

### VII. CRIMINAL COMPLIANCE: AÇÕES NEUTRAS NA ADVOCACIA

#### CRIMINAL COMPLIANCE: NEUTRAL ACTION IN ADVOCACY

Emily Garcia\*

Felipe Lourenço Mendes\*\*

Recebido em: 14/11/2017
Aprovado em: 15/12/2017

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar os deveres de *compliance*, na nova lei de lavagem de dinheiro, em relação à advocacia. Apresentando-se como objeto da pesquisa a verificação de sua constitucionalidade, em detrimento ao dever de sigilo inerente ao advogado, o qual possui previsão tanto legal quanto constitucional. Para tanto, utilizou-se como método de pesquisa a análise bibliográfica e jurisprudencial. Assim, em um viés da teoria da imputação objetiva, no referente às ações neutras do profissional liberal como forma de se afastar a imputação por participação, busca-se salvaguardar constitucionalmente sua atuação profissional de forma a respeitar o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, tem-se a exigência dos deveres de *compliance* ao advogado na defesa de seu constituinte como inconstitucional, visto que na colisão entre o interesse estatal, na persecução penal, e o do advogado, na defesa de seu cliente, deve prevalecer este último, como forma de se assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Compliance*. Inconstitucionalidade. Advocacia. Lavagem de Dinheiro.

**ABSTRACT:** The present article intends to analyze the compliance duty fronts the new money laundering law in relation to advocacy. Presents as the object of research the constitutionality over to confidentiality duty inherent to the lawyer, which has both legal and constitutional provision. Therefore, it was used as a research method bibliographic and jurisprudential analysis. So, on a theory of objective imputation bias as regards to neutral actions of the money laundering professionals as a way to ward off charges for participating in which is included the lawyer, seeking to safeguard constitutionally their professional activities in order to respect the contradictory and legal defense. In this sense, there is the requirement of compliance duties to the lawyer in defense of his constituent as unconstitutional, since the collision between the state interest in the criminal prosecution, and the lawyer defending his client, should prevail is the last, as a way of ensuring the principles of the contradictory and legal defense.

**KEYWORDS:** Compliance. Unconstitutionality. Advocacy. Money Laundering.

\*Mestranda em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina, Paraná. Especialista em Filosofia Política e Jurídica, UEL. Bacharel em Direito, PUC-PR. Advogada.

\*\* Especialista em Direito, pela FEMPAR-PR. Bacharel em Direito, pela UENP. Advogado.

### INTRODUÇÃO

O Direito Penal, na atualidade, passa por um processo de expansão, em que o Estado reconhece sua limitação como forma de controle da criminalidade e decide por transferir determinadas responsabilidades ao setor privado por meio dos chamados deveres de *compliance*, os quais consistem, em linhas gerais, em determinados padrões de normas e comportamentos que devem ser observados com o fim de prevenção da criminalidade.

A lei de lavagem de dinheiro, que passou por recente alteração em 2012, prevê o sistema de *compliance*, o qual se estende aos profissionais liberais, entre os quais se discute sua aplicação ao advogado. O advogado em seu *mínus* possui dever de sigilo no que concerne ao atendimento de seu cliente e sua defesa. Desse modo, tem-se o conflito entre o dever de sigilo dos advogados e os deveres de *compliance* que a lei de lavagem de dinheiro prevê. Não há dúvidas da importância do *compliance* para a prevenção da criminalidade, entretanto esta colide com o papel do advogado, o qual, com observância ao sistema acusatório, possui o papel de defesa dos direitos de seu constituinte.

Assim, o Direito Penal assume a função de prevenção de riscos com a finalidade de proteção de bens jurídicos. Todavia, tal fim não pode reduzir as garantias e os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, pois acima do Direito Penal se encontra a Constituição Federal, a qual deve servir de base para todas as demais leis infraconstitucionais.

Desse modo, tendo em vista o conflito existente entre o dever do *compliance officer* de relatar qualquer irregularidade à autoridade competente e o dever (e prerrogativa) do advogado de sigilo profissional, o presente artigo, em uma análise constitucional do Direito Penal, busca analisar a (in) constitucionalidade dos deveres de *compliance* no referente à advocacia.

### 1 SISTEMA DO *CRIMINAL COMPLIANCE*

Em face da complexidade dos crimes na atualidade, principalmente no que tange ao rastreamento da origem de bens a fim de identificar uma possível natureza delituosa, o direito penal desenvolve novos meios de apurar sua persecução, entre eles o instituto do *Criminal Compliance*.

