

Branqueamento de capitais e advocacia: os deveres de *compliance* e a responsabilização por seu descumprimento

Money laundering and advocacy: compliance duties and breach responsibilities

Bárbara Dorati Ferrari*

Sumário

Introdução. I. Criminal *compliance* e a sociedade de controle. II. Os deveres de *compliance* na prevenção do branqueamento de capitais e o advogado. 2.1. Grupo de Ação Financeira (GAFI). 2.2. Normativa da União Europeia. a) Diretiva 91/308/CE. b) Diretiva 2001/97/CE. c) Diretiva 2005/60/CE. d) Diretiva (UE) 2015/849. 2.3. Portugal (Lei nº 83/2017). 2.4. Brasil (Lei nº 9613/1998). III. Da responsabilização criminal do advogado pelo descumprimento dos deveres de *compliance*. 3.1. Advogado dever de garante? 3.2. Formas de comparticipação criminosa: possibilidades punitivas do advogado. a) Da comparticipação principal (autoria). b) Da comparticipação acessória (cumplicidade). Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O presente trabalho se destina a examinar a responsabilização criminal do advogado por crime de branqueamento pelo descumprimento dos deveres de *compliance*. A partir de uma problematização geral do contexto histórico do surgimento do *compliance* como fruto da autorregulação regulada, será examinado o sistema comunitário de prevenção do branqueamento de capitais sob uma análise comparativa com o ordenamento jurídico brasileiro, verificando, primeiramente, para quais advogados incide a determinação legal de que colaborem com a Unidade de Inteligência Financeira e informem sobre atividades suspeitas de seus clientes e, por sua vez, se este dever implica a sua colocação como garante. Será, outrossim, realizado o estudo da comparticipação criminosa para verificar se e quando a conduta de omissão dos deveres de colaboração ensejará, além da sanção administrativa que lhe é própria, também a sanção penal, utilizando, para tanto, os critérios da imputação objetiva

* Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Advogada.

para verificar quando que a conduta inicialmente neutra ultrapassa os limites do risco permitido e passa a ser considerada relevante criminalmente – no caso, quando a falta de solidariedade ensejará a criação do risco proibido. Embora seja um tema de grande discussão e implicações, buscamos encontrar uma solução razoável diante da necessidade de combater o branqueamento de capitais com a imposição do dever de comunicação a determinados sujeitos que operam nos setores considerados sensíveis à prática criminosa, entre os quais se encontra o advogado, e sua (in)compatibilidade com o instituto do segredo profissional.

Abstract

The present study aims to examine the criminal accountability of the lawyers for the money laundering crime, particularly for the “duty of compliance” disregard. Starting from a general problematization of the historical context from the compliance emergence as a self-regulation, the community process of money laundering prevention will be analyzed in comparison to the Brazilian legal system. Initially, it will be analyzed whether the lawyers have to collaborate with the financial intelligence unit, as well as inform it about any suspicious activity of their clients. Thereby, it will be discussed whether these duties put the lawyers into a guarantor position or not. The kinds of criminal participation will also be studied, in order to check if and when the omission of the collaboration duty may give cause to a criminal penalty, beyond the normal administrative penalty. For this purpose, the objective imputation criterion will be used to verify when an initially neutral behavior may cross the allowed risk bound to become criminally relevant – in case, when the lack of solidarity may create a forbidden risk. Although this theme provokes big discussions and implications, this paper aims to find reasonable solution among the need of fighting the money laundering crime (especially from the duty of communication aspect, which is imposed to some people who deal with crimes – for example, the lawyers) and its compatibility or not with professional secret right.

Palavras-chave: Branqueamento de capitais. *Compliance*. Deveres de reporte. Dever de garante. Limites da cumplicidade criminosa.

Keywords: *Money laundering. Compliance. Duty to report. Guarantor duty. Bounds of criminal participation.*

Introdução

O presente trabalho versará sobre o estudo do dever de comunicação de operações suspeitas dos clientes impostos aos advogados no quadro da prevenção do branqueamento de capitais e as consequências jurídicas advindas do seu descumprimento no âmbito de uma responsabilização criminal.

Reflexo de uma preocupação global em combater de forma eficiente o crime de branqueamento de capitais, existe, na esfera internacional, a busca pelo desenvolvimento de políticas criminais, visando à identificação, repressão e o controle das atividades que se operam em setores sensíveis à prática de atos de branqueamento. Tal preocupação, por sua vez, repercutiu na elaboração de legislações no âmbito interno de diversos países que guardam, entre si, muitas semelhanças. Nessa linha, nos ordenamentos jurídicos de diversos países, foram desenvolvidas regras de viés preventivo com a imposição de deveres, entre os quais, o dever de comunicação às autoridades competentes de operações suspeitas dos clientes.

Tais medidas refletem, por sua vez, o atual cenário globalizado no qual vigora um acelerado desenvolvimento tecnológico aliado a especialização e complexidade da estrutura empresarial, o que implica a incapacidade, por parte do poder público, de isoladamente prevenir, detectar, investigar e sancionar a prática de ilícitos realizados no seu interior. Visando suprir essa ineficiência, surge a autorregulação, na qual o poder público delega parte de sua função regulatória a particulares para a prevenção e controle desses crimes e isto, por sua vez, ocorre por meio dos sistemas de *criminal compliance*.

Com efeito, as políticas de combate ao branqueamento de capitais são criadas e se desenvolvem sobre a cooperação entre o setor público e o privado – entidades ou pessoas que exercem suas atividades em setores considerados sensíveis à prática desse crime¹ – entre os quais encontram-se os advogados. Ocorre que, a determinação legal de que advogados colaborem com a Unidade de Inteligência Financeira e informem sobre atividades suspeitas de seus clientes, por sua vez, implica uma certa (in)compatibilidade com o seu dever deontológico do sigilo profissional. E aqui surge o problema posto no presente estudo: o advogado de representação contenciosa é, de fato, um dos obrigados? A referida determinação legal implica a colocação do advogado como garante? É possível a sua responsabilização por crime de branqueamento pelo descumprimento dos deveres de *compliance*? Quais seriam os limites dessa punibilidade no âmbito das condutas neutras entre as quais atividade profissional do advogado se encontra?

Para responder este problema jurídico, será inicialmente estudado, no primeiro capítulo, o *compliance* como uma das formas de autorregulação regulada, partindo-se de uma breve análise da sociedade disciplinadora de Foucault e da sociedade de controle de Deleuze. Reputamos oportuno esta análise ao considerarmos o *compliance* como materialização da perspectiva da sociedade de controle, na qual ocorre o estímulo à autorregulação, sob a perspectiva da função do advogado dentro do *criminal compliance*.

Após, no segundo capítulo, serão abordados os deveres de *compliance* na prevenção do branqueamento de capitais, verificando a posição do advogado nos principais documentos internacionais que tratam sobre esta matéria e nas legislações

¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.41.

que foram fortemente influenciadas por suas regras. No caso, quanto a essas últimas, o exame se consubstanciará aos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, cuja análise comparativa será através das seguintes legislações: Lei nº 83/2017 e Lei nº 9.613/1998, alterada pela Lei nº 12.683/2012, apontando suas similitudes e diferenças. Em seguida, finalizando o capítulo, será brevemente analisado o posicionamento inflexível da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) quanto à (in)compatibilidade dos deveres de *compliance* com o instituto do sigilo profissional e, portanto, a sua inaplicabilidade, com o apontamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4841, ajuizada em 22 de agosto de 2012, no STF, que, em que pese esteja pendente de julgamento, demonstra a situação de incerteza que vigora no ordenamento jurídico brasileiro.

No terceiro e último capítulo, pretendemos, inicialmente identificar se a determinação legal de que o advogado colabore com a Unidade de Inteligência Financeira e informe sobre atividades suspeitas de seus clientes implica a sua colocação como garante e, conseqüentemente, se o descumprimento destes deveres lhe ensejará uma responsabilidade penal na forma de autor ou cúmplice, diante da lei portuguesa e brasileira. Após, finalizaremos o estudo com a verificação dos limites da cumplicidade punível dos advogados que contribuirão, mediante auxílio material, no curso causal do resultado criminoso, no âmbito das condutas neutras. Aliás, esse estudo final se faz necessário justamente pelo fato de que, em decorrência do expansionismo penal, houve a ampliação da punibilidade de atividades cujo risco (permitido) é inerente. Por isso, utilizando os critérios da teoria da imputação objetiva buscaremos verificar quando a conduta do advogado, considerada inicialmente neutra, ultrapassa o limite do risco permitido e passa a ser considerada relevante criminalmente, verificando que, na realidade, o dever de comunicação (quando cumprido) confere uma segurança a esses profissionais, implicando o afastamento da tipicidade de sua conduta, ainda que esta interfira no curso causal criminoso.

Este é o objeto do nosso estudo, de lançar um pequeno contributo na sistematização dos deveres de *compliance* impostos aos advogados no âmbito de prevenção e combate do branqueamento de capitais, identificando o seu contexto histórico e evolução normativa em âmbito internacional, apontando seus paradoxos e implicações na esfera da responsabilização penal.

I. Criminal *compliance* e a sociedade de controle

Como forma de contextualizar, reputamos oportuno introduzir, preliminarmente, ainda que de forma breve, as ideias de Foucault e Deleuze, eis que nelas encontram-se a gênese do *compliance*. No caso, após o estudo e as interpretações

do pensamento de Michel Foucault², Gilles Deleuze³ cria um diagnóstico da sociedade atual, denominando-a de sociedades de controle.

A passagem da modernidade para a contemporaneidade ocasionou a mudança de um modelo de sociedade, vista por Foucault como disciplinar, para um modelo de sociedade identificada por Gilles Deleuze (1992) como de “controle”⁴. Na sociedade disciplinar, gerida pelo modelo Panóptico de sistema de vigilância, vista à época como algo inovador, era aquele em que o Estado conseguia vigiar e controlar de maneira concentrada. Por sua vez, a sociedade de controle é caracterizada pela difusão do poder, no qual o modelo Panóptico de vigilância intensa do Estado é substituído pela autorregulação regulada e, decorrência disso, as instituições que antes eram controladas pelo Estado passam a incorporar as normas e aplicar nelas mesmas, gerindo seu próprio controle, se autorregulando. À vista disso, podemos afirmar, de certa forma, que a sociedade atual se encontra no momento de transição de uma forma de encarceramento completo para uma espécie de controle aberto e contínuo. De todo modo, parece-nos que a sociedade disciplinadora não deixou de existir, mas sofreu mutação para a sociedade de controle. Estamos no processo de transição, e talvez até coexistindo ambas. Trata-se de uma das transformações da sociedade em termos de organização do poder, o qual deixou de ser concentrado e passou a ser difuso. E aqui se encontra o ponto de partida do presente estudo: o *compliance* como materialização da perspectiva da sociedade de controle.

À vista disso, é incontestável que a transformação do contexto histórico, fruto da globalização, implicou o enfraquecimento do Estado de controle e na persecução da criminalidade – que, por sua vez, encontra-se mais especializada –, de forma adequada e eficiente. A crescente complexidade social aliada ao acelerado desenvolvimento tecnológico refletiu em uma criminalidade empresarial complexa e repleta de obstáculos e que, por sua vez, retiraram a capacidade do Estado de controlar, sozinho, as estruturas empresariais e conseqüentemente, os crimes praticados nela, sobretudo sob o viés preventivo⁵.

Neste ponto, surge a autorregulação regulada como estratégia, por parte do Estado, para suprir a sua ineficiência de regular o ambiente empresarial, de modo que

² Em sua obra FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 162-250, considera a sociedade disciplinar como revolucionária cujo modelo de controle e vigilância é representado pelo sistema do Panóptico de Jeremy Bentham. Inclusive, se refere ao Panóptico como o verdadeiro ovo de Colombo na ordem política, metáfora utilizada para tratar do que esse modelo seria naquele contexto, *idem*, p 237.

³ A formação do conceito de sociedade de controle de Gilles Deleuze, através dos estudos do pensamento de Foucault, identifica-se na obra *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault.

⁴ Cf. adverte DELEUZE, Gilles. Controle e devir. In: *Conversações, 1972-1990*, Tradução Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992, p. 209-218, mais especificadamente p. 215-216, o próprio Foucault “[...] é um dos primeiros a dizer que as sociedades disciplinares são aquilo que estamos deixando pra trás, o que já não somos. Estamos entrando nas sociedades de controles, que funcionam não mais por confinamento, mas por controle contínuo e comunicação instantânea”.

