

O RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS MACULADOS E O BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS

Bárbara Dorati Ferrari*

Resumo: O presente trabalho versa sobre o estudo do branqueamento de capitais e o recebimento de honorários dos advogados, no âmbito das atividades básicas de consumo (*standard*), no desenvolvimento de uma atividade tipicamente profissional, diante dos direitos fundamentais à defesa e da livre escolha do defensor, dos arguidos e da liberdade do exercício profissional, pelo defensor.

Palavras-chave: Direito penal econômico. Branqueamento de capitais. Honorários maculados. Advogado criminal. Condutas *standard*.

Sumário: 1. Introdução. 2. Análise jurisprudencial. 3. Propostas de solução para a restrição do tipo penal do branqueamento de capitais. 3.1. A solução pelo tipo objetivo. 3.1.1. A redução teleológica do tipo objetivo. 3.1.2. Interpretação conforme a Constituição. 3.1.3. Solução da derrogação. 3.1.4. Teoria da adequação da conduta típica. 3.2. A solução pelo tipo subjetivo. 4. Branqueamento de capitais e os negócios *standard*: proposta de solução. 5. Considerações finais. Referências.

Receipt of legal fees and money laundering

Abstract: The present work deals with the study of money laundering and the receipt of attorneys' fees, in the scope of basic consumer activities (*standard*), in the development of a typically professional activity, given the fundamental rights to defense and the free choice of the defender, the defendants and the freedom to professional practice, by the defender.

Keywords: Economic criminal law. Money laundering. Defiled fees. Criminal lawyer. Standard conducts.

* Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela Fundação Superior do Ministério Público. Advogada. *E-mail:* b.doratiferrari@gmail.com

Summary: 1. Introduction. 2. Case law analysis. 3. Proposed solutions for the restriction of the criminal conduct of money laundering. 3.1. The solution based on the objective type. 3.1.1 The teleological reduction of the objective type. 3.1.2 The interpretation according to the Constitution. 3.1.3 The derogation solution. 3.1.4 The theory of adequacy of the typical conduct. 3.2 The solution based on the subjective type. 4. Money laundering and standard businesses: a proposed solution. 5. Final considerations. References.

1 Introdução

A crescente busca de combate à criminalidade organizada e ao narcotráfico implicou, em âmbito global, na criminalização de atos de branqueamento de capitais os quais, mediante a ocultação ou dissimulação, contribuem com o mascaramento da origem ilícita e, conseqüentemente, com a consolidação dos lucros auferidos pelos autores com a prática de delitos anteriores. A incidência da sanção penal do branqueamento se justifica como um instrumento político necessário para reforçar a função da pena prevista para os delitos prévios, entendimento este que, geralmente seguido pela doutrina,¹ encontra fundamento nos textos internacionais, os quais explicitam que a luta contra o branqueamento de capitais é uma medida fundamental para se combater os crimes acima referidos.

Objetiva-se, para tanto, a punição de condutas pós-consumação de garantia dos benefícios, visando à redução das possibilidades de obtenção de lucro por parte do autor do delito anterior. Deste modo, a luta contra a fraude se manifesta também através da cominação de penas para quem realiza determinadas condutas que contribuem para a consolidação das vantagens econômicas obtidas pelo autor do delito anterior.

Por sua vez, no âmbito dos negócios *standard*, com a realização de atividades que atendam as necessidades básicas (os atos básicos de consumo), encontram-se os advogados, mediante o desempenho de sua atividade profissional: a defesa penal.

A profissão do advogado liberal implica na garantia do direito fundamental à defesa plena e eficaz de todo e qualquer arguido. Para tanto, há o direito à livre escolha do defensor do arguido, o direito ao livre exercício da profissão e ao sigilo profissional do advogado. Este último pode ser compreendido como base da relação de confiança entre as partes, advogado e arguido, e, por outro lado, como condição de uma defesa eficiente e eficaz.

¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Blanqueo de Capitales y Negocios Standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de um delito de blanqueo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes em la actividad económico-empresarial*. Madri, Barcelona: Marcial Pons. 2003. p. 150.

