavagem de Dinheiro permite que o seu sujeito ativo seja o mesmo que praticou a infração penal precedente; (ii) na lavagem de capitais, o agente deve não somente ter ciência da procedência ilegal dos bens, direitos ou valores, mas também deve ter a intenção especial de conferir aparência lícita ao objeto material do crime, enquanto que no favorecimento real não existe esse especial fim de conferir licitude ao produto do delito pretérito (BRASILEIRO DE LIMA, 2015).

2.8.3. Da lavagem de dinheiro versus a evasão de divisas

¹⁸ Vale pontuar que o fato da infração penal anterior ao favorecimento ser consumado ou tentado é uma questão despicienda.

O crime de evasão de divisas está previsto no art. 22 da lei federal nº 7.492/1986, que define os delitos contra o Sistema Financeiro Nacional. Segundo o mencionado dispositivo legal, constitui crime de evasão de divisas:

Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Na esteira do professor Luiz Regis Prado:

O que se almeja com essa previsão típica é evitar que a moeda, a divisa e os depósitos saiam do País ou nele deixem de entrar e, conseqüentemente, impedir que o Brasil tenha sua economia prejudicada, pois é por meio deles que o País procura manter seus compromissos (v.g., o pagamento da dívida externa). Igualmente, objetiva-se no parágrafo único desse dispositivo evitar que o particular mantenha depósitos não declarados à repartição federal competente, como forma de sonegar os impostos devidos e se livrar da fiscalização (2009, p. 217).

Nesse diapasão, pode-se concluir que o tipo penal incriminador da evasão de divisas busca tutelar o equilíbrio econômico nacional, a política econômico-financeira do País e o próprio Erário Público.

O art. 22 da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional admite três formas de evasão de divisas: (i) a do *caput*, consistente na remessa ou envio de divisas¹⁹ para o exterior, mediante operação de câmbio não autorizada pela legislação, com o fim de promover a sua evasão²⁰; (ii) promover, a qualquer título, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior; (iii) manter depósitos no exterior sem declará-los à repartição federal competente.

Vale chamar a atenção para o fato de que ao longo do artigo 22 da lei nº 7.492/86 o legislador faz menção a elementos normativos com referência específica a possível ocorrência

¹⁹ É importante assentar que a expressão “divisas” compreende todos e quaisquer títulos conversíveis em moedas estrangeiras; e as moedas estrangeiras de que um País dispõe em poder de suas entidades públicas ou privadas (PRADO, 2009).

²⁰ Vale notar que tipo penal do *caput* do art. 22 da lei federal nº 7.492/86, para restar configurado, não demanda que a quantia saia do País. Nesse sentido, o professor Luiz Regis Prado registra que “o delito sob análise, na modalidade prevista no *caput*, consuma-se com a efetuação de operação de câmbio não autorizada, não importando se a evasão de divisas do País ocorre ou não (delito de mera atividade). É indiferente esse dado para a configuração do delito. Assim, mesmo que a evasão de divisas não tenha sido efetivada, o delito é considerado consumado” (2009, p. 219).

de uma causa excludente de antijuridicidade, quais sejam: as expressões “não autorizada”, “sem autorização legal” e “não declarados” (PRADO, 2009).

Uma vez tecidos os pontos principais do crime de evasão de divisas, é possível perceber certa semelhança entre tal crime contra o Sistema Financeiro Nacional com uma modalidade equiparada específica da lavagem de dinheiro, qual seja: a da importação ou exportação de bens com valores superfaturados ou subfaturados, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal (art. 1º, § 1º, inc. III, da lei nº 9.613/98). Essa semelhança aparente se justifica porque a importação ou exportação superfaturada constitui um método frequentemente utilizado para promover a saída indevida de divisas para fora do País.

A distinção entre essas duas figuras delitivas é esclarecida pelo professor Renato Brasileiro de Lima:

Se a intenção do importador for a de evadir divisas, remetendo ao estrangeiro valor superior ao preço de mercado do produto adquirido, com o qual satisfaça sua obrigação com o exportador, locupletando-se do restante, deve ser responsabilizado pela Lei que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. A propósito, como se pronunciou o TRF da 4ª Região, para a caracterização do crime de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98), é necessária a prévia ocorrência de infração penal do qual o numerário seja proveniente. Logo, ausente esta comprovação, deve o acusado ser absolvido em relação à imputação de lavagem. (...) No entanto, se o crime do art. 22 da Lei nº 7.492/86 for cometido com a finalidade de ocultar a origem ilícita de bens, produtos ou valores, provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, o agente deverá responder pelo delito de lavagem de capitais, que, por força do princípio da consunção, deverá absorver o crime-meio de evasão de divisas. Em outras palavras, se a finalidade da remessa do dinheiro para o exterior é torná-lo limpo, legitimar a origem de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, e não promover a evasão de divisas do país, temos um só crime: o de lavagem (2015, p. 332).

3. DO ADVOGADO: A SUA IMPORTANCIA INSTITUCIONAL E OS HONORÁRIOS

O advogado é profissional do direito habilitado a orientar, a responder consultas e a aconselhar seus clientes, bem com a defender os direitos deles, judicial ou extrajudicialmente (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014).

O legislador constituinte conferiu *status* constitucional à advocacia ao institucionalizá-la no Capítulo IV do Texto Magno Federal, como uma das funções essenciais à Justiça – ao lado do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública.

Nesse ínterim, preconiza o artigo 133 da Constituição Federal que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Nesse mesmo sentido, o *caput* do artigo 2º da lei federal nº 8.906/1994 dispõe que “o advogado é indispensável à administração da justiça”.

A previsão constitucional (e infraconstitucional) de que o profissional da advocacia é indispensável à administração da Justiça significa que a sua presença é imprescindível em qualquer processo judicial ²¹. Nesse contexto, o professor Gladston Mamede sustenta que:

(...) para que o processo legal seja devidamente observado, de forma justa e adequada, é fundamental que o cidadão esteja assessorado por um profissional (o advogado) que conheça o Direito e possa, assim, concretizar a contestação das teses contrárias a seu cliente, defendendo-o cuidadosamente, com base no manejo correto dos instrumentos previstos na legislação processual (2002, p. 27).

O art. 133 da Constituição da República consagrou o que Sua Excelência Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em voto no RHC nº 81.750/SP²², de sua relato-

²¹ É interessante colocar que o ordenamento jurídico pátrio prevê algumas situações excepcionais à regra constitucional da indispensabilidade do advogado: (a) nas causas de valor até vinte salários mínimos que tramitem perante os Juizados Especiais Cíveis (art. 9º, *caput*, da lei federal nº 9.099/1995); (b) a possibilidade de empregados e empregadores poderem reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e de acompanhá-las até o final (art. 791, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho); (c) nos processos administrativos disciplinares (Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal); (d) a impetração do *writ* de *habeas corpus* (art. 1º, § 1º, da lei federal nº 8.906/1994 c/c. art. 654, *caput*, do Código de Processo Penal); (e) a moção de Revisão Criminal (art. 623 do CPP); etc.

²² “RECURSO DE “HABEAS CORPUS” - CRIME CONTRA A HONRA - PRÁTICA ATRIBUÍDA A ADVOGADO - PROTESTO POR ELE MANIFESTADO, EM TERMOS OBJETIVOS E SERENOS, CONTRA MAGISTRADO - INTANGIBILIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO - CARÁTER RELATIVO - LIQUIDEZ DOS FATOS - “ANIMUS NARRANDI” - EXERCÍCIO LEGÍTIMO, NA ESPÉCIE, DO DIREITO DE CRÍTICA, QUE ASSISTE AOS ADVOGADOS EM GERAL - DESCARACTERIZAÇÃO DO TIPO PENAL - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO PENAL - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. INVIOABILIDADE DO ADVOGADO. - A proclamação constitucional da inviolabilidade do Advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, traduz significativa garantia do exercício pleno dos relevantes encargos cometidos, pela ordem jurídica, a esse indispensável operador do direito. A garantia da intangibilidade profissional do Advogado não se reveste, contudo, de valor absoluto, eis que a cláusula assecuratória dessa especial prerrogativa jurídica encontra limites na lei, consoante dispõe o próprio art. 133 da Constituição da República. A invocação da imunidade constitucional pressupõe, necessariamente, o exercício regular e legítimo da Advocacia. Essa prerrogativa jurídico-constitucional, no entanto, revela-se incompatível com práticas abusivas ou atentatórias à dignidade da profissão ou às normas ético-jurídicas que lhe regem o exercício. Precedentes. (...)” (STF, RHC nº 81.750/SP, 2ª T, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.11.2002).

ria, chamou de princípio da essencialidade da advocacia (ou princípio da indispensabilidade do advogado); além da garantia da inviolabilidade pessoal do advogado.

Na dicção de Sua Excelência:

Esse preceito constitucional consagra um princípio – o da essencialidade da Advocacia – e institui uma garantia – a da inviolabilidade pessoal do Advogado. O princípio da indispensabilidade tem um sentido institucional. Ele erige a Advocacia à condição jurídica de instituição essencial à ativação da função jurisdicional do Estado, de órgão imprescindível à formação do Poder Judiciário e, também, de instrumento indispensável à tutela das liberdades públicas. A proclamação constitucional da inviolabilidade do Advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, traduz significativa garantia do exercício pleno dos relevantes encargos cometidos pela ordem jurídica a esse indispensável operador do direito. A garantia da intangibilidade profissional do Advogado não se reveste, contudo, de valor absoluto, eis que a cláusula assecuratória dessa especial prerrogativa jurídico-constitucional expressamente a submete aos limites da lei. (...) Essa inviolabilidade – não obstante proclamada em sede constitucional – ostenta caráter meramente relativo, pois não é invocável em face dos limites estabelecidos pela lei, em especial, pelo Estatuto da Ordem dos Advogados e pelo Código Penal brasileiro.

Em face do exposto, é de uma clareza solar que nada obstante a previsão constitucional de que o advogado é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão (que, saliente-se, também encontra guarida no § 3º do art. 2º da lei nº 8.906/94), tem-se que essa garantia não é absoluta. Isso porque o exercício da atividade profissional do causídico não constitui, de *per si*, um motivo idôneo para que se reconheça ao advogado o acesso à inviolabilidade em sua plenitude.

Na verdade, resta demonstrado que para que a garantia fixada no art. 133, *in fine*, da CF/88, venha a perfazer os seus efeitos, pressupõe-se o exercício regular e legítimo da advocacia (nas balizas da lei federal nº 8.906/1994 e do Código Penal pátrio, conforme assentou o Min. Celso de Mello no trecho do seu voto supratranscrito).

Vale salientar que essa limitação legal do exercício da advocacia constitui uma orientação fartamente consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²³.