⁵ COCA VILA, Ivó. *¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Atelier: Barcelona, 2013, p. 43-76, mais especificadamente p. 45-46.

consiga conjurar os interesses individuais empresariais com os da sociedade⁶. Pela autorregulação o Estado, admitindo sua incapacidade de regular sozinho a atividade empresarial, bem como de conter, isoladamente, a expansão da criminalidade, reflexo da sociedade globalizada⁷, utiliza-se delas para atingir os seus objetivos, ou seja, transfere parcialmente sua função regulatória (pois a titularidade permanece com o poder público)⁸ às empresas, propiciando a sua intervenção mais efetiva e consequentemente, uma efetiva prevenção⁹. Através de um intervencionismo à distância, torna-se, deste modo, mais regulador¹⁰.

Reflexo dessa nova forma de intervencionismo é a criação e instituição, pelo Estado, de deveres impostos ao ente privado como forma encontrada para recuperar o seu controle sobre a criminalidade econômica¹¹ e é através do *compliance* que o Estado vislumbra uma nova técnica para combater, de forma eficaz, esta criminalidade, conferindo na autorregulação regulada a solução de seus problemas¹².

Fruto da autorregulação, surge então o criminal *compliance*¹³ como método de prevenção de natureza privada das atividades infratoras e delitivas por parte da empresa. Representa uma transferência por parte do Estado, aos sujeitos incumbidos, da tarefa de identificação de fatos criminosos, visando dividir a sua responsabilidade com os particulares¹³, tendo como base normas e diretrizes nacionais ou internacionais que tratam das medidas de cooperação de viés preventivo¹⁴.

Visto isto, é possível perceber os reflexos da sociedade de controle com a expansão da tutela penal, com seu viés preventivo e repressivo, abrigando também a tutela da ordem econômica, a exemplo do branqueamento de capitais¹⁵. Disto decorre que, o combate à criminalidade, em especial ao delito de branqueamento de capitais, implicou o estabelecimento de deveres, com viés preventivo, a determinados agentes particulares e de incentivos visando a sua colaboração na prevenção e

⁶ *Idem*, p.46.

⁷ Esse novo cenário decorre da incapacidade do Estado de, com seus mecanismos de gestão, regular e supervisionar o âmbito empresarial, motivo pelo qual recorre à autorregulação regulada para exercer o controle neste ambiente, impedindo e detectando eventuais atos ilícitos, cf. CAVERO, Percy García. *El delito de lavado de activos*. 2. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2015, p. 210.

⁸ Trata-se de uma transferência parcial de poderes, por parte do Estado, ao ente privado, na qual o Estado delega, porém, com limites predeterminados, nos quais os particulares se subordinam, cf. COCA VILA, Ivó. *¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?*, ob. cit., p. 51.

⁹ FORIGO, Camila Rodrigues. O *Criminal Compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (coord); SOBRINHO, Fernando Martins Maria (org.). *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina/PR: Thoth, 2017, p.17-44, mais especificadamente p.31.

¹⁰ COCA VILA, Ivó. *¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?*, ob. cit., p.52.

¹¹ CAVERO, Percy García, ob. cit., p. 210.

¹² TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos Camilo Da Silva Souza. *Criminal compliance*, política criminal atuarial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade do controle. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*. Salvador, v. 4, n. 1, jan./jun. 2018, p. 98 –113.

¹³ RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 23.

¹⁴ TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos Camilo Da Silva Souza, ob. cit., p. 98 –113.

¹⁵ *Idem, ibidem*.

controle da criminalidade¹⁶, tornando os particulares como *longa manus* dos órgãos policiais dos Estados¹⁷.

À vista disso, diversos documentos internacionais refletem essa tendência de imposição crescente de deveres de colaboração, tais como a Normativa da União Europeia, o GAFI, o ordenamento jurídico português e brasileiro, mediante a Lei nº 83/2017 e a Lei nº 9.613/1998 (doravante conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro), com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012, conforme será exposto no próximo capítulo. No caso, o descumprimento destes deveres de *compliance* poderá ensejar tanto sanções de caráter administrativo, como também a responsabilização penal quando considerados garantes por ingerência na norma¹⁸. De qualquer maneira, é neste ponto que se insere a pertinência temática: o *compliance*, como parte do movimento de difusão do poder, no qual o Estado delega poderes aos particulares através da autorregulação, embora com limites por ele predeterminados. Por sua vez, tais limites impostos pelo Estado ao *compliance*, como forma de controle sobre a difusão do poder trazida pela autorregulação, é o que toca a função do advogado dentro do *criminal compliance*, objeto do presente estudo.

II. Os deveres de *compliance* na prevenção do branqueamento de capitais e o advogado

Consequência direta do esforço mundial para se combater de forma efetiva o branqueamento de capitais¹⁹, há, em nível internacional, o debate sobre o desenvolvimento de políticas criminais, visando a repressão, identificação e o controle das atividades desempenhadas nos setores sensíveis à prática deste crime²⁰. Por sua vez, tais esforços são marcados pelo reconhecimento – de caráter transnacional, da incapacidade do poder público de, isoladamente, prevenir, investigar e monitorar atos de branqueamento²¹. À vista disso, visando atuar de forma mais efetiva na persecução deste crime diante as dificuldades de investigação e complexidades que lhe caracterizam, o setor público passou a atuar juntamente às instituições privadas que exercem suas atividades nesses setores tidos por sensíveis²².

¹⁶ FORIGO, Camila Rodrigues, ob. cit., p.39.

¹⁷ RIOS, Rodrigo Sanches. *Advocacia e Lavagem de Dinheiro*: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo. Saraiva-GVlaw, 2010, p. 53.

¹⁸ TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos Camilo Da Silva Souza, ob. cit., p. 98-113.

¹⁹ O Combate ao branqueamento nas normas internacionais verifica-se nos seguintes documentos: Convenção de Viena (1988), Convenção de Estrasburgo (1990), Convenção de Palermo (2000), Convenção de Mérida (2003), Convenção de Varsóvia (2005), além das seguintes Diretivas do Conselho da Comunidade Europeia relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais: 91/308/CEE, 2001/97/CE, 2005/60/CE e 2015/849/CE, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 36-38.

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.38.

²¹ GIBSON GARCÍA, Ramón. Nuevas disposiciones en materia de prevención de lavado de dinero para las instituciones financieras. *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, México, Segunda Época, n. 12, out. 2004/mar. 2005, p. 185-213.

²² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.39.

Reflexo desta cooperação entre o setor público e privado – entidades ou pessoas que exercem suas atividades em ambientes nos quais são comumente utilizados pelos agentes para a prática do crime²³, houve para tais agentes a imposição de deveres de colaboração com o órgão de inteligência e vigilância do poder público, entre os quais, o dever de comunicação de operações suspeitas praticadas sob sua égide²⁴. E aqui surge o primeiro problema posto no presente trabalho: o advogado de representação contenciosa é sujeito obrigado a este dever?

Para responder este problema, reputamos oportuno o exame, ainda que de forma breve, dos documentos internacionais de maior relevância nesta temática: as Recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI), as Diretivas do Conselho das Comunidades Europeias, a legislação de Portugal e do Brasil, apontando suas principais peculiaridades quanto ao tratamento conferido ao advogado no âmbito do combate ao branqueamento de capitais e os deveres de reporte na Comunidade Europeia e brasileira.

Aliás, importante mencionar que a inclusão dos advogados como obrigados a implementar os mecanismos de controle decorreu da constatação da utilização, por autores de branqueamento, dessa atividade profissional para a prática de atos ilícitos²⁵. Por tais motivos, com acerto, os documentos internacionais acabaram por incluir essa categoria profissional à função combativa, o que, por sua vez, implicou os questionamentos acerca do instituto sigilo profissional e da função do advogado no sistema de justiça.

2.1. Grupo de Ação Financeira (GAFI)

Em fevereiro de 2012, o GAFI²⁶ revisou suas recomendações²⁷ e, entre as modificações, acabou por incluir os advogados como obrigados a cumprir as medidas

²³ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.39, entre os documentos internacionais que tratam sobre essa cooperação privada, destacam-se: Convenção de Palermo, em seu art. 7º, a Convenção de Mérida, em seu art. 14º, e as Diretivas do Conselho da Comunidade Europeia, em diferentes dispositivos, *Idem, ibidem*.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.41; GIBSON GARCÍA, Ramón, ob. cit., p. 185-213.

²⁵ Há três motivos que revelaram à exposição da utilização da atividade advocatícia como meio propício à prática de branqueamento de capitais: (i) a constatação de que a atuação do advogado acaba por conferir ao ato ilícito uma aparência de legitimidade; (ii) o fato de que a assessoria jurídica pode ser utilizada para fins de auxiliar atos de branqueamento; (iii) a grande capacidade em contribuir, ainda que sem a intenção, com o crime em questão, cf. *A lawyer's guide to detecting and preventing money laundering. International Bar Association, the American Bar Association and Council of Bars and Law Societies of Europe*, outubro de 2014, p. 24.

²⁶ Em inglês, *Financial Action Task Force (FATF)* foi criado em 1989 pelo grupo de sete países mais industrializados do mundo (G7) com o objetivo de combater de forma eficiente o branqueamento de capitais. Destina-se a expedir, de forma constante, recomendações sobre as melhores técnicas para a sua repressão e acompanhar sua implementação, visando definir padrões globais com a imposição de regras a serem incorporadas pelas legislações dos países que o compõem, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.38-39; NETTO, Aldo Romani. *Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais*. Dissertação de Mestrado em Direito defendida perante a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20706/TCC%20-%20VERS%C3%83O%20FINAL%20REVISADA%20-%20ENCADERNA%C3%87%C3%83O.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 ago. 2019, p. 93; BADARÓ, Gustavo Henrique.

²⁷ Em 1990, sob o número de 40, o GAFI expediu suas recomendações e, após revisões (ampliação das obrigações e seu escopo de incidência com a criação e publicação de 09 Recomendações), retornou em

administrativas de prevenção ao branqueamento de capitais, tais como o dever de devida diligência, de manutenção de registro e o dever de comunicar operações suspeitas de seus clientes, delimitando, por sua vez, e de forma expressa, as atividades exercidas pelo advogado sob as quais incidem tais deveres (Recomendação 22 e 23)²⁸. Nesse sentido, em suas notas interpretativas da Recomendação 23²⁹, dispõe que, no que se refere ao dever de comunicação de operações suspeitas, não lhe será exigido quando no seu exercício profissional receber informações sujeitas ao segredo-privilegio profissional de natureza legal, cabendo aos países a definição do regramento das questões que estarão abrangidas pela garantia do sigilo.

À vista disso, observa-se que o GAFI, não obstante ter incluído os advogados como obrigados aos deveres de comunicação, afasta tal dever quando este entra em conflito com o sigilo profissional, incumbindo, no entanto, aos países signatários a regulamentação dessa excepcionalidade. Tais países, por sua vez, comumente embasam suas legislações nas Diretivas da União Europeia, e que, conforme será exposto a seguir, ao encontro com as notas interpretativas da Recomendação 23, normalmente determinam que as informações sujeitas ao sigilo são aquelas obtidas mediante apreciação da situação jurídica de seu cliente ou no exercício da defesa ou representação em processos judiciais, administrativos, de arbitragem ou mediação³⁰. De qualquer maneira, observa-se que o GAFI exclui da obrigação os advogados que recebem informações mediante o exercício das atividades típicas da advocacia.

2.2. Normativa da União Europeia

O combate ao branqueamento de capitais na Comunidade Europeia ensejou a edição de diversas Diretivas, entre as quais, no que se refere aos deveres dos advogados, destacam-se³¹:

2012 à quantidade inicial de 40, cf. NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 94 e BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 39. As Recomendações e suas notas interpretativas estão disponíveis na sua versão oficial em: <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁸ No que se refere ao dever de devida diligência acerca do cliente e manutenção de registros, a Recomendação 22, “d”, do GAFI, determina que se aplicam apenas aos advogados quando realizarem transações para seus clientes nas atividades de: “Compra e venda de imóveis; Gestão de dinheiro, títulos mobiliários ou outros ativos do cliente; Gestão de contas correntes, de poupança ou de valores mobiliários; Organização de contribuições para a criação, operação ou administração de empresas; Criação, operação ou administração de pessoas jurídicas ou outras estruturas jurídicas, e compra e venda de entidades comerciais”. Por sua vez, a Recomendação 23, “a”, do GAFI, determina que somente no exercício dessas atividades descritas no parágrafo (d) da Recomendação 22 que o dever de comunicar operações suspeitas de seus clientes incidirá aos advogados. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi/view>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁹ Notas interpretativas da Recomendação 23 do GAFI, n.º 1 e 2, p. 120. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi/view>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

³⁰ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 95-96; Nota interpretativa da Recomendação 23 do GAFI, n.º 2, p. 120. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi/view>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

³¹ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 97; SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux. *Lavagem de dinheiro e os deveres de colaboração do advogado*. SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). São Paulo: LiberArs, 2017, p.80.

a) Diretiva 91/308/CE³²

Com a imposição de deveres de identificação dos seus clientes, a conservação de documentos para servirem de elemento probatório e a comunicação de transações suspeitas aos órgãos competentes, a Diretiva 91/308/CE, já revogada, se limitava a regular, de forma sucinta, as atividades das entidades de crédito e instituições financeiras, sobre as quais recaíam tais obrigações. Logo, de início, não trouxe os advogados como obrigados³³.

