

O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO E O PAPEL DO ADVOGADO FRENTE AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MACULADOS

CRIME OF MONEY LAUNDERING AND THE ROLE OF THE ATTORNEY FORWARD TO ATTORNEYS' FEES

MARINA FERNANDES ORTIGARA

Formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista com área de concentração em Direito Penal pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Pós-graduanda em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Assessora no Tribunal de Justiça do Paraná na área criminal.

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (UPFR). Professor do Programa de Mestrado da UNICURITIBA. Professor de Direito Penal da Pós-Graduação da UNICURITIBA, da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR e da Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Professor titular do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Endereço eletrônico: guaragni@mp.pr.gov.br.

RESUMO

A lei 12.683/12 trouxe significativas mudanças para chamada Lei de Lavagem de Dinheiro. Dentre elas, ampliou o rol de profissionais obrigados a relatar as operações suspeitas de seus clientes, sob o risco de responder concorrentemente a eles pelo crime de lavagem. A figura do advogado foi incluída nesse rol. Com isso, além de ser atribuído a ele a obrigação de delatar seu cliente caso perceba alguma atividade suspeita envolvendo a lavagem de dinheiro, pode responder, juntamente com o seu cliente, caso receba, a título de honorários advocatícios, por dinheiro advindo da lavagem de dinheiro. Ao receber esse valor maculado, o advogado estaria contribuindo para a terceira etapa da lavagem de capitais que é integralizar o valor recebido na infração penal, colocando-o de volta em circulação de forma lícita. Porém, envolver o advogado faz com que muitas das prerrogativas estabelecidas pelo Estatuto da OAB,

até mesmo os direitos garantidos pela Constituição Federal, sejam violados. A grande questão é se o advogado que recebe valores maculados pelo crime de lavagem a título de honorários advocatícios pode ser ou não enquadrado no mesmo delito.

PALAVRAS CHAVE: Lei de Lavagem de Dinheiro – Advogado – Honorários Advocatícios – Infração Penal – Estatuto da OAB – Constituição Federal.

ABSTRACT

Law 12.683/12 has brought about fundamental changes for the so-called Money Laundering Law. Among them, the law expanded the list of professionals required to report the suspicious operations of its clients, under the risk of being concurrently liable to them for the crime of money laundering. The role of the attorney was included herein. As a consequence, besides the obligation of reporting the client being attributed to him in case of any suspicious activity involving money laundering, he may respond, together with the client, in case the attorney's fees are a result from money laundering. By receiving such an illegal amount, the attorney would be for the third stage of the money laundering of capitals which is to pay-in the sum received in the criminal violation, placing it back to circulation unlawfully. However, by involving the attorney makes that several of the prerogatives set forth in Brazilian BAR Association bylaws are infringed, even the rights assured by the Federal Constitution. The concerning issue is that if the attorney who received the illegal sums due to the crime of money laundering as attorney's fees may be sued in the same felony or not.

KEYWORDS: Money Laundering Law– Attorney – Attorney's Fees – Criminal Violation – Brazilian BAR Association Bylaws – Federal Constitution

1. INTRODUÇÃO

A evolução de uma sociedade traz consigo diversos benefícios, que visam a auxiliar a vida da coletividade. Contudo, traz também alguns malefícios, e um dos mais marcantes é o aumento desenfreado de inúmeras atividades criminosas. Dentre as quais algumas que possuem maior destaque, tais como o tráfico ilícito de drogas, o crime organizado e a lavagem de dinheiro.

Os altos ganhos obtidos com a prática da lavagem de dinheiro e a impunidade por parte do Estado fazem com que cada vez mais haja adeptos ao delito em destaque. Dessa forma, resta ao Estado optar por uma política de prevenção.

Em 20 de dezembro de 1988, o Brasil assinou a Convenção de Viena, comprometendo-se, juntamente com outros países, a combater o tráfico de entorpecentes, sem sombra de dúvida o principal precursor das citadas organizações.

Após a Convenção de Viena, com o intuito de praticar o acordado, diversas leis foram criadas pelo mundo. No Brasil não foi diferente. Com isso surgiu a Lei 9.613 de 3 de março de 1998, que dispõe sobre o crime de lavagem e a prevenção da utilização do sistema financeiro para 'limpar' os recursos provenientes das atividades ilícitas. O artigo 1º da lei tipifica as condutas básicas do crime de lavagem, quais sejam: "ocultar" ou "dissimular". Contudo, diversas condutas podem se amoldar a esse tipo penal.

Com o advento da lei, o crime de lavagem somente era considerado se houvesse a incidência de algum dos chamados crimes antecedentes arrolados pelo artigo 1º da Lei 9.613. Porém, atualmente a Lei 12.683 de 09 de julho de 2012 extinguiu esse rol. Desta forma, passou-se a considerar qualquer delito praticado como crime antecedente.

Essa mudança trouxe um significativo avanço no combate ao delito de lavagem de dinheiro, pois facilitou desde a investigação policial, até mesmo o trabalho do Ministério Público que agora pode imputar o fato criminoso a pessoas individuais que antes praticavam a lavagem, mas não estavam vinculadas a nenhum grupo criminoso.

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 1º da lei descrevem os meios e procedimentos que, se efetivados, levam à concretização do delito. Mas o dispositivo que realmente importa para esse trabalho é o §2º, inciso I, que dispõe: "§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal".

Nele, não se emprega os verbos do *caput* "ocultar" ou "dissimular". O que configura o tipo penal é a destinação específica, na atividade financeira ou econômica. O propósito desse dispositivo é a proteção da ordem econômica e financeira, aplicando o objetivo primordial da Lei 9.613 que é privar o criminoso do produto do crime para que ele não possa lucrar com a atividade criminosa.

Dessa forma, todo o profissional disposto no artigo 9º, parágrafo único, XIV dessa lei, que perceber seu cliente chefiando a atividade econômica ou financeira com dinheiro advindo de alguma infração penal, possui o dever de relatar às autoridades essa operação, sob o risco de responder junto a ele, em concurso de agentes, pelo delito de lavagem de dinheiro. São eles: “XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações”.

Porém, quando se trata da figura do advogado contratado para a defesa do acusado de um crime antecedente, percebe-se que o recebimento de honorários advocatícios com dinheiro oriundo de lavagem é praticamente certa. Ele então estaria cometendo o delito proposto pelo artigo analisado? Sua conduta encaixa-se nesse ilícito penal?

Há quem diga que o advogado estaria sim incorrendo no tipo penal disposto no artigo 1º, §2º, inciso I, já que com certeza estaria utilizando, na atividade econômica, os valores provenientes de infração penal.

Os advogados saem em sua defesa afirmando que o acusado pela lavagem de dinheiro possui direito à ampla defesa. Além do mais, os advogados possuem a prerrogativa do dever de sigilo expressamente previsto no Estatuto da Ordem dos Advogados – artigo 81, número 5, não podendo dessa forma entregar seus clientes. A dificuldade ainda reside na falta de previsão do legislador para a modalidade culposa do crime de lavagem de dinheiro.

Contudo, excluindo o advogado dessa responsabilidade, deixa-se de observar o real objetivo da lei de lavagem de capitais, que é impossibilitar os criminosos de se beneficiarem com o produto do crime, e, quando estes pagam suas defesas com os valores oriundos da lavagem, estão finalizando a terceira etapa da lavagem de dinheiro, integralizando o dinheiro em um negócio lícito (a advocacia), fazendo o valor voltar a circular pela sociedade, dificultando ainda mais a investigação.

Há ainda muita controvérsia a respeito desse assunto. Neste trabalho, pretende-se demonstrar alguns posicionamentos e suas explicações, em busca de solução acertada para o problema.

2. O CRIME DE LAVAGEM

Em 19 de dezembro de 1988, realizou-se em Viena, durante a Conferência das Nações Unidas, a chamada Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, em que os Estados signatários, inclusive o Brasil, comprometeram-se a tipificar como crime a substituição, conversão ou ocultação de bens provenientes do tráfico de drogas.

Nessa ocasião, o crime de lavagem de dinheiro foi conceituado pelo artigo 3º da Convenção¹:

Art. 3º - Infrações e Sanções

Cada Parte adotará as medidas que sejam necessárias para qualificar como infrações penais no respectivo direito interno, quando cometidos intencionalmente:

[...]

(B)

(I) A conversão ou transferência de bens, sabendo que tais bens provêm de uma infração ou infrações estabelecidas em conformidade com a alínea (a) deste parágrafo ou de um ato de participação no delito ou delitos, para o fim de encobrir ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática de tal delito ou delitos de contornar as consequências jurídicas de seus atos;

(II) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, direitos relativos a, ou propriedade de bens, sabendo que tais bens provêm de uma infração ou infrações estabelecidas em conformidade com a alínea (a) presente número ou de um ato de participação em tal delito ou delitos;

(C) Sem prejuízo de princípios constitucionais e dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico:

(I) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo, no momento da recepção, de que tais bens foi derivado de uma infração ou infrações estabelecidas em conformidade com a alínea (a) deste parágrafo ou de um ato de participação no delito como ou delitos;

O delito de lavagem de capitais surgiu de um desdobramento do tráfico internacional de entorpecentes que assombrava o mundo todo, sobretudo, em razão da reciclagem de dinheiro proporcionada pelo tráfico. Buscava-se uma forma de combatê-lo, pois o crime só floresce se houver condições de se autofinanciar, nas palavras de Sérgio Fernando Moro². Em razão disso se diz que “o objetivo principal desse diploma é

¹ Disponível em: <http://www.worldpolicies.com/english/us_vienna_preamble.html>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2013. Tradução livre.

² MORO, Sergio Fernando. **O crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

dar contribuição ao combate ao crime organizado em nível transnacional” nas palavras Ricardo Antonio Andreucci³.

Com a promulgação do diploma tipificador do crime de lavagem de dinheiro, em 03/03/1998, foi criado o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), que tem como objetivo “promover esforço conjunto por parte dos vários órgãos governamentais do Brasil que cuidam da implementação de políticas nacionais voltadas para o combate à lavagem de dinheiro, evitando que setores da economia continuem sendo utilizados nessas operações ilícitas⁴”

Por ser um crime relativamente novo no Brasil, ainda não há muita jurisprudência, até mesmo doutrina tratando do assunto, o que traz diversas dificuldades, já que muitas questões estão abertas a qualquer tipo de interpretação. Por esse motivo, uma alternativa que o direito brasileiro tem encontrado para amparar essa falta é o Direito Comparado, até que novos julgados aprofundem o tema. Além disso, utiliza-se como fonte alternativa de estudo as outras legislações vigentes no País, nas palavras de Marco Antonio de Barros⁵:

Pondera-se, desde logo, que os crimes de lavagem ou ocultação de bens são marcados por características próprias, entre as quais chama atenção o fato de que a legislação aplicável não se limita a abordar exclusivamente regras de direito penal. Na verdade, o conhecimento jurídico do tema lavagem de capitais abrange o estudo complementar de leis, decretos, regulamentos e portarias que dialogam com áreas específicas de direito constitucional, processual penal, internacional, administrativo, bancário, financeiro, econômico, empresarial e civil.

Importante mencionar que, muito embora o crime seja popularmente conhecido como “Lavagem de Dinheiro”, ele não se delimita apenas à questão da moeda. Abrange também bens, direitos e valores, partindo da premissa de que a existência de um crime

³ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 8 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 462.

⁴Cartilha sobre Lavagem de Dinheiro. Ministério da Fazenda – Conselho de Controle de Atividades Financeiras.

⁵BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**: com comentários artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 3ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 32.

anterior, ou seja, o bem, direito ou valor que foi “lavado”, foi adquirido de forma ilícita pelo agente.