*Criminal Compliance* é um termo de raiz inglesa, que seu cerne advém do termo *comply*, ou em português, “colaborar”, “executar”, “satisfazer”, “realizar o que foi imposto”. Sugestivo ao significado da terminologia, no direito penal, nada mais é do que a participação ou colaboração das empresas, de iniciativa tanto pública quanto privada, no auxílio à investigação e prevenção de ilícitos.<sup>1</sup> Tal assistência ao Poder Público se dá com a observância às leis que regem a natureza da instituição, como também com a adesão de políticas internas para se evitar práticas ilegais, nesse mesmo sentido:

[...] quando se fala em *compliance*, automaticamente se quer referir aos sistemas de controle internos de uma instituição que permitam esclarecer e dar segurança àquele que se utiliza de ativos econômico-financeiros para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que podem culminar em desfalques, não somente à instituição, como também, aos seus clientes, investidores e fornecedores.<sup>2</sup>

Em linhas gerais, representa a adoção de, entre outras medidas, transparência às práticas e sistemas corporativos, de modo que venham facilitar a comunicação no caso de suspeita, ou evidência, da utilização da empresa para fins ilícitos, seja por atos praticados por clientes, como por colaboradores, diretores ou demais agentes.

Entre os anos de 1933 e 1950, o governo norte-americano, ciente da utilização de imóveis para mascarar frutos do crime organizado, editou uma série de normas que visavam, principalmente, monitorar, acompanhar e proteger o mercado imobiliário e de títulos, entre tais medidas, a criação da SEC – *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Troca e Valores Imobiliários).

No ano de 1960, inicia-se a “Era Compliance”. A SEC começa a reclamar a contratação de *Compliance Officers* a fim de que criem procedimentos internos de controle, treinem e capacitem funcionários, com o objetivo de monitorar, auxiliar e supervisionar nas áreas de negociação.<sup>3</sup> De modo geral, *compliance officers* são profissionais responsáveis pela implementação, gerência e fiscalização tanto das práticas de *compliance* objetivo, como

<sup>1</sup>FEBRABAN. ESTUDO SOBRE A FUNÇÃO DE COMPLIANCE. Disponível em: [http://www.febraban.org.br/Acervo1.asp?id\\_texto=324&id\\_pagina=81&palavra=compliance](http://www.febraban.org.br/Acervo1.asp?id_texto=324&id_pagina=81&palavra=compliance) Acesso em: 13 jun. 2015

<sup>2</sup>BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance. Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. São Paulo: QuartierLatin, 2014. P. 75.

<sup>3</sup>Ibid idem.

subjetivo. O primeiro (*compliance* objetivo), referente às obrigações imputadas pela lei às empresas, escritórios e demais órgãos, enquanto o segundo (*compliance* subjetivo), trata-se de estipulações criadas pelos próprios diretores e responsáveis, a fim de garantir a satisfação do texto legal.

Sua função, portanto, jaz desde a elaboração de planos e estratégias, com a finalidade de evitar práticas de ilícitos e diminuir os riscos, até garantir que não haja ações ou omissões por parte de quaisquer dos membros da empresa. Nesse sentido:

Inicialmente, editou-se um pacote de medidas legais. O *bankSecrecyAct* de 1970 passou a exigir dos bancos e de outras instituições financeiras a comunicação das transações em espécie (*cash*) superiores a US\$ 10,000 (dez mil dólares norte-americanos), a serem feitas através dos chamados “CTR” (*CurrencyTransactionReport*). O objetivo dessa legislação era combater a lavagem de dinheiro e outros crimes financeiros, ao exigir das instituições financeiras a criação de “rastros” para o dinheiro (*papertrail*).<sup>4</sup>

O mundo vislumbrou a fragilidade do sistema norte-americano no ano de 1974, quando o caso Watergate veio à tona. O acontecimento consistiu no desmantelamento da artimanha utilizada pelo então presidente Richard Nixon a fim de implantar escutas telefônicas no edifício Watergate, onde se localizava o Comitê Nacional do Partido Democrata, partido de oposição ao de Nixon. Garganta Profunda foi o apelido ao informante do caso, o qual sugeriu que o dinheiro de campanha deveria ser rastreado, que deixaria um “traço”. Anos depois o caso foi aos cinemas no filme “Todos os homens do presidente” (*All the President’s Men*), no qual o delator utiliza a frase “*Follow the Money*” (siga o dinheiro), para que os investigadores desvendassem as fraudes cometidas. A frase utilizada no filme deu origem à expressão conhecida mundialmente na persecução do dinheiro proveniente de ilícitos.