Por sua vez, trouxe em seu art. 12, de forma ampla, a determinação de que os Estados-membros regulem outras atividades profissionais sensíveis à prática do branqueamento de capitais, possibilitando desta forma, a expansão e inclusão dos profissionais forenses, ao cumprimento das medidas de controles³⁴.

b) Diretiva 2001/97/CE³⁵

Em 2001, a Diretiva 2001/97/CE, visando suprir a lacuna legislativa existente, alterou grande parte da Diretiva acima exposta, de modo que, não obstante ter mantido os deveres, ampliou o rol dos setores sensíveis ao branqueamento de capitais, entre os quais a inclusão, de forma expressa, dos profissionais jurídicos quando no exercício de assistência em transações financeiras, imobiliárias ou empresariais e afins³⁶ (art. 2º, nº 5)³⁷.

A Diretiva em exame, inovou ao trazer, pela primeira vez, as hipóteses em que o dever de comunicação é incompatível com o sigilo profissional, exonerando expressamente os profissionais forenses deste dever quando a informação for obtida para os fins de determinar a situação jurídica do cliente ou, então, no exercício de defesa ou de representação em processo judicial (art. 6º, nº 3)³⁸. Em tais hipóteses, o dever de

³² Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de junho de 1991. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31991L0308>. Acesso em: 10 ago. 2018.

³³ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 97.

³⁴ Neste momento, a inclusão dos advogados às obrigações poderia ser considerada mediante uma interpretação analógica, autorizada e até mesmo incentivada pela Diretiva em exame. No entanto, essa liberdade conferida aos países signatários de ampliação dos mecanismos de controle para além dos estabelecimentos de crédito e instituições financeiras não teve os resultados esperados, ou seja, na prática isto não ocorreu, cf. NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 97-98.

³⁵ Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de dezembro de 2001. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:57ce32a4-2d5b-48f6-adb0-c1c4c7f7a192_0010.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 10 ago. 2018.

³⁶ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 98.

³⁷ Para uma análise completa das atividades dos advogados sob as quais incidem os deveres de reporte bem como as hipóteses excepcionais em que este dever é afastado, vide art. art. 2º, nº 5 e art. 6º, nº 3 da Diretiva 2001/97/CE.

³⁸ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 99. Nesse sentido, Ivo Coca Vila, expõe que o legislador europeu conferiu proteção ao advogado dispensando dos deveres de reporte quando este exercer suas três principais funções nucleares de sua profissão: a defesa, representação e o assessoramento jurídico – quando no processo de determinar a situação jurídica do cliente. Quanto a este último, quando implicar o desempenho, por parte do advogado, de uma atividade vinculada a análise e ajustes da conduta do cliente com a legalidade, estará o advogado exercendo o assessoramento jurídico, e, portanto, desobrigado aos deveres de comunicação. De modo contrário, caso a determinação da situação jurídica envolva uma transação comercial ou financeira, nestes casos o advogado não estará desempenhando uma atividade jurídica, mas sim, estará atuando como um “agente de negócios”, caso em que o advogado estará exonerado do seu dever do sigilo profissional, cf.

comunicar operações suspeitas de seus clientes inexistirá, salvo se o consultor jurídico participar de atos de branqueamento ou prestar consultoria jurídica para facilitá-lo ou então ter o conhecimento de que realiza seus serviços para este fim (item 17)³⁹.

c) Diretiva 2005/60/CE⁴⁰

Na mesma linha, a Diretiva 2005/60/CE, objetivando aprimorar o combate ao branqueamento mediante a coordenação internacional, veio para consolidar o caminho político-criminal inicialmente definido em 1991, pela Diretiva 91/308/CE⁴¹. Para tanto, manteve como obrigados aos deveres de prevenção os membros de profissões jurídicas – entre os quais, os advogados, quando atuarem em transações financeiras, imobiliárias, empresariais e afins, consideradas como setores sensíveis à prática de branqueamento de capitais⁴² (itens 04 e 19 e art. 2º, n.º 3, “b”)⁴³.

Da mesma forma, repetiu-se o afastamento da incidência do dever de comunicação de operações suspeitas quando as informações obtidas decorrerem da apreciação da situação jurídica do cliente, do exercício de sua representação ou defesa em um processo judicial ou de qualquer aconselhamento realizado a fim de se impedir ou instaurar um processo (item 20 e art. 23º, n.º 2)⁴⁴. Logo, no que se refere aos advogados, manteve-se a inexistência do dever de reporte quando exercerem atividade na qual o sigilo profissional é inerente⁴⁵.

d) Diretiva (UE) 2015/849⁴⁶

Por fim, a Diretiva (UE) 2015/849, aprovada em maio de 2015 pelo Parlamento Europeu, ampliou ainda mais o rol dos membros de profissões jurídicas obrigados ao dever de comunicação de operações suspeitas de seus clientes, incluindo os consultores tributários⁴⁷. Logo, a Diretiva em exame que inclusive adotou regramentos já implementadas no ordenamento jurídico de diversos países da União Europeia⁴⁸,

COCA VILA, Ivo. *El abogado frente al blanqueo de capitales. ¿Entre Escila Y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012* (TEDH 12323/11). Caso Michaud contra Francia. In Dret. *Revista para el análisis del Derecho*, n.º 4, 2013, p. 20. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4481147>>. Acesso em: 10 ago. 2018. No mesmo sentido, Rodrigo Sanches Rios defende a exoneração dos deveres de *compliance* quando conflitar com o sigilo profissional, insito ao exercício de defesa, cf. RIOS, Rodrigo Sanches, ob. cit., p. 109.

³⁹ SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 87.

⁴⁰ Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0060>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁴¹ COCA VILA, Ivo. *El abogado frente al blanqueo de capitales*, ob. cit., p.03.

⁴² NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 101.

⁴³ Para uma análise completa de todas as atividades desempenhadas pelos profissionais jurídicos que incidem os deveres de reporte bem como as hipóteses excepcionais em que inexistente este dever, vide art. 2º, n.º 3, “b” e art. 23º, n.º 2 da Directiva 2005/60/CE.

⁴⁴ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 101.

⁴⁵ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 103.

⁴⁶ Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849> . Acesso em: 10 ago. 2018.

⁴⁷ SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 88.

⁴⁸ ESTELLITA, Heloisa. *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. São Paulo: Editora FGV, 2016, p.33.

manteve como atividade sensível à prática do branqueamento de capitais a atuação do advogado em operações financeiras, imobiliárias ou societárias, inovando quanto à inclusão da prestação da consultoria fiscal por possuir um risco mais elevado de ser utilizada para fins de branqueamento (item 09 e art. 2º, n.º3, “b”)⁴⁹. Conservou também as exceções nas quais o advogado estará isento do dever de reporte: o recebimento das informações mediante a apreciação da situação jurídica do cliente, do exercício da defesa, representação ou mesmo quando realiza conselhos em processos judiciais, salvo quando participar ativamente do branqueamento, realizar consultoria jurídica ou tiver o conhecimento de que a realiza para esta finalidade (item 09)⁵⁰.

Da análise do quadro evolutivo das Diretivas, parece-nos que o legislador europeu, buscando combater de forma efetiva o branqueamento de capitais, atribuiu aos agentes privados, atuando juntamente ao Estado, essa função e missão combativa, imputando, para tanto, os deveres de *compliance*⁵¹. E, quanto aos advogados de consultoria jurídica, reconheceu o seu dever de comunicar quando a sua orientação ou consultoria for relativas à condução negocial e patrimonial ou quando em atividades extrajudiciais, tais como transações financeiras ou empresariais, conforme apontam as Diretivas⁵² acima expostas. Excluíram tal dever de colaboração, contudo, quando da atuação dos advogados em virtude dos processos judiciais (atuais ou iminentes)⁵³, o que, por sua vez, demonstra a maturação da Comunidade Europeia que, ao regular as atividades em que recaem os deveres de reporte, conferiu, na realidade, uma proteção ao profissional.

2.3. Portugal (Lei nº 83/2017)⁵⁴

Decorrente das regras comunitárias, a legislação de Portugal cumpre o mesmo roteiro das recomendações do GAFI e das Diretivas da União Europeia. Inclusive, a Lei nº 83/2017, mais recente legislação quanto à regulamentação das medidas

⁴⁹ Para análise detalhada das atividades do advogado que incidem os deveres de reporte bem como as hipóteses excepcionais em que inexistente este dever, vide item 09 e art. 2º, n.º3, alínea “b” da Diretiva (UE) 2015/849.

⁵⁰ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 103-104; SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 88.

⁵¹ COCA VILA, Ivo. *El abogado frente al blanqueo de capitales*, ob. cit., p.02.

⁵² Neste sentido, apontam a Diretiva nº 2001/97/CE (que alterou a Diretiva nº 91/308), de 4 de dezembro de 2001 (itens 16 e 17), a Diretiva 2005/60/CE, de 26 de outubro de 2005 (itens 19 e 20), e a Diretiva 2015/849, de 20 de maio de 2015 (item 09), todas do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁵³ Do exame das Diretivas, afere-se, outrossim, que a orientação na Comunidade Europeia é no sentido de que a imposição dos deveres de reporte aos advogados não fere o sigilo profissional quando da sua atuação em atividades extrajudiciais, excepcionando, por sua vez, quando do exercício de atividades típicas da advocacia: realização da defesa ou representação em processos judiciais ou aconselhamento sobre formas de solução de litígios. Em tais casos, destaca-se que, levaram em consideração o instituto do sigilo profissional. Neste sentido, NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 104.

⁵⁴ No presente trabalho, reputamos oportuno restringir a análise da Lei nº 83/2017, mais recente legislação portuguesa sobre as medidas preventivas e repressivas de combate ao branqueamento de capitais, não obstante existir outras de grande relevância no ordenamento jurídico português, em especial: Lei nº 49/2004 que regula o sentido e o alcance dos atos próprios dos advogados os quais são acobertados pelo sigilo profissional; Lei nº 145/2015 (Estatuto da Ordem dos Advogados) que dispõe acerca do regramento do segredo profissional inerente aos atos típicos da advocacia e o Regulamento 94/2006 de dispensa de segredo profissional, que trata do procedimento para as hipóteses em que o sigilo profissional pode ser afastado.

preventivas e repressivas de combate ao branqueamento de capitais, representa a transposição, ainda que parcial, da Diretiva 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e da Diretiva 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016.

À vista disso, em recente alteração normativa, Portugal também se alinhou ao entendimento de que os advogados se sujeitam ao dever de colaboração com a Unidade de Inteligência Financeira, conforme se observa no art. 4º, nº 1, alínea “f” e nº 2 c/c o art. 43º da Lei nº 83/2017⁵⁵. A exceção encontra-se em seu art. 79º, o qual – reproduzindo o teor das Diretivas da União Europeia e das Recomendações do GAFI, estabelece que não são abrangidas pelo dever de comunicação quando a atuação do advogado se consubstancia no auxílio da defesa ou representação do cliente a despeito de um processo judicial (atual, futuro ou mesmo conselhos para evitá-lo) ou na apreciação de sua situação jurídica, ou seja, as informações obtidas por meio do exercício da defesa de seus clientes nas quais o sigilo profissional é inerente e, portanto, incompatível com o dever de comunicação⁵⁶.

Logo, do exame da legislação portuguesa, verifica-se que o legislador resguardou o sigilo profissional dos advogados quando atuarem no exercício do direito de defesa de seu cliente e, em tais casos, inexistente o dever de reporte. Assim, em Portugal, os deveres de *compliance* impostos aos setores privados para, em cooperação com o setor público, combaterem o branqueamento de capitais somente incidem aos advogados cuja atividade visa consolidar operações financeiras, imobiliárias, de compra e venda, de gestão de fundos, entre outras atividades similares, ou seja, sem relação com o direito de defesa do cliente, as quais devem seguir as determinações impostas na Lei nº 83/2017 – comunicando as operações suspeitas de seus clientes ao bastonário da sua ordem profissional (Ordem dos Advogados) que encaminharão, imediatamente e sem filtragem, ao Departamento Central de Investigação e Ação Penal e à Unidade de Informação Financeira (art. 79º, nº 2 do diploma legal ora referido)⁵⁷.