²³ “Crime contra a honra de Comandante de Comando Aéreo Regional, em razão do exercício dessa função (art. 9º, III, d, do C.P.M.). A inviolabilidade conferida ao advogado pelo art. 133 da Constituição encontra limite na lei e protege a liberdade de debate entre as partes, sem estender-se à ofensa irrogada ao magistrado, o mesmo sucedendo em relação à autoridade que dirija processo administrativo.” (STF, HC nº 75.783/DF, 1ª T., rel. Min. Octavio Gallotti, j. 29.09.1998); “HABEAS-CORPUS. PENAL. DIFAMAÇÃO. OFENSA IRROGADA A JUIZ DE DIREITO. CRIME EM TESE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA: IMPROCEDÊNCIA. ADVOGADO. INVIOABILIDADE. 1. Constitui crime, em tese, a imputação, dissociada da discussão da causa, dirigida a juiz de direito que determinou a extração de peças para a instrução de inquérito policial visando apurar ilícito penal. 2. Não é absoluta a inviolabilidade do advogado por atos e manifestações no exercício da profissão, prevista no artigo 133 da Constituição Federal. 3. A imunidade de que trata o artigo 142, I, do Código Penal, não abrange as ofensas irrogadas ao juiz do processo. 4. O reconhecimento de justa causa para o tranca-

Além da indispensabilidade (ou da essencialidade, como assentou Sua Excelência Ministro Celso de Mello) e da inviolabilidade do advogado, o professor Gladston Mamede (2002; 2014) expõe outros cinco elementos característicos da advocacia: (i) o ministério privado; (ii) a prestação de serviço público; (iii) o exercício da função social (essas três últimas fixadas no § 1º do 2º do Estatuto da Advocacia e da OAB); (iv) a defesa do seu cliente, pois, no processo jurisdicional, o advogado contribui na postulação de decisão favorável ao seu constituinte²⁴; e (v) o *múnus* público que constituem os seus atos (essas duas últimas estampadas no § 2º do art. 2º da lei federal nº 8.906/1994).

No que tange à natureza jurídica da advocacia, afirmava-se tradicionalmente que ela consistia em atividade essencialmente privada, de modo que os advogados eram considerados como verdadeiros profissionais liberais. Em contraponto, nos últimos tempos, passou-se a levar em consideração a indispensabilidade/essencialidade do advogado, o que motivou uma conciliação entre a natureza privada da advocacia com serviço público prestado pelos causídicos, passando-se a considerar que a advocacia se trata de uma tarefa privada de função pública e coletiva (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014).

Vale destacar que os advogados contam com uma instituição à qual incumbe a função substancial de promover a defesa da classe em todo o âmbito nacional: a Ordem dos Advogados do Brasil. Esta, por sua vez, tem o seu Conselho Federal figurando como Órgão Superior²⁵.

mento da ação penal, por atipicidade do fato imputado, requer o exame da matéria fático-probatória, providência inviável em habeas-corpus. 5. Precedentes. Habeas-corpus indeferido.” (STF, HC nº 80.881/SP, 2ª T., rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 05.06.2001); “(...) VIII - A imunidade profissional do advogado não compreende o desacato, pois conflita com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional. (...)” (STF, ADI nº 1.127/DF, Pleno, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.05.2006).

²⁴ A defesa do cliente “(...) garante ao advogado a licitude de sua atuação parcial, definindo tal parcialidade como característica própria da atividade e, mais, como dever do advogado para com seu cliente.” (MAMEDE, 2002, p. 29).

²⁵ Com fulcro no artigo 54 do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil: “Compete ao Conselho Federal: I - dar cumprimento efetivo às finalidades da OAB; II - representar, em juízo ou fora dele, os interesses coletivos ou individuais dos advogados; III - velar pela dignidade, independência, prerrogativas e valorização da advocacia; IV - representar, com exclusividade, os advogados brasileiros nos órgãos e eventos internacionais da advocacia; V - editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimentos que julgar necessários; VI - adotar medidas para assegurar o regular funcionamento dos Conselhos Seccionais; VII - intervir nos Conselhos Seccionais, onde e quando constatar grave violação desta lei ou do regulamento geral; VIII - cassar ou modificar, de ofício ou mediante representação, qualquer ato, de órgão ou autoridade da OAB, contrário a esta lei, ao regulamento geral, ao Código de Ética e Disciplina, e aos Provimentos, ouvida a autoridade ou o órgão em causa; IX - julgar, em grau de recurso, as questões decididas pelos Conselhos Seccionais, nos casos previstos neste estatuto e no regulamento geral; X - dispor sobre a identificação dos inscritos na OAB e sobre os respectivos símbolos privativos; XI - apreciar o relatório anual e deliberar sobre o balanço e as contas de sua diretoria; XII - homologar ou mandar suprir relatório anual, o balanço e as contas dos Conselhos Seccionais; XIII - elaborar as listas constitucionalmente previstas, para o preenchimento dos cargos nos tribunais judiciários de âmbito nacional ou interestadual, com advogados que estejam em pleno exercício da profissão, vedada a inclusão de nome de membro do próprio Conselho ou de outro órgão da OAB; XIV - ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coleti-

Nos termos do inciso II do artigo 44 da lei federal nº 8.906/1994, a OAB tem por finalidade “promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil”.

Nesse cenário, é importante pôr em evidência que conforme decidiu a Corte Suprema na ADI nº 3.026/DF, julgada em 08/06/2006, relatada pelo Ministro aposentado Eros Grau, a Ordem dos Advogados do Brasil não consiste em uma entidade integrante da Administração Pública Indireta da União, não estando vinculada a qualquer esfera da Administração Pública Federal²⁶. Portanto, não há que se falar em relação de dependência entre o Poder Público e a OAB, de modo que esta não está sujeita ao controle daquele, consistindo a Ordem em uma categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas do direito brasileiro, possuindo verdadeira finalidade institucional (MARTINS, 2007).

Sobre a necessidade de cumprimento dos deveres éticos e deontológicos por parte do advogado como uma condição exigível na relação do causídico com o seu cliente, e substancial para o bom desenvolvimento do processo, vale trazer à baila o ensinamento significativo do professor Vallisney de Souza Oliveira:

A prática viciada e censurável dos operadores do direito acarreta a desconfiança do cidadão nos advogados e nos juízes, assola anseios de justiça dos novos bacharéis em direito e acomoda quem vivencia um sistema corrompido. O exercício profissional do advogado, essencial na proteção de direitos desde as eras mais remotas, encontra na moral e na transparência essencial esteio. (...) A atuação do advogado, exercida com liberdade e independência, não pode deixar de servir também para a busca da verdade no conflito, razão pela qual a eventual desonestidade, a má-conduta em juízo e a errônea deliberada devem ser prevenidas e combatidas, até mesmo pela repercussão da atividade advocatícia no estado democrático de direito. A obediência ao princípio da boa-fé tem sua razão de ser na entrega da justiça para quem dela anseia e merece, não para quem engana, tripudia, foge de responsabilidades ou fere direito alheio. (2008, p. 73).

vo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei; XV - colaborar com o aperfeiçoamento dos cursos jurídicos, e opinar, previamente, nos pedidos apresentados aos órgãos competentes para criação, reconhecimento ou credenciamento desses cursos; XVI - autorizar, pela maioria absoluta das delegações, a oneração ou alienação de seus bens imóveis; XVII - participar de concursos públicos, nos casos previstos na Constituição e na lei, em todas as suas fases, quando tiverem abrangência nacional ou interestadual; XVIII - resolver os casos omissos neste estatuto. Parágrafo único. A intervenção referida no inciso VII deste artigo depende de prévia aprovação por dois terços das delegações, garantido o amplo direito de defesa do Conselho Secional respectivo, nomeando-se diretoria provisória para o prazo que se fixar”.

²⁶ Conforme consignou o Min. aposentado Eros Grau, em seu voto na ADI nº 3.026/DF, “o fato é que, iniludivelmente, a OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco de personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. Ela, sim, é um serviço independente, de feito único. Distinta e diversa da categoria na qual estariam inseridas essas que se tem referido como ‘autarquias especiais’, para pretender-se afirmar, e de modo equivocado, certa independência das hoje chamadas agências”.

Percebe-se que é no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil que é possível encontrar todos os preceitos normativos a serem observados pelos advogados (do ponto vista ético e deontológico), sujeitando-se aqueles que descumprem essas regras ao julgamento a ser feito pelo Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados, o qual apreciará a eventual transgressão profissional praticada.

Outro tema importante relativo à advocacia concerne aos honorários, matéria esta regulamentada nos artigos 22 a 26 do Estatuto da Advocacia e da OAB.

No escólio do professor Gladston Mamede:

Chamam-se de honorários advocatícios as verbas que sejam devidas ao advogado em virtude de seu trabalho, e que não se encaixem no conceito de salário, remuneração própria dos advogados empregados, ou no conceito de vencimentos, devidos aos advogados públicos, a exemplo dos Defensores Públicos e dos Procuradores Municipais e Estaduais, Advogados da União, entre outros (2002, p. 85).

De acordo com a inteligência do *caput* do art. 22 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, os honorários advocatícios podem ser (i) convencioneados; (ii) arbitrados; e (iii) sucumbenciais (que, sublinhe-se, possuem natureza jurídica alimentar²⁷). Deles, a primeira espécie é a que interessa ao presente trabalho.

Chamam-se “honorários convencioneados” a contraprestação avençada pelo advogado e o seu cliente, com o propósito de remunerar o causídico pelos seus serviços técnicos, seja mediante intervenção judicial, seja por meio de atuação extrajudicial (MAMEDE, 2002).

O valor desses honorários é acertado livremente pelo advogado e pelo seu constituinte. Contudo, o art. 49 do Código de Ética e Disciplina da OAB preleciona que:

Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

- I - a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;
- II - o trabalho e o tempo a ser empregados;
- III - a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;
- IV - o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para este resultante do serviço profissional;
- V - o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente eventual, frequente ou constante;
- VI - o lugar da prestação dos serviços, conforme se trate do domicílio do advogado ou de outro;
- VII - a competência do profissional;
- VIII - a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

²⁷ STF, AgRg no AI nº 622.055/BA, 1ª T., rel. Min. Roberto Barroso, j. 10.02.2015.

Em face do exposto, é de se notar que os honorários convencionados consistem na espécie de contraprestação devida ao profissional da advocacia que interessa ao trabalho em espeque, em virtude da sua natureza jurídica essencialmente privada e, por conseguinte, informal (muito embora delimitada pelos termos do Código de Ética e Disciplina da OAB), possibilitando, portanto, o uso desse mecanismo de contratação para a consecução de atos de lavagem de dinheiro. Isso porque os honorários sucumbenciais e arbitrados são fixados pelo magistrado, em sede de processo judicial (caminho este que, *data venia*, é inviável para a prática do branqueamento de capitais).

4. DA ANÁLISE DO RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MACULADOS COMO ATO (NÃO) CONFIGURADOR DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Por obediência metodológica²⁸, é necessário descer a discussão para a questão da participação do profissional da advocacia no delito de lavagem de dinheiro pelo recebimento de honorários, quando do exercício da defesa de um cliente seu.

Antes de se trabalhar o tema acima mencionado, é importante frisar que o presente trabalho se trata de uma monografia, ou seja, uma espécie de trabalho científico assim conceituado pelo professor Antônio Joaquim Severino:

O termo monografia designa um tipo especial de trabalho científico. Considera-se monografia aquele trabalho que reduz sua abordagem a um único assunto, a um único problema, com um tratamento especificado. (...) Os trabalhos científicos serão monográficos na medida em que satisfizerem à exigência da especificação, ou seja, na razão direta de um tratamento estruturado de um único tema, devidamente especificado e delimitado. O trabalho monográfico caracteriza-se mais pela unicidade e delimitação do tema e pela profundidade do tratamento do que por sua eventual extensão, generalidade ou valor didático. (2007, p. 200).

Nesse sentido, é de se concluir que a monografia se caracteriza pelo seu caráter científico, pela sua profundidade, mas também pela especificidade da temática abordada.

