

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**O ADVOGADO NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO**  
**A obrigação de comunicação de ilícitos de lavagem de capitais**

**RUY LOURY PINHEIRO DE OLIVEIRA**

**Rio de Janeiro**  
**2018/1**

**RUY LOURY PINHEIRO DE OIVEIRA**

**O ADVOGADO NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO**  
**A obrigação de comunicação de ilícitos de lavagem de capitais**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Nilo Pompílio da Hora.

**Rio de Janeiro**  
**2018/1**

**RUY LOURY PINHEIRO DE OLIVEIRA**

**O ADVOGADO NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO**  
**A obrigação de comunicação de ilícitos de lavagem de capitais**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Nilo Pompílio da Hora.

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

\_\_\_\_\_  
Membro da Banca

**Rio de Janeiro**  
**2018.1**

## CIP - Catalogação na Publicação

OR98 Oliveira, Ruy O ADOGADO NA LEI DE  
5a LAVAGEM DE DINHEIRO A obrigação de  
comunicação de ilícitos de lavagem de  
capitais / Ruy Oliveira. -- Rio de Janeiro,  
2018. 53 f.

Orientador: Nilo Pompílio da Hora.

Trabalho de conclusão de curso  
(graduação) Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em  
Direito, 2018.

1. compliance. 2. lavagem de dinheiro. 3.

advogado. I. da Hora, Nilo Pompílio,  
orient. II. Título.

Dedico a presente monografia a Deus em primeiro lugar, à minha família e ao meu amigo e professor Nilo Pompílio por todo apoio e ajuda na confecção do presente trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todos que pesquisaram o tema anteriormente a mim e serviram-me de apoio ao presente trabalho.

Agradeço aos meus pais pelo suporte moral , aos meus amigos pela ajuda quanto à forma da monografia e aos professores a que me socorri quanto à matéria.

*“Conhece-te a ti mesmo.” (Tales de Mileto, atribuída ao filósofo milesiano por meio da tradição indireta de Diógenes Laércio)*

## RESUMO

O tema do presente projeto é analisar a incidência ou não dos deveres de compliance, mais em específico o dever de notificação de situações suspeitas envolvendo práticas de branqueamento de capitais de seus clientes por parte do advogado em exercício de consultoria ou assessoria jurídica, às autoridades competentes -COAF- devido às modificações impostas pela Lei 12.683 /12 de 9 de julho de 2012 ao art. 9º, XV, da Lei 9.613 de 3 de março de 1998, que incluiu como atividades sensíveis à lavagem de dinheiro "serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações(...)" Estaria ou não o advogado obrigado a delatar seu cliente quando aquele exerce as atividades acima elencadas?

Na introdução será tratado o crime de lavagem de dinheiro e seu impacto político sobre o cenário global.

No primeiro serão tratados a evolução histórica e tratados sobre o tema assim como uma breve conceituação do delito.

No segundo capítulo serão tratados os deveres de compliance, em especial o de notificação e as punições administrativas e penais impostas em seu descumprimento.

No terceiro será tratada a figura do advogado e se tal profissão estaria ou não abarcada pela imposição legal.

No quarto será estudado o tratamento da matéria no âmbito internacional.

Ao final, conclui-se pela impossibilidade de tal dever quanto ao advogado face às peculiaridades da profissão e tratamento legal próprio.

O método de pesquisa será analítico.



## ABSTRACT

The subject of the present project is to analyze the incidence or not of compliance duties, more specifically the duty to report suspicious situations involving the practice of money laundering of its clients by the lawyer in the course of consulting or legal advice to the competent authorities -COAF- due to the modifications imposed by Law 12683/12 of July 9, 2012 to art. 9, XV, of Law 9,613 of March 3, 1998, which included as "money laundering-sensitive activities" "advisory, consulting, accounting, auditing, counseling or assistance services of any nature in operations ..." Would the lawyer be obliged to inform his client when he or she carries out the above-mentioned activities?

In the introduction will be treated the crime of money laundering and its political impact on the global scenario.

In the first one will be treated the historical evolution and treated on the subject as well as a brief conceptualization of the crime.

The second chapter deals with the obligations of compliance, in particular that of notification and the administrative and penal punishments imposed on its non-compliance.

In the third one will be treated the figure of the lawyer and if such profession would be or not covered by the legal imposition.

In the fourth will be studied the treatment of the matter in the international scope.

In the end, it is concluded that it is impossible for such a lawyer to have regard to the peculiarities of the profession and its own legal treatment.

The research method will be analytical.

Keywords: compliance; economic criminal law; laundering.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	
A Lavagem de Dinheiro o crime do século.....	
<b>Capítulo I: Introdução Histórica</b>	1
Breve introdução histórica	
Tratados e cooperação internacional em relação ao crime de Lavagem	
Breve conceituação do crime de lavagem de dinheiro	8
<b>Capítulo II: Dever de <i>Compliance</i> e informação.....</b>	
Definição de <i>compliance</i>	12
Sanções penais e administrativas ao descumprimento do dever de notificação .....	
.....12	
O advogado como partícipe do delito de Lavagem.....	
<b>Capítulo III: O advogado em exercício de consultoria e assessoria .....</b>	
Abrangência da norma e sus consequências.....	
Conflito aparente de normas entre o Estatuto de Advocacia e a Lei de lavagem de dinheiro.....	
Métodos de conflito aparente de norma.....	
<b>Capítulo IV: O dever de denúncia dos clientes no exercício de atividades de consultoria e assessoria no direito comparado .....</b>	
CONCLUSÕES, OBJEÇÕES E PERSPECTIVAS.....	
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	

## INTRODUÇÃO

### I – A Lavagem de Dinheiro, O Crime do Século.

Não há dúvida de que a evolução do crime dos anos de 1930 até a presente data se deu pela criação de um sistema complexo de financiamento do crime organizado, onde os capitais provenientes de atividades ilícitas, além de integrados na economia formal como se limpos fossem, têm sua origem, localização, disposição e propriedade incógnitas. De gangues desorganizadas de simples desmantelamento a estruturas complexas transnacionais com faturamentos bilionários, não há dúvida de que esse processo evolucionário do crime se deu em grande parte pela geniosa invenção da prática de lavagem de dinheiro, facilitada principalmente pela informatização, evolução do sistema econômico e globalização. Como bem pontua Luiz Regis Prado:

“A principal causa do espetacular desenvolvimento dessa espécie criminoso vem a ser o processo de globalização ou internacionalização da economia ( dinheiro, mercadorias e capitais), ao lado do progresso vertiginoso da informática e comunicação.

Bem por isso que a internacionalização do setor financeiro não só trouxe as vantagens da celeridade e da segurança nas transações internacionais, mas também infelizmente aperfeiçoou as modalidades e a expansão da lavagem de dinheiro.” (PRADO, p.515)

Com um poder econômico praticamente ilimitado, vários países sucumbiram ao poder das organizações criminosas , em especial a Colômbia. Pablo Escobar, líder do cartel de Medellín, chegou a travar uma guerra civil com o Estado Colombiano, episódio conhecido como Guerra Civil Colombiana, acarretando mais de 5.000 mortes, o abatimento de um avião comercial da Avianca, além da morte de 3 presidentes. Tal episódio acabou com a vitória de Pablo Escobar sobre o jugo estatal, tendo o presidente colombiano aderido a todos os termos da “rendição” de Escobar (SALAZAR, 2012).

Sobre o poder das organizações criminosas, indispensável trazer a ilustre citação de Peter Lilley:

“O dinheiro é o sangue vital de todas as atividades criminosas; o processo de lavagem pode ser encarado como o coração e os pulmões de todo o sistema, já que permitem que o dinheiro seja depurado e colocado em circulação pelo organismo todo, garantindo assim sua saúde e sobrevivência. Este problema global não se refere a pequenos criminosos, mas sim a grupos organizados e transacionais muito poderosos: .A máfia italiana e seus seguidores da segunda geração, nos Estados Unidos. .Os cartéis colombianos como aqueles de Medellin e Cali. .A Máfia russa e da Europa Oriental. .Os grupos organizados da África do Sul. .Os cartéis de Juarez, Tijuana e do Golfo do México. Estes e outros grupos semelhantes estão longe do amadorismo. Como qualquer negócio multimilionário e panglobal, são entidades bem financiadas e altamente organizadas, localizadas na vanguarda das novas tecnologias. E, o que é mais significativo, são indefiníveis e estão continuamente encobrendo suas atividades criminosas sob o manto da respeitabilidade. Esse agrupamento criminoso dispõe de poderes enormes. Na Colômbia, os barões das drogas expulsaram as 8 forças governamentais de grandes áreas do país. Mas não se trata apenas do poder da força bruta, no sentido físico e sim de um crescente poder nos escalões mais elevados do universo político, através da infiltração e da corrupção de autoridades e políticos fracos por natureza.” ( LILLEY & PETER. Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais.São Paulo: Futura, 2001, p.17)

Nesse contexto de internacionalização criminosa, principalmente com a ascensão dos cartéis de droga, urgiu-se a necessidade de uma política efetiva de cooperação entre países, maior transparência em operações de setores mais suscetíveis e a adoção de medidas internas por parte das instituições privadas para delatar qualquer vestígio de operações de branqueamento de capital. Como bem diz Bottini:

“A lavagem de dinheiro passou a ser objeto de maior atenção da comunidade internacional ao final dos anos 80 do século XX, quando se percebeu a força e capacidade de articulação de alguns setores do crime organizado, em especial daquele voltado para o tráfico de drogas. O desenvolvimento dos grupos criminosos impôs uma mudança de perspectiva político-criminal. A organização empresarial da empreitada delitiva transformou as antigas quadrilhas e bandos em ordens estruturadas, hierarquizadas e globalizadas, imunes aos atos repressivos tradicionais. A impessoalidade das entidades criminosas tornou irrelevante a prisão de seus agentes, seja pela continuidade da cadeia de comando a partir das unidades criminais, seja pela fungibilidade de seus membros, que podem ser substituídos por outros com facilidade em determinados contextos.

Ademais, a sofisticada organização do comércio de drogas permitiu que seus promoventes acumulassem capital suficiente para retroalimentar sua estrutura, desenvolver redes redes capilarizadas e eficientes para atividades direta e indiretamente ligadas ao negócio, bem como cooptar autoridades públicas nos mais diversos setores, em manobras de aliciamento e corrupção.