A orientação da Comunidade Europeia constitui uma importante fonte legislativa para a regulação de outros países, entre os quais o Brasil⁵⁸, o qual, não obstante guarde pontuais similitudes com a norma portuguesa, carece de uma menção expressa aos advogados.

⁵⁵ Para uma análise completa de todas as atividades desempenhadas pelos advogados sobre as quais recaem os deveres de colaboração, vide art. 4º, nº 1, alínea “f” e nº 2, da Lei nº 83/2017; para os deveres de comunicação de operações suspeitas, vide art. 43º do mesmo diploma legal.

⁵⁶ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 111.

⁵⁷ Nas hipóteses expressamente previstas e delimitadas pela Lei nº 83/2017, a colaboração dos advogados às autoridades de *law enforcement* não é incompatível com o segredo profissional, cf. NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 111-113. Importante destacar que em Portugal, à Unidade de Informação Financeira (*Law-enforcement-type FIUs*) é atribuído poderes de investigação e de persecução ou seja, natureza de polícia judiciária. No caso, os fundamentos que conduziram a sua criação foram encontrar neste órgão uma maneira mais eficiente para a aplicação da lei, atribuindo poderes apropriados para tanto, sem ter que desenvolver uma nova estrutura legal e administrativa, como ocorre no Brasil com o COAF, cf. *Financial Intelligence Units: an Overview* – Washington, D.C.: *International Monetary Fund, Legal Dept., Monetary and Financial Systems Dept.: World Bank, Financial Market Integrity*. Div., Washington, USA, 2004, p. 13-14.

⁵⁸ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 104.

2.4. Brasil (Lei nº 9613/1998)⁵⁹

O ordenamento jurídico brasileiro, no seguimento das normativas internacionais e fortemente influenciado por elas⁶⁰, trouxe os deveres de cooperação na prevenção e combate ao branqueamento de capitais e os obrigados a tais regras na Lei nº 9613/98⁶¹ (Lei de Lavagem de Dinheiro) e, ao encontro da expansão que também ocorreu em diversos países, em 2012, com a Lei nº 12.683, teve seu rol dos setores sensíveis obrigados significativamente ampliado, com a inclusão das pessoas físicas ou jurídicas que prestam assessoria, consultoria, aconselhamento ou assistência em operações financeiras, societárias, imobiliárias, de compra e venda, de gestão de fundos e afins⁶² (art. 9º, XIV, da Lei nº 9613/1998), o que demonstra a grande influência das Diretivas da União Europeia e também das Recomendações do GAFI⁶³ no ordenamento jurídico brasileiro, não obstante, à diferença dos primeiros, haver diversas lacunas e omissões legislativas, tal como a ausência de menção expressa do advogado.

Assim, a tais obrigados recaem os deveres de colaboração a Unidade de Inteligência Financeira (UIF), e, no caso da brasileira, é o (COAF)⁶⁴. Como apontado, entre as obrigações administrativas, encontra-se o dever de comunicar atividades suspeitas de seus clientes ao órgão regulador da atividade profissional ou, na sua falta, ao COAF, e, no caso dos advogados, caberia a OAB. Além disso, outra importante inovação da lei em comento foi a determinação a este órgão representativo (OAB) da regulamentação das hipóteses que configuram transações suspeitas e a forma como deverá ser transmitida (art. 11º, I e § 1º do diploma legal ora referido)⁶⁵.

O descumprimento destas obrigações, por sua vez, não ensejará de forma automática a responsabilização criminal, mas tão somente sanções de cunho

⁵⁹ Lei nº 9613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro) com alteração da Lei nº 12.683.

⁶⁰ As Diretivas promulgadas pelo Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia influenciaram a alteração legislativa brasileira e a instituição do art. 9, inciso XIV, cf. GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de 'lavagem' de dinheiro. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 20, n. 237, p. 09-10, ago. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁶¹ Elencados respectivamente nos arts. 10 e 11 e art. 9 da Lei nº 9613/98.

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 44-46.

⁶³ As Recomendações expedidas pelo GAFI, não obstante não integrem o ordenamento jurídico do Brasil, caracterizam-se por serem importantes fontes de referência para a adoção de políticas criminais e edição de novas leis, conforme ocorreu em 2012, com a Lei nº 12.683 que, fortemente influenciada pelas Recomendações do GAFI, em especial as Recomendações 22 e 23, alterou a Lei nº 9613/98, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 39; Aliás, as modificações são, na verdade, uma reprodução, ainda que parcial, das Recomendações, cf. NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 96-97.

⁶⁴ Como apontado na nota 58, o COAF, apesar de realizar atividade regulatória, fiscalizatória bem como aplicação das sanções administrativas nos casos em que inexistam órgãos reguladores, diferentemente da UIF portuguesa, não possui poder de investigação e persecução. Sua atribuição se limita ao recebimento e análise das informações enviadas pelas entidades obrigadas e, posteriormente, verificando se tratar de atividades suspeitas, repassá-las ao órgão da persecução estatal, cf. *Financial Intelligence Units: an Overview – Washington, D.C.: International Monetary Fund, Legal Dept., Monetary and Financial Systems Dept.: World Bank, Financial Market Integrity. Div.* Washington, USA, 2004, p. 10; SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 72.

⁶⁵ SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 77.

administrativo (elencadas no art. 12 da Lei nº 9613/1998)⁶⁶, salvo nas hipóteses em que estiverem presentes os requisitos de autoria ou cumplicidade do tipo do branqueamento de capitais, conforme será tratado no terceiro capítulo sob a análise das condutas neutras.

À luz do art. 9º, XIV c/c o art. 11 da Lei nº 9613/1998 e, considerando-se a omissão legislativa, questiona-se: a alteração legislativa e ampliação do rol dos sujeitos obrigados incluíram, de fato, os advogados? O dever de colaboração se verifica no patrocínio judicial da defesa e/ou no exercício da atividade de orientação ou consultoria jurídica sobre a condução negocial e patrimonial?

Preliminarmente, oportuno mencionar o fato de que a inclusão dos advogados como obrigados ao dever de comunicação no ordenamento jurídico é assunto de extrema incerteza e discussão e, entre essas, encontra-se a inclusão genérica desta categoria profissional ao dispor “assessoria ou consultoria de qualquer natureza” (art. 9º, XIV do diploma legal ora em comento), permitindo aferir que, ao menos em uma primeira análise, os deveres abrangeriam qualquer atividade desempenhada pelos advogados, tais como o assessoramento jurídico para o exame da situação jurídica de seu cliente⁶⁷.

No entanto, o entendimento doutrinário – seguido pela Corte Europeia de Direitos Humanos⁶⁸, orienta-se no sentido de que a atividade do advogado se classifica em duas categorias distintas. A primeira trata-se do advogado de representação contenciosa, que seria aquele que “atuaria na defesa de seu cliente em processo contencioso judicial e extrajudicial ou que emitiria parecer jurídico para litígios judiciais ou extrajudiciais”, para os quais inexistem os deveres em comento⁶⁹. A segunda, por sua vez, seria o advogado de operações, aquele que “orientaria o seu cliente em operações financeiras, comerciais, tributárias ou similares, sem qualquer relação direta com litígio ou processo judicial”⁷⁰, atividade jurídica apta a afastar o sigilo profissional, que por sua vez não é absoluto.

⁶⁶ Tais como advertência, multa pecuniária, inabilitação temporária para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas e cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento (art. 12 da Lei nº 9613/98).

⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 184.

⁶⁸ Em 06 de dezembro de 2012, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no julgamento do caso *Michaud contra França* (TEDH 12323/11), pela primeira vez, decidiu o conflito existente no dever de comunicar operações suspeitas e o direito do sigilo profissional, validando a regulamentação da Ordem dos Advogados da França que flexibilizou o segredo profissional ao determinar que os deveres de comunicar operações suspeitas de branqueamento de capitais de seus clientes incidirá aos advogados quando sua atividade se consubstanciar no auxílio em operações financeiras. Os juízes da Corte Europeia entenderam que o segredo profissional amparado no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos não se trata de uma norma de caráter absoluto, podendo ser afastada por lei em determinadas situações. E, por fim, afirmaram que inexistem os deveres quando a atuação do advogado se consubstanciar na defesa do cliente em processo judicial, hipótese na qual o sigilo profissional é inerente e portanto, não seria violado, cf. COCA VILA, Ivo. *El abogado frente al blanqueo de capitales*, ob. cit., p 04-6 e 08-11; SOUZA, Tiago Fontoura de. A nova lei de lavagem de dinheiro – Uma breve análise sobre as principais alterações e aspectos polêmicos. *Revista Jurídica da Ajufesc*, 3ª ed., 2014, p. 19. Disponível em: <http://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Tiago-Fontoura-de-Souza.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

⁶⁹ SOUZA, Tiago Fontoura de, ob. cit., p. 18.

⁷⁰ *Idem, ibidem*.

Assim, nem toda a atuação do advogado se consubstanciará em função típica da advocacia e, na doutrina, há ainda diversas classificações, embora, de modo geral, se concentrem na divisão acima referida⁷¹, do mesmo modo que se orienta a normativa europeia.

No que se refere aos advogados que atuam no patrocínio judicial da defesa, exercendo funções típicas da advocacia, por sua vez, é razoável sustentar a inexistência do dever de colaboração do advogado com o órgão nacional de inteligência financeira. No Estado brasileiro, essa escusa encontra amparo não apenas no art. 34.º, VII da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), como ainda no art. 154 do Código Penal brasileiro, o qual tipifica o crime de violação do segredo profissional.

Em relação a OAB, a determinação regulatória sobre os deveres de colaboração com a UIF não foi, por sua vez, acatada, argumentando que os deveres de *compliance* são, sem exceção, incompatíveis com o instituto do segredo profissional do advogado e, portanto, as alterações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012 à Lei nº 9613/1998 não se estendem aos advogados⁷², posicionamento que, por sua vez, reputamos inflexível e, portanto, discordamos. Aliás, o instituto do sigilo profissional não é absoluto, e, embora seja uma discussão de grande dimensão (e não objeto do presente trabalho)⁷³, parece-nos que o posicionamento do GAFI, da Comunidade Europeia, e também da legislação

⁷¹ Aliaga Méndez, classifica a atividade em três categorias de assessoramento a depender do momento em que se realiza: prévio à execução de uma operação jurídica que ainda não existe; após ela se concretizar e produzir efeitos jurídicos e, o pré-contencioso, quando o auxílio se consubstancia na defesa ou representação em um futuro possível processo judicial. Afirma que somente estes dois últimos, que são atuações “*ex post*”, constitui função precípua do advogado. Tal entendimento, por sua vez, foi refutado por Ivó Coca Vila para o qual toda a atividade de assessoramento constitui atividade típica da advocacia da qual é inerente o dever do sigilo profissional, independentemente do momento em que é realizado. Assim, este autor classifica a atividade jurídica em dois grupos: o primeiro, quando atua no exercício da defesa, representação e assessoramento jurídico e o segundo, quando desempenha as tarefas de gestão financeiras, manejo de fundos, operações mercantis e afins, e, somente neste último que incidirá os deveres de prevenção impostos pela lei de branqueamento de capitais. Aliás, segundo este autor, no caso da lei espanhola, seria somente nas seguintes hipóteses: quando assessorar em operações de compra e venda de bens imóveis ou entidades comerciais, cf. COCA VILA, Ivó. La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 287-318; mais especificadamente, p. 306-314; Gustavo Badaró classifica a atividade do advogado em quatro categorias e afirma que o dever de reporte previsto na Lei nº 9613/98 não se aplica “aos advogados que exercem atividades típicas e privativas da advocacia”, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.192.

⁷² NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 43.