²⁸ Segundo os professores Antonio Henriques e João Bosco Medeiros: “O raciocínio dedutivo parte de enunciados gerais dispostos em ordem como premissas de um raciocínio para chegar a uma conclusão particular (...) A dedução é um processo mental pelo qual se parte de uma generalização para conhecer uma parte dela (...)” (2014, p. 18 – 20).

Assim, a fim de tornar mais clara a visualização da problemática acerca dos limites da responsabilização criminal do causídico quando do recebimento de honorários advocatícios de proveniência ilegal, é salutar proceder com a delimitação do tema.

Com efeito, é significativo consignar que se buscará, ao final deste trabalho, avaliar os resultados do aprofundamento teórico a ser feito logo mais no contexto do profissional da advocacia que (i) efetivamente prestou os seus serviços, isto é, que, de fato, exerceu as atividades de consultoria, assessoria ou direção jurídicas, ou defendeu os interesses subjetivos do seu constituinte mediante postulações em juízo; e que (ii) quando do recebimento dos honorários advocatícios devidamente convencionados com o seu cliente, procedeu com a emissão de nota fiscal ou de recibo, documentando o pagamento recebido.

A fixação dessas premissas consiste em um ponto crucial para o trabalho em exame, qual seja:

Com isso, excluem-se, desde já, as hipóteses em que o advogado é utilizado como mero interposto de uma operação fraudulenta para lavagem de capitais (isto é, como laranja), por meio de um contrato de honorários fictício ou mesmo estipulado em um valor maior do que, efetivamente, o causídico irá receber (DIAS, 2014, p. 152).

Acompanhando essa linha de entendimento, e dando suporte à delimitação do tema – feita acima –, Vlamir Costa Magalhães explana que “(...) não há dúvida de que a aceitação de honorários ‘fingidos’ provocam a incursão do advogado na prática do crime de lavagem de dinheiro” (2014, p. 182).

Por outro lado, no caso dos honorários recebidos oriundos de uma contratação lícita, efetivamente feita e voltada para fins legítimos, existem fundadas controvérsias.

O *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha), por exemplo, tem um entendimento pacífico. Isso no sentido de que o causídico pode ser responsabilizado pela lavagem de capitais quando do recebimento de honorários advocatícios que sabe ser de origem ilícita – mesmo que eles tenham servido como contraprestação de uma relação jurídica legítima em que o advogado efetivamente prestou seus serviços (BOTTINI; BADARÓ, 2013; MAGALHÃES, 2014).

Inserido num campo intermediário, os Estados Unidos da América – por meio da regulamentação do *Money Laundering Prosecution Improvements Act*, que consiste em um verdadeiro texto normativo legal sobre procedimentos antilavagem, no ano de 1988, após a atuação de várias organizações de advogados – permite a exoneração da responsabilidade penal

dos causídicos pela lavagem de ativos quando estes realizam sua atividade profissional no campo contencioso.

No caso do Brasil, não existe um tipo penal específico tratando dessa questão (conforme já delimitado). Por esse motivo, Vlamir Costa Magalhães sustenta o seguinte:

(...) em obediência ao princípio da legalidade, inexistindo prova da intenção de ocultação de patrimônio ilícito por meio do recebimento de honorários, não é viável o sancionamento penal do advogado na hipótese, mesmo ante a ciência deste sobre a origem ilícita dos recursos utilizados no pagamento. (2014, p. 183).

A verdade é que a opinião do professor Magalhães constitui um posicionamento particular sobre tema em apreço. Isso porque a realidade da doutrina coloca o analista diante de um espectro muito amplo de construções de pensamento; a maioria no sentido de exonerar o advogado da responsabilização criminal pelo branqueamento de capitais quando do recebimento de honorários maculados.

Apesar da multiplicidade de ideias a respeito do tema em análise, é possível indicar alguns pontos semelhantes entre elas, de modo a agrupá-las em critérios.

4.1. Dos critérios propostos pela doutrina com o fim de solucionar a questão

Em síntese, é possível demarcar essas diversas perspectivas em três grandes grupos (ou critérios), quais sejam: (i) os critérios de justificação; (ii) os critérios atinentes ao tipo penal subjetivo; e (iii) os critérios relativos ao tipo penal objetivo.

4.1.1. Dos critérios exculpantes

O grupo dos “critérios exculpantes”, podendo também ser chamados de “critérios de justificação”, “(...) buscam uma saída para essa problemática dentro das causas de justificação” (DIAS, 2014, p. 153).

Dentro dessa linha de raciocínio, três linhas de pensamento se destacam.

4.1.1.1. Do exercício regular de direito

A primeira linha de pensamento sustenta que o recebimento de honorários advocatícios maculados não pode ser entendido como uma atitude delitiva. Isso em virtude da sua an-

tijuridicidade ser excluída pela causa de justificação do exercício regular de direito, que tornaria a sua conduta em acordo com o ordenamento jurídico.

A causa excludente de ilicitude do exercício regular de direito está devidamente fixada na segunda parte do inciso III do artigo 23 do Código Penal brasileiro²⁹, sendo incluída na ordem jurídica pátria pela lei federal nº 7.209/1984. Parte-se da premissa de que o exercício de um direito jamais pode ser considerado como um comportamento antijurídico, de modo que determinada ação não pode ser permitida e proibida simultaneamente pelo direito, sob pena de um verdadeiro colapso normativo (TOLEDO, 1994).

Debruçando-se sobre a presente causa excludente de antijuridicidade, o jurista Cezar Roberto Bitencourt professa:

O exercício de um direito, desde que regular, não pode ser, ao mesmo tempo, proibido pela ordem jurídica. Regular será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do Direito. Fora desses limites, haverá o abuso de direito e estará, portanto, excluída essa causa de justificação prevista no art. 23, III, do nosso Código Penal. O exercício regular de um direito jamais poderá ser antijurídico. (2014, v.1, p. 432).

Nessa linha de intelecção, o profissional da advocacia ostenta um direito legítimo de ser remunerado pelo seu trabalho, prerrogativa esta que goza da idoneidade para afastar a incidência de qualquer tipo penal incriminador, independentemente da circunstância fática (DIAS, 2014).

Isto é, segundo o entendimento dessa vertente de pensamento, ao receber os honorários decorrentes dos seus serviços prestados, o advogado estaria exercitando regularmente um direito seu. No caso, esse comportamento seria amparado pelo direito, de modo a excluir, em caso do montante financeiro que serviu para seu pagamento ser proveniente de atividades criminosas por parte do seu cliente, a ilicitude do crime de lavagem de dinheiro que o profissional da advocacia viesse a cometer.

4.1.1.2. Da preponderância de interesses

De maneira abreviada, a justificação da conduta do advogado em receber honorários maculados estaria amparada numa preponderância do direito de ampla defesa do seu cliente e do princípio da presunção de não-culpabilidade.

²⁹ “Não há crime quando o agente pratica o fato: (...) III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”.

Fernando Gardinali Caetano Dias, em raciocínio pertinente, critica a linha de pensamento em exame afirmando que ela:

(...) parece, na verdade, configurar mais uma interpretação do tipo penal conforme a Constituição do que, propriamente, uma causa de justificação. Além disso, ela estaria restrita às hipóteses em que o advogado atuasse na defesa de um cliente em um processo administrativo ou judicial ou prestasse assessoria voltada a evitar um processo, ficando excluída, assim, a atuação do causídico em outros tipos de assessoria ou mesmo na elaboração de um planejamento tributário ou societário. (2014, p. 154 – 155).

4.1.1.3. Da boa-fé do advogado

Trata-se uma proposta elaborada pelo professor alemão Kai Ambos. “Segundo esse autor, o advogado, pautando-se pela boa-fé e pelo princípio da presunção de inocência, deve estar convencido da inocência de seu cliente” (DIAS, 2014, p. 154).

Nessa linha de inteligência, caso o profissional da advocacia tome conhecimento de que a importância a ser usada pelo seu cliente para pagar seus honorários tem origem em atividades ilícitas— seja pela simples confissão do seu constituinte, seja pelas circunstâncias do caso concreto em que ele atua —, afastar-se-ia a boa-fé do causídico, recaindo sobre o advogado o dever funcional de não aceitar a representação dos interesses subjetivos do seu cliente e, por conseguinte, o pagamento de honorários pelos seus serviços jurídicos.

Logicamente, “(...) não se aplicaria a causa de justificação aos advogados que atuassem de má-fé, sabendo da ilicitude dos bens que lhe serão transmitidos a título de pagamento de honorários” (DIAS, 2014, p. 154).

4.1.2. Do critério atinente ao tipo penal subjetivo

Ab initio, cumpre ressaltar que dentro do estudo da teoria analítica tripartite do crime, a qual é majoritariamente aderida pelos professores de direito penal do Brasil³⁰, o analista depara-se com dois pontos importantes, quais sejam: o da tipicidade objetiva (ou formal) e o da tipicidade subjetiva.

³⁰ Não custa lembrar que pela teoria analítica tripartite do crime, este consiste em um fato típico (uma conduta que tem relação de causalidade com um resultado, e que está devidamente tipificada em norma penal incriminadora), antijurídico (isto é, em desconformidade com o ordenamento jurídico, não estando o agente amparado por quaisquer causas excludentes de ilicitude, quais sejam: a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito) e culpável (ou seja, o agente deve ter a capacidade de compreender a norma e adequar o seu padrão de conduta de acordo com a lei).

Na esteira do professor Francisco de Assis Toledo:

Para que uma conduta humana seja considerada crime, é necessário que dela se possa, inicialmente, afirmar a tipicidade, isto é, que tal conduta se ajuste a um tipo legal de crime. (...) Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real; de outro, o tipo legal de crime, constante da lei penal. A tipicidade formal consiste na correspondência que possa existir entre a primeira e a segunda. Sem essa correspondência não haverá tipicidade. Um fato da vida real será, portanto, típico na medida em que apresentar características essenciais coincidentes com as de algum tipo legal de crime (1994, p. 125).

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt se manifesta no seguinte sentido:

O tipo objetivo descreve todos os elementos objetivos que identificam e limitam o teor da proibição penal: o sujeito ativo, a conduta proibida, o objeto da conduta, as formas e meios da ação, o resultado, a relação de causalidade, as circunstâncias do fato etc. Isso quer dizer que o tipo objetivo constitui o referente fático sobre o qual se projeta a vontade reitoria da ação, elemento do tipo subjetivo. (2014, v.1, p. 352).

Ultrapassado o exame do ponto referente à tipicidade formal (ou objetiva), insta tecer considerações sobre a tipicidade subjetiva.

De acordo com lição do professor Bitencourt:

O tipo subjetivo abrange todos os aspectos subjetivos do tipo de conduta proibida que, concretamente, produzem o tipo objetivo. O tipo subjetivo é constituído de um elemento geral – dolo –, que, por vezes, é acompanhado de elementos especiais – intenções e tendências –, que são elementos acidentais, conhecidos como elementos subjetivos especiais ou do tipo penal. Os elementos subjetivos que compõem a estrutura do tipo penal assumem transcendental importância na definição da conduta típica, pois é através do *animus agendi* que se consegue identificar e qualificar a atividade comportamental do agente. Somente conhecendo e identificando a intenção – vontade e consciência – do agente poder-se-á classificar um comportamento como típico, especialmente quando a figura típica exige, também, um especial fim de agir, que constitui o conhecido elemento subjetivo especial do tipo³¹, que, para a corrente tradicional, denominava-se dolo específico. (2014, v.1, p. 355).