Quando a Lei de lavagem foi criada em 1998, ela estabeleceu um rol taxativo dos crimes que poderiam ser considerados como “crimes antecedentes”, arrolados no artigo 1º, *caput* da Carta. Porém, com o advento da Lei 12.683/2012, esse rol foi extinto. Assim, passou-se a considerar qualquer delito praticado como crime antecedente. Essa mudança instituída pela nova lei possibilitou que pessoas individuais fossem passíveis de ser sujeitos ativos do crime de lavagem e não apenas grupos criminosos como era antes estabelecido.

Para a doutrina, conceitua-se crime de lavagem de dinheiro, nas palavras de Luiz Regis Prado⁶, como “o processo ou conjunto de operações mediante o qual os bens ou dinheiro resultantes de atividades delitivas, ocultada tal procedência, são integrados no sistema econômico e financeiro”.

Segundo Fernando Capez⁷, o delito de lavagem de dinheiro é o “processo por meio do qual se opera a transformação de recursos obtidos de forma ilícita em ativos com aparente origem legal, inserindo, um grande volume de fundos nos mais diversos setores da economia”.

Por fim, Rodolfo Tigre Maia⁸ conceitua o delito como:

O conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*) de bens, direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundos da prática de atos ilícitos penais, mascarando esta origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da justiça.

As etapas acima expostas serão melhores abordadas a seguir.

2.1. Modelo Trifásico de Lavagem de Dinheiro

O crime de lavagem de dinheiro é usualmente descrito a partir de três etapas (ocultação, dissimulação e reintegração) para sua concretização. Essas etapas serão

⁶ PRADO, Luiz Regis. *In Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório*. In Revista dos Tribunais, ano 96, vol. 860, p. 438, junho de 2007.

⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação pena especial*, volume 4 – 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.656.

⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.53.

melhores explicitadas a seguir. Márcia e Edilson Bonfim ilustram, através dos ciclos das águas, essas fases⁹:

- 1) precipitação: produção de dinheiro em espécie e em notas de pequeno valor oriundo de atividades criminosas;
- 2) infiltração: tem por finalidade fazer a primeira depuração mediante a transformação em outros bens ou notas de valor maior;
- 3) corrente de águas subterrâneas: são constituídos consórcios de empresas e o dinheiro já lavado é introduzido dentro das organizações criminosas e convertido em outros bens;
- 4) lagos subterrâneos: o dinheiro é separado e repassado a uma seção especializada em lavagem, dentro da própria organização criminosa ou transferido a outra empresa que receberá um pagamento para realizar a transação internacional;
- 5) nova acumulação em lagos: os fundos, já no exterior, são novamente repassados a outros especialistas em lavagem;
- 6) estações de bombeio: os valores entram no sistema financeiro legal através de contas em bancos e compra de bens;
- 7) estação de depuração: ocorre uma nova depuração através de testas-de-ferro etc.;
- 8) aplicação, aproveitamento (transferência e investimento): ultrapassadas as barreiras dos bancos nacionais e internacionais os fundos se movimentam em investimentos legais de conta em conta até a total ocultação da origem ilícita;
- 9) evaporação: com o desaparecimento do rastro que levaria à origem ilícita dos fundos, estes estão prontos para serem reintegrados no país de onde saiu ou em outros;
- 10) nova precipitação: depois de pagar os impostos devidos, o dinheiro lavado é usado para atividades legais (v.g. investimento no mercado financeiro), ou ilegais, finalizando o ciclo que volta a receber novos fundos¹⁰.

Importante frisar que essas etapas do chamado modelo trifásico da lavagem de dinheiro são interdependentes, ou seja, podem se comunicar ou se sobrepor, no curso da lavagem. Assim, o crime de lavagem de capitais já pode ser caracterizado na primeira etapa. É o que afirma Marco Antonio de Barros¹¹, em sua obra:

Os adeptos dessa corrente entendem que para a configuração da lavagem é desnecessário atingir o auge da aparente ilicitude de bens ou valores, eis que se tem tornado frequente, especialmente no caso de somas elevadas, a circunstância de permanecerem estacionadas na esfera financeira, onde estão seguras, sendo os juros de tal ocultação (ou colocação) suficientes para manter a organização criminosa ou o criminoso.

⁹ BONFIM, Márcia Monassi Mougén; BONFIM, Edilson Mougén. **Lavagem de dinheiro**. 2ed. São Paulo, Malheiros, 2008. p. 33-34.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ BARROS, Marco Antonio de. *Op. Cit.* p. 52.

Comprovando a tese, o autor traz em sua obra uma jurisprudência capaz de ilustrar a questão:

Lavagem de dinheiro: L. 9.613/98: caracterização. O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de "lavagem de capitais" mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos (L. 9.613, art. 1º, caput): o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada "engenharia financeira" transnacional, com os quais se ocupa a literatura. STF, RHC 80816 / SP - SÃO PAULO. Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma. Julgado em 18/06/2001, DJ 18-06-2001. (grifei)¹².

Por outro lado, Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini¹³ afirmam que:

Ainda que o delito esteja consumado desde a fase inicial de *ocultação*, há um *elemento subjetivo* que permeia todas as etapas do crime em tela: a vontade de *lavar* o capital, de reinseri-lo na economia formal com aparência de licitude. Em outras palavras, ainda que no plano *objetivo* seja suficiente a mera *ocultação* dos bens para caracterização da *lavagem de dinheiro*, na esfera *subjetiva* sempre será necessária a *intenção de reciclar* os bens, o desejo de completar o ciclo da *lavagem*.

Desta forma, a divisão em etapas possui cunho doutrinário, apenas para facilitar o estudo já que, para a consumação do delito em questão, não há necessidade de concretização das três etapas pormenorizadas adiante.

2.1.1. Ocultação

Também conhecida como a etapa de introdução, ou *placement*. Trata-se de uma etapa muito importante, já que participa diretamente da identificação do delito. Além do mais, é muito perigosa para o criminoso, pois consiste na *ocultação* do produto crime.

O objetivo primordial é distanciar os recursos da sua origem, ou seja, evitar uma ligação entre o agente e o produto obtido de forma ilícita, para que aquele não possa ser identificado. Nessa fase, geralmente são utilizadas técnicas como o fracionamento.

¹² *Ibidem.*, p. 53.

¹³ BOTTINI, Pierpaolo. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 25.

2.1.2 Dissimulação

Também chamada de estratificação (*layering*), consiste na fase em que os bens ocultados na fase anterior, agora necessitam ser dissimulados, ou seja, nessa fase ocorre o efetivo desaparecimento da ligação do bem, produto do crime, com o agente responsável. Essa etapa tem como desígnio impedir o rastreamento e encobrir o produto, na maioria das vezes através de movimentações ou negociações financeiras.

Também é nessa fase que incide o fator da transnacionalidade, já que nela ocorrem movimentações e transações dos valores ilícitos com outros países, em especial entre aqueles que não são signatários das políticas preventivas.

2.1.3. Reintegração

Nessa fase os bens, direitos e valores já estão devidamente ocultados e dissimulados, necessitando apenas obter aparência de lícito. Dessa forma, poderão ser aplicados de diversas maneiras (integrados através de operações no mercado mobiliário, por exemplo), a fim de gerar lucro ao agente, de maneira lícita, ou até mesmo de maneira ilícita, novamente, retomando o ciclo criminoso.

Trata-se de uma fase muito difícil de ser identificada, já que, após a conclusão das duas fases anteriores, fica complicado saber se a operação ou o investimento são provenientes de atividade ilícita.

2.2. Meios utilizados para lavar dinheiro

São utilizadas as mais diversas operações para que sejam concluídas as etapas da lavagem de dinheiro. Dentre elas se encontram as corriqueiras: empresas fictícias, vendas fraudulentas de imóveis, empresas de fachada, mescla (mistura de capital ilícito com lícito), estruturação (divisão do grande montante em pequenas fatias não fiscalizáveis), contrabando de dinheiro.

Na palavras de José Laurindo de Souza Netto¹⁴:

Os métodos podem assumir formas menos sofisticadas através dos criminosos que atravessam a fronteira com sacos cheios de dinheiro, ou por intermédio de atividades comerciais ou industriais que são utilizadas apenas como “fachada”, para não despertar suspeitas.

As técnicas empregadas estão em frequente evolução devido às alterações continuadas da lei. A existência de novas espécies de ativos, as alterações econômicas, a globalização, dentre outras mudanças, mas principalmente em razão da maior efetividade das medidas preventivas adotadas pela lei de lavagem. Exatamente por esse motivo se mostra importante o estudo dos meios utilizados para a lavagem, pois, entendendo o método, pode-se premeditar e, assim, prevenir a atuação dos envolvidos.

Hoje em dia, em razão da globalização, a lavagem de dinheiro pode ser feita até mesmo pelo uso da Internet, pelo sistema *Home Banking*, que acoberta as transações ilícitas e dificultam a domínio feito pelas autoridades.

Embora exista uma quantidade enorme de modalidades de prática da lavagem de dinheiro, geralmente se utiliza mais de uma das técnicas, de maneira a dificultar a persecução do dinheiro e, conseqüentemente, a persecução penal.

José Paulo Baltazar Junior¹⁵ traz em sua obra alguns exemplos de meios utilizados para lavar o dinheiro, dividindo-as nas etapas. Na fase da colocação, o chamado *cabodólar* que consiste na transferência de valores de um país para outro, sem a incidência de tributo; além dele, o já mencionado *contrabando de dinheiro* no qual ocorre o transporte físico dos valores, através dos *laranjas*, de uma localidade para outra sem controle de fronteira; o *fracionamento* (ou estruturação) já disposto acima; e, por fim, *laranjas ou testa-de-ferro*, pessoas reais ou fictícias que portam o título dos bens e valores do lavador.

Na segunda etapa, conhecida como dissimulação, o autor aponta a utilização de empresas de fachada, *incorporação imobiliária*, *trabalho autônomo* (pela dificuldade

¹⁴ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Lavagem de dinheiro**: comentários à Lei 9.613/98. 1ª ed., 3ª tir. – Curitiba: Juruá, 2003. p. 44..

¹⁵ JUNIOR, Jose Paulo Baltazar; MORO, Sergio Fernandes. **Lavagem de Dinheiro**. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 23-24.

em se mensurar a contraprestação); *empréstimo de regresso* (quando o lavador, ou a empresa de fachada, simulam um empréstimo, dando aparência de lícito); *compra de bilhetes premiados de loteria*; ainda, na *declaração da Receita Federal*.

Para o autor, os meios empregados na terceira fase de lavagem (a integração) consiste na fase em que os valores e bens voltam a ter seu caráter lícito: *ação judicial simulada* na qual se simula um acordo judicial (incluindo dano emergente, lucro cessante pelo negócio não realizado). Porém, o acordo é pago com o dinheiro que já pertence à empresa autora da ação; *empréstimo de regresso* consiste em simular empréstimos de dinheiro entre empresas de fachada em paraísos fiscais, empresas localizadas em território nacional, com os mesmos donos; *falsa especulação com obras de arte ou pedras preciosas* em que se altera de modo superior correspondendo ao real; *falsa especulação imobiliária*; *loterias* com compra superfaturada de bilhetes; *mistura* (já mencionado); *operação esquenta-esfria* em que há simulação de lucros e prejuízos em operações cassadas e de sinal contrário à bolsa de valores; *operações de importação ou exportação*; entre outros.

Sobre o assunto, Marco Antonio de Barros¹⁶ explica que:

Entre nós, em linguagem popular, costuma-se dizer que há três tipos de dinheiro depositado ou investido fora do País: um é o dinheiro *quente*, que possui origem regular comprovada; outro é o dinheiro *frio*, não declarado ao governo, visto que sonegado geralmente em *caixa 2* das empresas; e o terceiro é o chamado dinheiro *sujo*, cuja origem corresponde ao produto de ilícito penal. Em termos normativos, lavagem significa a transposição de uma metáfora. Não constitui exatamente o ato de *lavar o dinheiro* utilizando-se água ou produto químico para fazê-lo, mas simboliza a necessidade de o dinheiro *sujo* (manchado pelo crime) ser *lavado* por varias formas nos circuitos financeiros, para depois a estes retornar *lavado* (limpo), sem deixar rastro dessa origem criminoso, e com aparência de lícito.