Percebeu-se, portanto, que a desarticulação de tais grupos exigia algo mais do que a prisão de seus membros- como já mencionado, facilmente substituíveis-, ou o uso exclusivo dos mecanismos tradicionais de repressão. Notou-se que o dinheiro é a alma da organização criminosa e seu combate passa pelo confisco dos valores que mantém operante sua estrutura. E que o rastreamento dos bens que se originam nos atos infracionais e sustentam as empreitadas delitivas (*follow de money*) é o primeiro passo para uma política consistente nesse setor.” (BOTTINI, 2017, P.30)

Nesse aspecto surgiram inúmeras medidas em legislações pátrias para repressão desse tipo delitivo, porém, sem sucesso. A transnacionalização das organizações criminosas e países beneficiados pelo enorme montante de dinheiro enviado ao exterior pelos criminosos, os chamados paraísos fiscais, cujas legislações são bem rígidas em relação ao sigilo fiscal, demandou uma cooperação internacional e uniformização das legislações nacionais pertinentes ao tema. Diversos tratados foram assinados, com inúmeras recomendações para repressão de tal delito, citando-se como principais a Convenção de Viena de 1988, Convenção de Palermo e de Merida.

Atualmente, vários negócios são utilizados para branqueamento de capital para organizações criminosas. Ganha destaque os times de futebol com o valor exorbitante atribuído aos jogadores em venda de passe. Bottino e Trengrouse atentam para este fato e sugerem maior fiscalização do ramo por parte das autoridades. (BOTTINO E TRENGROUSE, 2015)

Dentre tais recomendações, ganhou destaque o compliance, o qual consiste em suma, na literalidade do artigo 10 da lei 9.613/98, em “o conjunto de políticas procedimentos e controles internos compatíveis com seu porte e volume de operações que lhes permitam atender ao disposto em lei.”. Conforme Coimbra e Manzi, "é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório." (COIMBRA; MANZI, 2010, p.10)

Com a finalidade de pôr em prática as recomendações trazidas nos respectivos tratados, dos quais o Brasil é signatário, a Lei de Lavagem de Dinheiro foi alterada pela Lei 12.683/12 trazendo como atividades sensíveis, com nova redação dada àquela em seu art. 9, XIV "serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza” que numa interpretação literal incluiria o advogado no exercício das respectivas atividades privativas. Dentre as obrigações impostas estão o dever de comunicar a COAF- , Conselho de Controle de Atividades Financeiras- Unidade de Inteligência Financeira criada pela Lei Brasileira, sob a recomendação 26 do GAFI, Grupo de Ação Financeira Internacional, qualquer atividade suspeita por parte de seu cliente, sob pena de pesadas sanções administrativas e penais.

O presente trabalho visa a analisar se tal exigência encontra respaldo na legislação brasileira, analisando o conflito aparente entre normas e se condiz com a função típica do advogado de indispensável à justiça e da garantia da inviolabilidade de sigilo e confiança entre advogado e cliente, previsto no art. 9º do EOAB, assim como o papel constitucional do

advogado e sua inviolabilidade por seus atos e manifestações previsto no art. 133 da Carta Magna.

Será tratado o tema em 4 capítulos com o fim de situar o leitor na rígida legislação quanto ao assunto, principalmente em relação às profissões. O primeiro relativo ao histórico do delito, bem como sua conceituação, o segundo em relação ao *compliance* e o dever de informação e o terceiro quanto à profissão do advogado, já o quarto tratará do tema em legislação comparada.

## **CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO HISTÓRICA**

O objetivo deste capítulo é apresentar um breve histórico do Crime de Lavagem de dinheiro, desde sua primeira aparição em tribunais estrangeiros até sua efetiva luta nos anos oitenta, abordando de forma sucinta os tratados pertinentes ao tema e seus principais motivos. Não se busca esgotar o assunto, uma vez que tal tópico demandaria um trabalho apartado por conta de sua tamanha complexidade.

### **I – Breve Introdução Histórica**

Todo ato infracional está ligado a instintos primitivos humanos, nisso se inclui o delito de negar o crime de poder usufruir de seus ganhos e evitar a punição, sendo de difícil traçado quando essa prática realmente teve início.(VERÍSSIMA, 2012, p. 33).

Apesar da dificuldade em se traçar uma origem histórica, fato é que a atividade começou a ter repercussão nos anos 30 nos Estados Unidos, onde a máfia utilizava máquinas de lavar roupa automáticas para justificar a origem de seus recursos ilícitos. A expressão lavagem de dinheiro foi utilizada pela primeira vez em um processo judicial norte-americano de 1982, ganhando o termo notoriedade no âmbito jurídico. (BOTTINI E BADARÓ, 2016). Tal período foi marcado pela lei seca, a qual deu origem a diversos grupos criminosos que obtiam fonte de renda na venda ilegal de bebidas. O caso mais paradigmático da época foi o de Al Capone, maior comercializador ilegal de álcool dos Estados Unidos, dentre outros criminosos que atuavam de forma organizada. Porém, a criminalização não ocorrera, face à grande depressão e a necessidade desesperada dos bancos de obter dinheiro para tampar rombos crediários, sendo bem-vinda qualquer riqueza, inclusive a reciclada por criminosos do período (VERÍSSIMA, 2012).



Com a expansão da máfia para ramos mais lucrativos como das drogas e dos jogos de azar, simples negócios como lavanderias e lojas de automóveis passaram a ser insuficientes para o branqueamento de tanto capital, criando-se um sistema de instituições financeiras de propriedade do crime para satisfazer a necessidade citada. Meyer Lansky foi o responsável pela mudança de paradigma no processamento da lavagem ao assumir o controle do sindicato da máfia após a queda de Al Capone e expandindo o comércio de heroína por todo os Estados Unidos. A partir da política de Lansky, grande parte do capital criminoso passou a ser ocultado em bancos suíços, marco da transnacionalização do crime organizado e da criação de um amplo sistema de corrupção envolvendo governadores e outras autoridades. Com o crescimento do mercado de entorpecentes, os EUA passaram a adotar políticas com o fim de desarticulação dos mencionados grupos, editando-se uma série de medidas como o Bank Secrecy act em 1970 e culminando em 1986 com o anti-drug abuse act que passou a criminalizar o crime de lavagem (VERÍSSIMA,2012).

Apesar dos Estados Unidos terem sido o principal país a iniciar o combate ao branqueamento de capitais, não fora o primeiro. O primeiro país a tipificar o crime de lavagem de dinheiro foi a Itália em 1978, com o desenvolvimento da Brigada Vermelha, grupo marxista armado. Tal grupo durante esta década praticou uma série de crimes com o fim de desarticulação do poder político estatal, tais como sequestros. Por meio do Decreto-Lei 59 de 21 de março de 1978, introduziu-se o artigo 648 ao código penal italiano, tendo sido o primeiro dispositivo legal a criminalizar a lavagem de dinheiro (VERÍSSIMA, 2012).

Tal delito passou a ser objeto de maior preocupação internacional na década de 80, face à percepção da força de certos setores do crime organizado. Como elucida Bottini:

“A lavagem de dinheiro passou a ser objeto de maior atenção da comunidade internacional ao final dos anos 80 do século XX, quando se percebeu a força e a capacidade de articulação de alguns setores do crime organizado, em especial para o tráfico de drogas. (BOTTINI E BADARÓ, 2012, p.30).

Antes, seu combate era feito apenas no âmbito da legislação nacional, o que tornava inefetivo o combate face ao caráter transnacional das associações criminosas. Tal paradigma fora mudado frente ao avanço dos cartéis de droga, principalmente colombianos e organizações criminosas locais com estreito vínculo com tais cartéis.

Ironicamente, o Brasil só passou a criminalizar tal conduta em 1998 em razão da assinatura de diversos tratados e convenções contra o branqueamento de capitais, os quais culminaram com a Lei 9.613/98.

## **II – Tratados e Cooperação internacional contra a lavagem de dinheiro**

Com o combate ao crime de lavagem de dinheiro, surgiu algo nunca visto no âmbito do direito internacional: a criação de um regime global de normas uniformes penais em inúmeros países, além de um complexo sistema de cooperação e troca de inteligência internacional, com a implementação de uma política uniforme de repressão e prevenção, com poucas diferenças entre legislações nacionais. (VERÍSSIMA, 2012, p.137).

O primeiro tratado a versar sobre o tema foi a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e substâncias, assinado e ratificado por mais de 200 Estados-Nacionais. Tal convenção impunha o dever de combate ao tráfico de entorpecentes além da lavagem de dinheiro proveniente de tais atividades e sua conversão. Como bem se sabe, os Estados Unidos sempre foram relutantes em assinar e ratificar convenções, mas por incrível o fez nessa. O tratado também prevê técnicas de cooperação internacional como relativização de sigilo bancário, extradição, confisco dentre outras. O Brasil foi signatário de tal tratado.

Em 1990 surge no Conselho da Europa a Convenção de Estrasburgo, tratado aberto multilateral, onde os Estados Unidos foram signatários, mas não contou com a participação brasileira. O tratado versava basicamente sobre técnicas de cooperação para combate e prevenção ao delito de branqueamento. (VERÍSSIMA, 2015)

Dentro do Conselho da Europa foram elaboradas 3 diretivas sobre o tema.

Em 2000 foi assinada a Convenção de Palermo, com o objetivo de promover cooperação mais eficaz entre os signatários e a repressão a associações criminosas. Amplia as disposições relativas aos crimes antecedentes. Foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 5.015/04.

Em 2003 foi assinada a convenção de Merédia, voltada ao combate à corrupção e às associações criminosas e delitos de lavagem pertinentes ao tema. Tal tratado foi identicamente assinado pelo Brasil e internalizada pelo Decreto 5.687/06.

Em 2005 foi promulgada a Convenção de Varsóvia, atualizando e substituindo a Convenção de Estrasburgo. A principal novidade foi a responsabilização penal das pessoas jurídicas em matérias de lavagem (VERÍSSIMO, 2015 p.149).

