

# LAVAGEM DE DINHEIRO E O ADVOGADO: RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS<sup>1</sup>

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>2</sup>

Edward Rocha de Carvalho<sup>3</sup>

**Sumário:** *1 Delimitação do problema; 2 Pressupostos das leis de lavagem de dinheiro; 3 A questão da tipicidade da conduta na lei brasileira; 4 A questão teórica e as soluções desenvolvidas; 4.1 A solução do tipo objetivo: os crimes econômicos no alvo da cultura da punição; 4.2 A solução de adequação social; 4.3 A solução do tipo subjetivo; 4.4 A solução da justificação; 5 A questão prática e as soluções encontradas; 5.1 A solução canadense; 5.2 A solução do TJ Europeu de 26/6/2007; 5.3 A solução estadunidense; 5.4 A solução alemã; 5.4.1 A decisão do OLG de Hamburg, de 6/1/2000; 5.4.2 A decisão do OLG de Frankfurt, de 4/5/2000; 5.4.4 A decisão do BVerfG, de 30/3/2004; 6 A situação específica brasileira.*

- 
1. Os autores agradecem a inestimável ajuda do Prof. Alair Leite, que gentilmente serviu de longa manus na obtenção dos textos em alemão, também tendo realizado revisão do texto, tarefa na qual foi coautor, sem saber, dos Professores Eduardo Sanz e Heloísa Estellita, aos quais também são estendidos os agradecimentos.
  2. Professor Titular de Direito Processual Penal na UFPR. Doutor pela Università Degli Studi di Roma – La Sapienza. Advogado criminalista em Curitiba.
  3. Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho, Paraná, Brasil). Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil) e pós-doutor pelo programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, no Ius Gentium Conimbrigae, Centro de Direitos Humanos, sediado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Promotor de Justiça em São Paulo. Atualmente é professor convidado da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil e Direito Processual Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: investigação criminal, Ministério Público, crime econômico, políticas públicas e efetivação dos direitos sociais, Direitos Difusos e Coletivos, acesso à justiça e Direitos Humanos.

**Resumo:** O artigo trata da verificação da possibilidade de se imputar o crime de lavagem de dinheiro em decorrência do recebimento de honorários, analisando a questão pela comparação entre os sistemas legais europeus, americano e brasileiro.

**Palavras-chave:** lavagem de dinheiro, advogado, honorários.

## 1 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

Um dos assuntos mais importantes em discussão no campo do Direito penal e do Direito processual penal, pelas inúmeras faces que apresenta, é aquele da relação **lavagem de dinheiro-advogado** e, particularmente – no que interessa ao presente estudo –, naquilo em que ela, a referida relação, toca com o **recebimento de honorários**. Antes de tudo, o problema consiste na verificação da possibilidade de se adequar a conduta do advogado que recebe “*honorários maculados*”<sup>4</sup> ao tipo do art. 1º, da Lei nº 9.613/98, com a redação dada pela Lei nº 12.683/2012 (nova “Lei de Lavagem de Dinheiro”, doravante LLD), que pune, com 3 a 10 anos de reclusão, e multa, a conduta daquele que “*ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*”, especialmente em relação ao § 1º, II, que prevê que “*incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal (...) os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere*” (g.n.).

A questão não é nova e já vinha desde a redação originária dos mesmos artigo, parágrafo e inciso, na Lei nº 9.613/98, a antiga LLD, mas as opiniões no Brasil eram poucas sobre o tema<sup>5</sup>; e continuam poucas, com bibliografia pouco esclarecedora, à exceção dos estudos de Kai Ambos<sup>6</sup>, Rodrigo Sánchez Rios<sup>7</sup> e Rodrigo de Grandis<sup>8</sup>. Aliás, *j'accuse*, há algumas opiniões duvidosas e aparentemente carregadas de hipocrisia e recheadas de falsos moralismos; e vazias de ciência<sup>9</sup>.

4. A questão da mácula aparece recorrentemente em um dos standards para o estudo do tema, de BARTON, Stephan. Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her? In *Neue Zeitschrift für Strafrecht* nº 4, 1993, p. 164.

5. RAMOS, João Gualberto Garcez. *A lavagem de dinheiro e os advogados*. In [www.cirino.com.br](http://www.cirino.com.br).

6. AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

7. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Advocacia e lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva/FGV, 2010.

8. GRANDIS, Rodrigo de. *O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro*. In CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 115 e ss.

9. Por todos, cf. PASTANA, Manoel. *Jamais advoguei para um assassino culpado*. Publicado no site Consultor Jurídico em 6/6/2012, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/manoel-pastana-jamais-advoguei-assassino-eu-repute-culpado>.

Contudo, sabe-se lá por qual razão, talvez pela novidade, a matéria *honorários de advogado e lavagem de dinheiro* foi alvo de superficial debate após a aprovação da nova LLD, ainda que esta não tenha alterado de forma substancial a regra legal em relação ao objeto do estudo, o chamado *controle dos honorários recebidos*. A questão é grave. E tudo leva a crer que foram poucos os que se deram conta da gravidade. Mais uma vez, porém, não se faz caso da situação, ou seja, não se levou a sério o preceito legal, quiçá por não se acreditar que algo do gênero possa vir a ser usado no Brasil. É, por certo, uma conduta de todo temerária e por várias razões, mormente por se tratarem dos advogados e, não raro, serem questionados pelo simples exercício legal da profissão, não fosse o fato de muitas vezes, propositadamente ou não, serem confundidos com seus clientes.

E não é estranho, portanto, que o núcleo da discussão verse sobre o *controle*. Afinal, a ideologia neoliberal, ao contrário do apregoadado, gosta de *controle*, desde que ele garanta a *eficiência*. Assim, é natural que Richard Posner, expoente legal da Escola de Chicago, apregoe que o fundamento do direito punitivo concorrencial resida na *garantia da eficiência do mercado*<sup>10</sup>, embora haja respeitáveis opiniões, no âmbito europeu, que dizem estar também protegido o *welfare*<sup>11</sup> dos cidadãos, notadamente na esfera de proteção ao consumidor, redistribuição, proteção das pequenas empresas e questões particulares de cada país, como desemprego<sup>12</sup>.

*Eficiência*, como se sabe, é da *ação*, segundo o corifeu neoliberal, Friedrich August von Hayek; nada de muito complicado quando em jogo estivesse a superação da tradicional *causa-efeito*<sup>13</sup>. Assim, quando a *ação* fosse *eficiente*, o resultado seria, por consequência, também eficiente. Por isso, natural que a *razão* ficasse fora<sup>14</sup>; na antessala; da mesma forma que o Direito positivo e, nele, a Constituição<sup>15</sup>, *ordem injusta por definição* porque não-espontânea como a lei que rege o mercado, essa sim uma – se fosse permitido dizer – *Grundnorm*.