As mais diversas atividades podem sofrer lavagem de dinheiro, até mesmo a privatização de bens e empresas públicas podem ser “fachadas” para a ocorrência de ilícitos no mundo dos negócios. Existem atualmente mais de 80 técnicas utilizadas para a lavagem de dinheiro. Neste trabalho foram esboçadas apenas as mais frequentes, já que, como dito anteriormente, as técnicas estão em constante evolução e aprimoramento, necessitando por parte do Estado uma maior investigação e controle, a

¹⁶ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.* p. 47.

fim de respeitar a política principal adotada pela Lei de Lavagem, a tão comentada política de prevenção.

Esse controle é realizado por grandes grupos internacionais. Assim Deltan Martinazzo Dallagnol¹⁷ ensina:

Dada a sua importância, o estudo das estratégias de lavagem é desenvolvido por vários organismos internacionais, especialmente pelo GAFI (através do *Working Group on Typologies* – WGTYP) e pelos 8 Grupos Regionais ao estilo GAFI (FSRBs), os quais disponibilizam muitos relatórios de tipologias, mas também pelo Grupo de *Egmont*, pelo UNODC, pela INTERPOL, pelo FINCEN (a UIF americana), pelo OECD e, no Brasil, pela ENCCLA, a qual elegeu, pela primeira vez, em 2009, uma série de Ações voltadas à análise, compilação e disponibilização de tipos de lavagem (tipologias) relacionadas a vários setores econômicos brasileiros.

Egmont é um grupo internacional criado com o objetivo de promover trocas de informações e denúncias entre as Unidades de Inteligência Financeira, a respeito de lavagem de dinheiro.

Unidades de Inteligência Financeira são agências nacionais responsáveis por estabelecer uma proteção dos setores financeiros e comerciais vulneráveis, a fim de controlar e prevenir a prática do delito de lavagem de dinheiro.

Atualmente existem 94 unidades de Inteligência Financeira engajadas em combater o crime de lavagem de dinheiro através de trocas de informações e experiências, uma cooperação firmada pelos 5 continentes em que se encontram. Essas FIUs (ou UNITS) possuem certas características comuns que devem ser respeitadas. Marcelo Batlouni Mendroni¹⁸, em sua obra, relaciona-as da seguinte forma:

- estejam integradas a outros órgãos da administração para maior intercâmbio de informações;
- contém com o aporte de especialistas em cada uma das áreas de sua competência;
- ofereçam garantia de confidencialidade;
- possuam elementos técnicos necessários para poder dar tratamento adequado e imediato às informações; e
- tenham função regulamentar e/ou de fiscalização, podendo firmar convênios e estabelecer acordo entre organismos internacionais similares.

¹⁷ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. Coordenadora Carla Veríssimo Di Carli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p.292.

¹⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro** – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 187.

No ano de 2000, para comemorar seu quinto aniversário, o Grupo Egmont, lançou relatório contendo 100 casos ilustrativos de lavagem de dinheiro, combatidos pelas FIUs (Unidades de Inteligência Financeira) de todas as partes do mundo, subdivididos em seis categorias:

- Ocultação Dentro de Estruturas Empresariais,
- Utilização Indevida de Empresas Legítimas,
- Uso de Identidades ou Documentos Falsos e de Testas-de-ferro,
- Exploração de Questões Jurisdicionais Internacionais,
- Uso de Ativos ao Portador,
- Uso Eficaz do Intercâmbio de Informações da área de inteligência.

Ao final de cada relatório, o grupo apresenta os indicadores que levaram a investigação da possível e depois comprovada, lavagem de dinheiro.

A fim de ilustrar, segue um exemplo da cartilha referente à “ocultação dentro de estruturas empresariais”, o qual visa a ocultar recursos oriundos de crimes dentro das atividades de uma empresa controlada pela organização criminosa. Segundo o próprio grupo, essa prática corresponde à maior parte dos casos relatados, trazendo como exemplo:

1) Paulo era conhecido cliente de um banco europeu. Por várias vezes comprou ouro do banco, em lingotes de 1kg, com a justificativa de que ia exportar o produto diretamente para uma empresa estrangeira. Após cada transação, Paulo saía sozinho do banco com o ouro. Num único ano, comprou mais de 800 quilos de ouro, avaliados em mais de US\$ 7.000.000. O ouro era pago com recursos sacados da conta de sua empresa. O banco também percebeu que recursos eram regularmente transferidos para a conta, vindos de uma outra empresa de um país vizinho. Não havia problemas com isso. Contudo, o Banco considerou estranho o fato de Paulo transportar o ouro ele mesmo e os oficiais do banco resolveram comunicar os fatos à FIU nacional. A FIU fez uma pesquisa sobre Paulo e sua empresa em vários bancos de dados de inteligência das forças policiais, mas não encontrou qualquer ligação evidente com atividades criminosas. Entretanto, dado o volume de compras de ouro, a FIU iniciou uma investigação formal e novos levantamentos foram feitos.

Esses levantamentos revelaram que Paulo não estava vendendo o ouro para uma empresa estrangeira, como alegava. Antes de comprar o ouro, Paulo sempre se encontrava com um cidadão estrangeiro chamado Daniel. Embora fossem juntos ao banco, no carro de Paulo, Daniel nunca entrava no banco. Uma vez comprado o ouro, ambos dirigiam-se até o carro de Daniel e escondiam o ouro no porta malas. Em seguida, Daniel voltava para seu país, atravessando a fronteira sem declarar o ouro na alfândega e, conseqüentemente, sem pagar o imposto de importação. Uma vez no seu país, Daniel entregava o ouro para Andrew, que o entregava para outra empresa que o vendia no mercado aberto. Uma parcela dos lucros com a venda do ouro era transferida de volta para a empresa de Daniel, de onde viriam os recursos para

fazer a próxima compra de ouro. Os lucros adicionais obtidos com esse simples esquema de sonegação fiscal eram consideráveis.

Quando da elaboração deste relatório, processos judiciais já estavam sendo instaurados contra Paulo, Daniel e Andrew, acusados de lavagem de dinheiro e sonegação fiscal. Estima-se que a operação de contrabando tenha causado ao governo prejuízos da ordem de US\$ 1.500.000. Como os recursos da venda do ouro contrabandeado foram obtidos ilegalmente, as autoridades judiciais no país daquela FIU já instauraram procedimentos criminais contra os indivíduos envolvidos.

Indicadores: Alto risco de segurança, não-justificável - transferência pessoal de ativo valioso¹⁹

Ao final da coletânea, encontram-se quais foram os indicadores mais observados e combatidos pelas FIUs: grandes movimentações de dinheiro em espécie; transferência atípica ou não-justificável de recursos de e para jurisdições estrangeiras; transação ou atividade comercial estranha; transação ou atividade comercial estranha; movimentações grandes e/ou rápidas de recursos; riqueza incompatível com o perfil do cliente; atitude defensiva em relação a perguntas.

A análise desses casos é muito útil para as FIUs, que podem beneficiar-se em casos futuros através de investigações passadas das outras unidades de investigação, até porque, inúmeras vezes, as rotas utilizadas pelos “lavadores de dinheiro” são as mesmas. Assim, elas podem ser prevenidas

2.3. Bem Jurídico tutelado

No âmbito do direito penal, bem jurídico são todos os valores eleitos pelo povo como fundamentais para a convivência em sociedade e, dada sua importância, esses valores serão levados em consideração quando da tipificação das leis penais, ou seja, a partir da ideia de proteção desses bens as leis serão criadas.

Carla Verissimo di Carli²⁰ destaca em sua obra que o bem jurídico tutelado por uma norma reconhece um valor que pré-existe a ele. Em suas palavras:

¹⁹ 100 Casos de Lavagem de Dinheiro Grupo de Egmont – FIUs EM AÇÃO: Compilação de 100 casos simplificados, descrevendo os sucessos e momentos de aprendizagem na luta contra a lavagem de dinheiro. Disponível em <https://www.coaf.fazenda.gov.br/downloads/100_Casos.pdf> Acesso em 14/03/2013.

²⁰ CARLI, Carla Verissimo di. **Ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 96.

Ao mesmo tempo, pensamos que o Estado-legislador, ao reconhecer como digno de proteção esse bem ou interesse, também lhe empresta um valor especial: o valor de ser tutelado pela mais drástica manifestação do poder Estatal: o Direito Penal. Vemos, portanto, um *duplo valor* no bem jurídico-penal: o valor social (pré-existente e independente) e o valor jurídico-político (conferido pela normal penal.

A mesma autora²¹ expõe em sua obra o bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem de dinheiro tendo como parâmetro os diversos sistemas jurídicos, já que, na Suíça, tutela-se a administração da justiça; na Alemanha, parte considera a administração da justiça, outra parte a luta contra o crime organizado e uma minoria acredita ser a ordem econômica; no direito italiano, protege-se a administração da justiça; assim como em Portugal, que ainda reconhece a pluriofensividade.

No Brasil, há uma grande controvérsia a respeito do bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem de dinheiro. Entre os que acreditam que o delito visa a proteger o crime antecedente, a administração da justiça, a ordem política, ou então, uma união desses dois últimos bens.

Uma parcela mínima de doutrinadores brasileiros, liderados pelos espanhóis Javier-Alberto Zaragoza Aguado e Fernando Molina Fernández (conforme estudado pela tese de dissertação de Christian Laufer²²) acreditam que o bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro é o mesmo tutelado pelo crime antecedente. Assim, na lavagem de dinheiro proveniente do crime de tráfico de entorpecentes, o objeto tutelado seria a saúde pública. Porém, esse posicionamento não tem sido aceito, haja vista que assim a polícia criminal adotada pelo crime de lavagem de dinheiro não estaria sendo cumprida, já que não se está evitando a conduta de lavagem, apenas preservando o delito que iniciou esse processo.

Em posição oposta a essa, está grande parte da doutrina afirmando que o bem jurídico protegido é diferente do tutelado pelo crime precedente. E, diante disso, Fernando Capez²³ apresenta duas opiniões acerca do assunto:

²¹ *Ibidem.*, p. 102.

²² LAUFER, Christian. **Da lavagem de dinheiro como crime de perigo**. Curitiba, 2012. p. 11/112. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

²³ CAPEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 660/661.

(a) a lei visa proteger a administração da Justiça; ou (b) busca a proteção da ordem socioeconômica, posição esta amplamente aceita na doutrina, sob o argumento de que muitas das facetas da ordem socioeconômica de um país, tais como a livre iniciativa, a livre concorrência e a propriedade, entre outras, são atingidas direta ou indiretamente pelas ações de organizações criminosas, as quais, por possuírem à sua disposição imensurável acúmulo de capitais, acabam por fazer uso de práticas que não só prejudicam o Sistema Financeiro Nacional como também afetam a credibilidade das suas instituições.

Assim, dentre os que afirmam que o bem jurídico tutelado é a proteção da administração da justiça estão Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini²⁴. Um dos fundamentos que os levam a crer que administração da justiça é o bem tutelado pela lavagem de dinheiro é a proximidade entre o tipo da lavagem em si e o tipo penal de favorecimento real descrito no artigo 349²⁵ que compõe o Capítulo III (dos crimes contra a administração pública) do Código Penal Brasileiro.