O problema, por sua vez, ocorre quando a contribuição de um sujeito para o delito de branqueamento de capitais consiste na mera prestação dos serviços próprios de sua profissão, do que urge a seguinte indagação: a realização desta atividade é objetivamente idônea para integrar o tipo de branqueamento de capitais? Aceitar a criminalização do advogado sob a justificativa de combater e fazer cumprir as finalidades do branqueamento seria proporcional e necessário? O direito fundamental à defesa plena, efetiva e eficaz, e o direito à livre escolha do defensor, pelos arguidos, e o direito ao livre exercício profissional, do defensor, devem ser restringidos? Tais direitos podem ser condicionados? Seria essa uma solução mais apta ao combate ao branqueamento?

Para tanto, no primeiro capítulo, serão apresentadas diferentes decisões de Tribunais Alemães que se tornaram paradigma para a questão do recebimento de honorários advocatícios supostamente maculados, quando da prestação de sua atividade profissional.

Em seguida, no segundo capítulo, em cotejo com as decisões jurisprudenciais, serão analisados os diferentes critérios sugeridos pela doutrina (sobretudo alemã) para a solução do problema no âmbito da tipicidade objetiva e subjetiva do delito em questão, visando à restrição do tipo do branqueamento de capitais e o conseqüente afastamento da tipicidade da conduta do recebimento de honorários maculados pelos advogados.

Por fim, no terceiro e último capítulo, serão abordadas as propostas de solução elaboradas pela doutrina espanhola e brasileira para o problema do branqueamento de capitais, no âmbito dos negócios *standard*, tendo em vista as finalidades do combate do branqueamento de capitais.

2 Análise jurisprudencial

Indubitavelmente de grande relevância, o tema dos honorários maculados tem sido frequentemente debatido e conta com duas decisões de casos relevantes verificados na Alemanha, ambos de extrema valia, visto terem se tornado importante referencial e paradigma sobre este tema.

O primeiro caso ocorreu em 10 de fevereiro de 1999, onde a polícia alemã deteve uma mulher que, procedente da Holanda, transportava um quilo de cocaína em seu veículo, cujo destino era a cidade de Colônia, na Alemanha.² Após investigações, a polícia averiguou que a detida possuía relações com um

² RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 132.

suspeito de ser chefe de uma organização de narcotráfico da região.³ Diante do ocorrido, um advogado foi contratado para postular a libertação da custodiada, mas recebeu seus honorários em dinheiro efetivo, motivo pelo qual foi acusado de branqueamento de capitais, pois, segundo a acusação, este dinheiro procedia do narcotráfico.⁴

Em primeira instância,⁵ foi absolvido pela ausência de tipicidade subjetiva, diante da insuficiência de provas acerca do conhecimento do advogado sobre a origem ilícita do valor recebido a título de honorários.⁶

Da decisão de absolvição com fundamento na ausência de dolo ou imprudência grave do advogado relativamente à origem ilícita dos honorários, houve recurso ao Tribunal Superior *Oberlandesgericht* (OLG) de Hamburgo,⁷ o qual manteve a absolvição, contudo, com fundamento diverso daquele consignado na decisão recorrida, qual seja, com base na ausência de tipicidade objetiva. No caso, o referido tribunal entendeu que a conduta do advogado não preenchia objetivamente o tipo do branqueamento de capitais.⁸ Frise-se que para chegar a esta decisão a Corte de Apelos realizou uma interpretação conforme a Constituição, realizando uma ponderação entre a *ratio* da punição do branqueamento de capitais com direitos reconhecidos constitucionalmente e que são violados com a criminalização dos advogados, dentre os quais destacam-se o direito ao livre exercício da profissão, o direito à livre escolha do defensor, bem como a grave afetação da relação de confiança entre o cliente e seu advogado, a qual se mostra imprescindível a uma defesa eficiente e eficaz.⁹

Ademais, ao realizar a ponderação de interesses em conflito com a criminalização do recebimento de honorários, o Tribunal constatou, além disso, outras consequências negativas com implicações no direito fundamental à defesa, como

³ Para uma análise completa e detalhada da questão do recebimento de honorários maculados pelos advogados como contraprestação de seus serviços prestados bem como da decisão do Tribunal Superior de Hamburgo vide RIOS, Rodrigo Sanches. *Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 245-299.