Não poderia ser diferente. Erigida a *eficiência* como fundamento epistêmico e paradigma ideológico, fica fora a Constituição e, conseqüentemente,

---

10. POSNER, Richard. *Antitrust law*. 2. ed.. Chicago: The University Of Chicago Press, 2001, p. 2: “efficiency is an important social value (...) [and] is the goal of antitrust enforcement”. Trad. livre: “eficiência é um importante valor social (...) [e] é o objetivo da aplicação do antitruste”.

11. JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *European Union competition law: text, cases and materials*. 4. ed.. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 4-19.

12. WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition law*. 7. ed.. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 19-25.

13. HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia*. Trad. de Anna Maria Capovilla et alii. São Paulo: Visão, 1985, p. 3 e ss.

14. HAYEK, F. A.. *Direito...*, p. 32.

15. HAYEK, F. A.. *Direito...*, p. 157-9.

minadas as garantias básicas de todos os cidadãos, agora transformados em *agentes fiscalizadores*<sup>16</sup> de um Estado mínimo (mas punitivo máximo<sup>17</sup>).

Há um *programa* a ser cumprido; e na LLD não parece ser diferente, especialmente quando se começa a *esquecer* o fundamento da advocacia e se *celebra a exceção*, de origem nítida em um Direito penal do inimigo<sup>18</sup>, justamente porque as regras de “prevenção” de lavagem de dinheiro têm tido seu campo ampliado para o combate ao terrorismo: o que antes era destinado aos “inimigos” se aplica agora a todos os cidadãos<sup>19</sup>.

O tema, então, vem à tona e deve ser debatido, especialmente diante da previsão do art. 1º, § 1º, da nova LLD: “*para ocultar ou dissimular utilização de valores provenientes de infração penal.*” Sinteticamente, a questão pode ser formulada da seguinte forma: *o advogado que recebe honorários maculados comete o crime de lavagem de dinheiro?*

## 2 PRESSUPOSTOS DAS LEIS DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Grosso modo, a lavagem de dinheiro é a transformação de capitais ilegais em bens legais<sup>20</sup> e surgiu originariamente como forma de perseguição auxiliar aos crimes de tráfico de entorpecentes, conforme se pode verificar da previsão contida na Convenção Contra Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, da ONU, de 1988, a qual continha várias *preocupações* em relação ao tráfico ilícito de drogas, notadamente numa suposta ameaça à “*estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados*”<sup>21</sup>, como é natural em discursos de emergência<sup>22</sup>.

- 
16. MÖLLER, Erik Jan Paul. *La prevención del blanqueo de capitales: hacia el derecho penal adivino*. In I congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, p. 298 e ss. Discorrendo sobre o medo dos cidadãos de receberem valores na vida comum, BOTTKE, Wilfried. Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäschwe. In Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht n°s 3 e 4, 1995, p. 87-91 e 121-30.
  17. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Expansion del derecho penal y blanqueo de capitales*. In SOUTO, Miguel Abel; STEWART, Nielson Sánchez. II congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 132 e ss.
  18. AMBOS, K.. *Lavagem...*, p. 60.
  19. ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
  20. LAMPE, Ernst-Joachim. *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero* (§ 261 StGB). Trad. de Miguel Abel Souto. In Estudios penales y criminológicos n° 20, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, p. 109.
  21. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed.. Navarra: Aranzandi, 2012, p. 49: “Esto hace que las organizaciones criminales más importantes manejen fortunas fabulosas que, en cierta medida, pueden contaminar y desestabilizar los mercados financieros, poniendo en peligro las bases económicas, políticas y sociales de la demoracia.”
  22. ZAFFARONI, Eugénio Raul et al.. *Derecho penal: parte general*. 2. ed.. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 24: “Pero además, esa ilusión abre las puertas del fenómeno más común en ejercicio del poder punitivo, que es la producción de emergencias. Puede asegurarse que la historia del poder punitivo es la de las emergencias invocadas en su curso, que siempre son serios problemas sociales.”

Tal Convenção, como se sabe, sugeriu em seu art. 3º a criação de tipos de lavagem de dinheiro, única e exclusivamente de crimes de tráfico de drogas ilícitas, considerados como *crimes antecedentes*, os quais foram ampliados pela Convenção de Palermo, de 2000, para que envolvessem outros crimes, os *graves*. Nova ampliação veio com a Convenção de Mérida, de 2003, que visava combater a corrupção, assim transformada em crime antecedente.

Veio, então, a LLD em 1998, com o conhecido *rol fechado de crimes antecedentes*, sobre os quais é irrelevante a discussão no presente estudo. O que é de relevo, contudo, é que se não teve discussão maior sobre os *verdadeiros fundamentos* do crime de lavagem de dinheiro. Pior: *sequer se discutia a questão essencial relativa ao bem jurídico*<sup>23</sup> que pudesse legitimar a incriminação, salvo raras exceções<sup>24</sup>, ainda que nelas pareça clara a intenção de se *buscar* um bem jurídico a um tipo preexistente.

Dessa forma, vê-se que sempre se partiu do pressuposto onipresente de uma pretensa “*necessidade irrecusável de um combate jurídico-penal à lavagem de dinheiro*”<sup>25</sup>, reafirmada de forma recorrente por vários setores da doutrina<sup>26</sup>, que chega a acreditar que “*mais do que legítimo, é imprescindível o esforço coordenado entre diferentes países para combater o mascaramento de capitais*”<sup>27</sup>, sem ao menos questionar um aspecto fundamental da matéria<sup>28</sup>, qual seja, se *realmente existiria* um bem jurídico no crime de lavagem de dinheiro<sup>29</sup>.

A confusão doutrinária sobre o tema atinente ao bem jurídico do crime de lavagem de dinheiro demonstra o que se fala, pois o legislador providenciou o tipo em questão a uma doutrina pouco propensa (em alguns casos talvez fosse melhor falar de domesticação) a discutir a necessidade de

- 
23. Não discutindo tal questão fundamental: MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010. *Tratando dela, mas de forma superficial*: TIEDEMANN, Klaus. Manual de derecho penal económico: parte general y especial. Coordenação da tradução por Manuel Abanto Vázquez. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 343-4M; ENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2006; e SOUZA NETTO, José Laurindo. Lavagem de dinheiro: comentários à Lei 9.613/98. Curitiba: Juruá, 1999.
  24. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos processuais e penais*. São Paulo: RT, 2012, p. 47-62.
  25. AMBOS, K.. *Lavagem...*, p. 66.
  26. A posição do FMI: QUIRK, Peter J. *Money laundering: muddying the macroeconomy*. In Finance & Development, março de 1997. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1997/03/pdf/quirk.pdf>.
  27. BOTTINI, P. C.; BADARÓ, G. H.. *Lavagem...*, p. 32. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: RT, 2003, p. 66 e ss.
  28. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales*. In I congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, p. 157 e ss.
  29. É louvável, por outro lado, a posição no sentido de que a ideia da LLD é “usar o direito penal para suprir a incapacidade do Estado de investigar o crime antecedente da lavagem” e que “espiritualizou-se o bem jurídico” (BOTTINI, P. C.; BADARÓ, G. H.. *Lavagem...*, p. 61).

um bem jurídico enquanto crítico ao legislador<sup>30</sup>, até porque “*no hay ningun bien jurídico que, como tal, sea creado por la ley penal*”<sup>31</sup>.