A repressão internacional ao crime de lavagem não se encerra em tratados, inúmeras organizações internacionais e regionais e o resultado prático de suas pressões ou de recomendações tem fundamental importância. Aqui há compromissos políticos, não propriamente jurídicos. Esse desenvolvimento é chamado de softlaw. O não atendimento de determinados padrões pode ter consequências econômicas impostas por instituições como o FMI ou o Banco Mundial (VERÍSSIMO, 2015, p.154).

Uma das mais importantes organizações criados nesse padrão de softlaw consiste no GAFI, criado em 1989 pelo G-7. O Brasil faz parte dessa organização. O padrão de atuação do GAFI consiste em recomendações aos países para repressão do delito de lavagem de dinheiro (VERÍSSIMO, 2015, 159).

No âmbito do Brasil foi criada a COAF, atendendo à recomendação 26 da GAFI, cujas principais funções consistem em, Segundo Bottini<sup>1</sup> “sistematizar informações sobre movimentações atípicas de capital, aprimorar o combate à reciclagem de capitais, e facilitar o intercâmbio de experiências em âmbito internacional”.

Em Decorrência da série tratados internacionais sobre o tema, o Brasil promulgou a Lei 12.683/2012, a qual incluindo o inciso XV ao artigo nono da Lei de Lavagem de Dinheiro -Lei 9.613- adicionando aos setores sensíveis as atividades de assessoria e consultoria de qualquer natureza, obrigando tanto pessoas físicas como jurídicas aos deveres de *compliance*, dentre os quais se inclui a notificação ao COAF de ilícitos de lavagem de dinheiro cometidos por clientes , consoante artigo 11 da respectiva lei. Discute-se no presente trabalho se o advogado estaria incluso nesse rol de obrigados. A título de exemplo, a recomendação 16 da GAFI inclui expressamente advogados no rol de obrigados, *in verbis*:

“As obrigações definidas nas Recomendações 18 a 21 se aplicam a todas as atividades e profissões não-financeiras designadas, sujeitas às seguintes qualificações: (a) Advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores deveriam comunicar operações suspeitas quando, em nome de um cliente ou para um cliente, se envolverem em uma transação financeira relacionada às atividades descritas no parágrafo (d) da Recomendação 22. Os países são fortemente encorajados a estenderem a obrigação de comunicação às outras atividades profissionais de contadores, inclusive a de auditoria. (b) Os comerciantes de metais e pedras preciosos deveriam comunicar operações suspeitas quando se envolverem em transações em espécie com um cliente em valor igual ou superior ao limite determinado aplicável. (c) Prestadores de serviços a empresas e trusts deveriam comunicar operações suspeitas quando, em nome de cliente ou para um cliente, se envolverem transações relacionadas às atividades listadas no parágrafo (e) da Recomendação 2<sup>2</sup>”

---

1 Badaró, Gustavo Henrique Bottini, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro aspectos penais e processuais penais 3ª edição São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2016.

2 <http://coaf.fazenda.gov.br/>

### III- Breve conceituação do crime de lavagem de dinheiro

O crime de Lavagem de Dinheiro é disciplinado pela Lei 9.613/1998 e apresenta quatro condutas típicas: ocultação e dissimulação, uso de meios de ocultação ou dissimulação, uso de bens direitos ou valores sujos na atividade econômica e financeira e participação em entidade dirigida à lavagem de dinheiro.

O primeiro núcleo do tipo é ocultar ou dissimular e está previsto no art. 1º do referido diploma legal, *in verbis*:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

Para entendimento dos ilícitos de lavagem de dinheiro, vale a lição de Bottini:

"O processo completo de lavagem de dinheiro é composto por – ao menos – três fases: ocultação, dissimulação e integração dos bens à economia formal (...) não se trata de um simples ato de ocultação de um mero esconder bens de origem delitativa, mas de uma atividade voltada à simulação, à confecção de uma roupagem legítima a recursos escusos-ainda que tal objetivo não seja necessariamente alcançado"(BOTTINI,2016,p.32).

Vale acrescentar que todas as três fases delitivas foram criminalizadas de forma independente pela Lei nº 9.613 de 1998 em seu art 1º §1º e §2º. Tendo em vista a complexidade em que se mostram as práticas criminosas de reciclagem, mostra-se difícil a identificação de cada etapa no caso concreto "na prática, é comum a sobreposição entre etapas do delito, sendo difícil identificar o término de uma e o início de outra." (BOTTINI, 2016, p.32). A escolha do legislador de criminalizar cada uma das três partes independentemente se mostrou sábia, uma vez que um hipotético tipo penal que punisse a lavagem de dinheiro apenas com a ocorrência de todas as fases, redundaria em ineficiência por conta da complexidade desse tipo delitivo.

Vale trazer a lição de Barros:

“A conversão também chamada de ocultação, em linguagem internacional conhecida como fase do placement, consiste na colocação ou na aplicação dos ativos ilícitos em espécie (dinheiro sujo) no sistema financeiro e econômico, mediante troca (conversão) de moeda em casa de câmbio, depósitos bancários, investimentos em operações em bolsa, transações imobiliárias, aquisições de jóias e de obras de arte etc., correspondendo essa conversão ou ocultação ao objetivo de encobrir a natureza, localização, fonte, propriedade e o controle dos recursos obtidos ilícitamente; desta fase podem participar muitas pessoas para diluir ou fracionar grandes somas de dinheiro. (BARROS, 2016, p. 43)

“Na segunda etapa do processo de ‘lavagem’ pratica-se a dissimulação, também conhecida por fase de controle ou estratificação, identificada em linguagem internacional como empilage, que corresponde ao acúmulo de investimentos, que visam maquiagem a trilha contábil dos lucros provenientes do crime antecedente. Nesta fase da ação criminosa, a conduta se reveste de várias e sucessivas operações e transações econômico-financeiras, inclusive nos chamados “paraísos fiscais”, feitas com o emprego de sofisticados meios eletrônicos e com o propósito de disfarçar e diluir a ilícita origem do dinheiro sujo, sendo então utilizadas muitas contas bancárias, investimentos diversificados, aplicações em bolsas, etc., envolvendo a participação de pessoas físicas e jurídicas empenhadas em camuflar os ativos ilícitos (...). É no desenrolar desta “superposição de transações” que o ciclo de ‘lavagem’ basicamente se efetiva, eis que é inerente à dissimulação o objetivo final de estruturar o lucro ilícito com nova aparência de ativos lícitos. Portanto, nesta fase, também se apresenta a estruturação, ou seja, a ação do agente lavador que efetua aplicações de grandes volumes de dinheiro gerados pela atividade criminosa (crimes antecedentes), porém, “estruturados” ou divididos em

quantias menores, abaixo do valor para o qual a lei exige o registro da operação.”( BARROS, 2016, p. 44)

“Para concluir o processo, realiza-se a integração (intégration), fase que corresponde ao exaurimento propriamente dito da ‘lavagem’. Consiste em reinserir os lucros e os bens, criminalmente obtidos, na economia legal sem levantar suspeitas, ou outorgar-lhes uma aparência de legitimidade em relação a sua origem”. (CORDERO apud BARROS op.cit. p. 45). Isto geralmente se obtém com a criação ou investimentos em negócios lícitos, ou ainda mediante a aquisição de bens em geral (imóveis, obras de arte, ouro, jóias, ações, embarcações, veículos automotores, etc...), sendo o capital, com aparência lícita, reintroduzido nos setores econômico, financeiro e produtivo da cadeia econômico-financeira do país, tal como ocorre com as operações de fundo legítimo.”( BARROS, 2016, 45)

O tipo tutela dois bens jurídicos consoante parte da doutrina, a administração da justiça e a ordem socioeconômica, Luiz Regis Prado entende pela proteção apenas da segunda, sendo a primeira apenas incidentalmente lesado (REGIS PRADO, 2015, p.525).

O objeto material do delito são os produtos da infração penal antecedente (*producta sceleris*), identicamente os exames de ganho e os exames do crime (*sceleris quasita*). (REGIS PRADO, 2015, p.528)

Ao dispor sobre a origem dos respectivos bens, ou seja, de infração penal, o dispositivo visou a abraçar às mais diversas empreitadas criminosas, desde crimes a contravenções penais, guardando relação de dependência com uma infração material antecedente. Adotou-se, pois, a técnica da lista aberta quanto às infrações penais, em contraste como da lista fechada, prevista no texto original do diploma legal (BADARÓ, BOTTINI, 2017).

Trata-se de norma penal em branco heterovitelínea, complementada por outra Lei de hierarquia ordinária ou complementar, seja o Código Penal, sejam as Leis Extravagantes em matéria penal. Bens provenientes de ilícitos civis como por improbidade administrativa não podem ser objeto do crime de branqueamento de capitais (BADARÓ E BOTTINI 2017). Por

óbvio, o fato tem de ser típico, antijurídico e culpável, conforme teoria tripartite, sob pena de não configuração de infração penal, identicamente não passível de ser objeto de lavagem.

A infração antecedente possui natureza acessória, uma vez que depende de conexão causal com o ilícito precedente para sua materialização. (BLANCO, 2012).

Para o recebimento da denúncia basta indícios da existência de infração antecedente, bastando para denúncia, não se exigindo sentença judicial prévia para condenação no respectivo delito, apenas que o magistrado fundamente sua convicção de forma inequívoca. Art. 2º,II, do dispositivo *in verbis*:

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

II - Independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento;

No caso de absolvição em processo prévio quanto à infração antecedente, com exceção na falta de autoria e dúvida sobre sua existência, não haverá lavagem de dinheiro. A inexistência de processo quanto ao ilícito antecedente não impede a condenação. Caso o réu seja condenado por Lavagem e posteriormente seja inocentado da infração antecedente, caberá revisão criminal. Quando praticada a infração antecedente no exterior, deve ser observado o duplo injusto (BOTTINI & BADARÓ, 2017).

O objeto material do delito são bens, direitos e valores provenientes de infrações penais.



Para configuração, deve-se provar a relação direta entre o produto gerado do injusto e se o produto corresponde exatamente ao ocultado e dissimulado.

Quanto aos crimes contra a ordem tributária, há controvérsia quanto seu enquadramento como infração antecedente, uma vez que configurado o ilícito o produto já se encontra integrado ao patrimônio do agente. Posiciona-se a doutrina majoritária pela configuração, uma vez que se trata de crime com resultado material (BLANCO, 2017).