⁴ Mais especificadamente, de acordo com a acusação, a procedência ilícita deste valor foi, no dia anterior, de cerca de 300 gramas de cocaína pela quantia de 19.5000 marcos. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 132.

⁵ *Landgericht* (LG) de Hamburgo, decisão de 28 de setembro de 1999, 629 KLS 4/99.

⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 132.

⁷ OLG de Hamburgo, decisão de 6 de janeiro de 2000. In: *NJW*, 2000, p. 673 ss, *apud* RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 133.

⁸ DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo. (Org.). *Lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 132.

⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 133-136; AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Afflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 57-103, mais especificadamente p. 70-71; DE GRANDIS, Rodrigo, ob. cit., p. 132; 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, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 194-195.

o risco de renúncia, por parte dos advogados, diante do temor de serem processados ou então sofrerem violações de seus registros; a circunstância de que a designação de defensores públicos deve ser medida excepcional, devendo prevalecer o direito de livre escolha do arguido sobre a indicação de advogados liberais e, ainda, traz a questão de que o pagamento de honorários, por parte do acusado, caracteriza, na verdade, um encargo a este, e, conseqüentemente, não há vantagem, não contribuindo, portanto, com o objetivo de lucro buscado pela prática de um crime econômico. Pondere-se igualmente que este último argumento, em cotejo com os direitos fundamentais atingidos, foi significativo na decisão.¹⁰

Após referidas considerações, o Tribunal Superior de Hamburgo (*Oberlandesgericht*), para proferir a decisão, realizou o seguinte questionamento: diante das conseqüências negativas da criminalização da conduta do recebimento de honorários, dentre as quais violação a direitos fundamentais e a consideração de que o advogado criminal possui uma extrema importância em um Estado de Direito, seria idôneo, proporcional e necessário ao interesse pretendido realizar tal penalização? Entendeu que, não obstante ser idôneo ao combate e finalidade da lei de branqueamento de capitais, no que tange à proporcionalidade e necessidade, não deveria prosperar a pretensão persecutória do Ministério Público.¹¹

Assim, na ponderação de interesses, concluiu-se que a criminalização do recebimento de verba honorária seria desfavorável diante da relevância dos direitos que seriam restringidos e atingidos pelo sancionamento daquela conduta socialmente neutra. Por tudo isso, a Corte decidiu pela absolvição do advogado arguido, em razão da atipicidade objetiva, ou seja, o recebimento de honorários maculados não poderia ser objetivamente abrangido pelo tipo do branqueamento de capitais.¹²

Ocorre que, cerca de um ano e meio depois, precisamente em 4 de julho de 2001, um novo caso rendeu ensejo uma nova decisão acerca da persecução penal e punibilidade do recebimento de honorários maculados na qual, o Supremo Tribunal Alemão (BGH), no âmbito da tipicidade subjetiva, condenou um casal

¹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 133-136.

¹¹ Idem, p. 134-136.

¹² Em sua decisão, o Tribunal deixou claro que há exceções (no caso, a restrição que realizou não é ilimitada), e que sua conclusão se deu em face à consideração de que, entre as partes há uma verdadeira relação de advogado-cliente, de modo que, de fato, quando o pagamento dos honorários substancia, na verdade, uma fraude para o branqueamento (por exemplo, quando o advogado atua como fiduciário de seu cliente ou então quando se tratar de um negócio simulado, ou ainda, quando age como cúmplice, abusando de sua relação de mandato para ocultar a origem ilícita do patrimônio) ou quando os bens sujeitos ao branqueamento advêm da prática de crime cuja vítima é identificada, nestes casos o advogado deverá ser punido atendendo os fins da punição do branqueamento, cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 136-138 e AMBOS, Kai, ob. cit., p. 71; Para uma análise detalhada da decisão, inclusive, quanto às exceções à regra, como quando os bens sujeitos ao branqueamento advêm da prática de um crime cuja vítima é identificada ou quando a atuação do advogado interfere no funcionamento da administração da justiça, vide RIOS, Rodrigo Sánchez, ob. cit., p. 247.

de advogados por branqueamento de capitais (§261, II, nº 1, do Código Penal Alemão), por terem recebido honorários antecipados, mesmo cientes da origem ilícita.¹³