Afinal, se inicialmente o *crime antecedente* dizia respeito ao tráfico ilícito de entorpecentes, haveria um cardápio disponível de bens jurídicos, a começar pelo mais famoso e nebuloso de todos, a *saúde pública*<sup>32</sup>. Combater a lavagem, assim, auxiliaria no combate ao tráfico e ajudaria a preservar o chamado bem jurídico saúde pública. Após a Convenção de Palermo, ao se ampliar o *rol de crimes antecedentes*, estabeleceu-se uma premissa clara de que o *uso do dinheiro obtido com a prática daqueles mesmos crimes deveria ser coibido*, a fim de que o criminoso tivesse que ficar “*sentado em seu dinheiro*”<sup>33</sup>. Aqui, a vinculação com o *crime antecedente* ainda era nítida. Com a nova LLD, tal premissa não se sustenta mais. Afinal, qual seria o bem jurídico tutelado com o tipo de lavagem?

Fosse a lesão ao *mesmo bem jurídico do crime antecedente*, como defendiam Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo<sup>34</sup>, poderia se caracterizar um *bis in idem*, de todo inconstitucional, como parece evidente; e ilógico, bastando citar o exemplo de Isidoro Blanco Cordero<sup>35</sup>, daquele que usa o dinheiro obtido com um homicídio: teria ele matado duas vezes, atingindo o bem jurídico vida? Eduardo Fabian Caparrós<sup>36</sup> é mais incisivo, objetando que esta construção teórica serve de subterfúgio a fim de erigir um monumento simbólico de luta penal. Há mais, porém: como justificar o mesmo *quantum* de punição<sup>37</sup>, pouco importando o *crime antecedente*? Em suma: lavar dinheiro de furto seria igual a lavar dinheiro de tráfico? Parece lógico que não.

Fosse a lesão à *administração da Justiça* (conceito antiquado, adequado mais à *instituição* Justiça<sup>38</sup> do que às *tarefas* de realização da Justiça<sup>39</sup>), já bastariam

30. ROXIN, Claus. *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*. In Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología nº 15, 2013, disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc>.

31. ZAFFARONI, E. R. Derecho..., p. 98. *También crítico*: FABIAN CAPARRÓS, Eduardo. El delito de blanqueo de capitales. Madrid: Colex, 1998, p. 221: “una vez más: bien jurídico desde la norma penal, o norma penal desde el bien jurídico?”.

32. SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. In HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 197 e ss.

33. AMBOS, K.. *Lavagem...*, p. 63.

34. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 684.

35. BLANCO CORDERO, I.. *El delito...*, p. 197.

36. FABIAN CAPARRÓS, E.. *El delito...*, p. 222.

37. Tal diferença em relação à lavagem e o crime antecedente é mais gritante ainda atualmente, na medida em que qualquer infração penal pode originar bens ou valores maculados desde, é claro, que tal resultado favorável ao agente seja possível.

38. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 182.

39. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentários conimbricenses ao Código penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, Tomo 3, p. 450.

tipos autônomos que previssem as condutas, como os de favorecimento (arts. 348 e 349, do CP), mas estes, ao que parece, obedecem demais à taxatividade para se enquadrarem no ideário neoliberal.

Fosse afetada a *ordem econômica e a livre competição*, como pretendem, por exemplo, Carlos Aránguez Sánchez<sup>40</sup>, Percy García Caveró<sup>41</sup> e em certa medida Eduardo Fabian Caparrós<sup>42</sup>, ou como prelecionam Juana Del Carpio Delgado<sup>43</sup> e Carlos Martínez-Bujan Pérez<sup>44</sup>, fosse afetada a *livre circulação de bens lícitos*, haveria, em verdade, objeções de precisão terminológica também, pois a *ordem econômica* e a *livre competição* são conceitos abstratos e fluidos<sup>45</sup>.

Por fim, há o outro extremo inaceitável, consistente na opinião de Ramon Ragués i Vallès, para quem a punição da lavagem de dinheiro se justificaria como “*instrumento político-criminal necesario*”<sup>46</sup> e “*con el castigo del blanqueo no se protege directamente ningún bien jurídico autónomo*”<sup>47</sup>. Daí porque Miguel Bajo, por exemplo, fale que tal “*desatinado delito*” de lavagem mostra que “*la nueva figura delictiva es inoportuna por ser innecesaria, perturbadora y responder exclusivamente a la mentalidade de una clase burócrata afincada en organismos al estilo del GAFI*”<sup>48</sup> que confunde los fines preventivos, políticos y policiales en la lucha contra la criminalidade organizada con la función del Derecho penal.”<sup>49</sup>

- 
40. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 97-8: “Por ello, la existencia de agentes económicos que cuentan con una fuente de capital ilícita, casi ilimitada y a un coste económico muy inferior al del capital legalmente obtenido, supone un duro golpe a la competencia leal.”
41. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico: parte especial*. Lima: Girjley, 2007, p. 488.
42. FABIAN CAPARRÓS, E.. *El delito...*, p. 236.
43. DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes em el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 81 e ss.
44. MARTINEZ BUJÁN-PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte especial*. 3. ed.. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 481.
45. NIELS, Gunnar et al.. *Economics for competition lawyers*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
46. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Blanqueo de capitales y negocios standard: con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo*. In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir.). *Libertad económica o fraudes punibles: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 151.
47. RAGUÉS I VALLÈS, R.. *Blanqueo...*, p. 153.
48. O GAFI, Grupo de Ação Financeira Internacional, também conhecido como FATF (Financial Action Task Force) é uma “organização” sem nenhuma legitimidade que tem procurado pautar as economias dos países sem considerar as Constituições de cada nação, bastando dizer que não há nenhum representante da sociedade civil que o componha, sendo integrado tão só por burocratas (dos quais é praticamente impossível achar quem são) que, aparentemente, não possuem noção de soberania. Claro, o GAFI só “sugere”, mas caberia a cada país ajustar tais “sugestões” à constitucionalidade própria, o que não ocorre, notadamente no Brasil. Foi criado pelos países componentes do G-7 (o grupo dos sete países mais ricos do mundo), o Presidente da Comissão Europeia e oito outros países em 1989, durante o Encontro do G-7 em Paris. É curioso notar que a “festividade” de abertura do encontro de 1989 tenha sido a inauguração do Grande Arche, ao custo de 3.74 bilhões de francos, no bairro de La Défense, justamente o distrito financeiro de Paris.
49. BAJO, Miguel. *El desatinado delito de blanqueo de capitales*. In FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO,

E o pior é que não há sequer consenso sobre a chamada “*teoria do bem jurídico*” (é necessário reconhecer), pois: (a) estaria ela amparada na Constituição, como defendem Winfried Hassemer<sup>50</sup>, Michael Bunzel<sup>51</sup> e Bernd Schünemann<sup>52</sup>, dentre outros<sup>53</sup>; ou (b) teria rara utilidade, como sustentam Günther Jakobs<sup>54</sup> e Günther Stratenwerth<sup>55</sup>; ou (c) seria uma lesão a um direito subjetivo, como apregoa Wolfgang Naucke<sup>56</sup>? Estas são algumas das teorias que permeiam a matéria, aliás, sem desconsiderar aquela do *harm principle*<sup>57</sup>, uma alternativa à teoria do bem jurídico e promissora<sup>58</sup>.