Por outro lado, o bem jurídico tutelado para alguns é a ordem econômica, já que, nas duas primeiras fases da lavagem de dinheiro (ocultação e dissimulação), a circulação de bens é afetada. Contudo, é na terceira fase que os maiores danos à econômica ocorrem, já que uma grande quantidade de dinheiro ilícito está sendo aplicada em algum empreendimento lícito. Esse concorre com os outros que batalham de forma regular, demonstrando uma grande desvantagem com os outros grupos econômicos, afetando na livre concorrência. (PITOMBO)

Por fim, há quem diga tratar-se de um crime pluriofensivo, uma vez que tutela mais de um bem jurídico. É o que ensina Marco Antonio de Barros²⁶, quando afirma que,

Hoje nos parece apropriado afirmar que o crime de "lavagem" de capitais é pluriofensivo, eis que tutela juridicamente mais de um bem. Em apertada síntese podemos dizer que esses bens tutelados são, primordialmente, a estabilidade e a credibilidade dos sistemas econômicos e financeiros do País.

Trata-se de um crime pluriofensivo, pois em um primeiro momento o bem jurídico tutelado é a administração da justiça, passando para a ordem econômica quando a lavagem atinge a sua última fase, a da integração, pois, como já fora dito anteriormente, causa uma concorrência desleal dentro mercado financeiro.

²⁴ BOTTINI, Pierpaolo. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 57/60.

²⁵ Art. 349 - Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

²⁶ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 54.

É também o que afirma Fausto Martin de Sanctis²⁷”:

Logo, bem jurídico imediato ou direto na lavagem a Ordem Econômico-Financeira, eventualmente a livre e leal concorrência, protegido de forma imediata (correto funcionamento do mercado e ao seu livre acesso pelos agentes econômicos). Protege-se também a eficácia da Administração da Justiça (bem jurídico genérico, contratual ou abstrato), enquanto proporciona segurança a esta no combate e repressão de atos que afetam a ordem econômica-financeira, legitimando o Estado em confiscar as vantagens proporcionadas pelos tipos precedentes da lavagem.

O posicionamento adotado por Carla Verissimo Di Carli²⁸ é diferenciado uma vez que critica aqueles os quais acreditam que bem tutelado pela lavagem de dinheiro é a administração da justiça, expondo sua preferência pela ordem econômica. Contudo, de forma diferenciada, destacando o aspecto social que precisa existir nela. Veja-se:

A administração da justiça – efetivamente lesada – como bem jurídico prevalente, deixa a descoberto toda uma realidade econômica e social importante. Por outro lado, a ótica não pode ser apenas econômica – considerar como bem jurídico tutelado a ordem econômica ou o sistema financeiro, por exemplo, seria igual insuficiente.

Conclui-se que a lavagem de dinheiro não pode ser analisada sem a presença dos valores, já que “a dimensão *social* da ordem econômica é essencial à consideração dos valores a serem reconhecidos e tutelados pela normal incriminadora da lavagem de dinheiro²⁹”. Esse é atualmente o posicionamento que vem sendo adotado pela doutrina brasileira.

Importante frisar ser de suma importância que seja demarcado qual o bem jurídico protegido pelo delito, já que, nas palavras de Christian Laufer³⁰:

A importância da definição do bem jurídico do branqueamento, portanto, é essencial em dois sentidos. Em primeiro lugar, para que se possa averiguar a própria legitimidade da tipificação deste crime, pois na falta de um bem jurídico tutelado só se poderá concluir pela completa inconsistência da legislação diante do funcionalismo teleológico. Em segundo lugar, para definir o marco inicial da punibilidade pelo crime de lavagem, pois enquanto o agente não cria este novo risco a um bem jurídico penalmente relevante, sua atuação ainda não poderá ser considerada típica para fins de incidência da Lei n. 9.613/98. A conduta

²⁷ DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à lavagem de dinheiro. Teoria e prática**. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 33.

²⁸ CARLI, Carla Veríssimo di. *Op. cit.*, p. 111.

²⁹ *Ibidem*. p. 112.

³⁰ Laufer, Christian. *Op. cit.*, p. 101.

será, no máximo, classificável como um pós-fato impunível relativo ao crime antecedente.

E há quem acredite ser imputada a legitimidade do delito de lavagem de dinheiro? Este tema será tratado a seguir.

2.4. Sujeitos do Crime de Lavagem de Dinheiro

A partir de sua conceituação, o crime de lavagem de dinheiro caracteriza-se por ser um crime comum, já que pode ser praticado por qualquer pessoa, sem a necessidade de características especiais. Há hipóteses em que ele é praticado pelo autor do crime antecedente, conhecido como autolavagem. A respeito desse assunto, Badaró e Bottini³¹ explicam:

A lei brasileira não veda expressamente a *autolavagem*. E tal silêncio parece advogar pela possibilidade da *dupla punição*, sendo possível imputar à *mesma pessoa* a responsabilidade pela *lavagem de dinheiro* e pela *infração antecedente* caso tenha concorrido para ambos. Isso porque o *bem jurídico* protegido pela norma em comento (administração da Justiça) é, em regra, diferente daquele afetado pela infração anterior, e distinção material permite a punição em *curso material* sem que exista o *bis in idem*.

Possui o mesmo posicionamento o autor Marcelo Batlouni Mendroni³² quando dispõe:

O agente criminoso – sujeito ativo – pode ser qualquer pessoa que realize quaisquer das condutas previstas no *caput* do art. 1º, bem como nos seus §§2º e 3º. Há vezes em que quem pratica o crime é o mesmo autor do crime precedente, processando, ele mesmo, os ganhos ilícitos. Trata-se de crime dependente da configuração do anterior, mas autônomo, com condutas e punição distintas das previstas.

Porém, não se trata de uma conduta obrigatória. Nem sempre o autor do crime antecedente será o mesmo autor da lavagem de dinheiro. Essa já é a posição majoritária e adotada pela jurisprudência:

³¹ BOTTINI, Pierpaolo. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 63/64.

³² MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Op. cit.*, p. 76.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ART. 1º, INCISOS V E VII, DA LEI Nº 9.613/98. OPERAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL DESTINADA A AVERIGUAR SUPOSTAS ATIVIDADES ILEGAIS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, RELACIONADAS A MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS E BINGOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE PROVA DE PARTICIPAÇÃO EM CRIMES ANTECEDENTES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. (...) 2. (...) 3. (...) 4. (...).

5. O art. 1º da Lei nº 9.613/98 não requer prova de participação em crime antecedente específico para efeito de configuração do crime de lavagem de dinheiro. Precedentes do STF e do STJ.

6. Explícite-se: "[a] participação no crime antecedente não é indispensável à adequação da conduta de quem oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime, ao tipo do art. 1º, da Lei nº 9.613/98." (STJ, RMS 16.813/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ02/08/2004).

7. (...) 8. (...)

(HC 151279 RJ 2009/0206820-7, Relator(a): Ministra Laurita Vaz, Julgamento em: 15/12/2011, T5 – Quinta Turma, DJe 02/02/2012.

No caso de o crime ter sido praticado por uma empresa, por exemplo, como uma pessoa jurídica não pode ser incriminada, será responsabilizado seu representante ou diretor.

A esse respeito lembra Marco Antonio de Barros³³ que as pessoas jurídicas relacionadas às áreas de circulação de riquezas do País, ou seja, de áreas bancárias, financeiras, comerciais, entre outros, “estão submetidas a um rígido mecanismo de controle e punição administrativa mantidos por órgãos reguladores oficiais, tudo de acordo com o modelo preventivo ditado pela Lei de Lavagem brasileira”.

Nesse sentido Daniel da Silveira Menegaz³⁴ assegura:

Os indivíduos mais propensos a praticar lavagem de dinheiro são os traficantes, os contrabandistas, os políticos e administradores públicos, os empresários, os autônomos, os pequenos, médios e grandes investidores de diversos ramos, os banqueiros, as organizações criminosas, os delinquentes violentos, pela previsão como delito antecedente do crime hediondo de extorsão mediante seqüestro.

Ou seja, conforme ensina Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini³⁵,

(...) aquele que *oculta ou dissimula* bens ou produtos provenientes de *infração penal* (art. 1º, *caput*), realiza os atos de *mascaramento* descritos no §1º, ou

³³ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 58.

³⁴ MENEGAZ, Daniel da Silveira. **Lavagem de dinheiro**: os mecanismos de controle penal na justiça federal no combate à criminalidade. Curitiba: Juruá, 2012. p.67.

³⁵ BOTTINI, Pierpaolo. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 63/64.

utiliza os bens na atividade econômica ou financeira (§2º, I) será autor do delito de lavagem de dinheiro, desde que aja com dolo (...).

Em contrapartida, o agente descrito no artigo 1º, §2º, II³⁶ será considerado partícipe do delito de lavagem de dinheiro, já que apenas colabora, auxilia na prática delituosa.

A questão a respeito do sujeito passivo da lavagem de dinheiro é controversa na medida em que o bem jurídico também é, já que, conforme afirma Cezar Roberto Bitencourt³⁷, o sujeito passivo de um crime é o titular do bem juridicamente tutelado, podendo ser então o Estado ou a sociedade (a coletividade como um todo).

3. A ESTRUTURA DO TIPO LEGAL NO BRASIL

3.1. Tipo Objetivo

O tipo objetivo de qualquer delito trata da conduta propriamente dita, os passos que deverão ser realizados para que o crime seja consumado. No delito de lavagem de dinheiro, a primeira modalidade típica para realização da conduta de lavagem está disposta no *caput* do artigo 1º da Lei n. 9.613/98 e, a respeito dela, Sergio Fernando Moro³⁸ afirma:

O *caput* do art. 1º da Lei n. 9.613/98 veicula a conduta básica típica do crime de lavagem. Utiliza-se dos verbos “ocultar” ou “dissimular”, que seriam os equivalentes de “esconder” ou de “disfarçar”. São condutas que, de certa forma, se equivalem, com certas *nuances*, pois quem dissimula oculta, e quem oculta também dissimula. De todo modo, é apropriada a utilização dos dois verbos, para tornar o tipo mais abrangente e evitar dúvidas interpretativas.

Ao contrário de Sérgio Fernando Moto, Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini³⁹ caracterizam o ato de dissimular como sendo o ato posterior ao da

³⁶ § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros..

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002, p.163.

³⁸ MORO, Sergio Fernando. **O crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29.

³⁹ BOTTINI, Pierpaolo. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 63/64.

ocultação, ou seja, para eles, essas ações não se confundem, já que ocultar consiste em tirar de circulação, esconder e dissimular em afastar o bem da sua origem maculada.

O tipo penal descreve dois comportamentos distintos, aos quais se atrela a mesma pena. Trata-se de crime de *ação múltipla*, com *núcleos disjuntivos*, de forma que a realização de qualquer das condutas descritas concretiza a consumação. Inadmissível aqui o *concurso de delitos* nos casos em que o agente pratica as duas ações descritas no tipo penal no mesmo contexto e sobre os mesmos bens. As *ocultações* e *dissimulações* sequenciais, sobre o mesmo objeto – ou sobre aqueles resultantes de sua *transformação* ou *substituição* – caracterizam o mesmo *processo de lavagem de dinheiro*.

O delito descrito no *caput* do artigo 1º, portanto, trata de um crime de resultado, já que “ocultar e dissimular é, ao mesmo tempo, um comportamento e um resultado, uma ação e sua conseqüência. E ambos são elementos do tipo penal⁴⁰” nas palavras de Badaró e Bottini.

Este delito pode ser permanente (uma vez que o ilícito praticado pelo agente pode se prolongar no tempo e, por esse motivo, sua consumação pode se dar a qualquer momento ou etapa da lavagem) ou então o crime pode ser caracterizado como instantâneo de efeito permanente (se prolonga no tempo a ofensa ao bem jurídico, e não é o ilícito).

De qualquer forma, a lavagem de dinheiro prolonga no tempo seus efeitos, sendo importante diferenciar essa classificação, em virtude de que, se o crime for permanente, admite-se prisão em flagrante a qualquer tempo enquanto não cessar a permanência (súmula 145 do STF). “Portanto, mesmo que o agente tenha dado início à ocultação em momento anterior à entrada em vigor da Lei 9.613/98 (04 de março de 1998), responderá normalmente pelo crime do art.1º se a ocultação potrair-se no tempo após a vigência da lei de lavagem⁴¹”.