⁷³ A questão da (in)compatibilidade dos deveres de *compliance* e a advocacia é, em nível global, tema de grande controvérsia e discussão há mais de uma década, diante dos deveres deontológicos do sigilo profissional, apontando-se a indispensabilidade do advogado à boa administração da justiça, a sua função social na prossecução do interesse público, ser o advogado a interface necessária entre os particulares e o Poder Público, o fato desse profissional cuidar dos interesses dos cidadãos na efetivação da justiça, entre outras qualidades indispensáveis a um Estado de Direito. Decorrente de sua importância, há o segredo profissional como deveres impostos aos advogados e, de outro lado, prerrogativas e imunidades que se coincidem diversas vezes. No caso dos deveres, a lei (especialmente o Estatuto da Ordem dos Advogados) lhe confere também incompatibilidades e impedimentos, buscando garantir a sua independência profissional que é essencial à confiança da justiça, cf. SANTOS, Filipe Matias. O advogado interno (*in-house lawyer*): Estatuto e particularidades do segredo profissional. In: PALMA, Maria Fernanda [et al.]. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 173-176. Para uma análise sobre os advogados externo e o interno (“*in-house*”), vide *Idem*, p. 179-182.

portuguesa, é o mais coerente quanto ao afastamento do dever de comunicação nas hipóteses em que há o exercício típico da advocacia e com ele o exercício da defesa do representado, atividades nas quais o sigilo profissional é inerente.

A omissão por parte da OAB em emitir a normativa para conferir eficácia à Lei nº 9.613/1998⁷⁴, por sua vez, implicou o fortalecimento de uma corrente doutrinária cuja orientação é no sentido de que inexistem, no Brasil, os deveres de *compliance* aos advogados⁷⁵, da qual discordamos. Inclusive, o Conselho Federal da OAB, em parecer⁷⁶, se manifestou que a Lei nº 9613/98 não se aplica aos advogados, haja vista o “silêncio eloquente da lei” em não ter intencionalmente mencionado, de forma expressa, este profissional jurídico e, portanto, inexistem para esses profissionais os mecanismos de controle⁷⁷. Desde junho de 2014 que, após tentativas de acordos com a OAB, o COAF aguarda a sua regulamentação, conforme determinado pela Lei nº 12.683/12.

Acerca das modificações legislativas em exame, tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4841/DF⁷⁸, interposta em agosto de 2012, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), sob a alegação de inconstitucionalidade do teor do art. 9º, XIV e também do art. 11, ambos da Lei nº 9.613/98, redação conferida em 2012 pela Lei nº 12.683 e que, entre as modificações, ampliou o rol de sujeitos obrigados, incluindo os profissionais jurídicos ao dever de comunicação de operações suspeitas. Para tanto, de modo geral, alegou-se a inconstitucionalidade diante da prerrogativa-dever do segredo profissional imposto aos advogados⁷⁹. Por sua vez, em contrapartida, ao entender que o teor do art.

⁷⁴ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 63.

⁷⁵ Isto pois, as modificações impetradas pela Lei nº 12.683/2012 à Lei nº 9.613/1998, incluindo os advogados ao dever de comunicação e a determinação de que o órgão de representação profissional (OAB) emita regulamento específico quanto às hipóteses e condições que essa comunicação deve ser feita, consistem em uma norma de eficácia limitada, de modo que para produzirem efeitos jurídicos dependem da emissão de outra norma e neste caso seria a regulamentação da OAB, cf. NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 43.

⁷⁶ Processo nº 49.0000.2012.006678-6/CNECO. Requerente: Presidência do Conselho Federal da OAB, Relatora: Daniela Rodrigues Teixeira. Brasília, Consulta (nº 49.0000.2012.006678-6/OEP) – assunto: Lei nº 12.683/12, sobre crimes de lavagem de dinheiro, julgado em 20 de agosto de 2012. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/4900002012010315-1.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2019.

⁷⁷ Em Portugal, a ordem dos advogados encontra-se como um dos maiores críticos à inserção dos advogados como destinatários dos deveres de prevenção do branqueamento, entendendo se tratar de uma verdadeira perversão torná-los verdadeiros investigadores contra os seus clientes, cf. MACHADO, Miguel da Câmara. Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais. In: SOUSA MENDES, Paulo de; FERRO, Miguel Sousa (dir.). *Revista de concorrência e regulação*, ano VII, nº 31, jul.-set. 2017, p. 39-92, especificadamente p. 57. Nesta linha, Alfredo Castanheira que, embora trace uma crítica à legislação anterior, permanecem os problemas e portanto ainda pertinente sua constatação de que a imposição ao advogado de deveres no âmbito de prevenção do branqueamento de capitais é incompatível em diversos aspectos com o Estatuto que traz a esta classe profissional deveres deontológicos, a exemplo do sigilo profissional, de modo que: “o que pretende o novo regime é converter um advogado numa polícia à paisana, ou pior ainda, num agente infiltrado”, cf. NEVES, Alfredo Castanheira. *Reflexos do Novo Regime Jurídico de Prevenção e Repressão do Branqueamento de Capitais sob a Perspectiva do Advogado Segredo Profissional – Lei nº 11/2004, de 27 de março, 2004*. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=30347&ida=30375>. Acesso em: 19 jul. 2019.

⁷⁸ STF: ADI nº 4841/DF, de 22 de agosto de 2012 no STF, Relator(a): Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4291691>. Acesso em: 10 jul. 2019. Permanece inerte desde 18 de novembro de 2015.

⁷⁹ A exemplo do art. 7º, XIX e § 6º da Lei nº 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)

9º, XIV da Lei nº 9.613/98 se baseia nas Recomendações 22 e 23 do GAFI, o MPF se manifestou pelo indeferimento do pedido de liminar feito pela CNPL para a suspensão da eficácia das normas até o trânsito em julgado. Alegou, outrossim, que o segredo profissional, da mesma forma que sucede com qualquer outro direito fundamental, não é absoluto, passível de relativização, mencionando que a própria lei admite ao prever a sua relativização quando houver justa causa e, enfatiza que tais deveres somente incidirão aos advogados de operações⁸⁰. Da mesma forma, a AGU, reconhecendo a constitucionalidade dos dispositivos em comento, argumentou tratar-se de decorrência da busca do combate ao branqueamento de capitais e, por isso, o interesse público impõe este sacrifício⁸¹. A ADI 4841 permanece inerte desde 18 de novembro de 2015.

Isto posto, no cenário atual brasileiro, ainda não há uma solução pacífica na doutrina e jurisprudência quanto à incidência da Lei de Lavagem de Capitais aos advogados e a obrigatoriedade dos advogados em implementar os mecanismos de *compliance* e, embora haja entendimentos contrários⁸², parece-nos que a legislação brasileira foi extremamente influenciada com o cenário europeu, guardando pontuais semelhanças com as normativas acima examinadas – inclusive, com a legislação de Portugal, com a imposição dos deveres de comunicação somente aos advogados de operações e afastando dos advogados de representação contenciosa, ou seja, daqueles que desempenham as funções típicas da advocacia⁸³. De todo modo, é inegável o atraso legislativo que influi, por sua vez, em uma insegurança à classe dos advogados, conforme verificaremos a seguir.

De qualquer modo, é forçoso ressaltar o fato de que a exoneração dos advogados do dever de comunicação de operações suspeitas não lhes torna imunes à responsabilização quando contribuir dolosamente⁸⁴ com atos de branqueamento de

⁸⁰ SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 80-81.

⁸¹ *Idem, ibidem*.

⁸² De forma contrária, argumenta-se que, diante do fato de não haver menção expressa dos advogados como obrigados e a falta de regulamentação da OAB acerca das hipóteses, forma e condições em que os deveres de reporte devem ser comunicados às autoridades de *law enforcement*, no cenário atual brasileiro, inexistente essa obrigação aos advogados. Neste sentido, GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013) – Atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85-92; NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 110.

⁸³ Nesse sentido, Callegari entende que o legislador brasileiro ao prever o assessoramento “de qualquer natureza”, conscientemente retirou os advogados de representação contenciosa dos deveres de colaboração, cf. CALLEGARI, André Luís. Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.), *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 375. Na mesma linha, GRANDIS, Rodrigo de, ob. cit., p. 9-10, não considera inconstitucional a inclusão dos advogados de operações, cujo assessoramento ocorre em áreas que não possuem ligação com o processo judicial, como as comerciais e tributárias. Em sentido similar, BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.192; CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos*. São Paulo: RT, 2013; LOBATO, José Danilo Tavares. Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro. In: SOUSA MENDES, Paulo de; MORAIS, Luís Silva (dir.). *Revista de concorrência e regulação*, ano IV, nº 16, out. - dez. 2013, p. 97-140, especificadamente p. 134.

⁸⁴ Neste ponto, surge outra discussão quanto ao afastamento da responsabilização penal dos advogados que contribuem com dolo eventual, exigindo-se o dolo direto e a teoria da cegueira deliberada. Para uma

capitais, porém, em contrapartida, surge a dificuldade de limitar quando a sua conduta, cujo risco permitido é inerente, deixa de ser neutra e passa a ser relevante criminalmente.

III. Da responsabilização criminal do advogado pelo descumprimento dos deveres de *compliance*

Diante do exposto, vimos que a transformação da sociedade disciplinar na de controle implicou a reestruturação da sociedade para uma forma de controle mais difuso e menos corporal, surgindo o *compliance* como uma das formas de autorregulação regulada, com a imposição de deveres a determinados sujeitos, com viés preventivo. Nisto decorre que, embora ainda não haja solução pacífica na doutrina e jurisprudência brasileira quanto ao advogado ser obrigado a implementar os deveres de colaboração⁸⁵, entendemos que, à semelhança de Portugal, e seguindo as normativas da Comunidade Europeia, a Lei nº 12.683/2012 incluiu o advogado “de operações” no rol de sujeitos obrigados ao dever de comunicação. Por sua vez, o descumprimento dessas obrigações enseja sanções de cunho administrativo. E aqui surge o problema posto no presente estudo: a inobservância do dever de comunicação pode acarretar imputação por infringência ao dever de garante? À vista do risco (permitido) inerente à atividade profissional do advogado, quando a sua conduta será relevante para o direito penal? Ou seja, quais são os limites da atuação lícita do advogado no âmbito do risco permitido?

3.1. Advogado dever de garante?

No ordenamento jurídico português, o dever de garante, previsto no art. 10º, nº 2 do Código Penal português, é atribuído àquele para o qual incida um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar o resultado. Ao tratar dos deveres de garante, Jorge de Figueiredo Dias leciona acerca da necessidade da existência de relações fáticas como indispensável à sua configuração. Logo, o dever de garante somente se fundamentará quando existir entre o agente que recai o dever jurídico atribuído pela lei e o bem jurídico violado a existência dessas relações fáticas⁸⁶. É necessário, outrossim, para a relevância penal da omissão, haver analogia com os comportamentos ativos.⁸⁷

análise completa dessa teoria e suas implicações, vide BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 137-148.

⁸⁵ SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 83.

⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral*, tomo I, Questões fundamentais – A doutrina geral do crime. 2ª ed. Coimbra Editora, 2007, p. 933 e ss.; KAWAKAMI, Cynthia Yuri. *Lavagem de dinheiro e advocacia: Dos deveres jurídicos dos advogados à cumplicidade mediante ações neutras*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais defendida perante Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34674/1/Lavagem%20de%20dinheiro%20e%20advocacia.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019, p 67-69.

⁸⁷ PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal - Parte Geral, A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2018, p. 69-70.

No ordenamento jurídico brasileiro, via de regra, os atos que consubstanciam na prática do crime de branqueamento de capitais ou lavagem de dinheiro, como é denominado neste Estado, são de caráter positivo e, portanto, exigem um agir do agente para a caracterização do crime em questão. Logo, exceto nos atos de “guardar” ou “ter em depósito”, não é admitida a omissão própria. Para todos os demais atos a omissão será penalmente relevante apenas na modalidade de omissão imprópria, a qual, por sua vez, necessariamente exige para a sua caracterização o preenchimento dos requisitos do art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro⁸⁸: dever de garantia do agente, a capacidade e possibilidade de evitar o resultado, e sua inércia dolosa diante do dever-poder de fazê-lo⁸⁹. Somente nestas hipóteses, que devem ser preenchidas de forma cumulativa, haverá a responsabilização do agente pelo resultado, qual seja, pelo crime de lavagem de dinheiro. Vejamos⁹⁰.

O dever de evitar o resultado, denominado de dever de garante, é o primeiro requisito necessário para que haja omissão imprópria e somente existirá quando se concretizar uma das três hipóteses taxativamente arroladas no art. 13, § 2º, alíneas “a”, “b” e “c” do CP⁹¹. Na primeira delas, haverá o dever de garante quando a lei, ordinária ou complementar, assim determinar, ou seja, sua fonte é a lei (art. 13, § 2º, alínea “a” do CP). Disso decorre que, caso a lei determine o dever de evitar a ocorrência do crime de branqueamento de capitais a determinado profissional no exercício de sua atividade tida como setor sensível, este deverá agir conforme a imposição legal para impedir a sua ocorrência, sob pena de responsabilização criminal na forma comissiva por omissão, desde que, contudo, presentes os demais requisitos, que serão a seguir expostos⁹². Logo, embora haja entendimento contrário, entendemos que por este dispositivo o advogado não possui o dever de garante uma vez que não há na legislação já examinada (Lei nº 9613/98) a determinação do dever de impedir a ocorrência de atos de lavagem.