Como se vê, a questão do *conceito de bem jurídico crítico ao legislador*<sup>59</sup> e, especialmente, do *bem jurídico* do tipo de lavagem de dinheiro é um problema<sup>60</sup> “*extremamente complicado*”<sup>61</sup> e uma tarefa a ser cumprida, até pela jurisprudência (veja-se o STF, que sequer discutiu isso no caso mais recente levado a julgamento, na chamada AP 470), verificando-se atualmente uma

- 
- Silvina (org.). Política criminal y blanqueo de capitales. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 12.
50. HASSEMER, Winfried. *Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 95-104.
  51. BUNZEL, Michael. *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidade como limite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información.* In HEFENDEHL, R.. La teoría..., p. 147-78.
  52. SCHÜNEMANN, B.. *El principio...*. In HEFENDEHL, R.. La teoría..., p. 197-226.
  53. Por todos, DIAS, J. G.. *O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa.* In GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Távares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 249 e ss.
  54. JAKOBS, Günther. *O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?* In GRECO, LUÍS; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 159 e ss.
  55. STRATENWERTH, Günther. *Sobre o conceito de “bem jurídico”.* In GRECO, L.; TÓRTIMA, F. L.. O bem jurídico..., p. 159 e ss.
  56. NAUCKE, Wolfgang. *O alcance do direito penal retributivo em Kant.* In GRECO, L.; TÓRTIMA, F. L.. O bem jurídico..., p. 77 e ss.
  57. Cf. a série de quatro livros sobre the moral limits of the criminal law, de Joel Feinberg. Por todos, FEINBERG, Joel. Harm to others. Oxford: Oxford University Press, 1987. Por todos, cf. o excepcional trabalho inglês/alemão de Andrew Von Hirsch: HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. In HEFENDEHL, R.. La teoría..., p. 37-52.
  58. Há, contudo, avanços promissores e estudos interessantíssimos sobre o tema. Por todos, GRECO, Luís. *Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?* In Revista de concorrência e regulação, n° 7/8, julho a dezembro de 2012, Lisboa, p. 349 e ss. Também: GRECO, L.. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In Revista Liberdades, n° 3, janeiro-abril de 2010, São Paulo, 2010, p. 47-59; GRECO, L.. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. In Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 87, São Paulo, 2010, p. 84-102.
  59. ROXIN, C.. *O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque.* Trad. de Alaor Leite. In Revista dos Tribunais n° 922, São Paulo, agosto de 2012, p. 291 e ss.
  60. MOLINA, Fernando. *Qué se protege em el delito de blanqueo de capitales?: reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la participación en el delito.* In BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO, S.. Política criminal..., p. 91.
  61. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho...*, p. 479.

*busca de legitimação*, o que é, em todas as medidas, inadmissível num Direito penal democrático. Ou seja, não se podem criar crimes e depois ir à caça de bens jurídicos e, em assim se procedendo, dá-se verdadeiro indício que pode realmente não existir um bem jurídico. Afinal, *quando se diz muita coisa sobre pouca coisa, talvez não se esteja a dizer nenhuma coisa*.

### 3 A QUESTÃO DA TIPICIDADE DA CONDUTA NA LEI BRASILEIRA

No Brasil, a conduta que poderia ser atribuída ao advogado que recebe honorários maculados seria a do art. 1º, § 1º, II, da LLD: “*quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal (...) os recebe*”. Por evidente, a redação do tipo vincula o intérprete, que não pode ir além do que a linguagem permite. Assim, textos que nascem para prever taxativamente as limitações ao alcance hermenêutico não podem, por motivo algum, salvo onde a discussão pode ser admitida, receber extensão ou restrição.<sup>62</sup>

E é esta vinculação que dá o contorno do permitido e do proibido em todos os países, com suas específicas redações legais. Nalguns, diante da possibilidade de *imprudência*, foi-se à busca de soluções adequadas ao problema. Noutros, diante da possibilidade de *dolo eventual*, novas soluções foram estudadas. No Brasil, é de se notar que a redação do tipo exige um especial fim de agir, na medida em que a palavra “*para*” estabelece uma *intenção* daquele que *recebe* os honorários.

Assim, o *recebimento deve ter a intenção de ocultar ou dissimular bens, direitos ou valores provenientes de infração penal*. Sem essa *intenção, elemento subjetivo especial*, a conduta é *atípica*, não devendo ser admitida num processo para efeito de instauração de investigação preliminar ou de juízo de admissibilidade positivo de ação penal, como ainda vem ocorrendo

Por outro lado, **o problema demanda solução e partir da premissa de que o advogado não deve ser nunca punido não seria a melhor técnica de investigação científica** (partir da conclusão para se encontrar a premissa), até porque se trata mais de um *feeling* (que, juridicamente, não existe) do que qualquer outra coisa. Contudo, Isidoro Blanco Cordero encontra um fundamento crítico pouco questionável em sua investigação: “*Hay algo que diferencia claramente el abogado que ejerce la defensa penal de otros profesionales, como los*

62. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade*. In MIRANDA COUTINHO, J. N.; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 191-6.

*médicos u otros, cuando cobran sus honorarios. El abogado constituye un elemento esencial del ejercicio de un derecho fundamental cual es el derecho a la defensa letrada.”*<sup>63</sup>

Não obstante, o mesmo autor aponta efeitos indiretos no direito à defesa quando se assumia possível a hipótese de punir o advogado que recebe honorários<sup>64</sup>: (a) o advogado não poderá realizar seu mister de forma livre e independente; (b) a relação de confiança entre advogado e cliente poderia ser abalada quando exista a possibilidade de o defensor vir a ser alvo de persecução penal; (c) a relação de confiança se veria mais abalada se o advogado pudesse ser alvo de investigações e, conseqüentemente, de medidas cautelares; (d) no fundo, seria uma ameaça pendente contra os advogados, que poderia ser utilizada pela acusação. São premissas que permitem a investigação do assunto.

É relevante, contudo, notar o caminho das soluções.