Quanto aos verbos do tipo, ocultar significa subtrair de vista, tirar de circulação. A consumação ocorre com o simples encobrimento, trata-se da primeira etapa do delito de Lavagem. Dissimular é o ato posterior à ocultação, distanciar o bem de sua origem suja, tratando-se da segunda etapa do delito. Destaca-se que usufruir do produto infracional não constitui fato típico, tratando-se de mero aproveitamento do produto delituoso (BOTTINI & BADARÓ, 2017).

Quanto aos elementos subjetivos, há a necessidade de vontade de reciclar o capital e dar-lhe proveito na economia formal, aparência lícita. O mero esconder bens, enterrar dinheiro, comprar imóveis, atos típicos dos meliantes, não configuram, *per se*, o delito de branqueamento (BARROS, 2015).

Trata-se de crime de resultado, aplicando-se o princípio da insignificância nos casos de pequena lesividade ao bem jurídico, levando-se em conta o risco que aquele comportamento oferece à ordem econômica. Ocultações e dissimulações toscas configuram hipótese de crime impossível. A insignificância da infração antecedente exclui a tipicidade do delito de branqueamento (BOTTINI & BADARÓ, 2017).

No caso do ato de ocultar ou dissimular já estiver no tipo da infração penal antecedente, haverá consunção, a infração antecedente absorvendo a lavagem. A questão debatida pela doutrina e jurisprudência é a possibilidade ou não de concurso entre lavagem de

dinheiro e corrupção passiva no caso de recebida por terceiro como interposta por pessoas. Tanto o STF quanto doutrina majoritária vêm rechaçando tal argumento por ambos tutelarem bens distintos, porém, Bottini entende pelo afastamento por conta da consunção face à identidade semântica dos verbos do núcleo (BOTTINI & BADARÓ, 2017).

O crime classifica-se em comum dado que pode ser praticado por qualquer um, não se exigindo qualquer qualidade especial do sujeito ativo. Porém, merece especial atenção a hipótese de autolavagem quanto à sua configuração. A lei brasileira não exclui a hipótese de autolavagem, mantendo-se silente quanto à questão. Entende a Pretório Excelso e Bottini que a punição do agente pelo crime antecedente e pelo delito de lavagem não configuram hipótese de *Bis in Idem* (BOTTINI E BADARÓ, 2016, p.131).

Quanto à consumação, trata-se de crime instantâneo uma vez que o estado de consumação ou dissimilação se alongar no tempo é resultado do crime. O crime se consumaria no ato de esconder. Bottini defende a interpretação teleológica do núcleo do tipo ocultar, levando-se em conta tipos como ocultação de cadáver e receptação na modalidade ocultação (BOTTINI E BADARÓ, 2016, p.133).

Desnecessária sofisticação da ocultação e dissimulação para configuração delituosa

Quanto ao elemento subjetivo, o crime de lavagem é exclusivamente doloso, não se admitindo modalidade culposa. O agente conhece a procedência criminosa dos bens e age com vontade e consciência de cobri-los. O dolo tem de ser devidamente provado com base em circunstâncias factuais objetivas, não se admitindo presunção. No mesmo sentido, posiciona-se a GAFI, em sua recomendação nº 2. (BOTTINI & BADARÓ, 2016, p.138).

Admite-se dolo eventual para configuração do crime, desde que provado de forma objetiva (REGIS PRADO,2015, p.528). Parte da doutrina não admite o dolo eventual, apenas o direto: quando há consciência da prática da infração penal , não bastando que o erro seja

evitável, configurando atipicidade quanto ao crime de lavagem (ANTÔNIO DE BARROS, 2017, p.59). Bottini posiciona-se contra o dolo eventual da infração antecedente, uma vez que o legislador costuma utilizar-se da expressão “deve saber” quando deseja punir por dolo eventual assim como o custo imposto ao sistema financeiro caso se fosse admitida a hipótese de dolo eventual. (BOTTINI E BADARÓ, 2016, p.141).

Outra questão é o erro de tipo sobre a infração antecedente, podendo ser fático ou normativo. Na primeira hipótese o agente se equivoca quanto às circunstâncias concretas da infração antecedente, já na segunda o equívoco reside na própria ilicitude. Só será relevante caso incida sobre um elemento típico da infração antecedente. Equívocos sobre a culpabilidade ou sobre a punibilidade são irrelevantes para configuração do crime de lavagem de dinheiro. Identicamente irrelevantes são a ignorância quanto à autoria e outros elementos incidentais, tempo ou forma da infração, os quais não integram o tipo, outra hipótese é o erro de subsunção, ou seja, a valoração equivocada conhece as circunstâncias mas não o valora como infração penal, tratando-se de erro de tipo (BOTTINI E BADARÓ, 2016, p.147).

O momento do dolo é nos atos de encobrimento, o dolo antecedente é insuficiente para prova da tipicidade subjetiva. Identicamente o dolo exclusivamente subsequente não basta para configuração da infração penal, ou seja, que não participe ou desconheça as operações anteriores de reciclagem no momento de efetivação (BOTTINI E BADARÓ, 2016, p.149).

Quanto ao dolo subsequente, ou seja, adquirido durante a operação de lavagem de dinheiro, é suficiente para preenchimento do elemento subjetivo do tipo penal.

O art. 1º da Lei 9.613/98 não traz quaisquer elementos subjetivos especiais. Apesar disso, Bottini leciona que exige-se para configuração do delito uma intenção transcendental, ou seja, vontade de reciclar o capital por operações comerciais ou financeiras. Não basta a vontade de ocultar, mas sim uma de lavar e reciclar o capital sujo utilizando-se de operações comerciais ou financeiras. Bottini defende tal argumento com base na possibilidade de

elementos típicos implícitos e a política criminal norteadora de tal infração penal. Acrescenta que seria impossível a diferenciação da lavagem do delito de favorecimento real na inexistência do referido requisito (BOTTINI & BADARÓ, 2016, p.151).

No mesmo sentido posiciona-se De Carli:

“Ao examinar se determinada conduta se encaixa na moldura típica de lavagem de dinheiro, é necessário considerar o conjunto das operações efetuadas e o que elas, em realidade, expressam. A lavagem de dinheiro normalmente não utiliza instrumentos ilegais em si ilegais. O que a diferencia de uma atividade legal é o fato de que, nela, o ato ou negócio jurídico não têm, na realidade, o conteúdo que dele se esperaria, ou o procedimento utilizado ter sido realizado com finalidades diversas do usual objetivo comercial ou jurídico. (...) A ilicitude ocorre quando essas operações são realizadas sobre bens ou valores ilicitamente obtidos, **com a finalidade de ocultar ou dissimular sua origem criminosa**, possibilitando que circulem com aparência de legitimidade.” (De Carli, Carla Veríssimo. Lavagem de Dinheiro – Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso. 2ª Ed. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2008.)

Quanto às condutas do art. 1º parágrafo 1º do referido diploma legal, *in verbis*, aplicam-se as mesmas disposições supracitadas, com algumas exceções que serão discutidas abaixo.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I - Os converte em ativos lícitos;

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

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

Indica o parágrafo modalidades de ocultação ou dissimulação dos bens, sendo menos abrangente que o caput do artigo, o qual se mostra mais abrangente que seus parágrafos. Por tal motivo, é comum a identidade entre as condutas do caput e de seu parágrafo primeiro. Merece maior atenção os núcleos do tipo de guarda ou depósito por conta de suas peculiaridades. Tratam-se de modalidades especiais de ocultação ou dissimulação (BOTTINI E BADARÓ, 2016, p.156).

A conversão em ativos ilícitos ocorre na transformação dos bens diretamente procedentes da infração penal em outros passíveis de integrar o patrimônio do agente (BOTTINI E BADARÓ, 2016, p.156).

Já o inciso dois comporta várias condutas, classificando-se como tipo penal de ação múltipla. A prática de diversos núcleos do inciso não importa em concurso. Enquanto há a guarda ou depósito dos valores, o crime está sendo consumado, tratando-se ambas as hipóteses de crime permanente. Bottini pondera que é impossível em ambas as hipóteses punir por essas duas modalidades ambos os núcleos, uma vez que guardar e ter em depósito não comportam autolavagem (BOTTINI & BADARÓ, 2016, p.157).

O elemento subjetivo identicamente é o dolo direto ou eventual, exigindo-se elemento subjetivo especial da finalidade de reciclagem de capital.

Já quanto as hipóteses do inciso I do parágrafo segundo, *in verbis*, há a mesma lógica do disposto na ocultação e dissimulação, com algumas peculiaridades.

§ 2o Incorre, ainda, na mesma pena quem:

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

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

A vontade do legislador foi punir a terceira fase do crime de branqueamento, a integração, cabendo na hipótese da autolavagem. A procedência dos bens tem de ser obrigatoriamente direta da infração penal, não se admitindo procedência indireta. No caso da indireta, há a incidência do caput do art. 1º.

Trata-se de crime comum, comissivo e instantâneo, admitindo tanto dolo direto quanto eventual, necessitando da intenção transcendental de lavagem.

Vale ressaltar o inciso segundo do parágrafo em comento quanto à participação de associações dirigidas à prática de lavagem de dinheiro. A hipótese não exige colaboração direta na prática delituosa, porém, Bottini pondera pela razoabilidade, punindo-se apenas autores e partícipes do delito (BADARÓ E BOTTINI, 2016).

Discute-se a questão da colaboração moral, resultante da indução ao instigação ao cometimento delitivo ou sua continuidade. Em regra há a punição do agente como partícipe.

Outro ponto é a questão da colaboração material e seu limite punível. Aquele que auxilia materialmente porém não possui o domínio dos fatos é partícipe. Bottini defende a utilização de critérios objetivos para constatação de que o agente é partícipe ou não no sentido de que se o auxílio foi relevante ou não no ponto de vista penal. O primeiro ponto para o autor seria a criação de um risco e deve ser adequada para produção de um risco. Tal risco teria de ultrapassar a fronteira do aceitável para configuração do instituto da participação. (BOTTINI E BADARÓ 2016).