A implementação pelas corporações de sistemas de *Compliance*, em âmbito global, cresceu na medida em que houve um expansionismo do direito penal e, em muitos sistemas jurídicos, uma coerção estatal, a qual se observa no Brasil, em casos de descumprimento com

<sup>4</sup>CARLI, Carla Veríssimo De. Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. P. 86

as exigências legais da atuação colaborativa com os órgãos responsáveis. Conforme Carla Veríssimo De Carli, a maior repressão penal aos ilícitos empresariais individuais e coletivos é que vem fazendo com que o *Criminal Compliance* se erga como fenômeno mundial e uma tendência nos organogramas dos modelos empresariais da atualidade.<sup>5</sup>Nesse sentido:

No que diz respeito ao direito penal, a complexidade das relações sociais e os processos de globalização permitiram o surgimento de práticas delitivas transnacionais. Este novo cenário sobre o qual se passou a exigir do direito penal econômico uma nova roupagem de suas categorias como tipo objetivo, dolo, causalidade, concurso de pessoas, etc., também exigiu que fossem objeto de estudo determinados deveres de informação e de atuação sobre certos agentes, quando se tratar de relações de mercado e práticas de transação econômica.<sup>6</sup>

A adesão, portanto, deixa de ser meramente facultativa e passa a ser obrigatória, tanto pela face normativa, quanto pela imposição de parâmetros internacionais. Desse modo, levando-se em consideração o caráter de muitos delitos na atualidade, para os quais não há limites de fronteiras, a observância do criminal *compliance* apresenta-se como uma tendência empresarial universal. Assim, sua observância emerge a imagem de qualidade e ética corporativa, que é coercitiva não meramente aos diretores das corporações, mas a seus sócios e colaboradores da mesma maneira.

## 2 CRIMINAL COMPLIANCE NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A partir do século XX, com o crescente advento da globalização, não só as barreiras das comunicações e transportes tomaram caráter transnacional, como também o diâmetro da abrangência dos crimes e suas formas de ocultação.

O crime organizado se utiliza de diversas facetas de modo que venha a mascarar não unicamente seus reais líderes, como sua própria existência. Diante do cenário mundial, de suma importância se faz estudar as formas de prevenção do ilícito.

<sup>5</sup>CABETTE, Eduardo Luiz Santos, NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. “Criminal compliance” e a ética empresarial: novos desafios do direito penal econômico. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013. P. 17.

<sup>6</sup>Gloeckner, Ricardo Jacobsen. CRIMINAL COMPLIANCE, LAVAGEM DE DINHEIRO E O PROCESSO DE RELATIVIZAÇÃO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE: CULTURA DO CONTROLE E POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=15> Acesso em: 10 jun. 2015.

A criminalização da lavagem de dinheiro busca impedir o aproveitamento dos frutos do crime organizado. O instituto do *Criminal Compliance*, por sua vez, tem caráter preventivo, tange identificar o crime quando esteja em sua fase inicial.

A Lei de Lavagem de Dinheiro introduziu ao sistema legal brasileiro, de forma modesta, o instituto do *criminal compliance*, ainda em sua versão original, anterior à alteração pela Lei 12.683/2012, na qual o artigo 9º se referia ao dever de agir por parte, unicamente, da pessoa jurídica. Após a alteração legislativa, o dever deixou de ser somente da corporação, expandindo-se às pessoas físicas da mesma forma. Segue abaixo o teor do artigo 9º da mencionada lei:

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:[...]

Assim, os capítulos seguintes tratam sobre as obrigações de *compliance*, propriamente ditas. Tal que os artigos 10 e 10-A então contidos dentro do Capítulo VI, a qual é “Da Identificação dos Clientes e Manutenção de Registros” e, posteriormente, os artigos 11 e 11-A, situam-se no Capítulo VII, este sendo “Da Comunicação de Operações Financeiras”, capítulo que trata sobre a informação de atividades suspeitas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e outras ao Banco Central do Brasil (BACEN).

O artigo 10, inciso III, em especial, menciona a criação de institutos internos para a observância à lei. Aqui, pode ser observado, portanto, o gênese do *Compliance* Subjetivo na legislação nacional. Nesse sentido:

Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

[...]

III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes.

Por conseguinte, o disposto no artigo 12 rege a responsabilidade administrativa nos casos de descumprimento nos dispositivos anteriores.