## 4 A QUESTÃO TEÓRICA E AS SOLUÇÕES DESENVOLVIDAS

### 4.1 A SOLUÇÃO DO TIPO OBJETIVO

Os autores que defendem a solução do tipo objetivo possuem um argumento histórico relevantíssimo em seu favor. É que no *explanatory report*<sup>65</sup> da Convenção do Conselho Europeu sobre Lavagem, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime, de 8/11/1990, afirmou-se, no item 33, que *foi levantada a questão de que haveria a possibilidade de criminalização do recebimento de honorários maculados*. Contudo, no mesmo texto se encontra que os *experts*, reunidos, decidiram que *a Convenção não poderia ser mal interpretada em tanta extensão*.<sup>66</sup>

### 4.2 A SOLUÇÃO DE ADEQUAÇÃO SOCIAL

Como se sabe, desde Welzel já se afirmava que “*as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas, sim, condutas que se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social*”<sup>67</sup>, excluindo-se a *tipicidade* delas, muito

63. BLANCO CORDERO, I. *El delito...*, p. 641.

64. BLANCO CORDERO, I. *El delito...*, p. 641-3.

65. Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/reports/html/141.htm>.

66. No original: “33. The question has been raised, in relation to the United Nations Convention, whether it would be illegal for a lawyer’s fees to be paid out of funds related to a laundering offence. Some lawyers have even suggested that the United Nations Convention would, by its working, make it criminal to hire a lawyer or to accept a fee. In the view of the experts, the wording of the present Convention cannot be misinterpreted to that effect.”

67. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*: parte general. 11. ed.. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Serio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 85. Trad. livre de: “Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen

embora tenha reformulado seu pensamento posteriormente, para que afirmar que “*a adequação social é um princípio geral de interpretação*”<sup>68</sup>. A teoria, por seu turno, foi mais desenvolvida por Jescheck<sup>69</sup>, que afirmava que “*o desenvolvimento de ações praticadas com o oportuno dever de cuidado e que estão completamente radicadas dentro do marco da ordenação da vida comunitária que se configurou historicamente não realizam tipo algum, ainda que sejam perigosas para bens jurídicos penalmente protegidos*”.

70

De toda forma, a conduta do advogado que recebe honorários seria *socialmente adequada* e, portanto, *atípica*. Intuitivamente, a afirmação convence. Cientificamente, está incorreta a *intuição*.

É que aqui parece evidente a influência da filosofia da consciência, notadamente no sentido de que as palavras, como intermediárias, poderiam dar conta de tudo, até porque a teoria analisada é sedutora, por assim dizer, desde que se ignorem recentes avanços do Direito penal, como, por ex., em relação à imputação objetiva. Não é assim, em verdade, bastando saber pouco da chamada *virada linguística* para se dar conta do engodo. Afinal, como definir o que seja a *vida comunitária*, *marcos de liberdade de ação* ou *configuração histórica*? A indeterminação, presente em todos os momentos na teoria da adequação social<sup>71</sup>, torna-a mais um objeto do *decisionismo* do que qualquer outra coisa, devendo ser evitada.

---

dentro de los marcos de la libertad de acción social.”

68. Trad. livre de “Die soziale Adequanz is ein allgemeines Auslegungsprinzip.” WELZEL, H.. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed.. Berlim: Walter de Gruyter, 1969, p. 59.
69. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed.. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 268 e e ss. Trad. livre de: “el desarrollo de acciones practicadas con el oportuno deber de cuidado y que están completamente radicadas dentro del marco de la ordenación de la vida comunitaria que se ha configurado históricamente, no realizan tipo delictivo alguno aún cuando sean peligrosas para bienes jurídicos penalmente protegidos”.
70. Sobre a evolução do conceito: GRECO, Luís. *Imputação objetiva: uma introdução*. In ROXIN, C.. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. Trad. e adapt. Por Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 30 e ss.; GRECO, L.. Um panorama da teoria da imputação objetiva. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78 e ss.; ROXIN, C.. Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht. In KOHLMANN, Gunther (coord.). Köln: Peter Deubner Verlag, 1983, p. 303 e ss.
71. A crítica é desenvolvida por PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y la defensa y las conductas neutrales: la sentencia del tribunal constitucional alemán de 30 de marzo de 2004*. In BAJO FERNÁNDEZ, Miguel et al. (coord.) Libro homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid: Thomson Civitas, 2005, p. 815-6. Também pode ser encontrada em: PÉREZ MANZANO, M.. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidade del delito de blanqueo de capitales. In BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO, S.. Política criminal..., p. 125.

### 4.3 A SOLUÇÃO DO TIPO SUBJETIVO

Aqui se leva em consideração o *conhecimento seguro* sobre a origem delitiva e esta foi a posição do BVerfG<sup>72</sup>, em sua decisão de 30/3/2004, a qual, por suas peculiaridades e virtudes, será tratada em tópico próprio adiante.

### 4.4 A SOLUÇÃO DA JUSTIFICAÇÃO

O advogado que cobra honorários maculados estaria protegido pelo exercício regular de direito. Eduardo Fabian Caparrós<sup>73</sup> é taxativo ao excluir o advogado: “*el cobro de tales honorários no sólo seria justificable, sino que además en modo alguno constituiría una hipótesis de blanqueo, desde el momento en que ese desplazamiento patrimonial respondería, pura y simplemente, al pago de unos servicios prestados – un acto de consumo, en definitiva –, transacción económica cuyo perfil es absolutamente diferente al propio de las conductas que creemos deben ser penalizadas bajo este título de imputación penal*”, sendo esta também a opinião de Carlos Aránguez Sánchez<sup>74</sup>.

A razão de ser desta posição é explicada por Kai Ambos: “*assim como as autoridades poderiam adotar, no caso de mera suspeita de um fato punível, medidas coercitivas no processo penal e com isso justificar a realização do tipo penal com base em uma suspeita, ou seja, uma presunção de culpabilidade, dever-se-ia garantir ao defensor um bônus justificante assegurado pela relação decorrente do mandato em razão da presunção de inocência (...), pois o interesse em um processo penal justo prevalece sobre o interesse na punição do defensor.*”<sup>75</sup>

Adere este último autor, por sinal, à teoria da justificação<sup>76</sup>, tendo em consideração sua “*superioridade político criminal e dogmática*”<sup>77</sup>, ressaltando que se o defensor souber inequivocamente da origem dos honorários, desaparece o elemento subjetivo de justificação<sup>78</sup>.

72. O Bundesverfassungsgericht é a Corte Constitucional alemã, equivalente ao STF brasileiro.

73. FABIAN CAPARRÓS, E.. *El delito...*, p. 310.

74. ARÁNGUEZ SANCHEZ, C.. *El delito...*, p. 260.

75. AMBOS, K.. *Lavagem...*, p. 81-2.

76. AMBOS, K.. *Lavagem...*, p. 97: “a situação justificante consiste no perigo para o direito à defesa livremente constituída através da possível persecução do defensor, a conduta justificada consiste no exercício deste direito contra um honorário adequado e, de fato, subjetivamente com consciência da situação material justificante.”