Não há dúvidas que o bem jurídico tratado no *caput* do artigo é a administração da justiça.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 66.

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial**. – 2. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. – (Coleção ciências criminais; 6/ coordenação Luiz Flavio Gomes, Rogério Sanches Cunha). p. 650/651.

Antes da reforma feita pela PL 209/03, existia um rol exaustivo de crimes antecedentes que seriam a porta de entrada para o delito da lavagem de dinheiro. Contudo, esse rol foi reformulado e, então, qualquer delito pode levar à prática de lavagem, tornando o artigo 1º um tipo aberto.

Os tipos objetivos seguintes (§§ 1º e 2º) são tidos como tipos subsidiários (já que o *caput* é considerado o tipo principal). O enfoque desse trabalho é sobre o parágrafo 2º, inciso I do artigo 1º. Por isso, tratar-se-á apenas dele daqui em diante.

Já, em primeira análise, é possível notar que nesse artigo não há a presença dos verbos “ocultar” ou “dissimular”, o que leva a crer que a mera utilização do produto proveniente do ilícito já configura o crime. Assim, fazendo-se uma interpretação restritiva do inciso I do artigo 1º, §2º, da lei de lavagem de dinheiro, Guilherme de Souza Nucci⁴² assegura que “*utilizar* (valer-se de algo para determinado fim) é a conduta, que se une à atividade econômica ou financeira, visando aos bens, direitos ou valores provenientes de crimes antecedentes”.

Porem, é necessário, além da análise objetiva do tipo, do estudo do elemento subjetivo que o compõe, o qual corresponde à vontade do agente, conforme se verá a seguir.

3.2. Tipo Subjetivo

3.2.1. Dolo Genérico E Sua Abrangência

A tipicidade, desde o finalismo, começou a fazer parte do elemento subjetivo dos delitos. Na hipótese do crime de lavagem, a tipicidade é formada por elementos subjetivos, ou seja, o dolo, já que não fora prevista pela legislação a forma culposa.

Rodrigo Leite Prado⁴³ explica que, em razão da ausência de previsão do tipo culposo, conclui-se que o dolo é, portanto, o dolo direito, compreendido na vontade

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** – 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 875.

⁴³ PRADO, Rodrigo Leite. Dos crimes: aspectos subjetivos. In: CARLI, Carla Veríssimo de; (Coord.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 225.

consciente da prática do delito. E, além disso, o autor apresenta dois desdobramentos do dolo direto, quais sejam: *cognoscitivo* e *volitivo*:

O aspecto *cognoscitivo* do dolo do crime de lavagem de dinheiro abarca tanto elementos descritivos, cuja compreensão dispensa maior esforço intelectual, quanto normativos, entre os quais figura a consciência de que o respectivo objeto material corresponde ao proveito de um dos crimes antecedentes relacionados nos incisos do artigo 1º da Lei nº 9.613/98. Dá-se que essa circunstância não pode ser apreendida pela mera atuação dos sentidos, pendendo de um juízo de valoração mental do agente sobre o significado típico e antijurídico do fato cujo produto se lhe apresenta para desvinculação da origem criminosa.

Já, com relação ao aspecto volitivo:

Compreende tanto a intenção que se exaure na realização do tipo objetivo (dolo direto de primeiro grau), quanto àquela que, conquanto se dirija a outra finalidade, pressupõe obrigatoriamente a concretização do tipo (dolo direto de segundo grau ou dolo de consequências necessárias⁴⁴).

Dessa forma, tem-se que o autor do delito deve ter conhecimento sobre a origem dos ativos, não necessitando saber de maiores detalhes. Ele deve apenas ter ciência da ligação dos bens, valores e direitos com o crime chamado antecedente, até porque, como explica o autor em sua obra, geralmente àquele que é dada a função de lavagem do dinheiro não é dada maiores informações acerca da operação (sobre a proveniência dos ativos por exemplo), ficando adstrito a sua competência uma das técnicas de lavagem explicadas acima. Além do mais, o conhecimento sobre a origem do bem deve ser anterior à conduta criminosa da lavagem.

No mesmo sentido, Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini⁴⁵ explicam que “por mais que uma pessoa seja responsável por determinada esfera de organização, somente será responsável pelos crimes de *lavagem* cometidos nesta seara se for demonstrada sua *relação psíquica* com aqueles fatos, o *conhecimento* dos elementos típicos e a *vontade* de executar ou colaborar com sua realização”.

Demonstra-se assim que o indivíduo apenas poderá ser processado pelo crime de lavagem de dinheiro se, efetivamente, demonstrou a intenção de fazê-lo, mesmo

⁴⁴ *Ibidem*, p. 227.

⁴⁵ BOTTINI, Pierpaolo. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 93.

que não tenha conhecimento de todos os detalhes, bastando saber que sua ação irá integrar o delito, “por isso, o dolo não se presume, mas se prova⁴⁶”.

Se não for demonstrado que o agente sabia o que estava fazendo, fica configurado erro de tipo que, por ser um erro sobre um elemento constitutivo do tipo legal, exclui justamente o dolo.

Além disso, é necessário demonstrar a capacidade do agente em entender o caráter ilícito de sua ação, sob pena de caracterizar erro sobre a ilicitude do fato, que possui o condão de isentar o agente da pena.

O dolo será demonstrado através de elementos objetivos (provas documentais, gravações e etc). Porém, devem ser interpretados em conjunto com a real vontade do agente. Somente dessa forma será comprovada a tipicidade. O elemento subjetivo em questão e seus desdobramentos serão abordados de forma mais aprofundada a seguir.

3.2.2. Dolo Eventual

Segundo o artigo 18, I do Código Penal, caracteriza-se o dolo eventual quando o agente age assumindo o risco de produzir o resultado. Parte da doutrina aceita a figura do dolo eventual em crimes de lavagem de dinheiro, como é o caso de Marco Antonio de Barros⁴⁷ que expõe que

Só se configura o crime de lavagem quando o sujeito ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimento ou propriedade de bens, direito ou valores, “sabendo” que são provenientes de uma infração penal primária (crime ou contravenção penal antecedente).

Sendo assim, o autor apenas aceita a presença do dolo direto como elemento objetivo formador da tipicidade, uma vez que exige que o agente saiba que o objeto da lavagem é proveniente de atividade criminosa. Badaró e Bottini⁴⁸ explicam em sua obra que a admissão do dolo eventual em determinado assunto é sempre pautado na presença ou não da expressão “deve saber” no texto legal. Por esse motivo também

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 62-63.

⁴⁸ BOTTINI, Pierpaolo. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 96.

acordam em não aceitar a presença do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro.

Contudo, alertam que:

Caso se admita o *dolo eventual* no âmbito da lavagem de dinheiro, algumas cautelas são necessárias. Antes de tudo, é fundamental notar que o *dolo eventual*, ainda que careça de *vontade de resultado* e da ciência plena da origem ilícita do bem, exige uma *consciência concreta* do contexto no qual se atua. Como ensina Roxin, não basta uma *consciência potencial, marginal, ou um sentimento*. É preciso mais: uma percepção clara das circunstâncias, uma compreensão consciente dos elementos objetivos que justifiquem a suspeita da ilicitude dos bens. Deve-se averiguar se o agente percebeu o *perigo* de agir, e se assumiu o risco de contribuir para um ato de lavagem. A mera imprudência ou desídia não é suficiente para o *dolo eventual*.

Porém, não se pode afirmar que apenas com a presença da expressão “deva saber” o dolo eventual restará configurado. No caso da lavagem de dinheiro, muito embora a expressão não faça parte do tipo, o seu silêncio a respeito ou não da aplicação desse elemento subjetivo será suprido pelo Código Penal, à luz do artigo 12 do referido texto legal que apregoa: “as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

Dessa forma, conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt⁴⁹:

Há *dolo eventual* quando o agente não quer diretamente a realização do tipo, mas a aceita como possível ou até provável, *assumindo o risco* da produção do resultado (art. 18, I, *in fine*, do CP). No dolo eventual o agente prevê o resultado como *provável* ou, ao menos, como *possível*, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo. *Assumir o risco* é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso esse venha efetivamente a ocorrer.

Importante frisar que dolo eventual é diferente de culpa consciente. Esse é o caso do agente que percebe algo errado com relação ao bem, mas ainda assim acredita veementemente que ele é lícito.

Em contrapartida, os mesmos autores⁵⁰ equiparam (após o preenchimento de alguns requisitos) o dolo eventual à *cegueira deliberada*, caso em que o agente sabe que, no campo no qual atua, há grandes chances da prática de ilícitos. Mas mesmo assim, toma medidas que o impedem de observar os fatos que lhe rodeiam. Como exemplo o doleiro que sabe que muitos de seus clientes podem fazer transações de

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.136.

⁵⁰ BOTTINI, Pierpaolo. BADARÓ, Gustavo Henrique *Op. cit.*, p. 98.

câmbios utilizando dinheiro sujo e, ao invés de tentar descobrir, cria mecanismos para que a origem dos valores não seja descoberta, para que assim não obtenha nenhuma informação a mais sobre os usuários. Os requisitos que precisam estar presentes são:

Em primeiro lugar, é essencial que o agente crie *consciente e voluntariamente* barreiras ao conhecimento, com a intenção de deixar de tomar contato com a atividade ilícita, caso ela ocorra. A desídia ou negligência na criação de mecanismos de controle de atos de lavagem de dinheiro não é suficiente para o *dolo eventual*. (...) há um segundo requisito: o agente deve *representar* que a criação das barreiras de conhecimento facilitará a prática de atos *infracionais penais* sem sua ciência. Assim, se o agente não quer conhecer a procedência dos bens, mas representa como provável sua origem delitiva, e ainda assim realiza a conduta, haverá *cegueira deliberada*.

Cesar Antonio da Silva⁵¹ defende o entendimento de que, para a lavagem de dinheiro:

Quanto ao *dolo eventual*, é difícil, senão impossível, de acontecer, porque, para que seja admitido, há que também admitir-se que o agente assuma o risco de produzir o resultado, mesmo não o querendo. E, em crime de “lavagem de dinheiro”, o resultado se verifica quando o agente quer e assume o risco de produzir o resultado. O resultado é esperado.

Contudo, quando da criação do projeto de lei 209/03, um dos pontos sobre o qual recairiam as mudanças pretendidas na lei, estava a possibilidade de admitir o dolo eventual, quando o agente agisse em consonância com o artigo 1º, §2º inciso I da lei de lavagem. É o que expõe Vladimir Aras⁵², em seu artigo denominada “Críticas ao Projeto da Nova Lei de Lavagem de Dinheiro”.

Abel Fernandes Gomes⁵³ acolhe a presença do dolo eventual quando afirma, para a configuração desse delito, é necessário, além da presença do dolo genérico, do elemento subjetivo especial. Veja-se:

Na hipótese vertente, desde que o sujeito conheça a origem ilícita dos bens, direitos e valores e dirija sua vontade no sentido de utilizá-los na atividade

⁵¹ SILVA, Cesar Antonio da. **Lavagem de dinheiro**: uma nova perspectiva penal – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 51.

⁵² ARAS, Vladimir. **Críticas ao projeto da nova lei de lavagem de dinheiro**. < <http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-docs/artigo-nova-lei-lavagem-dinheiro.pdf> > acesso em: 12/03/2013.

⁵³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. MORO, Fernando Sérgio. Organizadores. **Lavagem de dinheiro**: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 80.

econômica ou financeira ou assuma o risco dessa utilização, o ato que dá margem a isso consumará o crime.