Fernando Gardinali Caetano Dias, cotejando brilhantemente as noções de tipicidade subjetiva para o tema em questão, esclarece que:

Pelo viés do tipo subjetivo, pretende-se resolver a questão pela análise da vontade do advogado, configurando-se eventual crime apenas nas hipóteses

³¹ Urge ponderar que é esse elemento subjetivo especial do tipo que corresponde à necessidade do agente, ao proceder com a lavagem de ativos, agir movido pela intenção deliberada de reciclá-los à economia, para fins de tipificação na lei federal nº 9.613/1998.

em que o advogado saiba, com segurança, da origem ilícita dos valores recebidos a título de honorários. Isto é, o causídico somente poderia ser responsabilizado pela prática de um crime se agisse com dolo (ou, a depender do delito, culpa), recebendo os valores que sabe serem provenientes de um delito (2014, p. 155).

Partindo dessa percepção, emerge um grupo doutrinário sustentando a imunidade de qualquer investigação em face do advogado, enquanto este estiver no exercício do patrocínio dos interesses jurídicos do cliente de quem supostamente recebeu os valores espúrios.

Em suma, defende-se o não cabimento de qualquer medida investigativa ou mesmo qualquer persecução penal contra o advogado, com vista a apurar um suposto crime cometido com o recebimento de honorários enquanto o causídico estiver defendendo seu cliente. Sendo assim, o advogado somente poderia ser investigado ou, de qualquer modo, processado quando renunciasse à defesa de seu cliente ou quando o processo em que atuou viesse a ser encerrado.

4.1.3. Dos critérios relativos ao tipo penal objetivo

Através do cotejo, isto é, da confrontação das noções relativas à tipicidade objetiva/formal com a questão da prática do crime de lavagem de dinheiro pelo advogado mediante recebimento de honorários maculados, quatro correntes de pensamento emergem.

4.1.3.1. Da redução teleológica do tipo

Trata-se de uma vertente de pensamento umbilicalmente relacionada ao bem-jurídico tutelado pela lei federal nº 9.613/1998, que dispõe sobre o crime de lavagem de ativos; e mais: entendendo (corretamente, sublinhe-se) que o branqueamento de capitais visa a proteger a administração da Justiça.

Segundo a ótica de Júlio Fabbrini Mirabete e Renato Nunes Fabbrini, o bem-jurídico supramencionado é concernente aos “(...) fatos que se referem à atuação da justiça, cuja finalidade está ligada à tutela de direitos individuais e coletivos. Tutela-se, assim, a atuação, o desenvolvimento normal da instituição contra fatos atentatórios à sua atividade, autoridade e à própria existência” (2015, v.3, p. 386).

Pierpaolo Cruz Bottini, por sua vez, aperfeiçoa a noção de administração da Justiça, explicando que esse bem-jurídico protegido compreende a própria Administração Pública:

(...) mas em sua função do exercício de prestação de Justiça. Isso não significa que o bem jurídico protegido seja o funcionamento apenas do Poder Judiciário. Protege-se todo o sistema judicial, composto por órgãos e instituições responsáveis pela distribuição de Justiça (Judiciário, MP, Defensoria Pública, Advocacia, Procuradoria etc.). O funcionamento da sociedade exige um sistema formal de conhecimento, processamento e solução de litígios, organizado e prestado pelo Estado, de forma a garantir alguma segurança diante de conflitos e evitar autotutela. Logo, o bem jurídico imediatamente protegido é o sistema judicial, sua estrutura de competências e funções organizadas. (2014, p. 550).

Reduzindo o debate conceitual da administração da Justiça para o tema em apuro, tem-se que, como a norma penal incriminadora da lavagem de dinheiro protege todo o sistema judicial em seu sentido mais amplo (incluindo a advocacia), o recebimento de honorários por parte do causídico jamais pode ser considerado uma conduta ilícita, sob pena de se estar maculando o próprio bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de ativos. Isso na medida em que o advogado é indispensável à administração da Justiça, conforme dispõe a primeira parte do artigo 133 da Constituição Federal de 05/10/1988.

Na dicção de Fernando Gardinali Caetano Dias:

É dizer, a conduta do advogado seria lícita uma vez que sua atuação é fundamental para o regular funcionamento da administração da Justiça, de modo que qualquer restrição ao seu mister – e, conseqüentemente, ao acesso à defesa – atentaria contra o próprio bem jurídico protegido pela norma incriminadora de lavagem. (2014, p. 157).

4.1.3.2. Da interpretação da conduta do advogado à luz da garantia constitucional de defesa

O legislador constituinte assegurou aos litigantes – em processo judicial ou administrativo – e aos acusados, em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF/88).

Também se fez questão de garantir, no texto constitucional, que o preso deverá ser informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII, CF/88).

No conteúdo da Carta Política também ficou consignado que o Estado deverá prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CF/88).

Todas essas garantias contidas no corpo dogmático do texto constitucional asseguram explícita ou implicitamente o direito à ampla defesa a todo e qualquer cidadão.

A fim de sublinhar a importância do direito de defesa para o Estado de Direito, de esclarecer de que forma este se perfaz na realidade, e de contextualizá-lo com a figura do advogado, vale trazer à colação uma considerável lição de Ruy Barbosa:

(...) quando quer e como quer que se cometa um atentado, a ordem legal se manifesta necessariamente por duas exigências, a acusação e a defesa, das quais a segunda, por mais execrando que seja o delito, não é menos especial à satisfação da moralidade pública do que a primeira. A defesa não quer o panegírico³² da culpa, ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais. Se a enormidade da infração reveste caracteres tais, que o sentimento geral recue horrorizado, ou se levante contra ela em violenta revolta, nem por isto essa voz deve emudecer. (...) ninguém, por mais bárbaros que sejam os seus atos, decai do abrigo da legalidade. Todos se acham sob a proteção das leis, que, para os acusados, assenta na faculdade absoluta de combaterem a acusação, articularem a defesa, e exigirem a fidelidade à ordem processual. Esta incumbência, a tradição jurídica das mais antigas civilizações a reservou sempre ao ministério do advogado. A este, pois, releva honrá-lo, não só arrebatando à perseguição os inocentes, mas reivindicando, no julgamento dos criminosos, a lealdade às garantias legais, a equidade, a imparcialidade, a humanidade. (2012, p. 54 – 55).

Nessa perspectiva, é à luz dessas garantias constitucionais que a conduta do advogado em receber honorários maculados pelos serviços efetivamente prestados deve ser interpretada.

Ou seja, partindo-se dessa linha interpretativa (com fulcro no amplo direito de defesa), se o ato do profissional da advocacia em receber honorários de procedência criminosa for considerado um ilícito penal, estar-se-ia maculando (ou melhor, “atentando”) contra o direito constitucional de defesa, visto que é ao causídico que recai, por via de regra, a prerrogativa de exercê-lo em favor do seu constituinte, limitando-o de tal forma a se admitir que a atuação do advogado estaria restrita às situações em que ele é remunerado com honorários de origem legal. “Assim, por uma leitura constitucional, a punição do advogado não seria uma medida proporcional, uma vez que sufocaria sobremaneira o direito de defesa” (DIAS, 2014, p. 158).

Não obstante essa proposição à solução da problemática, o professor Fernando Gardinali Caetano Dias (2014) tece duas críticas a ela: (i) só se poderia estabelecer essa interpretação (constitucional) como paradigma de resolução da temática de uma forma concreta e segura com uma decisão expressa do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado/abstrato/por via principal de constitucionalidade; e (ii) como o direito de defesa só está expressamente assegurado aos litigantes em processos judiciais ou administrativos, estando

³² Um discurso público em homenagem a alguém; um elogio solene.

excluídas as hipóteses de atuação do profissional da advocacia em consultorias extrajudiciais, de modo que a atividade do causídico não restaria totalmente contemplada com essa linha interpretativa.

4.1.3.3. Do critério da adequação profissional

Conforme introduz Cezar Roberto Bitencourt:

O tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (o típico já é penalmente relevante). (...) A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica. (2014, p. 57 – 58).

Nesse sentido, o professor Francisco de Assis Toledo assenta que:

(...) se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas. (1994, p. 131).

Partindo dessas conjecturas, Rogério Greco esclarece que:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas (...) é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade³³. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais. (2012, p. 56).

³³ Francisco de Assis Toledo segue essa mesma linha de entendimento, ao anotar que “A ‘adequação social’ exclui desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os comportamentos normalmente permitidos, isto é, materialmente atípicos” (1994, p. 132).

Feitas essas considerações, é necessário fazer uma ponderação chave para a compreensão mais correta do princípio da adequação social: a distinção entre a forma de aplicação desta norma principiológica³⁴ para com a maneira de se pôr em prática a causa exculpante do exercício regular de direito, haja vista que num primeiro momento é possível confundir esta com aquele.

Não se pode misturar as noções de exercício regular de direito com a do princípio da adequação social, posto que elas em nada se assemelham. Essa diferenciação é magistralmente elucidada por Francisco de Assis Toledo:

A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito da normalidade social, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização da ação típica. (1994, p. 131 – 132).

Nesse pórtico, o jurista alemão Winfried Hassemer criou o critério da adequação profissional, o qual adota, como ponto referencial, uma categoria profissional específica, e não o juízo de valor que a sociedade faz de um comportamento, que, por sua vez, balizará a atividade legiferante criativa do legislador.

Para Francisco Gardinali Caetano Dias:

“(...) por esse raciocínio sustenta-se que uma conduta deve ser analisada dentro de um setor social específico, regulado por determinadas normas (positivadas ou não) que definem, ou melhor, pautam os limites de uma conduta normal, usual, cotidiana – ou, em resumo, profissional” (2014, p. 160).

Nesse sentido, especificando a teoria da adequação profissional para a temática em exame, tem-se que o recebimento de honorários originários de práticas criminosas deveria ser visto como um comportamento atípico, já que é socialmente adequado à categoria profissional do advogado e, por conseguinte, amparado pelo direito.

Todavia, esse critério sofre duas críticas da doutrina: (i) existe uma incerteza no que concerne à sua natureza dogmática: se se traduz como uma causa excludente do tipo penal; ou se se trata de um método de interpretação de uma conduta (isto porque Hans Welzel entende assim sê-lo); e (ii) a vagueza e a dificuldade de se delimitar de uma maneira precisa qual seria o conceito de uma conduta social ou profissionalmente adequada ao ponto de não configurar uma infração penal (DIAS, 2014).

³⁴ Leia-se “texto normativo principiológico”.

4.1.3.4. Do critério da ação neutra

A despeito das inúmeras formas de enxergar a conduta do causídico que recebe honorários maculados, pode-se inferir que existe uma razoável maioria girando em torno do ângulo cotidiano desse ato, realizado dentro dos limites do direito, considerando-o como lícito, definindo finalmente essa ação como neutra.

Na ótica de João Daniel Rassi: “conduta neutra pode ser entendida como uma ação rotineira própria do exercício profissional ou funcional, dentro do risco permitido, e que seja utilizada para a prática de infração penal alheia” (*apud* DIAS, 2014, p. 161).