77. AMBOS, K.. *Lavagem...*, p. 94: “a exclusão do injusto é, portanto, a exceção, e não a regra; a regra é a proibição penalmente respaldada, e a exceção é a justificação através de uma permissão.”

78. AMBOS, K.. *Lavagem...*, p. 99.

## 5 A QUESTÃO PRÁTICA E AS SOLUÇÕES ENCONTRADAS

### 5.1 A SOLUÇÃO CANADENSE

Em *Maranda v. Richer* (2003)<sup>79</sup>, a Suprema Corte do Canadá teve de analisar uma busca e apreensão realizada no escritório de um advogado que atuava em favor de um suspeito de estar envolvido em atividades de lavagem de dinheiro. Notadamente, a busca visava apreender documentos relativos ao pagamento dos honorários, por meio de transferência de valores e propriedade de um veículo.

A Suprema Corte decidiu que os valores pagos pelos clientes aos seus advogados estão protegidos pelo sigilo entre eles, reconhecendo a busca como abusiva e não razoável.

### 5.2 A SOLUÇÃO DO TJ EUROPEU, DE 26/6/2007

Não versando propriamente sobre a acusação de lavagem de dinheiro, a Grande Secção do Tribunal de Justiça decidiu, em 26/6/2007<sup>80</sup>, a pedido da Ordem dos Advogados Belgas, que a obrigação imposta pela Diretiva n° 1991/308/CE, do Conselho, de 10/6/1991<sup>81</sup> (a qual estabelecia deveres de comunicação de operações suspeitas de clientes, inclusive pagamento de honorários), não se aplica a advogados no transcorrer de um processo.

Contudo, é de se notar que a Diretiva n° 2001/97/CE, do Conselho, de 28/12/2001, aparentemente resolveu o problema, ao estabelecer que “*Os Estados-Membros não são obrigados a aplicar as obrigações previstas no n.º 1 aos (...) profissionais forenses independentes (...) 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.*”

### 5.3 A SOLUÇÃO ESTADUNIDENSE

Nos EUA, a Emenda n° 6 à Constituição<sup>82</sup> estabelece que em todos os processos criminais o acusado tem o direito a um advogado. Em decorrência

79. Íntegra em <http://scc.lexum.org>.

80. Íntegra em <http://eur-lex.europa.eu>.

81. Íntegra em [www.fd.uc.pt](http://www.fd.uc.pt).

82. “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by

desse direito fundamental há uma previsão específica no 18 US Code Annotated, § 1957, f, 1, onde se estabelece que o termo *transação monetária* “*não inclui qualquer transação necessária para preservar o direito de uma pessoa a representação, tal qual garantido pela sexta emenda à Constituição*”<sup>83</sup>.

Contudo, se por um lado está fora de discussão a imputação ao defensor do crime de lavagem de dinheiro por receber honorários maculados, por outro ele não está livre do sequestro de tais valores, havendo dois precedentes da Suprema Corte (*Caplin v. Drisdale*, 1989<sup>84</sup>; e *US v. Monsanto*, 1989<sup>85</sup>), ambos reconhecendo (apesar de uma margem estreita, de 5x4) tal possibilidade. Há, contudo, opinião contrária, emitida pelo 11º Circuito<sup>86</sup>, no caso *US v. Velez* (2009)<sup>87</sup>.

## 5.4 A SOLUÇÃO ALEMÃ

Para todos os efeitos, a solução alemã é um *standard* para análise da matéria, ainda que tenha sido realizada diante das regras e garantias específicas ao sistema alemão, que encontram nítida dissonância das previsões brasileiras.

### 5.4.1 A DECISÃO DO OLG<sup>88</sup> DE HAMBURG, DE 6/1/2000<sup>89</sup>

Um advogado foi acusado de ter recebido 5.000 marcos alemães, originários de atividades criminosas, tendo sido imputada a ele a conduta de lavagem de dinheiro. O LG<sup>90</sup> de Hamburg não aceitou a abertura do caso e o OLG de Hamburg decidiu não ser aplicável o § 261, do CP alemão, aos advogados que recebem honorários maculados, notadamente porque a adequação da conduta ao tipo precitado ofenderia o direito de todos os acusados a uma defesa (art. 2º, § 1º, da Constituição alemã), bem como a liberdade de exercício de profissão do advogado (art. 12, § 1º, da Constituição

---

an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.”

83. Tradução livre de “*such term does not include any transaction necessary to preserve a person’s right to representation as guaranteed by the sixth amendment to the Constitution.*”

84. Íntegra em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/617/>.

85. Íntegra em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/600/>.

86. O Circuito é um Tribunal federal com competência recursal sobre cortes distritais.

87. Íntegra em <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1498578.html>.

88. O Hanseatisches Oberlandesgericht (OLG) de Hamburg é o equivalente ao Tribunal de Justiça brasileiro.

89. Íntegra em *Neue Zeitschrift für Strafrecht* n° 6, 2000, München, C.H. Beck, p. 311-8.

90. O Landesgericht é o equivalente ao Juiz de primeiro grau brasileiro.

alemã). Mais ainda, a punição do advogado pelo § 261 não atenderia aos fins de combate à lavagem de dinheiro.

#### 5.4.2 A DECISÃO DO OLG DE FRANKFURT, DE 4/5/2000

Dois advogados, casados entre si e praticantes em Frankfurt am Main, foram acusados de lavagem de dinheiro porque teriam recebido honorários de clientes envolvidos no escândalo criminoso de pirâmide conhecido como *European Kings Club* (EKC), cujo mérito é irrelevante à discussão do presente tema. É suficiente dizer que aceitaram, de fato, 200.000 marcos alemães em espécie como pagamento por seus serviços, supostamente sabedores das atividades criminosas de seus clientes (porque advogaram para o antecessor do EKC, o *German Kings Club*), tendo também recebido 500.000 marcos alemães, imediatamente recebidos e repassados à Justiça a título de fiança para libertação de seus clientes.

Submetido o caso ao OLG de Frankfurt, foram os advogados condenados a nove meses de prisão, cuja execução foi interrompida por um período de prova.

#### 5.4.3 A DECISÃO DO BGH<sup>91</sup>, DE 4/7/2001<sup>92</sup>

Os dois advogados cuja condenação foi mantida pelo OLG de Frankfurt recorreram ao BGH, o qual rejeitou a revisão da condenação sob os seguintes pressupostos: (a) o legislador não abriu exceções ao redigir o § 261; (b) não há direito do advogado a receber remuneração maculada, pois tal recebimento não faz parte das funções essenciais da advocacia; (c) não há violação ao direito dos acusados de terem uma defesa, pois sempre podem recorrer à defensoria pública; (d) não há violação da relação de confiança entre advogados e clientes quando se inicia a investigação.

A decisão, contudo, determinou a baixa dos autos ao OLG de Frankfurt para refazimento da decisão, no sentido de que analisasse as deficiências apontadas pelo recurso do Ministério Público na análise da matéria.