Não há no texto legal a utilização do termo *Criminal Compliance*, todavia, com base na definição do que consiste o instituto, é perfeitamente visível sua existência ao legislador estabelecer critérios específicos de deveres de informar e de atuar, bem como as pessoas que estão sujeitas a tais obrigações. A repercussão se tornou maior com o advento da Lei 12.846 de 2013, denominada Lei Anticorrupção, que deu maior ênfase ao termo *Compliance*. Nesse caso, porém, estão sujeitas as empresas que contratam com o Poder Público, ao passo que o *Criminal Compliance*, vigente na Lei 9.613/1998, não distingue entre contratante com a Administração ou não. Nesse sentido:

No Brasil, seu maior exemplo encontra-se na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/12). Essa legislação impõe a informação aos órgãos estatais de controle sobre operações suspeitas de envolverem branqueamento de capitais. Essa imposição constitui uma heteronomia e impede que a autorregulação (autonomia) possa alterar os fins dispostos na lei. As informações e a existência de um sistema de comunicação aos órgãos públicos é compulsória para pessoas físicas e jurídicas elencadas no corpo da legislação.<sup>7</sup>

A normativa legal impõe às empresas que observem determinados parâmetros e obrigações, as quais caso descumpridas, implicam em sanção. O *Criminal Compliance*, contudo, não se limita ao estrito cumprimento do texto da lei, o instituto extrapola a mera observância da lei e adentra ao campo dos regimentos internos empresariais a fim de observar o estrito adimplemento da obrigação legislativa, alguns dos entes legalmente imputados ao *compliance* estabelecem, ainda, normas internas ou regimentos internos, ainda mais estritos e articulados, os quais visam exercer função coercitiva ao colaborador que tenha a possibilidade de permitir o ilícito com sua ação ou omissão. Assim, explica Gloeckner:

O instituto do Compliance pode ser dividido em dois campos de atuação: um, de ordem subjetiva, que compreende regulamentos internos, como a implementação de boas práticas dentro e fora da empresa e a aplicação de mecanismos em conformidade com a legislação pertinente à sua área de atuação, visando prevenir ou minimizar riscos e práticas ilícitas e a melhoria do seu relacionamento com clientes e fornecedores. O outro campo de atuação é de ordem objetiva, obrigado por Lei, como é o caso dos citados arts. 10 e 11 da Lei 9.613/98.<sup>8</sup>

<sup>7</sup>Ibid idem. Pag. 26

<sup>8</sup>Ibid. idem. Pag. 80.

Consideram-se, portanto, duas divisões do instituto, aquela impositiva a todos os entes regulados pela Lei, que permite a denominação de *Compliance* Externo, ou Objetivo, e normas de caráter interno aos membros das empresas, o *Compliance* Interno, ou Subjetivo.

A finalidade, de tal forma, do segundo é senão a observância integral do primeiro. Um subsiste em detrimento do outro. São normas minuciosas, as quais podem ser estipuladas pelos dirigentes pela busca de contornar a possibilidade de fraude ou descumprimento do compêndio legal. Assim, dispõe Benedetti:

No âmbito subjetivo há uma imposição ético-legal implícita, podendo optar a empresa em aplicar, ou não, o instituto *Compliance*; já na faceta objetiva, o *Compliance* é exigência legislativa que alcança tanto as pessoas quanto as suas obrigações, bem como a instruções para o seu cumprimento. Vale dizer que, em ambos os casos, tem-se como premissa o caráter preventivo de ilícitos.<sup>9</sup>

Pode-se dizer, portanto, que o *Compliance* Subjetivo não se trata de uma regra impositiva ou obrigatória às sociedades empresárias, contudo, em vista de seu caráter preventivo, mostra-se eficaz à certeza do cumprimento do *Compliance* Objetivo. A fim de frustrar a ocorrência do ilícito são incorporados um conjunto de disciplinas, normas, políticas e regulamentos internos como ferramenta essencial a lograr êxito, as quais concorrem com as normas do ordenamento brasileiro, em busca de detectar ilícitos.<sup>10</sup>

Emerge a necessidade do *Compliance* Subjetivo, logo, em virtude dos novos riscos e ameaças os quais afrontam a atividade empresarial na atualidade. Tais afrontas excedem o domínio do risco financeiro somente e adentra ao campo normativo-legal.<sup>11</sup>

Em síntese, *Compliance* traz uma nova perspectiva à persecução criminal, a qual deixa de ser dever exclusivo do Estado e estende-se como obrigação ao particular.

### 3 CONSTITUCIONALIDADE DOS DEVERES DE *COMPLIANCE* NA ADVOCACIA

<sup>9</sup>Ibid. idem.

<sup>10</sup>Op. Cit. BENEDETTI, 2013, p. 80.

<sup>11</sup>CASTRO, Rafael Guedes de, ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. CRIMINAL COMPLIANCE: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=207> Acesso em: 10 jun. 2015.



Com a alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro, advinda pela Lei 12.683/2012, o advogado passou a ocupar posição de garante frente à prevenção ao crime de lavagem de dinheiro, visto que embora não haja previsão expressa o profissional se enquadra na disposição do art. 9º, inc. XIV, devendo, desse modo, cumprir as regras de *compliance* dos art. 10 e 11 da mencionada lei.