Aliás, entre os deveres de cunho administrativo impostos pela Lei nº 9613/98 aos advogados, cujo objetivo é a cooperação entre o setor público e privado no combate ao branqueamento de capitais, não há, diferentemente do que ocorre em

⁸⁸ Código Penal brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, art.13, § 2º dispõe as hipóteses taxativas nas quais a omissão será penalmente relevante: “quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1. 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 302-304.

⁹⁰ Aliás, importante ressaltar que comumente se tem utilizado a norma geral de adequação da omissão imprópria para suprir a dificuldade probatória, levando a uma responsabilização objetiva, vedada no direito penal. Logo, afora as hipóteses legais necessárias à omissão imprópria, imputar aos dirigentes de uma empresa o crime de branqueamento de capitais por não evitarem que seus empregados pratiquem atos de branqueamento, sem prévio e efetivo conhecimento destes, é conferir uma responsabilização objetiva. A mesma lógica podemos aplicar aos advogados em face de seus clientes, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.197.

⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.197; BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit., p. 304.

⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.198.

Portugal⁹³, o dever de abstenção, limitando-se ao dever de identificação, manutenção de registros e comunicação de atividades suspeitas⁹⁴. Desta forma, pode-se concluir que, o mero descumprimento dos deveres de *compliance* pelo advogado, não lhe atrairá o dever de garante⁹⁵. Mas, ainda que se entenda que o dever de comunicação implica a colocação do advogado como garante, para a sua responsabilização por omissão imprópria, exige-se além do dever de garante, o conhecimento efetivo acerca deste dever, a previsibilidade e possibilidade de evitar o resultado e, por fim, o dolo direto de contribuir, com sua omissão, com o resultado⁹⁶.

Neste ponto, mostra-se importante, por sua vez, traçar considerações acerca da diferença existente entre o dever de comunicar e o dever de impedir o resultado criminoso.

Denominado por *gatekeeper* e *whistleblowers*, são aqueles sujeitos incluídos como obrigados aos deveres de colaboração com o Estado na missão combativa do crime de branqueamento de capitais. No caso do *gatekeeper*, há um dever de abstenção, enquanto no do *whistleblowers*, há o dever de comunicação, deveres esses que são completamente diferentes do dever de impedir o resultado criminoso⁹⁷.

A segunda hipótese, comumente utilizada na defesa de cargos de direção em empresas, ocorre quando o agente, de forma consciente e voluntária, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, ou seja, embora não haja determinação legal com a imposição do dever de evitar o resultado, o agente, de forma inequívoca reconhece que assumiu este dever ao aceitar determinado cargo (art. 13, § 2º, alínea “b” do Código Penal brasileiro)⁹⁸.

E por fim, a terceira e última fonte do dever de garante ocorre quando o agente, com o comportamento anterior, cria o risco – não permitido – da ocorrência do resultado (art. 13, § 2º, alínea “c” do CP). E aqui surge a questão: o descumprimento dos deveres de *compliance* implica a criação de um risco não permitido? Tal qual

⁹³ No que se refere ao dever de abstenção existente no ordenamento jurídico português, interessante mencionar o fato que a Lei nº 83/2017, revogadora da Lei nº 25/2008, omitiu a antiga determinação do dever de abstenção de executar operações quando “saibam ou suspeitem estar relacionada com a prática dos crimes de branqueamento (...)”, art. 35 da Lei nº 25/2008. A atual redação, por sua vez, trouxe o dever de abstenção de execução de operações suspeitas de estar relacionada com “a prática de atividades criminosas”, art. 47, cf. TCC. KAWAKAMI, Cynthia Yuri, ob. cit. p. 68-69. De qualquer modo, podemos compreender como atividade criminosa a prática de atos de branqueamento de capitais e, portanto, pela lei portuguesa tem o advogado o dever de abstenção o que é diferente de impedir o resultado; SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 55.

⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.199-200; GRANDIS, Rodrigo de. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). *Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 115-138;

⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.199-201.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit., p. 307.

⁹⁷ SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 55.

⁹⁸ Nesse sentido, Schünemann afirma que o cargo de direção ou qualquer outro em que configura superior hierárquico, não implica automaticamente o seu dever de garante, ou seja, de evitar a ocorrência de branqueamento de capitais pelos profissionais que lhe são subordinados, ou o dever de vigiá-los. É necessário um regramento específico internamente à empresa com a determinação deste dever, o qual, por sua vez, se estenderá a terceiros quando da aceitação de um ato formal descentralizador, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. Traducción realizada por Daniela Brockner y Juan Antonio Lascurain Sanchez. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid, Tomo XLI, Fasc.II, 1988, p. 535.

adverte Bottini, entendemos que⁹⁹, nesta hipótese, haverá a criação de um risco não permitido da ocorrência do branqueamento de capitais pelo descumprimento dos deveres de *compliance* e, portanto, tem o advogado o dever de garante e deve evitar o resultado. Logo, a inobservância do dever de comunicação de operações suspeitas pode acarretar a imputação por infringência ao dever de garante quando atos de branqueamento se concretizarem diante dessa inércia, contudo, desde que presentes os demais requisitos: esteja demonstrado que o advogado tinha prévio e efetivo conhecimento do processo de branqueamento em curso e do seu dever de garante, além de capacidade e a possibilidade de interromper os atos em andamento¹⁰⁰. Quanto ao risco não permitido e os demais critérios da imputação objetiva, será devidamente explicado no próximo item.

3.2. Formas de participação criminosa: possibilidades punitivas do advogado

No seguimento das possibilidades punitivas do advogado pelo descumprimento do dever de comunicação e, tendo em vista o dever de garante que possui o advogado, abordaremos as formas de participação sobre o aspecto da participação principal e acessória punível sob a ótica da teoria da imputação objetiva no direito português e brasileiro. Tal análise se faz necessária para verificar se e quando que a não comunicação pelos advogados de operações – os quais entendemos estarem incluídos aos deveres de colaboração – ensejará, além das sanções administrativas, na sua responsabilização pelo crime de branqueamento de capitais, ou seja, buscaremos discutir a tipicidade dessas condutas sob a ótica crítica do expansionismo penal e sua atual tendência de atribuir responsabilização criminal àquelas condutas cujo risco é inerente.

a) Da participação principal (autoria)

No ordenamento jurídico português a autoria, prevista no art. 26.º do Código Penal, pode ocorrer em quatro modalidades: autoria imediata, quando o agente executa o fato por si mesmo; autoria mediata, quando executa o fato por intermédio de outrem;

⁹⁹ Em sentido contrário: COCA VILA, Ivó. *La posición jurídica del abogado*, ob. cit., p. 300, ao realizar a análise da lei espanhola que pune a modalidade imprudente, alega que a infração dos deveres administrativos não pode, por si só, justificar a sanção penal na modalidade imprudente. Somente seria admissível à tipicidade caso o advogado fosse considerado garante e que, para este autor, não é o caso com a imposição dos deveres administrativos. Portanto, afirma que o advogado não é nem um *gatekeeper* bem como garante de impedir a concretização do branqueamento de capitais. Da mesma forma, RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 168, alega que o dever de comunicação imposto aos advogados não implica o dever de evitar o resultado do branqueamento de capitais. São coisas distintas, sendo o primeiro apenas a obrigação de informar operações suspeitas de seus clientes às autoridades competentes e, portanto, não preenche nenhuma das hipóteses necessárias à tipificação da omissão imprópria do art. 13, § 2º do Código Penal brasileiro. Logo, para RASSI, o advogado não tem o dever de impedir o resultado, ou seja, não é garante, motivo pelo qual entende que com o seu comportamento omissivo não cria um risco proibido, *idem, ibidem*.

¹⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.199; BITENCOURT, Cezar Roberto, ob. cit., p. 307.

coautoria, quando toma parte direta na execução do fato, por acordo ou juntamente com outro(s) e, por fim, a instigação, quando o agente determina dolosamente outrem à prática do fato, desde que se inicie a execução. Em todas essas formas de participação criminosa, há a execução de uma conduta conforme o tipo¹⁰¹.

Na legislação brasileira, salvo a modalidade de instigação que pertence à cumplicidade (ou participação, como é denominada neste Estado), a autoria segue a mesma linha do ordenamento português, entendendo-se como autor aquele que, com o domínio dos fatos: executa diretamente as condutas do tipo, colabora juntamente a outrem e de maneira funcional com a execução do delito (coautoria) ou quando utiliza-se de terceiro para a execução das condutas do tipo penal (autoria mediata)¹⁰². Logo, no caso do crime de branqueamento de capitais, será autor aquele que executar dolosamente as condutas previstas nas respectivas legislações (em Portugal, Lei nº 83/2017 e, no Brasil, Lei nº 9613/98) e, aqui encontra-se o advogado quando garante, com o conhecimento desta condição e a possibilidade de interromper os atos em andamento, em decorrência de sua omissão da obrigação que lhe é imposta (dever de comunicação) atos de branqueamento de capitais se concretizem. Neste caso, haverá um crime omissivo por omissão pela norma geral de adequação (art. 13, § 2º do Código Penal brasileiro) e, portanto, autoria do crime de branqueamento de capitais pelo descumprimento do dever de comunicação.

Aliás, neste ponto, Figueiredo Dias¹⁰³ leciona acerca da possibilidade de uma cumplicidade por omissão em crimes de ação ou omissão. Para tanto, observa que nos casos em que a intervenção do garante tem o poder de evitar o resultado típico, a regra é a sua responsabilização na forma de autoria. No entanto, não exclui a possibilidade de uma responsabilidade pela omissão em crimes de ação ou omissão na forma de cumplicidade, desde que se verifique pressupostos adicionais, tais como uma qualidade, intenção ou, como é neste caso, um dever especial. Nesse mesmo sentido, o Tribunal espanhol¹⁰⁴ em sua decisão trouxe a possibilidade da configuração da participação acessória por omissão mediante a exigência da demonstração de que a intervenção do omitente não seria capaz de impedir o resultado criminoso, mas apenas dificultá-lo. Por sua vez, nos casos de plena certeza de evitação do resultado

¹⁰¹ PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE. *Código Penal Anotado e Comentado – Legislação conexa e complementar*. 2.ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014, p.141. Roxin, por sua vez, classifica a autoria em três diferentes categorias: “delitos de domínio”, para aquele que possui o domínio do fato, “delitos de dever”: para aqueles em que há a atribuição de um “dever especial subjacente ao preceito incriminador” e os “delitos de mão própria” para aqueles que por si próprio pratica as condutas típicas cf. *Idem*, p. 143.

¹⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.168.

¹⁰³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, ob. cit., p. 974-975. Porém, expõe que a responsabilização na forma de autoria é, em princípio, suficiente para as hipóteses de omissão na qual o garante tinha a capacidade de impedir o resultado criminoso.

¹⁰⁴ Desde a sua decisão proferida em 2000 que a Corte se utiliza dos seguintes requisitos para delimitar a cumplicidade por omissão: (I) que se tenha produzido um resultado, de lesão ou de risco, característico de um tipo penal de ação previsto em lei; (II) que se tenha omitido uma ação que, hipoteticamente, pudesse evitar o resultado, exigindo que a não evitação do resultado equivalha à sua causação; (III) que o omitente seja qualificado para figurar como autor do tipo ativo referente; (IV) que o omitente esteja em condições de realizar voluntariamente a ação; (V) que a omissão suponha um dever jurídico de atuar, SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 17.

criminoso pelo agir do omitente, haverá a caracterização da comissão por omissão na forma de autoria.

b) Da comparticipação acessória (cumplicidade)

Por sua vez, a cumplicidade (embora com denominação diferente¹⁰⁵ no Brasil, guarda identidade e semelhança com Portugal) é aquela conduta necessariamente dolosa, secundária e causal, sendo que este dolo refere-se à realização da conduta típica bem como ao auxílio prestado¹⁰⁶ e, ao contrário da autoria, não possui o domínio do fato, porém, auxilia na prática do crime sem executar diretamente as condutas descritas no tipo¹⁰⁷. Assim, o cúmplice contribui dolosamente com a execução do fato principal mediante o auxílio moral ou material¹⁰⁸. O primeiro influi na criação da vontade do autor à prática do crime¹⁰⁹, sendo necessário uma conduta positiva do cúmplice, como quando o advogado sugere dolosamente ao seu cliente a realizar atos de branqueamento e, portanto, não se relaciona com o descumprimento do dever de comunicar.