#### 5.4.4 A DECISÃO DO BVERFG, DE 30/3/2004<sup>93</sup>

Submetida a questão ao BVerfG, decidiu-se que o tipo de lavagem de dinheiro só é aplicável ao advogado que efetivamente tenha conhecimento da

91. O Bundesgerichtshof é o equivalente alemão ao STJ brasileiro.

92. Disponível em: <http://juris.bundesgerichtshof.de>.

93. Disponível em [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040330\\_2bvr152001.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040330_2bvr152001.html).

origem criminosa de seus honorários. Assim, a conduta somente seria punível a título de dolo direto, jamais por dolo eventual, menos ainda por imprudência.

Para chegar a tal conclusão, o BVerfG levou em consideração: (a) que a defesa possui um papel fundamental no sistema de justiça criminal, especialmente em relação ao devido processo legal e à necessidade de que haja uma relação de confiança entre advogados e clientes; (b) que as consequências da decisão do BGH para a defesa são maiores do que o Tribunal recorrido ponderou, razão por que a aplicação irrestrita do § 261 ofenderia a garantia constitucional de direito a defesa; (c) por esta mesma última razão, o direito à profissão se veria afrontado; (d) que a ameaça de punição do advogado poderia interferir no seu trabalho, porque ele se veria mais preocupado consigo mesmo do que com seu cliente; (e) que as investigações de lavagem de dinheiro contra o advogado poderiam colocar em risco a confidencialidade, pois o cliente não confiaria mais plenamente em seu defensor; (f) por fim, que a indicação de um advogado pela Corte é nitidamente diferente da escolha de um defensor, pois aquele não pode ter seu mandato revogado. Tais ponderações, por sinal, já haviam sido colocadas por Wolfgang Wohlers<sup>94</sup> em um estudo sobre a matéria.

Em síntese, o direito à liberdade laboral não poderia ser violado de forma justificada na hipótese do § 261, não sendo tal alcance adequado ou necessário para atingir os fins de combate à lavagem de dinheiro. Pode, contudo, tal direito ser atingido na hipótese de o defensor aceitar honorários que saiba efetivamente serem advindos de atividades criminosas (“*ter conocimiento seguro da origem*”: “*sichere Kenntnis von dessen Herkunft hatten*”). Ao fim, o BVerfG externou algumas preocupações que deveriam ser consideradas pelo Ministério Público do país para investigar advogados e pelos Tribunais do país ao decidir casos semelhantes, levando em conta a essencial atividade da defesa.

## 6 A SITUAÇÃO ESPECÍFICA BRASILEIRA

Como dito, a redação do tipo que seria aplicável ao recebimento de honorários exige *finalidade específica* de *ocultar* ou *dissimular* bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, razão por que uma solução brasileira deve ser tratada em tópico próprio.

Num primeiro momento, parece claro que os advogados que *recebem honorários e os declaram às autoridades fiscais* não preenchem a tipicidade objetiva de *ocultação* ou *dissimulação*, pouco importando quem os paga e a origem dos valores. Ao contrário, deixam clara a identificação do pagador, de boa fé<sup>95</sup>,

94. WOHLERS, Wolfgang. *Geldwäscherei durch die Annahme von Verteidigerhonoraren*: Art. 305bis StGB als Gefahr für das Institut der Wahlverteidigung. In Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, n° 2/2002, Bern, p. 204-14.

95. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales*: un aporte introductorio. In BAJO FERNÁNDEZ,

tendo conduta *antónima* aos verbos do tipo na medida em que *revelam e expõem* os bens, direitos ou valores que recebem, sendo esta a opinião de Ragués i Vallès, para quem “*el pago de un abogado con dinero procedente de un delito previo es un acto mediante el cual una parte de la capacidad económica alcanzada con dicho delito se transforma en una prestación de servicios profesionales*”<sup>96</sup>.

Diferente seria a atuação daquele que recebe honorários e os devolve ao cliente: os *honorários aparentes ou simulados*<sup>97</sup>. Aí, Rodrigo Sánchez Rios está absolutamente correto ao deslocar o problema para a autoria da lavagem<sup>98</sup>, pois o advogado participa ativamente de um esquema de *kick back*<sup>99</sup> (por ex., quando o profissional recebe R\$ 100.000,00 e devolve R\$ 20.000,00 em espécie para o “cliente”). Trata-se, à evidência, de *fraude*.

Mas e aqueles advogados que exercem sua profissão corretamente, defendendo clientes acusados em processos criminais, mas que não declaram os valores recebidos às autoridades fiscais? Não estariam eles *ocultando ou dissimulando bens, valores ou direitos recebidos e provenientes de atividade criminosa*? Ou estariam tão só *suprimindo ou reduzindo tributos* (art. 1º, da Lei nº 8.137/90)?

Para que se possa compreender a matéria, ainda que sucintamente é preciso rememorar as regras constitucionais e legais que cerca a especial atividade do advogado. Na Constituição, estabelece-se o advogado como “*indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*” (art. 133), bem como a “*ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*” (art. 5º, LV) e o devido processo legal (art. 5º, LIV), que não pode ocorrer, por evidente, sem a defesa. Na Lei nº 8.906/94, define-se que “*o advogado é indispensável à administração da justiça*” (art. 2º, *caput*) e que “*no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social*” (art. 2º, § 1º) e “*seus atos constituem múnus público*”. Tão relevante é sua função que “*no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos*” (art. 2º, § 3º). É direito de todo advogado “*exercer, com liberdade, a profissão*” (art. 7º, I), podendo até mesmo se recusar a depor como testemunha (art. 7º, XIX, e art. 207, do CPP, que proíbe o testemunho daquele que “*em razão de profissão devam guardar segredo*”), devendo ele “*manter independência em qualquer circunstância*” (art. 31, § 1º), sendo que “*nenhum receita de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade (...) deve deter o advogado no exercício da profissão*” (art. 31, § 2º).

Por evidente, trata-se de profissão das mais dignas, essencial à democracia. É, pois, diferenciada das outras profissões, que não encontram

---

M.; BACIGALUPO, S. Política criminal..., p. 207 e ss.

96. RAGUÉS I VALLÈS, R. *Blanqueo...*, p. 158.

97. WOHLERS, W. *Geldwäscherei...*, p. 216.

98. SÁNCHEZ RIOS, R. *Advocacia...*, p. 220.

99. Previsão específica no acórdão do OLG de Hamburg, em *Neue Zeitschrift für Strafrecht* nº 6, 2000, München, C.H. Beck, p. 315-6

nenhum paralelo de proximidade com as garantias constitucionais que os advogados possuem para que possam desempenhar sua função de Justiça social. A Constituição, assim, estabelece o *standard* com que a matéria deve ser tratada. Afinal, não se trata tão só de albergar o exercício profissional do advogado, amplamente protegido como forma de garantir, em última instância, o próprio cidadão, mas sim de todos aqueles que necessitam ser resguardados pelo sigilo, como os médicos, os psicanalistas e até mesmo os padres. Assim, há algo a mais a dar base à proteção.