Desta forma, o advogado ao atender ao cliente, em face das regras de *compliance* que o orientarão, sabendo, por meio de sua profissão, de atividade suspeita ou da ocorrência do ilícito, deve informar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Como esclarece Rodrigo de Grandis<sup>12</sup>, tal determinação foi influenciada pelo contexto normativo vigente no plano internacional, pois dado o caráter transnacional do crime de lavagem de dinheiro pouco resultado surtiria em sua persecução se inexistisse um esforço conjunto dos países em sua prevenção. No âmbito da Comunidade Europeia, entretanto, a Diretiva 2001/97, emitida pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho Europeu, isenta, de plano, os profissionais forenses independentes, incluindo-se nestes o advogado. A diretiva excepciona tal previsão, entretanto, em seu Item 17, no caso em que o advogado participa diretamente no crime de lavagem de dinheiro, assim está disposto:

[...] sempre que membros independentes de profissões que prestam consulta jurídica, legalmente reconhecidas e controladas, tais como os advogados, determinem a situação jurídica de um cliente ou representem um cliente no âmbito de um processo judicial, não seria adequado, ao abrigo da directiva, impor a esses profissionais forenses, a respeito dessas actividades, uma obrigação de notificarem as suas suspeitas relativas a operações de branqueamento de capitais. Há que exonerar de qualquer obrigação de declaração as informações obtidas antes, durante ou depois do processo judicial, ou no processo de determinação da situação jurídica por conta do cliente. Por conseguinte, a consulta jurídica permanece sujeita à obrigação de segredo profissional, excepto se o consultor jurídico participar em actividades de branqueamento de capitais, se a consulta jurídica for prestada para efeitos de branqueamento de capitais ou se o advogado

<sup>12</sup>GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf> Acesso em: 23 mar. 2015.

souber que o cliente pede aconselhamento jurídico para efeitos de branqueamento de capitais.<sup>13</sup> (grifo nosso)

Em análise à luz da teoria da imputação objetiva, se o advogado se ocupar apenas de exercer sua atividade com fiel proteção às normas que norteiam sua profissão, seguindo todas as prescrições legais, o que decorrer disso, na concepção de Jakobs, não será responsabilidade do profissional. Por outro lado, se o advogado viola o seu papel passando a exercer a atividade em conjunto com o cliente será caso de participação, hipótese em que o advogado foge completamente da observância de seu papel social.

No caso das obrigações impostas pela lei de comunicar atividades suspeitas ao órgão competente (COAF), em um viés da imputação objetiva concebida por Jakobs, intenções e conhecimentos de quem realiza a contribuição são, nesse aspecto, irrelevantes, pois quem realiza algo dentro do socialmente adequado não responde independentemente de seu conhecimento.<sup>14</sup> O que é diferente da participação, pois na participação, de fato, se o advogado contribui na realização do crime será partícipe deste, mas o mero conhecimento não o obriga a evitar o crime, ao menos não juridicamente.

Pode ser que o conhecimento do crime pelo advogado e o seu conseqüente, não fazer algo a respeito, possa favorecer para a ocorrência do crime, mas o favorecer psíquico não gera responsabilidade, apenas no caso do favorecimento que se converte no próprio delito interveniente haverá imputação, nos demais casos haverá adequação social da conduta, segundo Gunther Jakobs.<sup>15</sup>

Na Alemanha, em julgamento mencionado por José Danilo Tavares Lobo, advogados criminalistas que receberam honorários sabendo de sua origem ilícita foram punidos não sendo acolhida a tese defensiva de ambos, como pode se analisar a seguir:

[...] no acórdão 2StR 513/00, de 04.07.2001, que tratou do julgamento de recurso de revisão contra condenação proferida pelo Tribunal Regional de Frankfurt de um par de advogados que recebera honorários advocatícios sabendo de sua origem ilícita, o Supremo Tribunal Federal alemão (BGH) recusou as teses defensivas que

<sup>13</sup> DIRETIVA 2001/97. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001L0097>> Acesso em: 23 mar. 2015.

<sup>14</sup> JAKOBS, Gunther. A imputação objetiva no direito penal. 5º ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. P. 68-69.