## **CAPÍTULO II – DEVER DE *COMPLIANCE* E INFORMAÇÃO**

O objetivo deste capítulo é compreender o dever de informação e a compliance, suas nuances na Lei de branqueamento de capitais.

### **I – Definição de Compliance**

Na literalidade do artigo 10 da lei 9.613/98, consiste em “o conjunto de políticas procedimentos e controles internos compatíveis com seu porte e volume de operações que lhes permitam atender ao disposto em lei.”. Conforme Coimbra e Manzi, "é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório." (COIMBRA;MANZI,2010,p.10).

Trata-se de uma estruturação dos setores de prevenção do crime de branqueamento de capitais nas instituições que desenvolvem as atividades sensíveis previstas no art 9º da Lei 9.613/1998, as quais o legislador achou por bem impor maior cautela frente ao comum uso dessas para lavagem de dinheiro.

Conforme Salgado (SALGADO, 2017):

Os deveres de colaboração em matéria de prevenção à lavagem de dinheiro associam-se intimamente à difusão dos programas de criminal compliance evidenciada pelas transformações próprias do mercado econômico, na medida em que a legislação antilavagem em geral, inclusive no âmbito internacional, impõe a determinados sujeitos, referidos como “sujeitos obrigados”, a adoção de programas de cumprimento às normas vigentes de modo a prevenir a ocorrência do delito. Essa questão se relaciona à histórica dificuldade de se encontrar uma maneira adequada e eficaz de tratar e manejar dogmaticamente a criminalidade econômica, preocupação amplamente demonstrada por Klaus Tiedemann.<sup>104</sup> Com a globalização acelerada, essa criminalidade econômica que geralmente se associa aos crimes of the powerful foi obtendo percepção, com destaque para os escândalos associados à corrupção, assim como sua elevada danosidade social<sup>105</sup>, o que levou à criação de instrumentos estratégicos que procuram minimizar os seus efeitos, dentre os quais figura o implemento de programas de compliance, como modelos de prevenção desse tipo de criminalidade, geradora de insegurança econômica e desconfiança, o que justifica a criação de international legal standards para tornar penalmente relevantes comportamentos econômicos arriscados.<sup>106</sup> Essa padronização se refere a recombinações estruturais e institucionais das normas penais em nível transnacional, cuja expansão atinge seu ápice na responsabilidade penal da pessoa jurídica, independentemente da responsabilidade individual de seus dirigentes.<sup>107</sup> Os mecanismos de compliance requerem o estabelecimento de padrões e procedimentos alinhados às políticas de uma determinada instituição, baseando-se no atendimento às leis e códigos e na necessidade de delimitar as normas às quais estão sujeitas as organizações<sup>108</sup>, como forma de

Essa danosidade social pode estar associada a desvios do dinheiro público, que colocam a sociedade numa posição de vulnerabilidade. No que se refere à prática da lavagem de dinheiro: “(1) por meio (dela) obtém-se o aumento de poder dos circuitos criminosos e terroristas; (2) delitos não apenas são acobertados, como valem a pena; (3) decorre da lavagem de dinheiro um efeito negativo na legitimação de instituições políticas, o que leva ao reforço da ‘animosidade política’ e com isso, em últimas conseqüências, ao enfraquecimento da democracia enquanto tal; (4) não incide tributação sob o dinheiro lavado, afetando a receita; (5) o equilíbrio econômico e os mecanismos elementares de mercado podem, por meio de volumosos fluxos de capital, ser influenciados pela lavagem de dinheiro”.



Preserva a reputação da empresa perante o sistema financeiro, de acordo com os princípios básicos de governança corporativa: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa.

Sobre sua abrangência:

“Um programa de compliance raramente abarcará a legislação pertinente a apenas um setor ou endereçará apenas um tipo de preocupação. O mais comum é que os programas tratem simultaneamente de diversos aspectos e diplomas normativos. Por isso, cada agente econômico deve levar em consideração suas próprias particularidades quando da implementação de um programa de compliance. Nos casos em que as áreas de exposição são 10 múltiplas, a maior efetividade será garantida na medida em que o compliance concorrencial seja desenvolvido e implementado não isoladamente, mas sim como parte de um programa mais amplo e abrangente de integridade e ética corporativas. A estratégia mais ampla deve ser a de incorporar o compliance à cultura de negócios da empresa, de modo que não seja possível dissociar seu comprometimento com a observância das leis de suas normas internas. A partir daí, o programa correrá menor risco de ser visto como um entrave para o alcance das metas de performance e passará a ser considerado e incorporado como parte das regras fundamentais do negócio.<sup>3</sup>

Coimbra e Manzi elencam os diversos tipos de modelos de formatação do setor de compliance nas empresas (COIMBRA;MANZI, 2010):

Modelo de integração à gestão de risco: o monitoramento é feito individualmente em cada unidade de negócio, há subordinação do setor de compliance ao setor de gestão de risco.

Modelo de integração ao departamento jurídico: o setor de prevenção à lavagem de dinheiro integra o departamento jurídico da empresa.

Modelo de independência funcional: o monitoramento é feito por setor autônomo.

Porém, assevera-se que não há modelo fixo de compliance:

“Organizações de todos os portes podem se beneficiar de um programa de compliance. No entanto, os riscos – principalmente de ordem concorrencial – a que uma organização está exposta variam de acordo com seu porte, posição de mercado, setor de atividades, objetivos, etc. Por esta razão, não há um modelo único de programa de compliance. Cada programa deve respeitar as peculiaridades de cada indústria e ser revisto constantemente de modo a contemplar novos riscos que eventualmente possam surgir, como aqueles decorrentes de 11 operações de fusões e aquisições, da introdução de um novo produto no mercado ou da entrada em um novo mercado geográfico com histórico de infrações em defesa da concorrência.”<sup>4</sup>

O órgão responsável pelos setores sensíveis é a COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras, assim como suas funções. Esta é a Unidade de Inteligência Financeira criada pela Lei Brasileira, sob a recomendação 26 do GAFI, Grupo de Ação Financeira Internacional, cujas principais funções consistem em, Segundo Bottini “sistematizar informações sobre movimentações atípicas de capital, aprimorar o combate à reciclagem de capitais, e facilitar o intercâmbio de experiências em âmbito internacional” (BOTTINI, 2016, p.47.) . O procedimento e as formas de cumprimento das obrigações legais previstas na Lei de reciclagem são determinados por órgão fiscalizador próprio e na ausência deste a COAF.

As regras de compliance gravitam em torno do conhecimento da instituição de seu cliente, subdividindo-se no conhecimento de seu fornecedor e de seu parceiro

Ganha destaque o dever de comunicação de atividades suspeitas, dever de colaboração com as autoridades em relação às operações suspeitas de seus clientes em atividades sensíveis. As situações denunciáveis referem-se a atividades supostamente anormais, caracterizadas por infração às normas previstas pelo órgão fiscalizador para o setor em específico. Destaca-se que mesmo com órgão regulatório do setor, há o dever de comunicação à COAF consoante art.11,II do diploma legal. Identicamente os órgãos especiais identicamente têm o dever de comunicar ao COAF tais informações. Identicamente obrigado o agente a informar seu agente regulador da não ocorrência de atividades suspeitas.

Com o fim de garantir a isenção de responsabilidade do órgão delator, o artigo 12 parágrafo terceiro isenta de responsabilidade civil e administrativa desde que a ocorrência tenha sido feita de boa-fé. Identicamente fica proibida a delatora de informar ao cliente da ciência do órgão responsável de suas atividades suspeitas.

Levando em conta a letra fria, - devido às modificações impostas pela Lei 12.683 /12 de 9 de julho de 2012 ao art. 9º, XV, da Lei 9.613 de 3 de março de 1998, que incluiu como atividades sensíveis à lavagem de dinheiro "serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações(...)" a atividade advocatícia em sua função de assessoria e consultoria também estaria abarcada pelo dever de comunicação ao órgão competente, fato que será analisado em capítulo posterior.

## **II- Sanções penais e administrativas ao descumprimento do dever de notificação**

No âmbito do descumprimento do dever de compliance, diversas são as implicações sancionatórias ao agente que deixou de delatar seu cliente.

Destacam-se as previstas no artigo nono da lei de branqueamento, são previstas diversas sanções de natureza administrativa como advertência, multa, inabilitação temporária e cassação da autorização para operação ou funcionamento

Na esfera penal, o agente pode ser responsabilizado por omissão imprópria como autor ou mesmo partícipe do crime do artigo primeiro do diploma legal. No sentido advoga Vladimir Aras:

“Se o agente, aqui na qualidade de garantidor, que tem por lei a obrigação de conhecer, registrar e reportar a operação e calar em relação ao cliente, assim não o faz, poderá ser responsabilizado por omissão na compliance.”(ARAS, 2011,p.378)

Conforme Salgado:

“Uma das grandes problemáticas que envolvem o advogado nas operações de lavagem de dinheiro é a possibilidade de, como tem ocorrido, serem considerados cúmplices nos supostos delitos cometidos por terceiros a que tenham prestado assistência, frequentemente técnica em matéria mercantil e fiscal, como por exemplo a criação de estruturas societárias das quais pode até mesmo atuar como administrador. A questão se intensifica quando o profissional conhece ou suspeita acerca da irregularidade das operações realizadas a partir de seu assessoramento, ensejando a possibilidade da configuração da lavagem de dinheiro na modalidade de imprudência, presente nos ordenamentos de alguns países, como a Alemanha e a Espanha. Relativamente ao delito de lavagem de dinheiro, na Lei 12.683/2012 há três hipóteses de autoria. (I) Autor é aquele que pratica, diretamente e sem coação, algum dos comportamentos descritos no art. 1º da referida lei, com ciência e intenção de realização típica (dolo).<sup>300</sup> Ou seja, é o agente que oculta ou dissimula bens ou produtos provenientes de infração penal (art. 1º, caput), realiza os atos de mascaramento do § 1º ou utiliza os bens na atividade econômica ou financeira (§ 2º, I), agindo com dolo. (II) Também é autor aquele que, mesmo em conjunto com outros, "tem à sua disposição a configuração central do delito, que faz movimentar o sistema de lavagem de dinheiro com consciência e vontade, e tem condições de interromper o processo por seus próprios atos."<sup>301</sup> (III) Por fim, há a hipótese de autoria mediata, nas quais o agente usa o outro como instrumento para o ato delitivo, agindo este sob coação ou em erro. Partícipe, por sua vez, é aquele que "colabora ou auxilia na prática criminosa sem a titularidade do delito, sem executar diretamente qualquer conduta descrita no tipo penal, sem domínio dos fatos ou da organização delitiva."<sup>302</sup> A participação se dá, assim, pela colaboração moral (instigação) ou pela colaboração material (cumplicidade). A primeira pode ocorrer no desempenho de funções profissionais neutras, esclarece Bottini, por exemplo, quando um gerente de banco, contador ou advogado sugere a um cliente que pratique atos de ocultação de bens conhecendo sua origem Criminosa. Há, nesse caso, participação punível na lavagem de dinheiro, caso esta seja levada a efeito. A participação material é feita por aquele que auxilia ou ajuda na realização do delito, sem domínio dos fatos ou da organização. O mais difícil é determinar qual o limite punível da colaboração material, isto é, até que ponto ela é relevante para a perspectiva penal (SALGADO, 2017).”