O artigo será melhor abordado a seguir. Contudo, de forma resumida, pode-se explicar que se trata da oportunidade em que responde pelo crime de lavagem aquele que utiliza na utiliza na atividade econômica ou financeira o produto do crime.

Antes da mudança ocorrida na lei, o tipo penal era composto da expressão “que sabe serem”, o que excluía por completo a incidência do dolo eventual. Contudo, diante dessa supressão, o dolo eventual passou sim ser a admitido. Assim, aquele que utiliza o produto do crime nas sua atividade não precisa saber de onde veio o bem, direito ou valor. Basta ter uma desconfiança da sua origem ilícita.

Além disso, conforme os ensinamentos de Marcelo Batlouni Mendroni,

No dispositivo foi usado o vocábulo *utiliza* e não se manteve a expressão *para ocultar ou dissimular* a utilização (...). Então, esse “utilizar” pura e simplesmente – e de qualquer forma, sem mais se especificar o objeto – denota a dedução de possibilidade de conhecimento da origem⁵⁴.

Frisa-se que o agente desse artigo não almeja lavar o dinheiro (caso pretenda, incidirá no *caput* do artigo 1º, completando a terceira fase da lavagem, que é a integração do ilícito em atividade lícita). A pretensão pode até ser lícita, pois, como ensina Julio Fabbrini Mirabete⁵⁵, “o que ele quer é algo diverso, mas, prevendo que o evento possa ocorrer, assume assim mesmo o risco de causá-lo”,. Então, por exemplo, receber dinheiro pelo serviço que prestou suspeitando que esse pagamento foi feito com dinheiro “lavado” já configura o artigo 1º, §2º, I, já que a figura dolo eventual foi aceita nessa hipótese.

Os desdobramentos acerca do referido artigo serão abordados em capítulo próprio, a seguir.

4. LAVAGEM DE CAPITAIS E O PAPEL DO ADVOGADO

⁵⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Op. cit.*, p. 79.

⁵⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume 1**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 28 ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2012. – São Paulo: Atlas, 2012. p.127.

Em 18 de abril, foi aprovado o Projeto de Lei 209/03 pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, “objetivando tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro⁵⁶”. Essa reforma foi uma “exigência” do Gafi (Grupo de Ação Financeira com origem no G-7), que recomendou 40 medidas de combate à lavagem, além de outras 9 sobre o financiamento do terrorismo.

Dentre elas, exigiu-se que todo o profissional disposto no artigo 9º, parágrafo único, XIV da lei de lavagem de dinheiro, relate às autoridades quando seu cliente estiver chefiando atividades econômicas e financeiras com dinheiro advindo de alguma infração penal.

Capítulo V

Das pessoas Sujeitas ao Mecanismo de Controle” (NR)

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

(...)

Parágrafo único.

(...)

XIV – as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

- a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;
- b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;
- c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;
- d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;
- e) financeiras, societárias ou imobiliárias;
- f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais⁵⁷.

Percebe-se que, ao mencionar os serviços de assessoria, consultoria, contadoria e assistência, o artigo acaba por abarcar a figura do advogado. Devido à globalização e ao avanço nas técnicas de lavagem, está cada vez mais difícil identificar

⁵⁶ Senado Federal – Projetos e Matérias Legislativas
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=58211> Acesso em: 17/03/2013.

⁵⁷ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=24154>> Acesso em: 12 de maio de 2010.

os “lavadores”. Com isso, Rogério de Grandis⁵⁸ explica a razão pela qual o artigo 9º tentou abranger o maior número de profissionais possíveis.:

Quanto mais complexa a operação contábil e mais sofisticada a engenharia financeira, maiores as chances de impunidade. Daí a utilização, na maioria dos casos, dos sistemas financeiro internacional e dos serviços de profissionais provenientes das mais diversas áreas de conhecimento, os quais empregarão suas habilidades e conhecimentos técnicos à causa criminosa. Economistas, contadores, gerentes de instituições financeiras, notários e advogados têm sido utilizados por diversos grupos criminosos para conferir aparência de legalidade a condutas que, em verdade, embutem um ou mais delitos.

O exercício da advocacia é essencial à administração da justiça, (conforme preconiza o artigo 133 da Constituição Federal⁵⁹). Por essa razão é pautado por diversas prerrogativas conferidas desde a Constituição Federal, como o direito a liberdade profissional (voltada ao devido processo legal), o livre exercício da profissão, sigilo profissional, garantias processuais (como ampla defesa e não produzir provas contra si mesmo), dentre outros. Basicamente, a atividade da advocacia visa à proteção dos direitos fundamentais, tanto na atividade litigiosa como na atividade consultiva.

Além dos direitos assegurados ao advogado, há os direitos contemplados aos clientes, tais como o direito à ampla defesa, contraditório, escolha de defensor e defesa técnica. O Estatuto da Ordem dos Advogados também atribui prerrogativas aos advogados através de alguns artigos específicos:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia: (...)
II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.
Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. (...)
§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.
§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.
Art. 7º São direitos do advogado: (...)
II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; (...)
XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi

⁵⁸ GRANDIS, Rodrigo de. **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. Coordenadora Carla Veríssimo Di Carli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p.115/116.

⁵⁹ Art. 133 - O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei

advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional;

Sendo assim, percebe-se que se trata de uma conduta normal na vida da advocacia. O advogado está vinculado ao seu cliente, por esse motivo lhe é assegurado o sigilo profissional, na medida em que a relação do advogado e do cliente é pautada na confiança. Assim, o defensor, muitas vezes, fica sabendo de assuntos que podem incriminar seu cliente.

Ocorre que, como já fora dito, o artigo 9, parágrafo único, XIV obriga o advogado a denunciar a simples suspeita de envolvido do seu cliente em crime de lavagem de dinheiro, o que vai claramente de encontro com o sigilo profissional garantido pelo Estatuto da OAB. Nesse caso, é necessário que haja uma ponderação entre a medida e o fim a que se propõe o sigilo. Além do mais, quando o Estatuto proíbe que sejam revelados segredos de seus clientes, deve-se pensar nas limitações a que isso importa.

4.1. Advocacia Consultiva

O envolvimento do advogado com a lavagem de dinheiro deve ser interpretado sob duas perspectivas. A primeira relacionada à advocacia consultiva, e a segunda com a advocacia contenciosa, dependendo de sua atuação.

Na legislação europeia já foram incluídos dentre os deveres do advogado, o da comunicação às autoridades, caso perceba alguma atividade estranha do cliente, pertinente à lavagem de dinheiro, quando esteja apenas prestando uma assistência ou consulta. A razão dada a essa obrigação relaciona-se ao suporte que o advogado propiciará para eventual futura atividade de lavagem, pois, ao prestar assistência de como o cliente deve agir, ele estará dando instruções de como o dinheiro, bem ou valor, deverá ser lavado.

A consultoria ou assistência com esse fim está além do papel social do defensor. Por isso, mesmo que seja uma única consulta, ou então consultas mensais, todas demonstram evidentemente a assistência do advogado para futuras atividades criminosas de seus clientes. Se antes o advogado apenas estava envolvido quando

participava efetivamente da ocultação ou dissimulação, hoje e dia pode se responsabilizar apenas prestando uma simples consultoria.

Porém, é certo que existe uma maior dificuldade em incriminar a atuação do advogado quando se tratar apenas da atividade consultiva. É o que afirma Rodrigo Rios⁶⁰ em sua obra:

Na apreciação da atuação consultiva do advogado é possível constatar uma maior dificuldade em determinar a extensão e a eficácia das medidas preventivas do dever de vigilância e da comunicação de operações suspeitas. Quer nos parecer que, além da dificuldade em se comprovar a questão subjetiva quanto à origem ilícita do dinheiro do cliente, outras demandas naturais surgem por serem próprias da atividade. Assim, por exemplo, no âmbito do direito tributário, quais critérios devem ser usados para apartar a atuação legítima do profissional no aproveitamento do espaço livre do sistema, não regulado, daquele outro denominado de 'abuso de formas' (evasão fiscal, por exemplo)? As interrogantes são imediatas: até que ponto poderá alguém coibir alguém de consultar advogados? E quem ditará o conteúdo e estabelecerá critérios do conteúdo da consulta ilícita?

A atividade consultiva, para não ser criminalizada, deve ser pautada na boa-fé. Caso contrário, se o defensor, intencionalmente, não comunicar as atividades suspeitas que perceber, poderá responder na forma comissiva por omissão, uma vez que possuía o dever de informar sua desconfiança. O artigo 9, parágrafo único, XIV institui deveres de vigilância ao advogado. Assim, o defensor adquire a posição de garante, prevista no artigo 13, §2º, alínea "a" do Código Penal⁶¹, já que tem por lei a obrigação de vigilância.

Importante ressaltar que essa obrigatoriedade de delação de clientes não se dirige apenas ao advogado, e sim a qualquer profissional que preste serviço de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência (inclusive contadores e auditores, por exemplo). Observou-se que a política de prevenção não era efetiva apenas abarcando agentes financeiros, bancários e entes administrativos. Por isso, inclui-se a figura do advogado.

O objetivo dessa mudança na lei é justamente aplicar a política de prevenção, uma vez que se aposta que ninguém ira contratar um advogado para acompanhar suas

⁶⁰ SÁNCHEZ Rios, Rodrigo. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 293/294.

⁶¹ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.

transações sofrendo o risco de ser denunciado. Ainda, espera que a atividade do advogado seja justa e lícita. Por esse motivo, utilizar como argumento o princípio do livre exercício da atividade profissional não livrará o advogado da responsabilização pelo delito, pois, ao exercer a assistência ou consultoria, ele está agindo em consonância com seu dever, contudo, não está entre suas tarefas auxiliar na prática de um delito.

Sob outro prisma, está o advogado que recebe honorários advocatícios maculados, ou seja, provenientes da lavagem de dinheiro, envolvendo a advocacia contenciosa criminal. O artigo 1º, *caput*, da Lei 9.613/1998 pune o delito de ocultação, o §1º desse artigo pune a intenção de ocultar, ficando o §2º com a punição pela integração dos ilícitos provenientes da lavagem de dinheiro, consumando a terceira etapa da lavagem. Receber valores maculados como forma de pagamento da atividade prestacional do advogado é completar a etapa de integralização do dinheiro lavado.

4.2. Estudo sobre o artigo 1º, §2º, I da Lei 9.613/98 e a Advocacia Contenciosa

A partir dessas mudanças provocadas pela Lei nº 9.613/98, a redação do artigo 1º, §2º, I da Lei 9.613/98 passou a ser:

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.

(...)

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

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

O artigo descreve a conduta daquele que usa bens, direito ou valores provenientes de infração penal, em atividades econômicas ou financeiras, na busca de tentar prevenir a finalização das etapas da lavagem de dinheiro, ou seja, a integração. Trata-se de crime comum, comissivo e instantâneo.

Dentre as mudanças do Projeto de Lei 209/03, está a supressão da expressão “que sabe serem” do antigo dispositivo do artigo 1º, §2º, I: “I - utiliza, na atividade

econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo”.

Assim, o legislador estendeu o rol daqueles que podem responder pelo crime de lavagem em concurso de agentes com os “lavadores”. Assim, passou a abranger aquele que suspeita da atividade criminosa, mas mesmo assim aceita o valor ou bem na sua atividade econômica ou financeira.

Antes da eliminação da citada expressão, o artigo tinha como elemento subjetivo exclusivamente o dolo direto. Depois da supressão, passou a agregar a punição também pelo dolo eventual, visto que o advogado está assumindo o risco de praticar a lavagem de dinheiro quando aceita o dinheiro maculado como forma de pagamento. Mesmo que apenas suspeite da origem dos bens e valores. Dessa forma, o advogado que é patrocinado pelo dinheiro obtido através de um processo de lavagem de dinheiro incorre na conduta descrita pelo artigo, portanto responde pela mesma pena que seu cliente.