José Danilo Tavares Lobato, a seu turno, ensina que:

Como neutra entende-se uma contribuição cuja reprovação penal não seja manifestamente exteriorizada no injusto penal alheio. A reprovação penal de uma tal contribuição não pode ser manifesta, isto é, a conduta de auxílio ou determinação a um fato típico e ilícito alheio não tem aprioristicamente a razão de sua punição claramente demonstrada, isso porque existem fatores que, à primeira vista, amparam legalmente a participação criminal realizada por meio de uma ação neutra. (2014, p. 115).

Já o professor Rodrigo Sánchez Rios, com mais brevidade, conceitua as condutas neutras como “(...) aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais (...)” (2010, p. 108), concluindo que a noção das ações neutras é aberta.

Em razão do mostrado, é possível concluir que as ações (ou condutas) neutras possuem as seguintes características: (i) são praticadas em contextos inseridos no marco da legalidade (regulamentados); (ii) dentro do papel social da profissão exercida pelo cidadão no (*in casu*, a de advogado); (iii) que ostenta um risco permitido; (iv) utilizada para a prática de infração penal alheia; mas (v) que são consideradas juridicamente inócuas, isto é, que não causam danos à ordem jurídica.

Acerca do risco permitido, desperta interesse a posição do professor José Danilo Tavares Lobato:

Em termos de Direito Penal, a fundamentação da não extensão típica baseia-se na teoria do risco trazida pela doutrina da imputação objetiva. O risco é a última etapa de análise na formação do tipo penal objetivo. Desse modo, percebe-se que o risco criado pelo *solvens* é um risco permitido. Apesar de haver conduta, nexos causal e resultado, o resultado não lhe poderá ser imputado, posto trata-se de conduta juridicamente aprovada. O risco permitido

faz-se presente em comportamentos que, apesar de ariscados, são tolerados pelo ordenamento jurídico. (2014, p. 144).

Nesse diapasão, pode-se inferir que “(...) o ‘risco permitido’ será a instituição básica para encontrar um critério delimitador da punibilidade da participação, isto é, que defina quando o comportamento será punível e quando será impunível” (SÁNCHEZ RIOS, 2010, p. 116).

Trata-se de uma ponderação importantíssima, porque “(...) não existem condutas *per se* neutras, porquanto podem adquirir sentido penalmente relevante dentro de determinadas circunstâncias – dentre elas, a inserção da conduta em um contexto delitivo” (DIAS, 2014, p. 161).

Caminhando nessa linha de compreensão, as ações neutras, que, *a priori*, são acober-tadas pelo manto da legalidade, deixam de sê-la (i) se o agente, quando da prática da conduta, cria um risco acima do permitido; (ii) se existe de maneira clara e inequívoca uma relação de sentido delitivo entre a ação inicialmente neutra (que não mais o é) e o delito; e (iii) se esse comportamento juridicamente desaprovado produz um resultado tipificado em lei penal in-criminadora (DIAS, 2014; SÁNCHEZ RIOS, 2010).

Diante dessas considerações, uma respeitável maioria da doutrina converge no senti-do de que a atitude do causídico de receber honorários maculados é formalmente atípica, por se tratar de um comportamento cujo risco é permitido pelo direito, tratando-se de verdadeira conduta neutra.

4.2. Dos fundamentos da atipicidade objetiva da conduta do profissional da advocacia que recebe honorários advocatícios maculados

Vistas as construções doutrinárias voltadas à exoneração da responsabilização crimi-nal do advogado pela lavagem de dinheiro quando do recebimento de honorários maculados – as quais, saliente-se (para fins didáticos e em cumprimento as regras metodológicas), foram organizadas em três vertentes, quais sejam: (i) o grupo dos critérios de justificação; (ii) o gru-po das teses atinentes ao tipo penal subjetivo; e (iii) o grupo dos critérios relativos ao tipo penal objetivo – e levando-se em consideração as premissas acima delimitadas – a saber: (i) a de que o causídico efetivamente prestou os seus serviços de consultoria, assessoria ou direção jurídicas, ou de defender os interesses do seu constituinte em juízo; e (ii) a de que quando do recebimento dos honorários advocatícios, o advogado diligenciou a emissão de nota fiscal ou de recibo, documentando o pagamento recebido – buscar-se-á tornar evidente que a conduta

do advogado de receber honorários maculados (em virtude da sua proveniência criminosa) não constitui crime de lavagem de dinheiro, porquanto ser formalmente (ou objetivamente) atípica.

As bases desse raciocínio se alicerçam em três razões cumulativas: (i) o ato do cliente em pagar o seu advogado com o proveito das suas atividades criminosas não pode ser emoldurado em qualquer tipo penal da Lei de Lavagem de Dinheiro; (ii) ao emitir nota fiscal ou recibo, o advogado não oculta, encobre, esconde, tira de vista bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, tal como consignou o legislador no *caput* da lei federal nº 9.613/1998; e (iii) o recebimento de honorários maculados (dentro das premissas registradas linhas acima) pelo advogado constitui uma ação (ou conduta) neutra.

Essa linha de raciocínio, no sentido da impossibilidade de se enquadrar, objetiva ou formalmente, a conduta do advogado de receber honorários maculados no texto normativo que tipifica o delito de lavagem de dinheiro, torna-se mais viável por três simples motivos.

Primeiro: conforme já consignado, esse caminho de pensamento busca solver a problemática sob a ótica da tipicidade objetiva (ou formal) do crime de lavagem de ativos, sem que se ponha em discussão qualquer relação de dependência desta com a intenção ou com a vontade do advogado quando da sua prestação de serviços, excluindo qualquer apreciação no que concerne à tipicidade subjetiva do causídico, que se torna, portanto, despicienda, fornecendo parâmetros sólidos para o esclarecimento da questão em discussão. Além do mais, convenha-se que, analisando o problema em apuro sob a ótica da (in)existência de dolo³⁵³⁶, (i) dar-se-á uma resposta indefinida para o objeto de estudo, reduzindo-se a sua resolução ao “depende do caso concreto” e, (ii) do ponto de vista prático, dificilmente esse aspecto subjetivo será efetiva e claramente demonstrável em um processo penal.

Segundo: buscar-se-á sustentar uma linha de entendimento que (repare-se) se aplica a toda e qualquer hipótese de atuação profissional do advogado (consultoria, assessoria e direção jurídicas, ou postulação em juízo em prol dos interesses subjetivos do seu constituinte). É

³⁵ Repise-se que, de acordo com a ordem jurídica nacional, o crime de lavagem de ativos só pode ser cometido dolosamente (jamais culposamente), tendo o agente se comportado no sentido de querer produzir o resultado almejado (ou, para alguns doutrinadores, assumindo o risco de produzi-lo).

³⁶ “(...) há de se reconhecer que os advogados, tal como os agentes financeiros, concorrerão com o autor principal para o cometimento do crime de lavagem da mesma forma que concorre o gerente de uma transportadora que recebe um quilo de cocaína como carga a ser transportada. Para tanto, é necessário que o advogado e que o transportador tenham dolo, ou seja, consciência e vontade de prestar o auxílio que o autor demanda para o cometimento da lavagem de dinheiro. Não há maiores dificuldades. Caso os concorrentes atuem de modo negligente ou com imperícia, violando o dever objetivo de cuidado que deveriam tomar em consideração quando da realização da conduta, nenhum fato típico será praticado. Não existe participação culposa em crime doloso, como também não há previsão na legislação brasileira de tipos culposos de lavagem de capitais e nem para essa modalidade de tráfico ilícito de entorpecentes” (LOBATO, 2014, p. 147).

obvio que a prática de lavagem de dinheiro pode ser o motivo e objeto da prestação de serviços do advogado; entretanto, esse ponto não pode ser confundido com a conduta do recebimento de honorários maculados.

Terceiro: essa linha de intelecção abrange todos os tipos penais previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro (com as modificações provocadas pela lei federal nº 12.683/2012) – seja o tipo principal, fixado no *caput* do artigo 1º da lei nº 9.613/98, sejam as modalidades equiparadas previstas nos §§ 1º e 2º da mencionada lei. Em outras palavras, os fundamentos a seguir expostos isentam o advogado da responsabilidade penal da lavagem de capitais, independentemente do tipo penal em que a sua conduta se ajuste.

4.2.1. Da impossibilidade de se enquadrar o pagamento do constituinte ao seu advogado com os proveitos das suas atividades criminosas como crime de lavagem de capitais

Conforme foi alvo de registro, o ato de uso aberto do proveito da infração penal antecedente não pode ser confundido com o ato de escamoteá-lo da administração da Justiça, simplesmente por que aquela conduta em nada se assemelha a esta. Em outras palavras, o aproveitamento do produto de um delito de repercussões patrimoniais não caracteriza a lavagem de dinheiro.

Logo, em termos práticos, se determinado criminoso utiliza o dinheiro obtido com a prática de delitos para comprar imóveis (destaque-se, em seu próprio nome) ou quaisquer bens; em viagens; em restaurantes; ou depositando-o em conta corrente (insista-se, em seu próprio nome), não há que se falar em lavagem de capitais. Trata-se de uma atitude de mero aproveitamento do produto da infração penal antecedente, atitude esta irrelevante para a administração da Justiça, porque assim procedendo, o indivíduo não transforma fraudulentamente o dinheiro ilícito em lícito.

Nessa mesma esteira, *data maxima venia*, o ato de efetuar o pagamento a eventuais prestadores de serviços se insere no escopo de utilização do provento de uma infração penal, que, por sua vez, não caracteriza o branqueamento de capitais. Chega-se a essa conclusão porque (tal como exposto antes), nesse contexto, o autor da infração penal precedente não transforma o proveito das suas atitudes criminosas em bens, direitos ou valores lícitos, de modo a não consolidar a sua capacidade econômica.

Ora, refletindo em sentido contrário, admitir-se-ia que o dentista que faz um tratamento dentário, o professor de educação física que instrui a prática de exercícios físicos, o contador que presta auxílio na declaração de imposto de renda, o fisioterapeuta que faz uma

recuperação ortopédica, o psicólogo que presta consultas, o agente de turismo que vende um pacote de viagens, a empregada doméstica que trabalha em uma residência etc. estaria praticando o crime encartado na lei federal nº 9.613/1998.

Nesse pórtico, é clarividente que a situação do profissional da advocacia que presta seus serviços jurídicos conforme a legislação se adequa ao panorama supramencionado, não podendo ser enquadrada em um cenário criminoso.

Vale salientar, mais uma vez, que o fato em espeque deve ser apreciado conforme as premissas delimitadoras acima consignadas. Mais destacadamente, a de que o causídico efetivamente prestou os seus serviços de consultoria, assessoria ou direção jurídicas, ou de defender os interesses do seu constituinte em juízo.

Como bem assenta o professor Rodrigo Sánchez Rios:

Poder-se-ia, num plano abstrato, validar postulados causalistas na situação do advogado que, por meio de um contrato de honorários fictícios, tenha recebido valores para ocultar ou dissimular a origem do dinheiro auferido criminosamente, mas a validade deste pensamento estaria intrinsecamente relacionada às hipóteses alheias a atuação profissional efetiva na defesa constituída, pois não derivam daquela premissa de Ambos, concernentes à regra de advogados “sérios e honestos”. (2010, p. 114).