É o preço a pagar para se ter – pela confiança – relações sociais estáveis e sem a marca do medo que, obviamente, seria gerado pela possibilidade de rompimento, pelo profissional, em face da ameaça em razão da prática do crime. Isso não significa que se estimule a prática deles; ao contrário, o que se quer é manter viva a tipificação, assim como a ampla possibilidade do Estado na investigação e, se for o caso, a punição dos culpados. A obrigação, porém, em tal direção, é estatal; e por razões óbvias reservadas ao Estado, sob pena de se burlar a reserva de jurisdição, o que apontaria para uma provável inconstitucionalidade da forma como está tipificada a conduta e as previsões de comunicação.

Ao cidadão, em tal hipótese, é um dever moral de, entre outras coisas, não pactuar com as condutas criminosas. Isso, porém, para por aí. O cidadão, individualmente tomado, não é e não pratica nada referente à função estatal, nem deve fazê-lo. Afinal, em geral frágil na sua estrutura de proteção pessoal, não tem meios de se garantir, ao depois, contra eventuais perseguições futuras se, por acaso, for compelido a exercer as atividades que, por isso, são e devem ser tão só do Estado. Isso, ademais, resta ainda mais marcante em um tempo no qual o Estado vai-se tornando mínimo e, em larga extensão, não tem condições de proteger devidamente, em uma situação como essa, o cidadão comum.

Isso, por si só, já justificaria uma ressalva em relação a qualquer arguição de privilégio quando se pergunte: *afinal, o advogado pode ser acusado de lavagem de dinheiro tão só porque recebeu honorários, pouco importando a origem?*<sup>100</sup>

Alguns entendem que a punição ao advogado não atenderia ao *fim de proteção da norma*<sup>101</sup>, embora tal conceito seja muito criticado por Wolfgang Frisch<sup>102</sup>, não fosse o fato de se insistir no superado paradigma do objeto

100. Não se ignora que se poderia considerar o art. 1º, § 2º, I, que incrimina a atividade daquele “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”. Ele, contudo, trata de uma fase pós-recebimento, quando os valores já fazem parte do patrimônio do sujeito ativo. Assim, estabelece-se um corte na possibilidade de imputação, pois o advogado já recebeu os honorários em virtude de seu trabalho lícito, desconsideradas, claro, as exceções trazidas no próprio texto.

101. BARTON, S. *Das Tatobjekt...*, p. 164.

102. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 94 e ss.

que forneceria as respostas. Outros entendem que a conduta do advogado é neutra<sup>103</sup> e, portanto, impunível<sup>104</sup>, ignorando que nenhuma conduta é neutra diante da tipicidade do caso concreto.

A solução – a despeito da questão constitucional – parece estar dentro da *idoneidade*, critério proposto por Luís Greco de forma corretíssima dentro da teoria da imputação objetiva: “*a exigência da idoneidade da proibição significa que só haverá risco juridicamente desaprovado se a não-prática da ação proibida representar uma melhora relevante na situação do bem jurídico concreto.*”<sup>105</sup>

Com isso em consideração, pergunta-se: a conduta do advogado que recebe honorários maculados *cria* um risco<sup>106</sup> *juridicamente desaprovado*? Levando-se em consideração os princípios que fundamentam os preceitos, “*a valoração quanto a este risco [ser] ou não juridicamente desaprovado pressupõe uma ponderação entre o interesse geral de liberdade, no sentido de que seja permitida a prática de determinada classe de ações perigosas, e o interesse de proteção de bens jurídicos, no sentido de que sejam proibidas as ações perigosas*”, tem-se mais latente a questão constitucional, porque se está a apontar para regras constitucionais; e a solução deve vir delas. Afinal, **a atividade regular do advogado é estabelecida e garantida nos mais diversos níveis constitucionais e legais, sendo indispensável à Justiça e, justamente por isto, trata-se de atividade aprovada e não perigosa, não cabendo discutir, no caso concreto, ponderação.**

Só por isso já se poderia falar em impossibilidade de imputação objetiva do resultado à conduta em questão, referente ao tipo de lavagem de dinheiro.

Assim, mesmo que se tenha recebido honorário maculado, *não houve criação de risco*, menos ainda *risco juridicamente desaprovado* ao bem jurídico (seja lá qual for) e, portanto, a conduta é atípica. Tal análise, por sinal, dispensaria a *problemática* do bem jurídico (que, por si só, é absolutamente indispensável, sempre é bom dizer!), porque prévia a ela, consistente na *aprovação constitucional e legal da conduta*, o que permitiria realizar uma *interpretação conforme*, para o efeito de excluir o advogado do alcance da regra.

Já em relação àqueles que recebem honorários, mas não os declaram às autoridades fiscais, parece sintomático que a conduta já possui desaprovação típica, manifestamente declarada no art. 1º, da Lei nº 8.137/90 (supressão

103. Sobre o tema, indispensável a leitura de GRECO, L.. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

104. Por todos, PÉREZ MANZANO, M.. *Neutralidad...*, p. 205: “el cobro de honorários realizado según las prácticas habituales y legales no puede dar lugar nunca a responsabilidad penal por delito de blanqueo”.

105. GRECO, L.. *Cumplicidade...*, p. 143.

106. GRECO, L.. *Cumplicidade...*, p. 117: “uma ação é arriscada quando, segundo o juízo de um homem prudente, situado no momento da prática da ação (ex ante) e dotado de eventuais conhecimentos superiores do autor (chamados conhecimentos especiais), traz ela consigo uma possibilidade de dano.” Sobre o conceito de homem prudente, não se ignoram as críticas relevantíssimas de ZAFFARONI, E.R.. *Derecho...*, p. 557-9.

ou redução de tributos). Aí sim, pode-se falar em *criação de risco juridicamente desaprovado e realização deste risco*, em outro âmbito de proteção de bens jurídicos, por evidente.

Mais ainda: estando expressa a descrição da conduta à precisão num determinado tipo, fica claro que a imputação *adicional* de lavagem de dinheiro enfrentaria diversos obstáculos, a começar pelas questões subjetivas (*a finalidade do recebimento é o exercício da profissão num determinado caso*) e objetivas (*a conduta é juridicamente aprovada e garantida pela CR e pela Lei*), passando pela impossibilidade de dupla punição (*inconstitucionalidade do bis in idem*).

Isso não resolve a principal questão, mas a dúvida é saber, primeiro, se existe um bem jurídico no tipo de lavagem de dinheiro e, resolvida essa questão (se for possível), saber qual esse bem jurídico. Sem isso, é forçoso dizer que sequer se pode trabalhar corretamente com o tipo de lavagem de dinheiro. Eis um dos problemas causados por um *tipo impertinente*, para o qual, pela balbúrdia que cria, não se pode ter todas as respostas. Aquelas que se tem, porém, devem ajudar a solucionar os problemas práticos e que, por certo, podem não ser poucos.