O auxílio material, por sua vez, ocorre quando, sem ser execução, o agente contribui com a prática do crime¹¹⁰. E aqui surge a problemática do limite punível desta cumplicidade no âmbito das ações neutras com as seguintes questões: haverá responsabilização na forma de cumplicidade material quando o advogado de operações, no exercício de sua atividade profissional, com a omissão dos deveres de colaboração, contribuir dolosamente para o delito? Qual é o limite punível desta cumplicidade? Ou seja, quando o auxílio do advogado prestado no exercício de sua atividade profissional justificará a incidência da sanção penal?

É necessário, portanto, a fixação de critérios objetivos que determinem quando a conduta deixa de ser neutra ou cotidiana – que são aquelas cuja a prática implica o incremento do risco permitido, ou seja, o agente cria, com a sua conduta, um risco permitido, e passa a ser criminalmente relevante. Conforme leciona Greco, essa problemática concerne à questão, do que ele denomina de participação criminal no seu limite para baixo¹¹¹, no qual se busca diferenciar as condutas limítrofe entre as consideradas neutras e as que excedem esta, tornando-se punível. Para traçar tais

¹⁰⁵ No Brasil, a comparticipação acessória denomina-se de participação, que pode ser moral (denominada de instigação) ou material.

¹⁰⁶ PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, ob. cit., p. 148-149.

¹⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 170-171.

¹⁰⁸ PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, ob. cit., p. 148-149.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 149.

¹¹⁰ *Idem, ibidem*.

¹¹¹ No limite para cima, por sua vez, busca-se diferenciar a autoria e a participação cf. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, ob. cit., p. 85-86; Aliás, Roxin se utiliza de sua teoria do domínio do fato para diferenciar, mediante utilização de critérios objetivos, autores de cúmplices, reconhecendo autor aquela figura central que tem o domínio sobre o risco em causar o resultado típico e cúmplice aquele que, de forma secundária, sem o domínio do fato, contribui ao fato típico, cf. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 9.ª ed., Tradução de Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016, p.42.

limites, a doutrina brasileira e estrangeira¹¹² se alinham na utilização dos critérios da imputação objetiva, indicando como requisitos essenciais¹¹³: a criação de um risco não permitido que contribui causalmente para o resultado típico, estando este, por sua vez, dentro do âmbito de abrangência da norma de cuidado violada¹¹⁴.

Assim, conforme exposto, a atividade dos advogados insere-se no âmbito das ações neutras, aquelas que estão no limite entre a cumplicidade punível e a contribuição impunível, consideradas como socialmente adequadas¹¹⁵ e, neste caso, o risco não permitido e penalmente relevante ocorrerá quando a conduta ultrapassar o limite do risco permitido¹¹⁶. Para identificar esse momento, a doutrina brasileira e estrangeira elabora diferentes critérios¹¹⁷ e que, conforme será demonstrado, coincidem no ponto de partida. Vejamos.

Inicialmente, GRECO¹¹⁸ encontra no princípio da solidariedade humana a justificativa de uma ação neutra poder resultar em um risco proibido. Para tanto, utilizando os ensinamentos de Émile Durkheim de que a solidariedade é um elemento integrador da sociedade e enquanto fato social não depende da vontade humana, identifica o contexto atual da sociedade em que há uma profunda integração e, aliado ao pensamento de Giddens¹¹⁹, aponta como resultado desta integração a necessidade de positivar a solidariedade. No Brasil, o legislador conferiu no art. 13, § 2.º do Código Penal brasileiro, que trata da omissão imprópria, o dispositivo para essa tutela e consequentemente a punição pela falta de solidariedade. Assim, utiliza-se deste dispositivo como “critério normativo de imputação objetiva” para aferir quando a conduta neutra ultrapassa o limite do risco permitido e passa a ser considerada relevante criminalmente e, portanto, punível a título de cumplicidade pelo auxílio material ao autor do fato¹²⁰.

¹¹² Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 172-182; GRECO, Luís. *Um panorama da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.19 e ss.; ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte General, tomo I*. 2ª ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2006, p. 362 e ss.

¹¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 112.

¹¹⁴ Embora não haja um padrão exato quanto aos requisitos essenciais da teoria da imputação objetiva, no presente trabalho, seguiremos os indicados por ROXIN, Claus, *Derecho penal*, ob. cit. p. 365.

¹¹⁵ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 76.

¹¹⁶ É necessário a relevância social da conduta do agente que implicou a criação de um risco e esta, por sua vez, traz consigo outras circunstâncias como a “magnitude do dano que eventualmente ameaça a ser produzido e os sacrifícios que serão necessários para eliminar plenamente um risco”, cf. ROXIN, Claus, ob. cit., p. 1011.

¹¹⁷ No âmbito das atividades cotidianas, por sua vez, a doutrina elabora outros três requisitos diferentes e necessários para a criação do risco não permitido ou juridicamente desaprovado: violação a normas de segurança, o que, para Roxin, a regulação de tais normas reflete a existência de um risco juridicamente relevante, o princípio da confiança de que o outro se comportará da forma correta e a figura do homem prudente, cf. ROXIN, Claus, ob. cit., p. 372; GRECO, Luís, ob. cit., p. 60-62.

¹¹⁸ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, ob.cit., p. 85-92.

¹¹⁹ Giddens, por sua vez, explica o aumento das condutas geradoras de riscos e o expansionismo penal sobre elas, utilizando-se da mesma ideia de Durkheim, entendendo se tratar da consequência do estreitamento dos vínculos sociais e a consequente dificuldade de controle, por parte do Estado, sobre as condutas delitivas. Diante disso, defende a existência dos sistemas abstratos ocupados, pelo que ele denomina de peritos, sendo que, as condutas praticadas por esses agentes especializados nesses novos ambientes de difícil controle levam a questão das ações neutras e, no caso, Giddens atribui para estes peritos o dever de solidariedade, ou seja, a imposição de um agir positivo para impedir o resultado, cf. *Idem*, p.87-88.

¹²⁰ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, ob.cit., p. 89.

Destá forma, GRECO¹²¹ aponta que somente haverá – pela falta de solidariedade –, a criação do risco proibido quando a conduta praticada pelo advogado violar o art. 13, § 2.º do Código Penal brasileiro, o qual, conforme já exposto, traz o dever específico de evitar o resultado em três hipóteses, sendo que, em nenhuma dessas ocorre com o dever de comunicação. Pelo contrário, tal dever possui viés colaborativo com o Estado na missão combativa do branqueamento de capitais com a determinação de que informe operações suspeitas de seus clientes, e não o dever de impedir o resultado criminoso praticado. Logo, segundo seus ensinamentos, do qual concordamos parcialmente, Greco entende que não há como o advogado responder na forma de cumplicidade material pelo crime de branqueamento de capitais praticado por terceiro, ainda que tenha prévio e efetivo conhecimento da prática criminosa por seu cliente, por entender que o dever de colaboração não implica o dever de evitação e, portanto, a conduta do advogado, nesses casos, é neutra¹²². Porém, embora a natureza dos deveres seja diferente, discordamos parcialmente por entendermos que, o descumprimento dos deveres de colaboração – no caso, o dever de comunicação –, enseja a criação do risco proibido pela colocação do advogado, neste caso, na posição de garante por ingerência na norma.

Na doutrina internacional, encontramos em Jakobs¹²³ uma importante contribuição para a problemática, ao determinar a atipicidade da conduta do cúmplice pela proibição do regresso quando o auxílio for inofensivo, afastado do plano criminoso do autor, ou seja, por si só carece de um sentido criminal. Somente quando sua conduta influir, de fato, no curso causal criminoso, se encaixando no plano delitivo do autor, haverá relevância penal e a responsabilização pela cumplicidade devido a criação do risco proibido¹²⁴. Logo, pela concepção de Jakobs, da qual concordamos, se o advogado desempenha normalmente a sua atividade profissional com a observância das regras atribuídas à sua atividade profissional, ainda que contribua de forma causal com o crime, será atípica a sua conduta pois, esse auxílio, encontra-se dentro do socialmente adequado e, portanto, não possui relevância penal. Somente haverá sua responsabilização pela cumplicidade quando de fato contribuir na prática do crime. Aliás, buscamos neste trabalho, a fixação de limites para conferir a liberdade do exercício do profissional que não possui o *animus* em praticar – seja na forma de autor, seja na forma de cúmplice – atos de branqueamento de capitais. E tal solução encontramos nos critérios defendidos por Jakobs, para o qual haverá a tipicidade objetiva da conduta do advogado quando ele contribuir de fato com o liame causal,

¹²¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, ob. cit., p. 85-92; Na mesma linha, na doutrina brasileira, encontra-se RASSI, João Daniel, ob. cit., p.147-150. Para este autor, a verificação de quando o risco deixa de ser permitido e passa a ser proibido deve ser avaliado pela solidariedade, *idem*, p. 114 e ss.

¹²² GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel, ob. cit., p. 85-92.

¹²³ JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. In: *Moderna dogmática Penal. Estudios compilados*. 2ª ed. México: Porrúa, 2006, p. 370-374.

¹²⁴ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 80.

o que não ocorre com o seu conhecimento de atos de branqueamento de seu cliente e nada fazer a respeito (omitindo-se de seu dever de comunicar)¹²⁵.

Por sua vez, o método utilizado para aferir a criação do risco proibido para as ações neutras por Robles Planas¹²⁶, o qual entendemos ser o melhor e mais objetivamente adequado para o problema dos advogados e os deveres de *compliance*, é a existência de um dever especial que incida sobre o cúmplice, sem o qual não haverá a sua punibilidade sobre o resultado. Sua premissa decorre da análise da cadeia causal delitiva, afirmando que, como regra, não existe um dever, sobre eventuais intervenientes, de cuidar das implicações de suas condutas quando terceiro ainda irá atuar nessa cadeia, salvo se sobre ele incidir deveres especiais ou quando o seu auxílio se adaptar à conduta típica do autor. Somente nessas hipóteses haverá a criação do risco proibido no âmbito das ações neutras, refletindo no seu dever de garantir as consequências de sua conduta¹²⁷.

Por sua vez, explica que os deveres especiais são aquelas normas elaboradas para determinados profissionais cuja atividade neutra desempenhada possa ser utilizada para fins de praticar atos ilícitos¹²⁸, ou seja, trata-se justamente dos deveres de colaboração impostos aos advogados de operações. Neste caso, para tais agentes há o dever de cumprir com as normas direcionadas à sua atividade quando do seu exercício profissional, sendo que, haverá a criação do risco proibido quando esse agente descumprir tais obrigações. Porém, de outro lado, o cumprimento destes deveres especiais implicará o afastamento da tipicidade de sua conduta, já que, neste caso, o comportamento está dentro do risco permitido¹²⁹.

Diante disso, à luz das premissas expostas, entendemos que os deveres de colaboração impostos aos advogados de operação para a missão combativa do branqueamento de capitais coincidem com os deveres especiais defendidos por Robles Planas e, portanto, caso a assessoria exercida acabe por contribuir casualmente na consecução do branqueamento de capitais, o cumprimento destes deveres especiais ensinará o afastamento da tipicidade de sua conduta, pois, neste caso, o comportamento do advogado é neutro, sob o viés objetivo. Por outro lado, o descumprimento deste dever ensinará na criação do risco não permitido e, portanto, pela teoria da imputação objetiva, se a conduta do advogado influir casualmente no resultado criminoso, será objetivamente relevante para o direito penal, ou seja, haverá tipicidade objetiva. Contudo, conforme já exposto, para a tipicidade integral, é necessário ainda o preenchimento da tipicidade subjetiva, ou seja, demonstração do dolo efetivo pelo resultado.

¹²⁵ Mendes, Felipe Lourenço. *Criminal compliance: ações neutras na advocacia*. *Actio Revista de Estudos Jurídicos*. Maringá, nº 27, vol. 2 – jul./dez. 2017, p. 142.

¹²⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 310.

¹²⁷ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 82-83.

¹²⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, ob. cit., p. 310.

¹²⁹ NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 83.