Outra realidade que também foge do ponto delimitador é a do advogado que é utilizado como mero interposto de uma operação fraudulenta para lavagem de capitais (isto é, como “laranja”); ou que convencionou um valor a ser pago a título de honorários manifestamente desproporcionais às balizas do art. 49 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil; ou (principalmente) que usa dos seus conhecimentos jurídicos para auxiliar outro(s) agente(s) na prática de lavagem de ativos (v.g., assessora o seu cliente sobre como obter uma maior rentabilidade dos bens obtidos ou como ocultá-los de maneira eficaz à ação das autoridades competentes). Isso, simplesmente, porque nessas hipóteses o causídico não oficia conforme o direito.

Caminhando nessa mesma direção, está o pensamento do professor José Danilo Tavares Lobato:

É de uma clareza cartesiana a questão. O mero recebimento de honorários maculados jamais configurará uma conduta de lavagem de dinheiro, salvo de esse recebimento se prestar a auxiliar, a partir do uso da ‘aparência de prestação de serviços’ advocatícios, a reciclagem de valores sujos. (2014, p. 151).

Finalizando essa ideia, e em respeito às condições já delineadas, é de se concluir que o pagamento do constituinte ao seu advogado com os proveitos das suas atividades criminosas não pode ser visto como crime de lavagem de capitais. Isso porque aquele, assim agindo, põe termo às suas esperanças em reciclar o proveito do crime na economia, de modo que essa conduta se insere no contexto de mero usufruto do patrimônio adquirido com as atividades criminosas anteriormente praticadas, situação esta não contemplada na Lei de Lavagem de Dinheiro.

4.2.2. Da impossibilidade de se emoldurar a conduta do advogado que emite nota fiscal ou recibo quando do recebimento de honorários maculados nos tipos penais da Lei de Lavagem de Dinheiro

De acordo com a redação do *caput* do artigo 1º da lei federal nº 9.613/1998, configura-se crime de lavagem de dinheiro o ato de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Ocultar significa esconder, encobrir, não permitir que seja visto, escamotear, fazer desaparecer, tirar de vista etc. Já o verbo dissimular tem como sinônimos os atos de disfarçar, mascarar, tornar pouco perceptível.

Como é sabido, a nota fiscal e o recibo são documentos que servem para registrar/comprovar a existência de uma transação/pagamento/recebimento³⁷ em que constam o nome daquele para o qual o valor foi entregue ou pelo qual foi recebido e o valor repassado e a assinatura/identificação de ambas as partes envolvidas no negócio. Põe-se de lado quaisquer dúvidas sobre a existência da relação jurídica (*in casu*, uma prestação de serviços jurídicos por parte do profissional da advocacia).

Diante do exposto, é evidente que o ato de emitir uma nota fiscal ou um recibo de pagamento é totalmente incompatível com o ato de ocultar, de esconder, de tirar de vista ou de qualquer conduta nesse sentido. Isso porque tema fidelidade com a publicidade e com a transparência, já que, através da sua emissão, informa-se e comprova-se a existência da transação/pagamento, e não o contrário.

Nesse diapasão, os professores Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Henrique Badaró explicam que:

³⁷ Muito embora a nota fiscal também sirva para o recolhimento de tributos, de modo que a sua não emissão é considerada como prática de sonegação fiscal.

Se observamos com cuidado a lei brasileira de lavagem de dinheiro, o recebimento de honorários maculados não é conduta típica. Não se trata de ocultação ou dissimulação (art. 1º, *caput*). O dinheiro recebido por profissional liberal, em contraprestação a serviços realmente efetuados, com a regular emissão de nota fiscal, não contribui para mascarar o bem, uma vez que seu destino é conhecido. Não há ato objetivo de lavagem de dinheiro. A transparência/formalidade do pagamento afasta a incidência do dispositivo. (2013, p. 147).

Isso posto, não se permite interpretar o texto normativo da Lei de Lavagem de Dinheiro em sentido contrário. Ficou satisfatoriamente resplandecido que a atitude do advogado de emitir nota fiscal ou recibo tem vistas à publicidade e à transparência. Logo, não há crime de lavagem de ativos por definição, pois tal atitude não pode ser comparada com os atos de ocultação ou de dissimulação, como prescreveu o legislador na lei federal nº 9.613/1998.

Nesse fio condutor, não se pode concluir de maneira distinta senão no sentido de que a conduta do advogado em emitir nota fiscal/recibo ao receber os honorários maculados, mesmo o causídico sabendo (ou tendo condições de saber) da sua origem criminosa, não consiste em crime de branqueamento de capitais, por se tratar de um ato formalmente (ou objetivamente) atípico.

4.2.3. Do recebimento de honorários advocatícios maculados como uma conduta neutra

Na forma do que já foi explicado, a conduta neutra consubstancia-se em um ato ou conjunto de atos praticados em contextos regulamentados – no exercício cotidiano de uma profissão – que goza(m) de um risco permitido; portanto, socialmente adequados, que servem de mecanismo para a prática de infração penal alheia, mas que, nada obstante, não afrontam a legalidade.

No mesmo prisma das condutas neutras, está o ato do advogado de receber honorários maculados. Trata-se de uma atitude atinente ao exercício cotidiano profissional e a ela inerente, devidamente regulamentada pela legislação pátria (notadamente a lei federal nº 8.906/1994), e inserida em um contexto de legalidade, por isso, não maculando o direito.

Adotando essa linha de raciocínio, os professores André Luís Callegari, Carlos Eduardo Scheid e Roberta Lofrano Andrade professam que:

Portanto, as condutas do advogado que se restrinjam a atividades quotidianas de exercício da advocacia não podem ser vistas, em qualquer hipótese, como participação no delito de lavagem de dinheiro, ainda quando o profissional

receba como pagamento de honorários os valores de que não saiba (ou duvide) a procedência. Nesse tópico, encontram-se as atividades neutras, normais ou socialmente adequadas, onde se insere justamente o trabalho do advogado (assessor fiscal, empregados de bancos, notários, etc.). Nesses casos, devem ser invocados os princípios da imputação objetiva para exclusão da responsabilidade penal, abandonando-se os critérios de simples relação de causalidade que podem conduzir a condenações insólitas. Assim, para a atipicidade do comportamento, os critérios devem ser os do risco permitido, princípio da confiança e o da proibição de regresso. Em casos tais, as condutas relacionadas, exclusivamente, ao exercício da atividade profissional de advogado são denominadas de condutas *standart*, inexistindo qualquer sentido jurídico na sua punição. (2011, p. 255).

Rodrigo Sánchez Rios, por sua vez, destaca que:

Para os casos do efetivo exercício da profissão dentro do risco permitido, em que se atesta a inexistência de conexão com o delito antecedente, isto é, no recebimento de honorários maculados em função dos serviços prestados pela defesa técnica, não se afigura dimensão de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma em decorrência dessa atividade profissional (quer seja a Administração da Justiça, quer seja a ordem socioeconômica), ao não se identificar, aí, qualquer sentido delito na conduta. Estar-se-ia diante de condutas socialmente adequadas, comportamentos neutros impeditivos da imputação objetiva do resultado. De uma atividade adequada socialmente, não pode derivar-se uma conduta típica de branqueamento. Nas atividades dos profissionais, apenas se pode cogitar de conduta delitiva quando se constata uma solidariedade com o injusto alheio, no caso, com os fins da lavagem. Repita-se: não é este o caso do advogado quando recebe honorários supostamente maculados para prestar serviços de defesa técnica (2010, p. 104).

Em outra passagem importante, Sánchez Rios observa que:

A realização de negócios habituais (compra e venda de máquinas, imóveis, prestação de serviços rotineiros) não configura um referencial delitivo com base na intenção do vendedor ou daquele que realiza a prestação, pois os mesmos produtos e os serviços poderão ser obtidos em qualquer outro lugar. Por esse motivo, os “negócios normais da vida cotidiana” não poderiam ser proibidos, pois não representam um meio idôneo para lesar um bem jurídico. Por essa via, não poderia se fundamentar a criação de um risco tipicamente desaprovado, mesmo quando possibilitem ou facilitem a terceiros a comissão do delito. Dessa forma, as condutas neutras estariam excluídas do comportamento típico em sentido amplo, por lhes faltar o sentido delitivo da conduta (2010, p. 111).

Fernando Gardinali Caetano Dias (2014), a seu turno, defende que o recebimento de honorários maculados, independentemente da análise do tipo penal subjetivo, consiste em uma ação neutra por não se coadunar com o escopo de proteção da Lei de Lavagem de Dinheiro, qual seja: o isolamento econômico do agente, objetivando impedi-lo de aproveitar ou, de qualquer maneira, utilizar o proveito das suas atividades criminosas na economia.

Em outras palavras, para Dias (2014), a lei federal nº 9.613/1998 procura atacar todas as condutas que concorrem para a consolidação da capacidade econômica do agente conseguida com a infração penal precedente (processo de consolidação este que foi dividido em três fases: (i) a colocação, (ii) o mascaramento e (iii) a integração – ou reciclagem), na medida em que elas visam a desatar os bens, direitos ou valores da sua origem criminosa ou contravençional.

Nesse sentido, propõe o professor Fernando Gardinali Caetano Dias que:

Pela perspectiva do advogado, a conduta de receber honorários maculados (sabendo ou não de sua origem ilícita, pois, diante da análise objetiva do tipo que aqui se propõe, o seu conhecimento é irrelevante), emitindo nota e/ou recibo dessa transação, não consubstancia qualquer ato de consolidação da capacidade econômica do agente (*rectius*, se seu cliente), visto que o recebimento não implica, a toda evidência, qualquer conduta de ocultação ou dissimulação de bens. Trata-se, assim, de uma ação neutra: está inserida no bojo das atividades cotidianas do advogado (o pagamento por sua prestação de serviços) e não guarda relação de sentido delitivo com o crime de lavagem, na medida em que não se mostra idônea a sedimentar a capacidade econômica auferida pelo agente com o delito antecedente. Isto é, tal conduta não gera qualquer risco ao escopo de proteção da norma. (...) Isso porque a não prática da ação ora analisada (o recebimento de honorários) não representa uma melhora do bem jurídico concreto, uma vez que com ou sem ela não se observa qualquer incremento na consolidação da capacidade econômica do agente: ele não conseguiria, nesse contexto, tornar lícito o seu patrimônio ilícito (*rectius*, o objeto do crime antecedente). (...) É por isso, aliás, que seria descabido dizer que o recebimento traduziria, dentro das etapas do branqueamento, uma integração dos valores, pois, ainda que com tal conduta os bens trazidos ao mercado (isto é, ao pagamento dos honorários) adquiriram aparência lícita, isso não auxilia a consolidação da capacidade econômica do agente: o pagamento de honorários tem como contrapartida uma prestação de serviços, que nada agrega economicamente ao patrimônio do sujeito (*rectius*, cliente). Isto é, com o pagamento dos honorários o indivíduo não consegue alcançar a efetiva capacidade de disposição sobre o objeto do delito; muito pelo contrário, aliás: o sujeito perde tal capacidade (...) (2014, p. 164 – 165).