## **CAPÍTULO III – O ADVOGADO EM EXERCÍCIO DE CONSULTORIA E ASSESSORIA**

### **I- Abrangência da norma e suas consequências**

O presente capítulo visa ao estudo da responsabilidade do advogado no exercício de consultoria e assessoria quanto às notificações à COAF. Pondera-se o diploma legal aplicável no caso, a lei geral, a de lavagem de dinheiro, ou o estatuto do advogado, a lei especial. Pondera-se igualmente quanto às prerrogativas constitucionais do advogado ante ao dever de compliance imposto no delito de branqueamento.

O art 12 da Lei 9.613 foi alterado no ano de 2012 acrescentando as áreas de consultoria e de assessoria como sensíveis à lavagem de dinheiro, impondo o dever de colaboração com o órgão responsável conforme exposição já feita. A questão que ganha relevância é a da obrigatoriedade do advogado atuar nesse diapasão ou se só seria obrigatório às demais profissões que exercem tal atividade.

Discute-se se isso vai ou não de acordo com o papel constitucional do advogado como indispensável à administração da justiça conforme a Constituição Federal em seu artigo 133, do princípio do contraditório e ampla defesa previstos no artigo 5º, inciso LV, uma vez que qualquer ato comunicado pelo cliente ao advogado útil para elaboração de uma futura defesa em litígio teria de ser denunciada, e da quebra da relação de confiança e sigilo entre cliente e advogado prevista no art.26 da Lei 8.906 (Estatuto de Ética da OAB) e da inviolabilidade do escritório e local de trabalho e tudo pertinente ao exercício da advocacia garantida pelo artigo 133 de Constituição Federal. Conforme Salgado:

“A Constituição consagra o princípio da indispensabilidade da intervenção do advogado na árdua tarefa de “fazer justiça”, ressalvados os casos em que é possível a postulação direta das partes, como nas causas trabalhistas. Todavia, estabelecida sua posição de destaque, o que se questiona é se o advogado efetivamente satisfaz as expectativas sociais consolidadas na Constituição. Isso porque o exercício desta profissão é inundado por uma série de obstáculos de ordem política e econômica que evidenciam a complexidade da atuação do prestador de serviços legais. Frequentemente, como coloca Marcos Rogério de Souza, o advogado se encontra em crise com sua consciência, pois as necessidades econômicas o levam à defesa de uma pequena parcela da população (aqueles que possuem maiores condições de contratar seus serviços), motivo pelo qual se diz que este profissional está altamente suscetível ao mercado, vivendo dentro de

uma dicotomia que tende a separar o técnico do cidadão.<sup>33</sup> Vislumbra-se, desse modo, um corte ideológico que contrapõe, de um lado, a publicidade do conceito da profissão e, de outro, a privacidade do seu exercício, desviando-se a natureza dessa profissão para uma perspectiva essencialmente privada

A profissão da advocacia é disciplinada pela Lei 8.906 e discute-se a revogação ou não do artigo sétimo inciso II e seu parágrafo terceiro, os quais vedam expressamente a inviolabilidade das informações obtidas pelo advogado por seu cliente, pela Lei de Lavagem de dinheiro.”

A doutrina costuma dividir os atos típicos praticados por advogado, uma vez que fora desse rol, não estaria atuando na qualidade advocatícia, logo, não teria as prerrogativas do Estatuto de Advocacia. Os atos privativos dividem-se em quatro grandes grupos: advogados togados, aqueles que representam seus clientes em litígios extrajudiciais e judiciais, advogados de consultoria jurídica para litígios, que prestam consultoria e assessoria para

litígios atuais ou futuros, advogados de consultoria ou assessoria jurídica, que analisam situações jurídicas sem relação direta com litígio e profissionais de consultoria ou operação que assessoram ou colaboram em operações, sem se limitar apenas a situações jurídicas. (BOTTINI,2016, p.186).

Em tese, o artigo 9º da Lei de Lavagem fala em assessoria e consultoria, excluindo por falta de menção o advogado togado- aquele que atua no processo contencioso- identicamente teria de atuar em nas operações elencadas no inciso XIV: compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais e participações societárias de qualquer natureza, gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos, abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimentos ou de valores imobiliários, criação exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas, financeiras, societárias ou mobiliárias, alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais. Por óbvio, se a atividade não estiver no presente rol, não há dever de informação.

É de difícil separação os atos privativos do advogado, uma vez que muitas vezes são direcionados a um futuro processo litigioso, ponto em que a classificação de advogado por categorias é muitas vezes laboratorial, não exprimindo a realidade.(BOTTINI E BADARÓ, 2016).

Quanto à assessoria, há a questão se essa é voltada para litígio atual ou futuro. Os documentos internacionais tendem a exonerar apenas o primeiro, como a recomendação 22 da GAFI e a DIRETIVA 2015/849. No âmbito nacional, o Estatuto de Advocacia não faz qualquer distinção entre ambos, sendo irrelevante no âmbito nacional.

Conforme Salgado:

“Dentro desse esquema<sup>280</sup>, e seguindo a normativa internacional, temos que haveria exoneração do dever de comunicar para as

categorias I (advogados togados) e II (advogados de consultoria jurídica para litígios), enquanto as categorias III e IV teriam a obrigação de delação compulsória. Na legislação brasileira, tendo em vista que o art. 9º, em seu mencionado inciso XIV fala em "assessoria ou consultoria de qualquer natureza", todas as espécies de atividade advocatícia acabam por ser afetadas, pelo menos numa primeira análise, unicamente pela letra da lei, quando se tratar de um dos serviços elencados nas alíneas do mesmo inciso XIV. O advogado que representa seu cliente em um litígio, apesar de estar de certa forma prestando uma assistência, funciona como representante da parte no processo, e sua atividade certamente não se relaciona com compra e venda de imóveis, gestão de fundos, abertura ou gestão de contas bancárias, investimentos, criação de sociedades, fundações. Assim, parece-nos seguro afirmar que não há possibilidade de incluí-lo dentro do rol de pessoas obrigadas a prestar informações, nos termos do art. 9º da Lei 12.683/2012. Tal assertiva se faz coerente com o princípio do devido processo legal, pois garante o pleno direito de defesa do cliente em um litígio (inclusive administrativo, na mediação e na arbitragem). A segunda categoria de atividade advocatícia também parece estar fora da abrangência dos deveres de colaboração, pois igualmente o advogado de consultoria jurídica para litígios necessita das informações do cliente para elaborar uma estratégia de atuação, voltada a um litígio atual ou futuro." (SALGADO, 2017).

Tal distinção macularia a relação entre cliente e advogado por um clima de desconfiança, servindo como entrave ao exercício da profissão.

Bottini e Badaró ponderam que o advogado deve abster-se de comunicar mas ao mesmo tempo não deve colaborar para prática do delito, enquadrando-se nesse caso como partícipe.

## **II- Métodos de conflito aparente de norma**

Parte da questão reside na supremacia da lei posterior ou da lei especial ante ao tema, fixando-se qual diplomaria regularia o caso.

Salgado pondera:



“Coca Vila explica que a doutrina costuma distinguir entre dois tipos de colisão de deveres: as aparentes (*prima facie*) e as materiais (reais). Na primeira forma de colisão, como a denominação já sugere, não há na verdade colisão alguma, pois o próprio ordenamento jurídico se encarrega de resolver o conflito aparente. Por outro lado, nas colisões materiais a normativa não oferece solução para o confronto de deveres, sendo que ela deve vir de um plano lógico distinto, um "metaplano", geralmente traduzida numa causa de justificação. Nessa situação é que o sujeito infringe um dever que se justifica pelo cumprimento de um outro, de relevância superior. Todavia, quando é impossível a ponderação dos dois deveres, visto que se encontram num mesmo patamar, a doutrina majoritária sugere que o indivíduo possa escolher o dever a ser cumprido, desde que não sejam de naturezas distintas” (SALGADO, 2017).

Levando em conta tal distinção, haveria o conflito do dever de abster-se e do dever de sigilo, poderia o advogado escolher entre ambos.

Bottini e Badaró ponderam pela não revogação, uma vez que não houve revogação explícita, requisito necessário da Lei de introduções: a lei posterior só revoga a anterior se expressamente, se a matéria for totalmente incompatível com a anterior, se tratar a totalidade da matéria de forma diversa. No caso há uma regulação genérica da matéria, o qual afasta também a revogação implícita, aplicando-se o princípio da especialidade (*in toto jure generi per speciem derogatur, et illud postissimum habetur quod as especiem directum est*). (BOTTINI E BADARÓ, 2016).

Tércio Sampaio pondera que a materregra *lex posteriori generalis non derogat priori especial* é a regra, porém, não critério absoluto, devendo ser analisado o caso concreto para tomada de tal conclusão. (SAMPAIO, 2016).

Alice Monteiro de Barros traz porém ressalvas:

“A coexistência também, em regra, não é comprometida se o legislador dispõe em normas gerais contrariamente ao que consta de preceitos

de leis especiais. Poderá ocorrer, todavia, de a lei geral pretender abolir disposições gerais. Nesse caso, compete ao intérprete cassar-lhes a força obrigatória, na análise do caso concreto submetido à sua apreciação.”(MONTEIRO DE BARROS, 2016).