A fim de afastar a incidência desse artigo, ao ser procurado, o advogado que souber da origem ilícita dos valores a ele pago tem o dever de denunciar seu cliente ao sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro, como já fora dito anteriormente. Além disso, o defensor deve comunicar periodicamente as autoridades que não exerceu as atividades de consulta ou assessoria relacionadas à lavagem de dinheiro, pois, mesmo que não tenha contribuído, se percebeu alguma atividade suspeita e não delatou, poderá responder perante sua conduta omissiva (caracterizando a advocacia consultiva).

Conforme ensinou Marcelo Batlouni Mendroni⁶² em sua obra, na Europa as operações com valor superior a 15 mil Euros (em espécie ou não) envolvendo auditores fiscais, bancários, cassinos, vendedores de obras de arte, agentes imobiliários, comerciantes de artigos de luxo e advogados deverão ser notificadas:

Especificando, nos termos da Diretiva Européia, o advogado não pode “ensinar” ou “orientar” alguém a promover a prática de lavagem de dinheiro, que é crime. Mas, se for contratado para defender na justiça alguém que já praticou o delito e necessita de defesa técnica, nesse caso não só pode como deve manter o sigilo profissional a ele correspondido. Se for contratado para outra causa (cível, de

⁶² MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Op. cit.*, p. 234/235.

família) e houver operação suspeita envolvida, ele, o advogado contratado, deverá informar as autoridades dessa operação suspeita.

O mesmo posicionamento possuem os autores Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini⁶³ que afirmam:

Essa é, à primeira vista, a lógica da nova lei de lavagem de dinheiro brasileira. De sua redação se depreende, desde logo, que os advogados de *representação contenciosa* não são obrigados à *comunicação*. Sua atividade não se amolda àquela descrita no art. 9º, XIV e não poderia ser diferente, vez que o *direito de defesa* só pode ser efetuado diante da mais absoluta relação de *confiança e transparência* entre advogado e cliente, e a imposição ao primeiro *dever de comunicar* às autoridades qualquer suspeita de ilícito impede que o segundo exponha os fatos, documentos e impressões sobre sua situação em toda sua plenitude. E o *obscurantismo* daí advindo afeta o exercício da defesa, pois sem *informações confiáveis* não se constrói uma linha de argumentação coerente.

Contudo, entende-se que existe uma diferença pela prática adotada pelo Brasil. Aqui, mesmo que o cliente esteja respondendo por um processo de lavagem de dinheiro, se o advogado perceber que o dinheiro dos honorários foi pago com dinheiro “lavado”, deve denunciá-lo.

O fato de o advogado estar recebendo dinheiro maculado para chefiar a defesa do seu cliente traz à tona a terceira etapa da lavagem de dinheiro, a integração, em razão de o agente estar tentando aplicar em uma atividade lícita o dinheiro derivado da lavagem. Pretende-se evitar que essa reintegração seja feita, pois “uma vez ingressados os valores na prática lícita, torna-se difícil apurar quais valores têm origem na prática criminosa e quais decorrem dos lucros normais da atividade econômica legal”, conforme ensina José Paulo Baltazar Junior⁶⁴.

⁶³ BOTTINI, Pierpaolo. BADARÓ, Gustavo Henrique *Op. cit.*, p. 137.

⁶⁴ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**: abuso de autoridade – crimes contra a administração pública, a ordem tributária, a previdenciária social, as telecomunicações, o meio ambiente, o sistema financeiro nacional – crimes de responsabilidade de prefeitos – crimes nas licitações – crimes no estatuto do índio e no estatuto do estrangeiro – estelionato – genocídio – interceptação telefônica – invasão de terras da união – lavagem de dinheiro - moeda falsa – organização criminosa – preconceito ou discriminação – quadrilha ou bando – tortura – trabalho escravo – tráfico transnacional de armas, drogas, crianças e pessoas. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 827.

Quando se trata da incidência do parágrafo 2º, inciso I da lei de lavagem, que possui a meta política de impedir que o lavador integre o dinheiro “lavado”, três são as soluções apontadas.

A primeira reside na hipótese de ausência de tipicidade objetiva, já que o advogado apenas está cobrando pelo serviço prestado, exercendo o seu papel social. Para a doutrina, ainda que ele saiba do caráter ilícito dos honorários recebidos, sua conduta será neutra, “aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais”, conforme ensina Rodrigo Rios⁶⁵.

Assim, no entendimento de Rodrigo Rios, o recebimento de honorários advocatícios que possam ser maculados é lícito, pois decorre das prerrogativas de atuação do defensor receber por seus serviços. O advogado não recebe os honorários porque quer ocultar ou dissimular o valor recebido, portanto sua conduta é neutra, é atípica.

Rodrigo Rios⁶⁶ ainda acrescenta:

Essa análise conduzirá à conclusão de que somente o ‘recebimento’ (no caso, de honorários maculados) revelador do efeito de ocultação ou dissimulação poderia ser elevado à categoria de conduta típica, sempre e quando esse ato viesse a contribuir com a consolidação das vantagens econômicas do delito prévio. As condutas neutras serão típicas apenas se implicarem “ocultação ou dissimulação”, estando revestidas de atipicidade quando constituam um mero ato de consumo, independentemente de configurar uma transformação do objeto. Parece evidente, em tese, que o pagamento de honorários com dinheiro de origem delitiva ao advogado implica um ‘ato de transformação do dinheiro em serviços profissionais do defensor’, não gerando por si só ‘ocultação ou dissimulação de sua origem nem consolidação da capacidade econômica daquele que o entrega, pois, em princípio, permanece nos limites do risco permitido à atividade profissional respectiva.

Entretanto, aceitar o dinheiro “lavado” como forma de pagamento facilita a conduta delitiva do cliente. Por esse motivo, o advogado pode ser sim considerado cúmplice.

Em contrapartida aos ensinamentos de Rodrigo Rios, argumenta-se que alegar a ausência do tipo objetivo não cabe para autor do crime, e sim apenas para partícipe. E, no caso do advogado que recebe honorários maculados, ele se iguala ao autor da

⁶⁵ SÁNCHEZ Rios, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 151.

⁶⁶ *Ibidem.* p. 190/191.

lavagem de dinheiro e torna-se impossível estender aos autores o aporte banal neutral ensinado pelo doutrinador, pois assim o artigo perderia sua aplicabilidade.

Ainda, alega-se que, ao receber o dinheiro lavado, o advogado está agindo sob a égide do exercício regular de direito (artigo 23, III, do Código Penal⁶⁷) que, nas palavras de Rogério Sanches Cunha⁶⁸, “compreende ações do cidadão comum autorizadas pela existência de direito definido em lei e condicionada à regularidade do exercício desse direito”.

Porém, indaga-se: existe um direito fundado na livre atividade de receber dinheiro sujo? É atividade profissional auxiliar na ocultação ou dissimulação de bens ilícitos? Ressalta-se ainda que é exigível que o agente saiba que está praticando o fato no exercício regular de direito. Diante da exigência desse conhecimento, pode ser alegada a ausência de tipo subjetivo quando o advogado não sabe, nem desconfia, que seu pagamento é produto do crime. Caso que preconiza Bottini e Badaró como⁶⁹ :

Pelas regras legais, se o agente *desconhece* a procedência *infracional* dos bens, faltar-lhe-á o dolo da prática de *lavagem*, e a conduta será *atípica* mesmo se o erro for *evitável*, pois não há previsão da *lavagem culposa*. Assim, se o agente não percebe a origem infracional do produto por descuido ou imprudência, não pratica *lavagem*, respondendo penalmente o terceiro que determinou o erro, se existir (§2º, do art. 20).

Não há dúvidas de que o advogado deve ser responsabilizado se contribuir para qualquer tipo de crime. Diante de tantas problemáticas, uma das soluções seria garantir ao acusado de lavagem de dinheiro apenas a figura do advogado dativo, já que a probabilidade do suspeito do crime de lavagem de dinheiro utilizar o dinheiro maculado para chefiar sua defesa é grande. Porém essa saída não estaria violando direitos fundamentais do acusado?

4.2.1. O sigilo profissional do advogado e o direito à ampla defesa do acusado

⁶⁷ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

⁶⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos**. 4ª Ed. rev. ampl. E atual – Salvador: Editora Juspodivm. 2011.p.61.

⁶⁹ BOTTINI, Pierpaolo. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 94/95.

Com o objetivo de enumerar os direitos que todos os seres humanos possuem, foi criada, em 1948, a Declaração dos Direitos Humanos, cujo artigo XI, n.1, trata do princípio da ampla defesa, quando afirma: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”.

Ensina Valdir Sznick⁷⁰ que um dos direitos do cidadão é o de ser processado, mas em contrapartida também é seu direito ter uma ampla e efetiva defesa. O direito à ampla defesa está amparado no artigo 5º, incisos LIV e LV (*LIV* - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; *LV* - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes). Além disso, é assegurado também no artigo 8º, do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Coaduna-se também com a ampla defesa o direito de o acusado poder escolher quem irá patrocinar sua defesa. Dessa forma, ao sugerir que o acusado de lavagem de dinheiro seja assistido apenas por advogado dativo, está negando-se a ele o direito à defesa total defendida pelos instrumentos citados.

Foi o que decidiu o Ministro Celso de Mello⁷¹, na decisão do HC 101393/MT:

O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade de escolha traduz, no plano da *'persecutio criminis'*, específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição. Cumpre ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro Advogado. Antes de realizada essa intimação - ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado - não é lícito ao juiz nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu.

Dentre os que defendem a imposição de advogado dativo ao acusado está a Procuradora do Ministério Público de São Paulo, Luiza Nagib Eluf que, além de sustentar a possibilidade de haver um congelamento dos bens do acusado até o final do processo, isso o impossibilitaria de contratar um advogado particular.

⁷⁰SZBICK, Valdir. **Liberdade, Prisão cautelar e temporária**. 2.ed. Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA. 1995. p.139.

⁷¹ STJ, HC 101393 MT, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 06/11/2009, DJe- <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5621304/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-101393-mt-stf>>. Acesso em: 07/03/2013.

A Procuradora ainda concorda com o posicionamento da lei ao defender que, caso sejam claras as evidências da origem ilícita do dinheiro pago pelos honorários advocatícios, deve o advogado recusar-se ao patrocínio da causa, sob pena de incidir no mesmo tipo penal. Sobre o assunto expôs:

A assistência judiciária, custeada pelo Estado e que trabalha muito bem, existe exatamente para atender aos réus que não tem defensor constituído. Não há nenhum cerceamento de defesa em ter um advogado dativo ou fornecido pelo Estado. Com a grande maioria dos acusados funciona exatamente assim e nenhum deles foi declarado indefeso por essa razão⁷².

Com relação à obrigação atribuída ao advogado de denunciar qualquer atividade suspeita de seus clientes, o Estatuto da Ordem dos Advogados é claro ao inserir em seu artigo 7º, inciso XIX, a seguinte redação:

Art. 7º - São direitos do advogado: (...) XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional.

Dessa forma, na letra da lei, fica claro que obrigar o advogado a denunciar seu cliente (caso perceba alguma ilicitude) contraria o dispositivo do Estatuto.

Acerca desse assunto, Marcelo Batlouni Mendroni⁷³ defende a ideia de o sigilo profissional não ser absoluto e depender sempre da análise dos dados externos, do caso concreto.

O direito de sigilo profissional, como qualquer outro direito, não pode ser absoluto. Não é possível interpretar, nesses casos, que o advogado não possa ou não deva, “por dever de sigilo profissional” recusar-se a prestar informações a respeito de “qual a Causa” que defende, e “quem” é ou quem são os seus clientes. O sigilo profissional do advogado é evidentemente inerente ao âmbito do teor do processo, e não aos dados exteriores a ele relativos.