Apesar de não manifestar expressamente a sua adesão à teoria da ação neutra, o professor Renato Brasileiro de Lima anota importante lição congruente com os pressupostos delimitadores acima elencados:

(...) o advogado que exerce sua atividade profissional na defesa judicial de seu cliente, que cobra honorários em contraprestação a serviços realmente efetuados, com a regular emissão de nota fiscal, inserindo tais valores em sua declaração de imposto de renda, e desde que sua atuação não tenha uma finalidade ocultadora ou dissimuladora, não realiza o tipo penal em debate. Isso porque o pagamento de um advogado com o dinheiro procedente de um delito prévio é um ato mediante o qual uma parte da capacidade econômica

obtida com o dito delito se transforma em uma prestação de serviços profissionais que, em princípio, não gera um efeito de ocultação da origem nem tampouco de consolidação daqueles bens. (2015, p. 310).

Diante do exposto, tem-se que o ato do advogado de receber honorários provenientes de atividades ilícitas do seu cliente, quando o causídico efetivamente presta seus serviços profissionais e técnicos e emite nota fiscal ou recibo, registrando a transação/pagamento, se enquadra perfeitamente no campo da ação neutra. Isso porque se trata de uma conduta praticada pelo causídico num contexto demarcado pela legalidade, dentro do papel social e no exercício cotidiano da profissão, que não se propõe a consolidar a capacidade econômica do seu constituinte, logrando um risco tolerado pelo direito, consequentemente sendo considerada uma atividade inócua, inofensiva, incapaz de causar quaisquer danos à administração da Justiça. Esta, por sua vez, é o bem jurídico protegido pela Lei de Lavagem de Capitais. Logo, percebe-se que a conduta em apreço é formalmente (ou objetivamente) atípica.

Vale sublinhar que essa questão já foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal. Foi na Medida Cautelar no HC nº 129.569/DF. Esse *writ* foi impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil em favor da Advogada Beatriz Lessa da Fonseca Catta Preta, em que se indicou como autoridade coatora o Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito da Petrobras, o Deputado Federal Hugo Motta (PMDB/PB). Ele teria aprovado um requerimento da Comissão para convocar a paciente para que esta explicasse a origem do dinheiro recebido a título de honorários.

Sustentou a OAB naquele feito que a Advogada Beatriz Lessa da Fonseca Catta Preta se achava ameaçada de sofrer coação em sua liberdade de locomoção, porque o ato impugnado (o requerimento da CPI da Petrobras) afrontava a inviolabilidade e o sigilo profissional da causídica, e desrespeitava a garantia constitucional ao livre exercício profissional.

Apesar de o Ministro Dias Toffoli ter sido sorteado como relator, quem decidiu a Medida Cautelar foi Sua Excelência Ministro Ricardo Lewandowski, então Presidente do Supremo Tribunal Federal. Isso, pois, quando da impetração do *writ*, a Corte estava de recesso forense, e o inciso VIII do art. 13 do Regimento Interno do STF atribui ao Presidente do Tribunal a competência para decidir questões urgentes nos períodos de recesso ou de férias.

Naquela oportunidade, entendeu Sua Excelência, o então Presidente Min. Lewandowski, o seguinte:

Com efeito, para se preservar a higidez do devido processo legal, e, em especial, o equilíbrio constitucional entre o Estado-acusador e a defesa, é inadmissível que autoridades com poderes investigativos desbordem de suas

atribuições para transformar defensores em investigados, subvertendo a ordem jurídica. São, pois, ilegais quaisquer incursões investigativas sobre a origem de honorários advocatícios, quando, no exercício regular da profissão, houver efetiva prestação do serviço. (STF, MC no HC nº 129.569/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 30.07.2015)

Em face do mostrado, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu a ordem para que a Advogada Beatriz Lessa da Fonseca Catta Preta fosse desobrigada a prestar esclarecimentos à CPI da Petrobras no que concerne às questões relacionadas a fatos que tenha tido conhecimento, em virtude do exercício da sua profissão. Além disso, que fosse preservada a confidencialidade imperada na relação do causídico com o seu constituinte – inclusive no que diz respeito à origem dos honorários advocatícios recebidos pelo profissional do direito.

Nesse pórtico, não restam dúvidas de que a conduta do advogado em receber honorários convencionados cuja origem remonta às atividades ilícitas anteriormente praticadas pelo seu cliente, devido aos serviços jurídicos (direção, assessoria, ou consultoria jurídicas; ou postular em processo judicial) verdadeiramente prestados, e emitindo nota fiscal ou recibo quando da percepção da contraprestação devida, configura uma hipótese de ação neutra. Isso porque se trata de um evento que ocorre no transcurso do exercício cotidiano da profissão, devidamente regulamentado por lei, gozando de um risco permitido, que não possui a idoneidade para consolidar a capacidade econômica adquirida pelo seu constituinte, e, portanto, inócua, não se adequando aos preceitos normativos do art. 1º, *caput*, §§ 1º e 2º, da lei federal nº 9.613/1998, sob o parâmetro da tipicidade objetiva (ou formal).

Na esteira do que já foi consignado, o critério delimitador que define quando o comportamento do advogado, ao receber seus honorários maculados, será punível ou será impunível, é o risco permitido.

Nessa linha de intelecção, para que a participação do profissional da advocacia seja punível, é preciso que, (i) quando da prática de uma conduta, o advogado crie um risco acima do permitido; (ii) que exista uma relação de sentido delitivo entre essa ação de risco e o delito; e (iii) que esse comportamento juridicamente desaprovado produza um resultado tipificado em lei penal incriminadora (*in casu*, a Lei de Lavagem de Dinheiro).

Se o advogado é contratado para prestar serviços de direção, assessoria, ou consultoria jurídicas, ou de postulação em juízo em prol dos direitos e interesses subjetivos do seu constituinte, esse ato não pode, sob pena de inconsistência lógica, ser dado como incurso nos tipos penal previstos na lei nº 9.613/98. A sua atuação profissional efetiva não pode fazer parte de um processo causal criminoso, ainda mais quando o causídico emite nota fiscal/recibo ao receber os pagamentos.

Sendo assim, uma atuação profissional legítima, inserida em seu papel social, efetivamente prestada, devidamente regulamentada e transparente, não pode ser emoldada em um comportamento juridicamente reprovável, isto é, não é cabível o seu encaixe em uma conduta acima de um risco permitido. Ao contrário: trata-se de um ato que se apropria da noção do risco autorizado.

Em verdade, a atuação do advogado só ultrapassa os parâmetros do risco juridicamente permitido quando, por exemplo, ele, o advogado, é utilizado como interposto de uma operação fraudulenta para lavagem de capitais; ou quando o causídico convenciona um valor dos honorários manifestamente desproporcionais ao art. 49 do Código de Ética e Disciplina da OAB; ou quando o profissional da advocacia usa dos seus conhecimentos para auxiliar o seu cliente na prática de lavagem de dinheiro; ou quando o advogado celebra ou contrato de honorários fictícios; ou se o profissional, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, os adquire, recebe, negocia ou movimenta.

É de se reparar que, ao agir assim, o advogado não age conforme o direito, atuando (escandalosamente) acima de um risco permitido. Trata-se de condutas juridicamente reprováveis e completamente distintas do ato de receber honorários por serviços jurídicos devidamente prestados, tal como consignou o Ministro Ricardo Lewandowski no *decisum* monocrático de sua lavra acima referenciado.

Vale destacar que na visão do professor Rodrigo Sánchez Rios (2010), esse risco juridicamente reprovável só se perfaz caso a recusa do advogado em prestar assistência jurídica (e, por conseguinte, em receber honorários) venha a provocar dificuldades para o agente da infração penal anterior. Para Sánchez Rios (2010), a eventual recusa do causídico em prestar seus serviços técnicos e profissionais em nada dificulta o agente na sua conduta delitiva principal.

Portanto, não existiria a mínima feição instrumental auxiliar da prestação de serviço do profissional objetivando consolidar o delito antecedente: o risco de atuação do advogado incursionaria na esfera do risco permitido. Ainda, diante da eventual recusa do defensor, o agente principal irá procurar um outro profissional e assim sucessivamente. (2010, p. 117).

Analisando as situações-exemplo acima expostas, verifica-se, inclusive, a satisfação dos pressupostos básicos do concurso de pessoas para a realização de um crime ou de uma atividade contravencional; notadamente a pluralidade de agentes, a multiplicidade de atitudes, a relevância causal das condutas para a consecução do resultado, o vínculo subjetivo entre os agentes e a unidade (ou identidade) de fato punível.

Com beneplácito no sentido do *caput* do artigo 29 do Código Penal, para que duas pessoas possam concorrer para um crime, é imprescindível, além da numerosidade de agentes e da diversidade de ações, que cada agente desempenhe uma conduta relevante, de modo que sem ela a infração não teria ocorrido quando e como ocorreu. Nada obstante, é imprescindível também que exista, simultaneamente, um liame psicológico entre os participantes da atividade criminosa, isto é, a mútua consciência de que integram uma mesma realidade³⁸; ademais, que todos os coautores ou partícipes se sujeitem a um único tipo penal (em respeito à teoria monista ou unitária aderida claramente pelo legislador no art. 29 do CP³⁹), *in casu*, o branqueamento de capitais⁴⁰.

Contudo, se o profissional da advocacia presta efetivamente os seus serviços, e, ao receber a contraprestação dele decorrente, emite comprovante do pagamento, não havendo qualquer sentido delitivo entre essa conduta e a pretensa intenção do seu cliente, esse embolso não possui nenhuma relevância causal no processo de lavagem dinheiro. De mais a mais, inexistente nexos concurso de vontades e unidade de desígnios, estando a atuação do advogado dentro do manto do risco permitido.

Destarte, o recebimento de honorários maculados pelo advogado, como consequência dos seus serviços prestados, mediante emissão de recibo/nota fiscal, consiste em conduta neutra, não podendo ser formalmente tipificada nas disposições da lei federal nº 9.613/1998.

5. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se que a lavagem de dinheiro consiste em um fenômeno criminal que começou a despertar o interesse das autoridades estatais nas décadas de 1920 e de 1930. Essa preocupação se consolidou no ano de 1988, com a assinatura da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Con-

³⁸ Conforme assenta Júlio Fabbrini Mirabete e Renato Nunes Fabbrini, “Há que se exigir, também, um liame psicológico entre os vários autores, ou seja, a consciência de que cooperam numa ação comum. Não basta atuar o agente com dolo (ou culpa), sendo necessária uma relação subjetiva entre os concorrentes. Somente a adesão voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo psicológico), à atividade criminosa de outrem, visando à realização do fim comum, cria o vínculo do concurso de pessoas e sujeita os agentes à responsabilidade pelas consequências da ação. Inexistente esse liame psicológico, não há que se reconhecer o concurso de agentes disciplinado no art. 29” (2014, v.1, p. 215).

³⁹ “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

⁴⁰ Urge ponderar que não se busca sustentar a tese de que a lavagem de dinheiro se trata de um crime de concurso necessário (até porque não é esse o sentido da lei federal nº 9.613/1998), mas sim que é extremamente provável que as condutas supramencionadas como exemplos da ultrapassagem da margem do risco permitido se apresentem em um contexto de concurso de agentes.

venção de Viena), expandindo-se cada vez mais com o passar dos anos, como se verifica a partir da atuação do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e da gradativa rigorosidade da legislação antilavagem (tal como experimenta o Brasil, desde a publicação da lei federal nº 12.683/2012).

De acordo com a inteligência da lei federal nº 9.613/1998, com redação dada pela lei nº 12.683/12, é possível definir a lavagem de ativos, em síntese apertada, como sendo o ato ou a sequência. Ou melhor, o conjunto de atos praticados para tirar de vista ou mascarar a natureza, a origem, a localização, a disposição, a movimentação ou a propriedade de bens, valores e direitos derivados, direta ou indiretamente, de atividades delitivas ou contravencionais, com o objetivo final de conferi-los aparência lícita.