Carlos Roberto Gonçalves pondera pela aplicação da lei especial ante à lei especial, apesar de ressaltar a análise do caso concreto. (Gonçalves, 2013).

A Lei de introdução, em seu artigo segundo, expressamente diz que a lei geral não revoga a lei especial, mesmo que posterior.

Logo, conclui-se pela prevalência do critério da especialidade, apesar da doutrina ressalvá-lo como regra matemática absoluta.

### **III- Advogado como partícipe do crime de lavagem.**

Antes de adentrar na questão específica o advogado, importante estudar o instituto da participação no delito de branqueamento de capitais. A participação será punida na medida da culpabilidade do agente.

Partícipe é aquele que auxilia na empreitada criminosa sem ser titular do delito, sem execução de qualquer conduta do tipo, sem domínio dos fatos. Trata-se de ajuda marginal relevante. Contrapõe-se à autoria, a qual possui o domínio dos fatos ou da organização. Vale trazer a lição de Bittencourt sobre o tema:

“Do exame do fundamento da punibilidade do partícipe chega-se à conclusão natural de que a participação é uma atividade secundária, que adere a outra principal. A participação só adquire relevância jurídica quando estiver unida a um fato principal. A adoção desse princípio caracteriza um sistema verdadeiramente diferenciador de autor, além conduzir a um conceito restritivo de autoria. Isso porque, em face do princípio de

accessoriedade, a tipicidade da participação não se deduz diretamente dos tipos da Parte Especial, mas da norma de extensão reguladora da codelinquência, e desde que a conduta do autor esteja revestida de determinados atributos. O grau de dependência da conduta do partícipe em relação à do autor é, justamente, o aspecto mais discutido na doutrina, levando a accessoriedade da participação a navegar em águas pouco tranquilas<sup>76</sup>. Algumas teorias procuram limitar o alcance da accessoriedade da participação, destacando-se as teorias da accessoriedade extrema, accessoriedade limitada e accessoriedade mínima.

- a) Teoria da accessoriedade extrema Até 1943 vigorou na Alemanha essa teoria, para a qual a relevância típica da conduta do partícipe estaria na dependência de o comportamento principal ser típico, antijurídico e culpável, excetuando-se apenas as circunstâncias agravantes e atenuantes da pena<sup>77</sup>. Por essa teoria, se o autor fosse inimputável ou incidisse em erro de proibição invencível, ou, por qualquer razão, fosse inculpável, o partícipe seria impunível. Assim, a accessoriedade da participação, isto é, a dependência da conduta do partícipe em relação à conduta do autor, seria absoluta: estaria condicionada à punibilidade da ação principal.
- b) Teoria da accessoriedade mínima Em outro extremo encontra-se essa teoria, para a qual é suficiente que a ação principal seja típica, sendo indiferente a sua juridicidade. Isso equivale a afirmar que uma ação justificada para o autor constitui crime para o partícipe. Em outros termos, aquele que induzir o autor a agir em legítima defesa responderá pelo crime, enquanto o executor, autor direto, será absolvido pela excludente de antijuridicidade.
- c) Teoria da accessoriedade limitada A teoria da accessoriedade limitada exige que a conduta principal seja típica e antijurídica. Isso quer dizer que a participação é acessória da ação principal, de um lado, mas que também depende desta até certo ponto. Não é necessário que o autor seja culpável. É suficiente que sua ação seja típica e antijurídica, isto é, que se ajuste ao tipo da Parte Especial e que seja contrária ao direito, sem necessidade de ser culpável. O fato é comum, mas a culpabilidade é individual. Como dizia Bettiol, “a admissibilidade e a punibilidade da participação, como tal, dependem do caráter objetivamente antijurídico da ação do autor principal”. Pode ocorrer o que os autores têm denominado “provocação de uma situação de legítima defesa”, em que o instigador induz um terceiro a agredir a outrem, que sabe estar armado. Este reage em legítima defesa e mata o agressor induzido, que o instigador queria eliminar. Pela teoria da accessoriedade limitada o instigador não pode ser punido como partícipe, em razão de o fato principal estar justificado para o executor. A solução, no entanto, recomendada pelos alemães é a punição do instigador como autor mediato da ação justificada do autor direto. Isso ocorreria porque o instigador teria o domínio final do fato, apenas se utilizando dos participantes diretos do conflito, como instrumentos de realização da sua vontade criminosa. Para Welzel, no âmbito interno da accessoriedade, o fundamento da punibilidade da participação está em provocar ou favorecer a prática de uma ação intolerável, antijurídica, e no âmbito externo, em ter, pelo menos, iniciado a sua execução.

A colaboração pode ser moral, instigação, onde o agente induz o outro a cometer o delito, seja em fazer surgir na mente do agente a ideia de cometer o delito, instigação propriamente dita, ou quando há reforço em uma ideia preexistente. Aquele que induz ou instiga outrem à prática de ocultar o dissimular responde como partícipe no crime de lavagem de dinheiro. A participação moral pode ocorrer em exercício de atividades neutras como o gerente do banco que sugere a criação de uma *offshore* ou mesmo o próprio advogado (BOTTINI E BADARÓ, 2017).

Já na colaboração material, há o auxílio material ao autor do crime porém sem o domínio dos fatos ou da organização. Para enquadramento nessa categoria, usar-se-ão critérios objetivos a fim de constatar se a conduta foi penalmente relevante, principalmente em relação à sua reprovabilidade, criação de um risco relevante, o risco não pode ser aceito socialmente e em relação à sua periculosidade. Ademais, o risco criado tem de ser proibido. (BOTTINI E BADARÓ, 2017).

A doutrina costuma trazer critérios para constatação do risco permitido em se tratando da relação de instituição e cliente: i) observação de normas expedidas pelo poder público. ii) técnicas costumeiras da atividade profissional. iii) dever normal de cautela. (BOTTINI E BADARÓ, 2017).

O dever de cautela baseia-se na experiência geral, no homem médio de determinada profissão.

Com a constatação da prevalência do Estatuto de Advocacia, o advogado só poderia ser responsabilizado como partícipe do delito presentes os requisitos expostos e se agir fora de sua competência privativa ou se for indagado sobre como agir ilicitamente para branquear capitais, der conselhos sobre tal, mas nunca quando se omite de denunciar seu cliente à COAF por informações obtidas em consultoria e assessoria, estas cobertas pelo sigilo profissional. (BOTTINI E BADARÓ, 2017).

## **CAPÍTULO IV - O DEVER DE DENUNCIAÇÃO DOS CLIENTES NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE CONSULTORIA E ASSESSORIA NO DIREITO COMPARADO.**

A questão da responsabilidade do advogado quanto ao dever de denunciar seu cliente ante à constatação de atividades suspeitas encontra tratamento diferente em cada país.

No cenário brasileiro, a doutrina divide os atos privativos em quatro grandes grupos: advogados togados, aqueles que representam seus clientes em litígios extrajudiciais e judiciais, advogados de consultoria jurídica para litígios, que prestam consultoria e assessoria para litígios atuais ou futuros, advogados de consultoria ou assessoria jurídica, que analisam situações jurídicas sem relação direta com litígio e profissionais de consultoria ou operação que assessoram ou colaboram em operações, sem se limitar apenas a situações jurídicas. (BOTTINI,2016, p.186).

Para o autor supracitado, apenas o advogado em consultoria e assessoria previstas no artigo 1º da Lei 8.906/1994, ou seja, que atue dentro dos limites da postulação judicial e consultoria e assessoria jurídica estariam encobertos pelo sigilo profissional, devendo se abster de colaborar com as autoridades(BOTTINI,2016,p.196)

Com efeito, corrobora com Bottini a Diretiva 2001/97/CE, em seu artigo 6º:

“Os Estados-Membros não são obrigados a aplicar as obrigações previstas no n.º 1 aos notários, profissionais forenses independentes, auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais no que diz respeito a informações por eles recebidas de um dos seus clientes ou obtidas sobre um dos seus clientes no processo de determinar a situação jurídica por conta do cliente ou no exercício da sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial ou a respeito de um processo judicial, inclusivamente quando se trate de conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo judicial, quer essas informações tenham sido recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo.” (BITTENCOURT, 2015).

Assim parece posicionar-se doutrina majoritária. Quanto à questão, a Ordem dos Advogados do Brasil chegou a pronunciar-se sobre o tema em seu órgão especial em reunião com a COAF, editando a resolução 24, a qual desobriga expressamente o advogado do dever de comunicar atos suspeitos praticados por seus clientes.<sup>5</sup>

A favor da responsabilização do advogado em consultoria e assessoria advoga Rio Grande (GRANDIS,2014,p.129).

Até o momento, não há posicionamento dos tribunais superiores sobre o assunto, em pendência de julgamento a ADI 4841 ajuizada pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais.A Procuradoria Geral da República já se manifestou contra a procedência do pedido formulado na presente ação abstrata.

A lei espanhola, Lei 10/2010 em seu art.2 , contrariamente à diretiva do Parlamento Europeu, decidiu por expressamente obrigar o advogado em atividade de consultoria e assessoria ao dever de colaboração .