⁷² ELUF, Luiza Nagib. **Honorários em foco**: Advogado deve deixar caso pago com dinheiro ilícito. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-abr-16/advogado_deixar_pago_dinheiro_ilicito>. Acesso em 12/03/2013.

⁷³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **A participação dos advogados nos crimes de lavagem de dinheiro**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3388>. Acesso em 01 de abril de 2013.

Rodrigo Sánchez Rios⁷⁴ afirma que “não poderá o advogado figurar na política de prevenção como agente colaborador quando atue no estrito cumprimento de sua profissão, praticando atos próprios dela”, ainda:

Com esse fim, sempre no plano preventivo, o GAFI sugere a imposição ao advogado do dever de vigilância e comunicação de operações suspeitas dos seus clientes (recomendação n.12, *d*, e n.16). Entretanto, a própria recomendação n.16⁷⁵ desobriga o profissional de comunicar as informações que obteve em situações sujeitas a segredo profissional ou cobertas por um privilegio profissional de natureza legal, leia-se, decorrentes de sua atuação profissional⁷⁶.

Percebe-se que há situações em que o sigilo profissional deve ser efetivamente respeitado. Porém, quando se trata do delito de lavagem de dinheiro, esse direito deve ser mitigado, tendo em vista que ocultar o conhecimento de uma atividade ilícita não compõe os deveres jurados pelo advogado.

5. CONCLUSÃO

O crime de lavagem de capital tem como grande impulsionador o processo de globalização e internacionalização do setor financeiro (muito embora tenha colaborado com a celeridade e segurança das transações, acabou facilitando o processo da “lavagem”). Conceitua-se lavagem de dinheiro como sendo o “processo de legitimação de capital espúrio, realizado com o objetivo de torná-lo apto para uso, e que implica, normalmente, perdas necessárias” – uma definição de Carla Verissimo de Carli⁷⁷.

⁷⁴ SÁNCHEZ Rios, Rodrigo. A política criminal destinada à prevenção e repressão da lavagem de dinheiro: o papel do advogado e suas repercussões. *In* **Direito Penal Econômico**. Análise Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 285.

⁷⁵ “Compete a cada país determinar as matérias sujeitas a segredo profissional ou cobertas por um privilegio profissional de natureza legal. Normalmente tais matérias abrangeriam as informações dos advogados (...) recebem ou obtêm dos seus clientes quando apreciam sua situação jurídica ou quando os defendem ou os representam, no âmbito de processos judiciais, administrativos, de arbitragem ou de mediação”.

⁷⁶ SÁNCHEZ Rios, Rodrigo. A política criminal destinada à prevenção e repressão da lavagem de dinheiro: o papel do advogado e suas repercussões. *In* **Direito Penal Econômico**. Análise Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 287/288.

⁷⁷ CARLI, Carla Verissimo de. **Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso**. São Paulo: Editora Verbo Jurídico, 2008. p. 135.

São três as etapas do processo de lavagem de dinheiro. A fase inicial compreende a chamada ocultação, em que ocorre a separação dos ativos ilícitos de sua fonte. A segunda é a dissimulação em que há a criação de camadas de transação a fim de distanciar ainda mais os fundos da sua origem ilegal. Por fim, a integração, quando os fundos retornam à atividade de forma lícita.

Essa etapa da integralização é perfeitamente visualizada na incidência do artigo 1º, §2, inciso I da Lei 9.613, diante da conduta daquele que usa na atividade econômica e financeira, bens, direitos ou valores provenientes de atividade ilícita. Enquadra-se nessa conduta a atividade do advogado que recebe, a título de honorários advocatícios, dinheiro maculado. Assim, conforme dispõe o este artigo, diante dessa hipótese, o advogado responderá em conjunto com o lavador pelo delito disposto no *caput* da Lei 9.613/98.

Para que a atividade do advogado seja enquadrada no *caput* do artigo 1º, é preciso que ele receba os honorários advocatícios com a finalidade de ocultar ou dissimular a origem ilícita do recurso. A mera cobrança de honorários pelo serviço prestado faz incidir o parágrafo 2º, inciso I da lei de lavagens.

A fim de descaracterizar que a finalidade dos honorários advocatícios é ocultação de proventos ilícitos, é necessário demonstrar em juízo a ausência do elemento subjetivo diverso do dolo, ou seja, confirmar a falta de intenção do advogado em participar da lavagem. É o que também afirma os autores Badaró e Bottini⁷⁸:

Em outras palavras, o *beneficiário* do capital sujo, que não intenciona dar continuidade na *ocultação*, mas apenas o usa em proveito próprio, por exemplo, para a compra de bens de consumo, não pratica o crime do §2º, I, ou qualquer outro previsto na lei em comento porque o *bem jurídico administração da Justiça* não foi objeto de afetação por aquele comportamento, ainda que tenha sido lesionado por atos anteriores de lavagem de dinheiro.

O Projeto de Lei 209/03, dentre outras mudanças, modificou o teor do artigo e, dessa forma, passou a prever a presença não só do dolo direto, como do dolo eventual. Assim, basta saber ou desconfiar que o dinheiro é maculado, para que seja caracterizada a vontade do advogado em ocultar. Pois, uma vez que saiba da origem dos valores, se não denunciar, é porque aceitou fazer parte do delito.

⁷⁸ BOTTINI, Pierpaolo. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 113/114.

É o que afirma Abel Fernandes Gomes⁷⁹,

Na hipótese vertente, desde que o sujeito conheça a origem ilícita dos bens, direitos e valores e dirija sua vontade no sentido de utilizá-los na atividade econômica ou financeira ou assumo o risco dessa utilização, o ato que dá margem a isso consumará o crime.

A atividade jurisdicional do advogado pode ser dividida em advocacia consultiva e advocacia contenciosa. A advocacia consultiva consiste na assistência dada pelo advogado ao seu cliente. Até mesmo essa conduta pode ser criminalizada pelo delito de lavagem de dinheiro, uma vez que o artigo 9º, parágrafo único, XIV da Lei 9.613, obriga uma série de profissionais, dentre eles o advogado, a denunciar às autoridades, qualquer indicio de prática de lavagem de dinheiro.

Espera-se que, com a iniciativa da denúncia, o delito de lavagem não venha a ocorrer. Assim, diminua a incidência desse delito no País. Contra esse posicionamento defende-se o sigilo, a liberdade e o exercício profissional da advocacia. Porém, não se pode negar que auxiliar no desenvolvimento de um delito não corresponde a nenhuma dessas garantias asseguradas tanto pelo Estatuto da OAB, quanto pela Constituição Federal.

Quando se fala da advocacia contenciosa, aborda-se a ideia do recebimento de honorários maculados e qual deve ser o papel do advogado diante dessa prática. O profissional, ao receber pelo serviço prestado, está exercendo o seu direito. Contudo, pode estar agindo de forma típica, uma vez que está utilizando o produto do crime e colocando-o de volta ao mercado, de forma lícita (exatamente o teor da conhecida terceira fase da lavagem de dinheiro). Por essa razão pode vir a ser responsabilizado na forma do artigo 1º, §2º, I da citada Lei.

A solução apontada pela Procuradora de São Paulo, Luiza Nagib Eluf, parece ser a mais correta. Pois, ao congelar os bens do acusado do delito de lavagem de dinheiro, está se prevenindo que ele os utilize para chefiar sua defesa.

Porém, deve ser dada a ele a chance do advogado particular, caso tenha condições de arcar mesmo com o produto da lavagem de dinheiro retido. Caso não

⁷⁹ BALTAZAR JUNIOT, José Paulo. MORO, Fernando Sérgio. Organizadores. **Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 80.

tenha, o advogado dativo suprirá tranquilamente essa falta. Dessa forma, nenhuma prerrogativa do cliente, ou do advogado será violada.

Por ser um tipo penal considerado novo (a tipificação penal, e não a prática delituosa), as questões interpretativas ainda não estão consolidadas. E, nas palavras de Sergio Fernando Moro⁸⁰, “somente com o incremento do número de casos julgados é que haverá o aprofundamento da compreensão e da interpretação da lei de lavagem de dinheiro”.

O que se pretende é evitar que o lavador utilize o produto do crime a seu favor, pois, uma vez adquirido ilicitamente, será ilegal e, portanto, não poderá ser utilizado. Cabe ao advogado a tarefa de fazer justiça e não aceitar, como pagamento pelo seu trabalho, produto ilícito e maculado. Essa prevenção adotada pela lei consiste numa forma de o advogado preservar e valorizar seu trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

100 Casos de Lavagem de Dinheiro Grupo de Egmont – FIUs EM AÇÃO: Compilação de 100 casos simplificados, descrevendo os sucessos e momentos de aprendizagem na luta contra a lavagem de dinheiro. Disponível em <https://www.coaf.fazenda.gov.br/downloads/100_Casos.pdf> Acesso em 14/03/2013.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 8 ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

ARAS, Vladimir. **Críticas ao projeto da nova lei de lavagem de dinheiro**. Disponível em: <<http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-docs/artigo-nova-lei-lavagem-dinheiro.pdf>> acesso em: 12/03/2013.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**: abuso de autoridade – crimes contra a administração pública, a ordem tributária, a previdenciária social, as telecomunicações, o meio ambiente, o sistema financeiro nacional – crimes de responsabilidade de prefeitos – crimes nas licitações – crimes no estatuto do índio e no estatuto do estrangeiro – estelionato – genocídio – interceptação telefônica – invasão de terras da união – lavagem de dinheiro - moeda falsa – organização criminosa – preconceito ou discriminação – quadrilha ou bando – tortura – trabalho escravo – tráfico

⁸⁰ MORO, Sergio Fernando. **O crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15.

transnacional de armas, drogas, crianças e pessoas. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas:** com comentários artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado.** 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. **Lavagem de dinheiro.** 2ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** legislação pena especial, volume 4 – 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARLI, Carla Veríssimo di. **Ideologia da criminalização e análise do discurso.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos.** 4ª Ed. rev. ampl. E atual – Salvador: Editora Juspodivm. 2011

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **Lavagem de dinheiro:** prevenção e controle penal. Coordenadora Carla Veríssimo Di Carli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

ELUF, Luiza Nagib. **Honorários em foco:** Advogado deve deixar caso pago com dinheiro ilícito. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-abr-16/advogado_deixar_pago_dinheiro_ilicito>. Acesso em 12/03/2013.

JUNIOR, Jose Paulo Baltazar; MORO, Sergio Fernandes. **Lavagem de Dinheiro.** Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007

LAUFER, Christian. **Da lavagem de dinheiro como crime de perigo.** Curitiba, 2012. p. 101. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial**. – 2. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. – (Coleção ciências criminais; 6/ coordenação Luiz Flavio Gomes, Rogério Sanches Cunha).

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENEGAZ, Daniel da Silveira. **Lavagem de dinheiro**: os mecanismos de controle penal na justiça federal no combate à criminalidade. Curitiba: Juruá, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume 1**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 28 ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2012. – São Paulo: Atlas, 2012.

MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** – 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório. *In Revista dos Tribunais*, ano 96, vol. 860, p. 438, junho de 2007.

PRADO, Rodrigo Leite. Dos crimes: aspectos subjetivos. *In*: CARLI, Carla Veríssimo de; (Coord.). **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

SÁNCHEZ Rios, Rodrigo. **Direito penal econômico**: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010.

Senado Federal – Projetos e Matérias Legislativas
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=58211>
Acesso em: 17/03/2013.

SILVA, Cesar Antonio da. **Lavagem de dinheiro**: uma nova perspectiva penal – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Lavagem de dinheiro**: comentários à Lei 9.613/98. 1ª ed., 3ª tir. – Curitiba: Juruá, 2003.

STJ, HC 101393 MT, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 06/11/2009, DJe- <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5621304/medida-cautelar-no-habeas-corporus-hc-101393-mt-stf>. Acesso em: 07/03/2013.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Direito penal econômico e crimes contra o sistema financeiro nacional**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.