<sup>15</sup> JAKOBS, Gunther. Ibid. idem.

argumentavam, fundamentalmente, em favor de uma interpretação restritiva do tipo de lavagem com base na adequação social e do reconhecimento de causa de justificação aplicável ao exercício da advocacia. O BGH expressou que, ao invés de garantir uma exceção aos advogados criminais, à lei, ao regular o crime de lavagem de dinheiro, buscou isolar o autor do crime antecedente. Contra esse entendimento, os condenados recorreram ao Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG). No julgamento das reclamações constitucionais 2.BvR-1520/01–2.BvR1521/01, a 2.<sup>a</sup> Turma do BVerfG declarou que a punição do advogado pelo crime de lavagem de dinheiro é compatível com a Lei Fundamental alemã quando há o recebimento de honorários conhecendo-se de sua origem ilícita e assentou, também, a obrigação, desde a fase de investigação, dos órgãos de persecução criminal e dos Tribunais de verificarem a especial posição do advogado criminal diante da normativa do crime de lavagem.<sup>16</sup>

Jakobs, desse modo, adota como critério quanto à cumplicidade nas ações neutras o cumprimento do papel social do sujeito, o qual, como percebido no julgado alemão, é um critério não muito aceito. Luís Greco, por outro lado, entende que o critério a ser adotado deve ser o da *idoneidade da proibição para melhorar a situação do bem jurídico*<sup>17</sup>, o qual dispõe que os riscos criados por ações de cumplicidade só serão juridicamente desaprovados se essa ação dificultar de algum modo à prática do ilícito. Em outras palavras, se o autor puder conseguir a contribuição de outra fonte sem precisar revelar seu plano e sem que isso dificulte a lesão ao bem jurídico não haverá risco proibido ao advogado. Desse modo, com base no critério de Luís Greco, no julgado exposto acima o advogado poderia, em primeira análise, dificultar o delito comunicando a ocorrência do ilícito, no entanto, o cliente poderia obter o mesmo resultado consultando outro advogado e não lhe confidenciando a origem ilícita do dinheiro. Em linhas gerais, como o cliente pode realizar o crime de lavagem de dinheiro com a contribuição obtida de outro modo não existirá risco proibido por parte do advogado ao exercer sua função, na posição de Luís Greco.

Há um terceiro critério que considera o dever de solidariedade, baseado no pensamento sociológico de Émile Durkheim. Segundo essa corrente, a participação criminal pode ser analisada em dois limites: máximo, ou para cima, e mínimo, ou para baixo. No

<sup>16</sup> LOBO, José Danilo Tavares. Notas acerca do problema: advocacia e lavagem de dinheiro. Disponível em: < [http://www.academia.edu/6849533/Notas\\_acerca\\_do\\_problema\\_advocacia\\_e\\_lavagem\\_de\\_dinheiro](http://www.academia.edu/6849533/Notas_acerca_do_problema_advocacia_e_lavagem_de_dinheiro)> Acesso em: 22 mar. 2015.

<sup>17</sup> GRECO, Luís. Op cit. P. 81.

máximo, analisar-se-á a diferença entre autoria e participação, enquanto que no mínimo, analisar-se-á a fronteira entre participação e impunidade.<sup>18</sup> Sendo que as ações neutras se inserem neste segundo limite, o mínimo. De modo que a solução apresentada, pelo critério do dever de solidariedade, consiste na aplicação da teoria do ataque acessório ao bem jurídico protegido, consistindo na máxima de que o desvalor da ação está na falta da solidariedade, ou seja, “no agir ou omitir de modo a permitir que o resultado seja evitado de alguma maneira”<sup>19</sup>, sendo esse o elemento de coesão da sociedade.

No Brasil, há grande empenho entre os advogados e doutrinadores na tese defensiva de que se trataria o papel do advogado de ação neutra no âmbito da realização do crime pelo cliente. Aderindo, desse modo, ao critério proposto por Luís Greco. Corroborando esse entendimento Heloisa Estellita afirma que “uma das formas de afastar a imputação objetiva da lavagem ao advogado nesses casos é estabelecer o mais claramente possível o âmbito do risco permitido”<sup>20</sup>, pois as determinações estabelecidas pela lei de lavagem são ações neutras inerentes à advocacia, ou seja, rotineiras, mas que podem influir em participação no crime de outrem.

Desse modo, a obrigatoriedade de certos deveres ao advogado, no que concerne ao conhecimento de ilícito quando do atendimento de seu cliente, colide com seu dever de sigilo. Sendo que o artigo 133 da Constituição Federal prevê que o advogado é indispensável à administração da justiça e inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Nesse sentido, o advogado que atua na defesa de seu constituinte não pode ser obrigado a comunicar os fatos que tomou conhecimento em sua atuação. Conforme disse Nilo Batista:

Um advogado não pode ser compelido a prestar declarações sobre seu cliente, assim como um psicanalista ou confessor têm que manter sigilo

<sup>18</sup> RASSI, João Daniel. Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/index.php?option=com\\_jumi&fileid=12&Itemid=77&lang=pt-br&filtro=joao%20daniel%20rassi](http://www.teses.usp.br/index.php?option=com_jumi&fileid=12&Itemid=77&lang=pt-br&filtro=joao%20daniel%20rassi)> Acesso em: 23 mar. 2015.

<sup>19</sup> RASSI, João Daniel. Ibid idem.