- a) *La concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales. b) La gestión de fondos, valores u otros activos. c) La apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores. d) La organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas. e) El funcionamiento o la gestión de fideicomisos ("trusts"), sociedades o estructuras análogas. f) O cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.*

No cenário Norte-Americano, o dever também se impõe:

“O Bank Secrecy Act dos EUA é aplicável às instituições financeiras, exigindo que as mesmas possuam programas antilavagem e de identificação de clientes (know your client), mas suas regras também não incluem os advogados. Assim, diante da ausência de legislação específica aplicável aos advogados em matéria de lavagem de dinheiro, a American Bar Association (ABA) e outras associações desenvolveram, em 2010, um guia de práticas a serem efetivadas por advogados para detectar e combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, com base nas Recomendações do GAFI, denominado Voluntary Good Practices Guidance for Lawyers to Detect and Combat Money Laundering and Terrorist Financing. O objetivo desse "guia de boas práticas" é fazer com que os advogados estejam mais atentos à lavagem de dinheiro e tomem medidas voluntárias de combate ao delito, tornando desnecessária uma legislação que regule a profissão nesse sentido.” (SALGADO,2017, p.92)

O Supremo Tribunal Canadense manifestou-se contrário ao dever, expresso antes em lei, como se extrai do seguinte trecho:

Supremo Tribunal Canadense afastou por unanimidade, em decisão recente (de fevereiro de 2015), a aplicabilidade de partes de uma lei federal, denominada Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, que pretendia incluir os advogados no sistema de prevenção à lavagem de dinheiro, considerando-a inconstitucional.<sup>266</sup> A corte priorizou a confidencialidade da relação entre cliente e advogado, como elemento essencial para a administração da justiça, concluindo que podem ser adotadas medidas menos drásticas para o combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Afirmouse que, à luz do princípio da proporcionalidade, as imposições causam um prejuízo que ultrapassa os limites toleráveis, o que não se justifica pela necessidade de instituir mecanismos penais de combate a crimes como a lavagem de dinheiro, por mais premente que seja a luta contra tais formas de criminalidade. A lei canadense estabelecia o dever, ao advogado, de obter e armazenar informações com o objetivo de verificar os beneficiários dos ativos em transferências e operações financeiras realizadas em nome do cliente, e trazia ainda a abusiva proposta de permitir que agentes do governo fizessem buscas nos escritórios advocatícios sem mandados judiciais, prevendo também responsabilidade criminal, com penas de prisão e multa, aos advogados que deixassem de cumprir os deveres impostos. Medidas como essa foram consideradas inconstitucionais pela corte canadense, pois injustificadamente limitam o direito à liberdade, consubstanciado na garantia contra buscas e apreensões desarrazoadas (SALGADO, 2017).

De forma geral, apenas a advocacia diretamente ligada ao litígio é exonerada do dever de colaboração:

“Com relação à terceira categoria, como vimos, as diretrizes internacionais sugerem que haveria incidência dos deveres de colaboração, diante da ausência de vinculação direta a um litígio. Contudo, o entendimento de Pierpaolo Cruz Bottini é de que "o tratamento da advocacia consultiva sem relação com litígio atual ou futuro deve ser o mesmo deferido àquela ligada a uma contenda judicial ou extrajudicial", isto porque a análise jurídica efetuada pelo profissional sempre terá como objetivo evitar ou proteger o cliente de eventuais contendas, ainda que futuras, havendo, portanto, necessidade de proteção ao direito de defesa. Por fim, quanto à espécie de atividade descrita no item IV, em que o advogado pode agir como administrador de bens, gestor de negócios, entre outros, considera-se que, uma vez que ultrapassa o âmbito das atividades previstas no Estatuto da Advocacia, podendo até mesmo envolver questão não jurídica, incidem os deveres previstos nos arts. 10 e 11 da lei de lavagem.<sup>282</sup> Ou seja, essas atividades não são próprias do advogado, por isso estariam fora do alcance da Lei 8.906/94 e assim não estariam submetidas ao dever de sigilo profissional. Vale ressaltar, porém, que a exoneração do dever de comunicação não significa em



nenhuma hipótese a impunidade daquele que contribui materialmente para atos de reciclagem de bens, pois o advogado, assim como qualquer outro profissional, sempre terá o dever de abster-se da prática de atos de participação ou contribuição com atos ilícitos. Do mesmo modo, quando toma conhecimento de que sua assessoria será utilizada para ocultar bens provenientes de uma infração penal, o advogado deve abster-se da orientação.

Mostra-se majoritário no cenário internacional o entendimento da exoneração do advogado dos deveres de delação de seu cliente desde que não haja relação com litígio, porém, há uma tendência das Cortes Constitucionais rechaçarem tal imposição apesar das tentativas legislativas.

### **Conclusões, objeções e perspectivas**

Este trabalho originou-se de uma atenção especial dada à questão no âmbito do direito estrangeiro, apesar de pouca discussão na doutrina nacional. A temática ganhou relevância com a atualidade do grande número de delitos de lavagem de dinheiro cometidos por políticos, servidores públicos e outros agentes, investigados em todo âmbito nacional e com grande repercussão midiática, a fim de branquear dinheiro obtido por diversos crimes antecedentes como corrupção passiva, concussão e peculato. Portanto, em uma época em que tal tipo está em voga, urge que se conclua sobre a questão debatida no tema do presente trabalho, a fim de salvaguardar o advogado em eventual ação penal movida contra esse por conta de omissão no ato de notificar ou, caso informe a COAF sobre atos suspeitos descobertos em consultoria ou assessoria jurídica, de ação penal por conta de quebra de sigilo.

Na introdução, dissertou-se sobre o surgimento de tal delito e sobre o financiamento dos grupos criminosos em sua guerra contra o Estado, justificando um tratamento mais punitivo a fim de enfraquecer tal organização.

No primeiro capítulo, dissertou-se sobre o deslinde histórico, sobre a criminalização no cenário global, sobre as punições aplicadas por órgãos internacionais no caso de descumprimento e uma breve conceituação do delito.

No segundo capítulo dissertou-se sobre o dever de compliance, suas nuances e sanções em caso de descumprimento, com enfoque no dever de comunicação à COAF de atividades suspeitas.

No terceiro e quarto capítulo fala-se da figura do advogado quanto à compliance no cenário global e nacional e sua validade.

Além do advogado, os resultados da atual pesquisa também dariam um norte aos clientes sobre a possibilidade de seus advogados denunciá-los, colaborando para uma relação profissional sadia.

O advogado encontra-se atualmente entre a cruz e a espada, não possuindo qualquer segurança jurídica quanto à sua responsabilização criminal e administrativa. Identicamente inseguro encontra-se o cliente em consultoria e em assessoria, o qual pode vir a ser denunciado pelo advogado com isenção de qualquer responsabilidade por expressa determinação legal.

A resolução 24 da COAF, além de não possuir *status* de lei, sem condão de afastar a aplicação da Lei 9.613/98, possui redação dúbia e insuficiente para garantir qualquer segurança ao profissional e muito menos ao cliente contra o advogado. Ao mesmo tempo, a mora do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4841 corrobora para a piora da situação. Vale trazer a ponderação de Salgado:

“A simples recusa da OAB em reconhecer aplicação das normas de lavagem aos advogados "leva a uma falsa sensação de segurança, que pode implicar incertezas e abandono dos advogados à própria sorte"<sup>245</sup>, podendo resultar inclusive num processo penal na forma de participação. É natural que os profissionais da advocacia sintam-se ameaçados e de certa forma abandonados pela falta de regulamentação da OAB acerca do tema. O COAF já sinalizou que aguarda uma regulamentação da OAB, pois a lei 12.683/12 estabelece que as assessorias jurídicas devem regulamentar a matéria no Brasil e o entendimento permanece sendo o de que o órgão competente para regular a atividade jurídica é a OAB. Noticiouse que o COAF já havia iniciado tratativas com o órgão em junho de 2014, esperando resultados para breve.<sup>246</sup> Tramita no Conselho Federal da OAB uma proposta de regulamentação da lei de lavagem de dinheiro (processo 49.0000.2013.013476-1/COP), no que toca à atividade advocatícia. Contudo, o então presidente da OAB, Marcus Vinícius Furtado Coêlho, e a Associação dos Advogados de São Paulo se posicionaram contra o pedido do COAF de incluir os advogados entre os obrigados a informar a comunicação de operações suspeitas, em defesa da impossibilidade da quebra do sigilo entre advogado e cliente.” (SALGADO, 2017).

Ante ao exposto, acreditamos que mais apropriado seria a aplicação do Estatuto de advocacia ao invés da Lei de Lavagem de Dinheiro ante a aplicação do critério da especialidade ao invés do temporal, mas reconhecemos a divergência quanto à prevalência absoluta do referido critério.

Sobre a distinção feita no âmbito doutrinário no que concerne à consultoria e assessoria direcionadas ao litígio e que só essas estariam isentas, acreditamos ser falacioso uma vez que o Estatuto de Advocacia não faz qualquer distinção quanto aos tipos daquelas.

Acreditamos identicamente que o papel do advogado e suas prerrogativas constitucionais são incompatíveis com o dever de compliance, sob pena de estarmos diante de um verdadeiro “advogado do diabo”, o qual ,sob a alegação do imperativo legal, poderia entregar informações que lhe foram confiadas com a esperança de sigilo profissional.

Reconhece-se o impacto do delito de lavagem e sua forma de financiar atividade criminosas de natureza grave como terrorismo, corrupção e o tráfico de drogas, mas uma política de repressão tão severa a ponto de punir penalmente e administrativamente profissionais cuja profissão exige uma relação de sigilo e confiança chega a ser desarrazoada, destoando do Estatuto da Advocacia e da própria constituição federal.

Logo, no âmbito brasileiro, não é exigível por parte do advogado o dever de colaboração com a COAF, mesmo no exercício de atividades de assessoria e consultoria.

## **Bibliografia**

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao)> Acessado em 24/10/2017

BRASIL. Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre o crime de lavagem de dinheiro

Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)> Acessado em: 24/10/2017.

BRASIL. Lei 12.683, de 9 de julho de 2012.Modificações à Lei 9.613.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm)> Acessado em: 24/10/2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique; Bottini, Cruz Pierpalo. Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3 Ed – São Paulo: Editora dos Tribunais 2016

Barros, Marco Antônio de. Lavagem de Capitais: crimes, investigações, procedimento penal e medidas preventivas. 5 Ed. -Curitiba: Juruá editoras 2017.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (orgs.). Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

DE GRANDIS, Rodrigo O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro.In DE CARLI, Carla Verossímil (org.).Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal.2 Ed -Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PRADO, Luiz Regis, Direito Penal Econômico. 7 Ed. -São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016.

SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux, Lavagem de dinheiro e os deveres de colaboração do advogado, 1 Ed – São Paulo: LibeArs, 2017.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros, Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas.1 Ed – Brasília-: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

LILLEY & PETER. Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais.São Paulo: Futura, 2001

VERÍSSIMA, Carla de. Lavagem de Dinheiro Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso- Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. -11 ed- São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de Barros. Curso de Direito do Trabalho, São Paulo, LTR, 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito, São Paulo, Atlas, 2016.