Nesse fio condutor, a lavagem de dinheiro passou a ser entendida como um verdadeiro processo; procedimento este que a doutrina firmou questão em segmentá-lo em três fases: (i) a ocultação, na qual o agente tira de vista qualquer relação entre a sua pessoa e o objeto material da lavagem, mediante sua introdução na ordem econômica; (ii) a dissimulação, através da qual o agente consolida o primeiro estágio, fazendo o uso de sucessivas operações comerciais/financeiras, almejando atribuir roupagem lícita aos bens, direitos ou valores de origem criminosa; e (iii) a reciclagem, pela qual o agente integra o objeto material da lavagem na economia.

No que tange ao tipo penal subjetivo, pode-se concluir, com brevidade, que a lei federal nº 9.613/1998 só admite o cometimento de lavagem de ativos caso o agente tenha atuado dolosamente, sabendo da origem criminosa ou contravencional dos bens, direitos ou valores, motivo com o elemento subjetivo específico de agir concernente à intenção de reintroduzi-los no cenário econômico com aparência lícita, aspirando consolidar a sua capacidade econômica.

Nesse prisma, é relevante consignar que (i) a prática de atos de lavagem de capitais nada tem a ver com o mero usufruto ou com a simples guarda do proveito da infração penal precedente; que (ii) é possível aplicar a teoria da cegueira deliberada para o branqueamento de capitais, desde que essa incidência se restrinja a perfazer seus efeitos ao tipo penal fixado no *caput* do art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro, tal como registrou o Ministério da Justiça na no item 40 da Exposição de Motivos nº 692, referente à lei nº 9.613/98.

É necessário ponderar também que o crime de lavagem de dinheiro se trata de um crime que atenta (sempre) contra a administração da Justiça, dificultando a tarefa do Poder Judiciário e das demais instituições de controle (especialmente o Ministério Público e a polícia judiciária) na diligência da persecução penal do crime.

Vale lembrar que existe uma assessoriedade limitada entre a lavagem de ativos e a infração penal anterior, sendo necessário, para fins de tipificação da lavagem de capitais, que o ato anterior seja um injusto penal, sendo prescindível a comprovação da autoria, da culpabilidade ou da punibilidade da infração penal antecedente (art. 2º, § 1º, da lei nº 9.613/98). Outrossim, que o legislador permitiu a autolavagem, admitindo que o autor da atividade criminosa ou contravencional prévia ao branqueamento de capitais também por ele venha a ser responsável, operando-se os efeitos do instituto do concurso material.

No que diz respeito à figura do advogado, podem ser destacadas como características deste profissional do direito (i) a regra da sua essencialidade à administração da Justiça; (ii) a regra da inviolabilidade profissional; (iii) o ministério privado; (iv) a prestação de serviço público; (v) a defesa dos interesses subjetivos do seu constituinte; e (vi) o *múnus* público que constituem os seus atos (art. 133 da Constituição Federal de 1988 c/c. lei federal nº 8.906/1994).

É digno de relevância anotar que os causídicos contam com a Ordem dos Advogados do Brasil como instituição responsável pela promoção da defesa da classe em todo o âmbito nacional, e o seu Conselho Federal, no caso, ostenta a figura de Órgão de Cúpula. Além disso, é de se perceber que os profissionais da advocacia têm, nos seus honorários, as verbas devidas pelo serviço técnico profissional por eles prestado, que podem ser divididos em (i) convencioneiros; (ii) arbitrados; e (iii) sucumbenciais.

No que concerne à responsabilização criminal do advogado quando do recebimento de honorários advocatícios provenientes de atividades ilegais perpetradas pelo seu constituinte, a doutrina, debruçando-se sobre a temática, fragmentou-se em várias ideias – todas no sentido de isentar o causídico da sua incursão no crime de lavagem de dinheiro.

Face a essa circunstância, é permitido estabelecer que essas diversas perspectivas se ajustam em três grandes grupos (ou critérios): (i) os critérios de justificação, os quais buscam resolver a problemática no âmbito das causas excludentes de ilicitude, sustentando (i.a) que a conduta do advogado consiste em um exercício regular de direito, (i.b) que o ato do advogado não pode ser entendido como lavagem de ativos ante a preponderância do princípio da ampla defesa do seu cliente e da presunção de não-culpabilidade, ou (i.c) que o comportamento do causídico não pode ser enquadrado no tipo penal da lavagem de ativos enquanto perdurar sua boa-fé, no sentido da inocência do seu constituinte; (ii) o grupo que, pelo viés do tipo subjetivo, procura resolver a questão pela análise da tipicidade subjetiva, afirmando que o branqueamento de capitais se configura apenas nas hipóteses em que o advogado sabe, com segurança, da origem criminosa dos valores recebidos a título de honorários; e (iii) os critérios relati-

vos ao tipo penal objetivo, que, desejando solucionar a questão, justificam a impossibilidade da responsabilização criminal do advogado pela lavagem de dinheiro (iii.a) mediante uma redução teleológica do tipo penal, pois, como o crime de lavagem de ativos tutela a administração da Justiça, o recebimento de honorários por parte do causídico jamais pode ser considerada uma conduta criminosa, sob pena de se estar atentando contra o bem jurídico protegido pelo crime, (iii.b) postulando que a situação do advogado deve ser interpretada à luz do direito constitucional de defesa, (iii.c) argumentando que o recebimento de honorários maculados pelo advogado consiste em uma conduta profissionalmente adequada, ou (iii.d) que se trata de uma ação neutra.

Com a devida vênia, e sem faltar com o respeito que todas as ideias acima sumariadas, a exoneração da responsabilidade criminal do advogado pela lavagem de dinheiro quando do recebimento de honorários maculados, por atipicidade objetiva (ou formal), só pode ser claramente vislumbrada se se levar em conta as seguintes premissas, a saber: (i) a de que o causídico efetivamente prestou os seus serviços técnico-jurídicos; e (ii) a de que quando do recebimento dos honorários advocatícios, o advogado diligenciou a emissão de nota fiscal ou de recibo, documentando o pagamento recebido.

A atipicidade formal da atitude do advogado (na esteira das diretrizes acima estampadas) se sustenta porque (i) o ato do cliente em pagar o seu advogado com o proveito das suas atividades criminosas não configura crime de lavagem de dinheiro. Trata-se de um mero proveito das suas atividades ilícitas, o que não pode ser confundido com atos de branqueamento de capitais; (ii) ao emitir nota fiscal ou recibo, o advogado não oculta ou dissimula bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente de infração penal. Na verdade, ao agir assim, o causídico dá transparência e publicidade ao recebimento das verbas devidas; e (iii) o recebimento de honorários maculados pelo advogado constitui uma ação (ou conduta) neutra, pois se trata de um ato praticado no exercício cotidiano da profissão, devidamente regulamentado por lei, que ostenta um risco permitido, não possuindo a idoneidade necessária para consolidar a capacidade econômica do cliente adquirida com as infrações penais pretéritas.

Aderindo-se a essa linha de inteligência, o analista solve a problemática de uma maneira mais segura, pois a questão esbarra na tipicidade objetiva (ou formal) do crime de lavagem de ativos. Isso exclui qualquer apreciação no que concerne à tipicidade subjetiva do causídico, que se aplica a toda e qualquer hipótese de atuação profissional do advogado (consultoria, assessoria e direção jurídicas, ou postulação em juízo em prol dos interesses subjetivos

do seu constituinte). Mais: que, simultaneamente, abrange todos os tipos penais previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional**, São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

ARAS, Vladimir. A Investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 20, n. 237, p. 5 – 7, agosto, 2012.

AZEVEDO, André. Dos Crimes Contra o Patrimônio. In: MACHADO, Costa (Org.); AZEVEDO, David Teixeira de (Coord.). **Código Penal Interpretado**, Barueri, Editora Manole, 4ª ed., p. 257 – 303, 2014.

BARBOSA, Ruy. **O Dever do Advogado**, Bauru: Editora Edipro, 2ª ed., 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Lavagem de Dinheiro segundo a legislação atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 21, n. 102, p.163 – 219, mai.-jun., 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral, São Paulo: Editora Saraiva, 20ª ed., 2014, vol. 1.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro**: Aspectos penais e processuais penais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Alterações na legislação de combate à lavagem: Primeiras impressões. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 20, n. 237, p. 2, agosto, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro na APn 470 (Parecer). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 22, n. 110, p. 475 – 495, set.-out., 2014.

_____. **Lavagem de dinheiro: No que consiste o ocultar necessário ao crime?** 2015. Coluna “Direito de Defesa”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-22/direito-defesa-lavagem-dinheiro-consiste-ocultar-necessario-crime>>. Acesso em: 25.04.2016.

_____. **A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro.** 2012. Coluna “Direito de Defesa”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: 14.05.2016.

_____. Dos Crimes Contra a Administração da Justiça. In: MACHADO, Costa (Org.); AZEVEDO, David Teixeira de (Coord.). **Código Penal Interpretado**, Barueri, Editora Manole, 4ª ed., p. 550 – 575, 2014.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Legislação Criminal Especial Comentada**, Salvador: Editora JusPodium, 3ª ed., 2015.

CALLEGARI, André Luís; SCHEID, Carlos Eduardo; ANDRADE, Roberta Lofrano. Breves anotações sobre a Lei de Lavagem de Dinheiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 19, n. 92, p. 219 – 260, set.-out., 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, São Paulo: Editora Malheiros Editores, 30ª ed., 2014.

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**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 22, n. 110, p. 147 – 174, set.-out., 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Niterói: Editora Impetus, 14ª ed., 2012, vol. 1.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no Curso de Direito: Como Elaborar o Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)**, São Paulo: Editora Atlas, 8ª ed., 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. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 22, n. 111, p. 113 – 156, nov.-dez., 2014.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves Notas sobre Lavagem de Dinheiro: Cegueira Deliberada e Honorários Maculados. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, p.164 – 186, jan.-abr., 2014.

MAMEDE, Gladston. **A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil: Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94)**, ao regulamento geral da advocacia e ao Código de Ética e Disciplina da OAB, São Paulo: Editora Atlas, 6ª ed., 2014.

_____. **Fundamentos da legislação do advogado**, São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Autonomia e Independência da Ordem dos Advogados do Brasil (Parecer). In: TIMM, Aline Machado Costa (Org.). **Liberdade e Autonomia: Comentários ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3026/STF**, Brasília: Conselho Federal da OAB, p. 9-24, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nunes. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**, São Paulo: Editora Atlas, 30ª ed., 2014, vol. 1.

_____. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**, São Paulo: Editora Atlas, 29ª ed., 2015, vol. 3.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. A ética do advogado. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 20, n. 2, p. 73 – 74, fevereiro, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2009.

SAADI, Ricardo Andrade. O Combate à Lavagem de Dinheiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 20, n. 237, p. 7 – 9, agosto, 2012.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro**: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**, São Paulo: Cortez Editora, 23ª ed., 2007.

TEBET, Diogo. Lei de lavagem de dinheiro e a extinção do rol dos crimes antecedentes. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 20, n. 237, p. 18 – 19, agosto, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**, São Paulo: Editora Saraiva, 5ª ed., 1994.