<sup>20</sup> ESTELLITA, Heloisa. Lavagem de Capitais, exercício da advocacia e riscos. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-27/heloisa-estellita-lavagem-capitais-exercicio-advocacia-risco>> Acesso em: 23 mar. 2015.

sobre as confissões que ouve. Só na Alemanha nazista e no Brasil contemporâneo, há policiais que querem isso.<sup>21</sup>

Assim, sob a ótica da teoria da imputação objetiva, o advogado possui ação neutra quando conhece de fatos na defesa de seu constituinte não devendo haver imputação de crime por observância aos direitos e garantias inerentes a sua atividade profissional. Não fosse assim, não existiria mais defesa.

Nesse sentido, a Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) propôs em 2012 a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n° 4841, a qual tem por objetivo declarar a inconstitucionalidade dos deveres de *compliance* impostos aos advogados pela lei de lavagem de dinheiro, a ADIN teve o seguinte relatório:

Papel Institucional da Ordem dos Advogados do Brasil na defesa dos Advogados Brasileiros. Dever de Sigilo que protege os advogados e, principalmente, a sociedade, por ser garantia essencial ao direito de defesa de todos os cidadãos. A democracia requer que o direito de defesa de seus cidadãos seja sempre prestigiado. Dever de sigilo é inerente à profissão de advogado e está resguardado pela Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal, Código de Processo Civil e Estatuto do Advogado, Lei Federal 8.906/94. Cabimento e pertinência de ação direta de inconstitucionalidade para, dando interpretação conforme aos dispositivos da nova Lei de Lavagem, declarar a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que estenda aos advogados as obrigações contidas na Lei 9.683/12 impondo-lhes o dever de delatar seus clientes ou de expor informações que tenha tomado conhecimento no exercício da advocacia judicial, consultiva ou de arbitragem.

A Procuradoria-Geral da República enviou parecer ao Supremo Tribunal Federal defendendo a constitucionalidade das obrigações de *compliance* aos advogados, sob o argumento de que tal imposição não ofende os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A ADIN tem como Relator o Ministro Celso de Mello e ainda esta aguardando para julgamento, o qual será de incomensurável importância, já que, se improcedente, inegáveis direitos estarão sendo violados.

O dever de sigilo é inerente à atividade da advocacia e exigir do advogado que quebre esse dever é na própria prevenção se criar um ilícito. O sistema de *compliance* é

<sup>21</sup> O DEVER DE SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO. Disponível em: <<https://www.jfn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina440-O-DEVER-DE-SIGILO-PROFISSIONAL-DO-ADVOGADO.pdf>> Acesso em: 10 mai 2015.

inconciliável com a advocacia, tendo em vista que a confiança entre a relação advogado e cliente fica prejudicada, violando previsões constitucionais. Segundo Badaró e Bottini<sup>22</sup>, a atividade do advogado depende de uma relação de estreita confiança, sem a qual a prestação profissional fica esvaziada tanto no âmbito do exercício de defesa quanto no âmbito da consultoria jurídica. Para os mencionados autores, esse problema exige um enfrentamento acerca da própria atividade da advocacia, segundo os quais a definição do ato típico de advocacia não é algo simples, já que a advocacia é formada por atividades muitas distintas. Assim, sugerem que seria necessário que houvesse uma categorização da atividade, mesmo correndo o risco de simplificação. Com base nessa proposta, Badaró e Bottini sugerem que advocacia seja classificada em quatro grandes grupos, que estão dispostos a seguir:

(i) *advogados togados*, assim denominados aqueles que representam contencioso judicial ou extrajudicial; (ii) *advogados de consultoria jurídica para litígio*, que prestam consultoria ou proferem pareceres voltados especificamente a litígios judiciais ou extrajudiciais atuais ou futuros; (iii) *advogados de consultoria ou assessoria jurídica estrita*, que analisam a situação jurídica do cliente ou da operação por ele pretendida, limitando-se à análise ou aconselhamento jurídico, sem relação direta com um litígio; e (iv) *profissionais de consultoria ou operação extrajudicial*, caracterizados como aqueles que assessoram ou colaboram materialmente para operações financeiras, comerciais, tributárias ou similares, sem que tal se limite à análise jurídica (ex.: advogado mandatário para atividades extraprocessuais, gestor de fundos, analista financeiro, contador)<sup>23</sup>.