Conclusão

Preliminarmente, é oportuno reconhecer que a atividade investigativa no âmbito acadêmico nunca termina efetivamente, eis que se trata de verdadeiro *work in progress*. Deste modo, ao fim e ao cabo deste esforço investigativo, concluímos que:

Ao longo do estudo, verificamos que a sociedade de controle cedeu à disciplinar e nessa transformação surgiu a autorregulação regulada como forma do Estado exercer de forma eficiente o controle sobre a crescente criminalidade econômica mediante a difusão do poder. Isto decorreu do reconhecimento da incapacidade, por parte do Poder Público, em isoladamente prevenir, investigar ou reprimir a prática de crimes em determinados setores sem a colaboração das instituições privadas. Diante disso, conferiu a missão combativa a agentes que atuam nos setores considerados sensíveis à prática de atos de branqueamento, entre os quais os advogados, mediante a imposição de deveres de colaboração.

No que se refere a discussão existente acerca da (in)compatibilidade do dever de comunicação com o sigredo profissional, verificamos que a Comunidade Europeia orienta-se no sentido de que os deveres de reporte não é incompatível com o instituto sigilo profissional, salvo quando o advogado atuar para a defesa do constituinte, em processos judiciais, administrativos, mediações, arbitragens, ou no caso de aconselhamento de solução de litígio. No Brasil, por sua vez, a OAB é inflexível quanto a aceitação do dever de comunicação incidir aos advogados, alegando sua incompatibilidade com o instituto do sigilo profissional e, consequentemente, sua inconstitucionalidade. Refere ainda que, embora haja a permissão para o afastamento do sigilo quando existir justa causa (nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra ou que envolvam a defesa própria), este não é o caso¹³⁰.

Concluímos que, embora haja entendimentos contrários no ordenamento jurídico brasileiro, o advogado tem o dever de comunicar e tal dever recai somente aos advogados que não atuam no exercício típico da advocacia, denominados pela doutrina de advogado de operações. Aliás, a justificativa para limitar o poder-dever do sigilo profissional de tais profissionais foi a necessidade combativa da criminalidade econômica e a frequente utilização desses profissionais como meio para a prática de atos de branqueamento de capitais. E é essa a orientação da Comunidade Europeia ao dispor, de forma expressa, quais advogados estão obrigados ao dever de comunicação e para quais inexistente tal dever, demonstrando o atraso legislativo que vigora no Estado brasileiro ao deixar a cargo da OAB a regulamentação, enquanto, a exemplo de Portugal, tal regulamentação encontra-se na própria Lei nº 83/2017.

Após, verificamos que o advogado é garante por ingerência na norma e, portanto, tem o dever de evitar o resultado do branqueamento de capitais quando presente a capacidade e a possibilidade de impedir o resultado criminoso. Porém, é necessário também à tipicidade da omissão imprópria a demonstração de seu prévio e efetivo conhecimento acerca de atos de branqueamento em curso e o seu dolo

¹³⁰ Cf. NETTO, Aldo Romani, ob. cit., p. 91-92; SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, ob. cit., p. 16.

sobre o resultado. Logo, o descumprimento do dever de comunicação poderá ensejar a responsabilização criminal quando, presentes essas hipóteses, em decorrência de sua omissão dolosa, o crime de branqueamento se consumir. Neste caso, haverá a imputação pelo resultado, que deu causa pela omissão, na forma de autoria ou na modalidade de cumplicidade acessória, conforme Figueiredo Dias¹³¹ entende ser possível nas hipóteses em que a autoria possui o dever especial. Neste caso, aliás, o advogado será punido de forma duplamente atenuada.

Por sua vez, não obstante à primeira vista a imposição do dever de comunicação de operações suspeitas aos advogados parecer uma afronta ao dever deontológico do segredo profissional por colocá-lo em uma situação de conflito de deveres, contudo, com o estudo do limite punível da comparticipação acessória, verificamos que, na realidade, os deveres de colaboração (no caso, o seu cumprimento) tratam-se de uma proteção a esse profissional. Isto pois, sua atividade encontra-se no âmbito das ações neutras, ou seja, de criação de riscos (permitidos) que não possuem relevância. E, neste ponto, verificamos a grande dificuldade existente em mensurar quando a conduta do profissional deixa de ser neutra e passa a ser relevante à tipicidade do crime de branqueamento de capitais praticado por seu cliente. É justamente nessa linha tênue que separa o risco permitido do risco proibido que se encontra o problema e, com o estudo dos critérios da teoria da imputação objetiva na doutrina brasileira e estrangeira, verificamos que o dever de comunicação imposto ao advogado de operação coincide com os deveres especiais defendidos por Robles Planas como critério para a cumplicidade nas ações neutras e, portanto, o cumprimento dos deveres de colaboração implica o afastamento da tipicidade de sua conduta (neutra) ainda que a atuação do advogado tenha provocado uma intervenção na cadeia causal do resultado de branqueamento de capitais, pois, neste caso, não ultrapassou os limites do risco permitido.

Por outro lado, o descumprimento do dever de comunicação enquanto deveres especiais ensejará na criação do risco proibido de modo que, pelos critérios da teoria da imputação objetiva, caso a intervenção do advogado contribua casualmente no resultado criminoso, será objetivamente relevante para o direito penal, ou seja, haverá tipicidade objetiva, seguindo-se a análise da tipicidade subjetiva.

Por fim, seja a título de autoria, seja a título de cumplicidade, o simples descumprimento do dever de comunicação não é suficiente para a imputação penal, mas tão somente a administrativa que lhe é inerente. Embora seja garante, para que haja responsabilização penal na forma de autor – ou de cúmplice, como Figueiredo refere ser possível –, faz-se necessário a demonstração de uma série de requisitos já expostos, entre os quais a demonstração do elemento subjetivo. Logo, embora o descumprimento dos deveres de *compliance* retire a sua conduta do risco permitido, é necessário a intenção do advogado em praticar o crime de branqueamento de capitais e juntamente ao agir doloso a contribuição efetiva e causal com o resultado criminoso, pois, caso contrário, estaríamos conferindo uma responsabilização objetiva, que é veemente vedado pelo direito penal.

¹³¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, ob. cit., p. 974-975.

Bibliografia

A lawyer's guide to detecting and preventing money laundering. International Bar Association, the American Bar Association and Council of Bars and Law Societies of Europe, outubro de 2014, p. 24.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3ª ed. Navarra: Aranzadi, 2012.

CALLEGARI, André Luís. Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos*. São Paulo: RT, 2013.

COCA VILA, Ivó. El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila Y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11), Caso Michaud contra Francia. InDret, *Revista para el análisis del Derecho*, nº 4, 2013. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4481147>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 287-318.

_____. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.), MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 43-76.

DELEUZE, Gilles. Controle e devir. In: *Conversações, 1972-1990*. Tradução Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992, p. 209-218.

_____. *Post-scriptum* sobre as sociedades de controle. In: *Conversações, 1972-1990*. Tradução Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992, p. 219-226.

ESTELLITA, Heloísa. *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. São Paulo: Editora FGV, 2016.

FATF (2012-2019), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. FATF: Paris, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral, tomo I, Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*. 2ª ed., Coimbra Editora, 2007.

Financial Intelligence Units: an Overview – Washington, D.C.: International Monetary Fund, Legal Dept., Monetary and Financial Systems Dept.: World Bank, Financial Market Integrity. Div.. Washington, USA, 2004.

FORIGO, Camila Rodrigues. O *Criminal Compliance* e a autorregulação regulada: privatização no controle à criminalidade econômica. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (coord); SOBRINHO, Fernando Martins Maria (org.). *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina/PR: Thoth, 2017, p. 17-44.

GAFI. *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação. As recomendações do GAFI, 2012*. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi/view>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

GIBSON GARCÍA, Ramón. Nuevas disposiciones en materia de prevención de lavado de dinero para las instituciones financieras. *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*. México, Segunda Época, nº 12, out. 2004/mar. 2005, p. 185-213.

GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 20, nº 237, p. 09-10, ago. 2012.

_____. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). *Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 115-138.

GRECO, Luís. *Um panorama da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013) – Atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

JAKOBS, Günther. La prohibición de regreso en los delitos de resultado. In: *Moderna dogmática Penal*. Estudios compilados, 2ª ed. México: Porrúa, 2006, p. 370-374.

KAWAKAMI, Cynthia Yuri. *Lavagem de dinheiro e advocacia: Dos deveres jurídicos dos advogados à cumplicidade mediante ações neutras*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais defendida perante Faculdade de Direito da

Universidade de Coimbra. Coimbra, 2015. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34674/1/Lavagem%20de%20dinheiro%20e%20advocacia.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

LOBATO, José Danilo Tavares. Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro. In: SOUSA MENDES, Paulo de; MORAIS, Luís Silva (dir.). *Revista de concorrência e regulação*, ano IV, nº 16, out.- dez. 2013, p. 97-140.

MACHADO, Miguel da Câmara. Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais. In: SOUSA MENDES, Paulo de; FERRO, Miguel Sousa (dir.). *Revista de concorrência e regulação*, ano VII, nº 31, jul.- set. 2017, p. 39-92.

MENDES, Felipe Lourenço. Criminal *compliance*: ações neutras na advocacia. *Actio Revista de Estudos Jurídicos*. Maringá, nº 27, vol. 2 – jul./dez., 2017, p. 142.

NETTO, Aldo Romani. *Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais*. Dissertação de Mestrado em Direito defendida perante a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20706/TCC%20-%20VERS%C3%83O%20FINAL%20REVISADA%20-%20ENCADERNA%C3%87%C3%83O.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

NEVES, Alfredo Castanheira. *Reflexos do Novo Regime Jurídico de Prevenção e Repressão do Branqueamento de Capitais sob a Perspectiva do Advogado Segredo Profissional – Lei nº 11/2004, de 27 de março, 2004*. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=30347&ida=30375>. Acesso em: 19 jul. 2019.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal - Parte Geral, A teoria geral da infração como teoria da decisão penal* 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2018.

PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE. *Código Penal Anotado e Comentado – Legislação conexa e complementar*. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014.

RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014.

RIOS, Rodrigo Sanches. *Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal*. São Paulo. Saraiva-GVlaw, 2010.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 9ª ed. Tradução de Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016.

_____. *Derecho penal – Parte General, tomo I*. 2ª ed. Madrid: Thomson/Civitas, 2006.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux. *Lavagem de dinheiro e os deveres de colaboração do advogado*. SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). São Paulo: LiberArs, 2017.

SANTOS, Filipe Matias. O advogado interno (*in-house lawyer*): Estatuto e particularidades do segredo profissional. In: PALMA, Maria Fernanda [et al.], *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 171-208.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. Traducción realizada por Daniela Brockner y Juan Antonio Lascurain Sanchez. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid, Tomo XLI, Fasc. II, 1988.

SOUZA, Tiago Fontoura de. A nova lei de lavagem de dinheiro – Uma breve análise sobre as principais alterações e aspectos polêmicos. *Revista Jurídica da Ajufesc*. 3ª ed., p. 01-21, 2014. Disponível em: <http://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Tiago-Fontoura-de-Souza.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

TEIXEIRA, André Luiz Rapozo de Souza; RIOS, Marcos Camilo Da Silva Souza. *Criminal compliance, política criminal atuarial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade do controle*. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*. Salvador, v. 4, nº 1, jan./jun. 2018, p. 98 –113.

Índice de jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4841*, Relator(a): Min. Celso de Mello, interposta em 22/08/2012, inerte desde 18/11/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4291691>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

Processo nº 49.0000.2012.006678-6/CNECO, Consulta (n.º 49.0000.2012.006678-6/OEP) – assunto: Lei 12.683/12, sobre crimes de lavagem de dinheiro, Requerente: Presidência do Conselho Federal da OAB, Relator (a): Daniela Rodrigues Teixeira. Brasília, julgado em 20 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/arquivos/4900002012010315-1.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

Legislação consultada

BRASIL. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012*. Altera a Lei nº 9613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm>. Acesso em: 15 ago. 2019.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 48/95*. Código Penal. Disponível em: www.dgsi.pt. Acesso em: 09 ago. 2019.

PORTUGAL. *Lei nº 83/2017*. Estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, altera o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revoga a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho. Diário da República, 1.ª série — N.º 159 — 18 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/108021178/details/maximized>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991*, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31991L0308>. Acesso em: 10 ago. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de dezembro de 2001*, que altera a Directiva 91/308/CEE do Conselho relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Texto encontrado no Jornal Oficial da União Europeia de 28 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:57ce32a4-2d5b-48f6-adb0-c1c4c7f7a192_0010.02/DOC_1&format=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005*, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. Texto encontrado no Jornal Oficial da União Europeia de 25 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0060>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015*, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Directiva 2006/70/CE da Comissão. Texto encontrado no Jornal Oficial da União Europeia de 05 de junho de 2015. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849>>. Acesso em: 10 ago. 2018.