Os autores afirmam que essa diferenciação permitiria a averiguação da incidência dos deveres de colaboração com as autoridades públicas para cada setor. Confessam que na prática isso pode ser difícil, mas veem na classificação uma boa solução. Afirmam que internacionalmente existe a exoneração do dever de comunicar para advogados togados e para advogados de consultoria para litígios, com a imposição de delação compulsória aos que prestam serviços de consultoria jurídica estrita e que atuam na área extrajudicial. Nesse diapasão, compreendem que pela análise do artigo 9º, XIV, da Lei de Lavagem de Dinheiro, o advogado togado estaria isento do dever de comunicação, por não se amoldar a previsão da

<sup>22</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais: Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 136.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 138.

normativa, afinal não prestam consultoria ou assessoria de qualquer natureza. Todavia, anteriormente a defesa é de praxe a realização de consultoria ou assessoria, o que, de certa forma, prejudica a lógica defendida pelos autores, que se pautam apenas na interpretação literal da lei.

Não é necessária a criação de classificações das atividades dos advogados para compreensão de que a previsão constante na Lei de Lavagem de dinheiro é contrária a uma previsão legal superior, que é a constitucional, portanto é impossível a criação de obrigação ao advogado de entregar o seu cliente. É prejudicial a própria democracia, sendo, pois, uma previsão contrária aos fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

### CONCLUSÃO

Em face ao desenvolvimento dos crimes na atualidade, o Direito Penal busca novas estratégias a fim de proteger, a todo custo, o bem juridicamente tutelado. A Lei de lavagem de Dinheiro, com as alterações imputadas pela Lei 12.683/2012, traz maior amplitude ao instituto do *criminal compliance* que, por sua vez, é mais uma dinâmica frente a persecução criminal com tendência global de aplicabilidade, quanto mais ao se tratar de delitos financeiros com traços transnacionais.

A investigação, contudo, não pode ofender princípios basilares do sistema jurídico brasileiro. A exigência de que advogados estejam sujeitos às normas de *compliance* implica em uma quebra do elo fundamental de confiança entre cliente e profissional, abalando de forma geral todo o sistema jurídico, visto que desestabiliza a igualdade entre as partes.

Ademais, a função da advocacia, conforme previsto no artigo 133 da Constituição Federal, é indispensável à administração da justiça, ou seja, impor o dever ao causídico de informar dados e atos de seu cliente, é desestruturar a tudo quanto se conceba no conceito de Justiça. Configurando-se tal ato em cerceamento de defesa, ferindo o exercício da advocacia, sendo, por isso, inconstitucional.

### REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais: Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.



BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance: Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal.** São Paulo: QuartierLatin, 2014.

BRASIL. *DIRETIVA 2001/97.* Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001L0097>> Acesso em: 23 mar. 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **“Criminal compliance” e a ética empresarial: novos desafios do direito penal econômico.** Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CASTRO, Rafael Guedes de, ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. **Criminal compliance: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial.** Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=207> Acesso em: 10 jun. 2015.

ESTELLITA, Heloisa. **Lavagem de Capitais, exercício da advocacia e riscos.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-set-27/heloisa-estellita-lavagem-capitais-exercicio-advocacia-risco>> Acesso em: 23 mar. 2015.

FEBRABAN. **Estudo sobre a função de compliance.** Disponível em: [http://www.febraban.org.br/Acervo1.asp?id\\_texto=324&id\\_pagina=81&palavra=compliance](http://www.febraban.org.br/Acervo1.asp?id_texto=324&id_pagina=81&palavra=compliance) Acesso em: 13 jun. 2015

Gloeckner, Ricardo Jacobsen. **Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do Nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atuarial.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=15> Acesso em: 10 jun. 2015.

GRANDIS, Rodrigo de. **Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf> Acesso em: 23 mar. 2015.

JAKOBS, Gunther. **A imputação objetiva no direito penal.** 5º ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

LOBO, José Danilo Tavares. **Notas acerca do problema: advocacia e lavagem de dinheiro.** Disponível em: < [http://www.academia.edu/6849533/Notas\\_acerca\\_do\\_problema\\_advocacia\\_e\\_lavagem\\_de\\_dinheiro](http://www.academia.edu/6849533/Notas_acerca_do_problema_advocacia_e_lavagem_de_dinheiro)> Acesso em: 22 mar. 2015.





## REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

RASSI, João Daniel. Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro. Tese de Doutorado. **Universidade de São Paulo**. Disponível em: <[http://www.theses.usp.br/index.php?option=com\\_jumi&fileid=12&Itemid=77&lang=pt-br&filtro=joao%20daniel%20rassi](http://www.theses.usp.br/index.php?option=com_jumi&fileid=12&Itemid=77&lang=pt-br&filtro=joao%20daniel%20rassi)> Acesso em: 23 mar. 2015.

ROMANO, Rogério Tadeu. **O dever de sigilo profissional do advogado**. Disponível em: <<https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina440-O-DEVER-DE-SIGILO-PROFISSIONAL-DO-ADVOGADO.pdf>> Acesso em: 10 mai 2015.