O caso ocorreu em Frankfurt, onde um casal de advogados aceitou a defesa de um casal acusado de esquema de fraude no mercado de investimentos financeiros, em que faturaram em torno de um milhão de marcos, e que, para realizá-la, receberam, em dezembro de 1994, o valor de 200 mil marcos de honorários antecipados. Em face disto, foram processados e condenados em primeira instância pelo Tribunal de Frankfurt (*Landgericht*)¹⁴ por branqueamento de capitais, a uma pena de 9 meses de prisão.¹⁵

Esta decisão foi recorrida perante o Supremo Tribunal Alemão (BGH)¹⁶ que, em 4 de julho de 2001, rejeitando de forma direta cada um dos argumentos proferidos pelo OLG de Hamburgo de 6 de janeiro de 2000, confirmou a condenação de primeiro grau por branqueamento de capitais (§ 261 do Código Penal Alemão), entendendo que a conduta dos advogados que recebem seus honorários advindos de origem ilícita, tendo o conhecimento disto, efetivamente caracteriza o crime de branqueamento de capitais.¹⁷

A decisão condenatória, por sua vez, se deu pela tipicidade subjetiva. Para tanto, realizou a análise primeiramente da tipicidade objetiva, a qual, segundo o Tribunal, não seria caso de exclusão, contrariando a decisão do Tribunal Superior de Hamburgo (*Oberlandesgericht*), alegando, inclusive, mediante uma série de argumentos, que admitir a tipicidade da conduta dos advogados não violava quaisquer de seus direitos fundamentais.¹⁸ Por sua vez, da análise da tipicidade subjetiva, en-

¹³ Sobre uma análise detalhada do julgado, ver BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2012, p. 616-622; AMBOS, Kai, ob. cit., p. 58-59; I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 138.

¹⁴ LG de Frankfurt, decisão de 4 de maio de 2000. AZ 5/2017 KLs 92 Js 3362.7/96, IV, UA, p. 46.

¹⁵ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 58-59; I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 138.

¹⁶ BGH, decisão de 4 de julho de 2001, 2 StR 513/00. O texto pode ser encontrado em: BGHSt 47, p. 68ss.

¹⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 139-141; AMBOS, Kai, ob. cit., p. 58-59; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 616-622; BUSSENIUS, Anne. Money Laundering by Defence Counsel – The Decision of the Federal Constitutional Court. In: *5 German Law Journal*, 2004, p. 1047-1048. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=490>>. Acesso em: 5 ago. 2019.

¹⁸ Para tanto, enfrentou cada um dos argumentos utilizados pelo Tribunal Superior *Oberlandesgericht* (OLG de Hamburgo) para fundamentar a sua decisão de que o recebimento de honorários maculados não pode ser objetivamente abrangido pelo tipo do branqueamento de capitais: quanto ao direito ao livre exercício profissional, não há, segundo o BGH, violação, pois este direito não inclui o direito de ser retribuído com dinheiro que sabe ser procedente de crime; para o direito à livre escolha do advogado, este também não seria violado pois, pressupõe que os acusados tenham uma capacidade econômica para exercê-lo, não podendo afirmar que dispõe de tal capacidade aquele que somente possui dinheiro de origem ilícita. Para estes há o defensor público que, além de ser suficiente para garantir a proteção de seus direitos fundamentais, há também a possibilidade de escolha de um advogado de

tendeu que houve dolo por parte dos acusados. No caso, o referido animus do agente foi constatado pela quantia extremamente elevada e satisfeita em dinheiro – indícios que, segundo o Tribunal, inviabilizam a alegação de crença, por parte dos advogados, na inocência de seus clientes e, conseqüentemente, ausência de dolo. Logo, a condenação se fundamentou pela tipicidade subjetiva em face do conhecimento da origem ilícita de seus honorários.¹⁹

Ocorre que, novamente a decisão foi recorrida, e dessa vez ao Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG),²⁰ o qual confirmou a condenação dos advogados por branqueamento de capitais, todavia, ressaltou que o §261, alínea 2, n° 1, do Código Penal Alemão, somente seria compatível com os direitos fundamentais se houvesse, pelo advogado, o conhecimento exato da origem ilícita, no momento de aceitação dos seus honorários.²¹

É imperativo reconhecer que a decisão do Tribunal Constitucional, proferida em março de 2004, adotou a tipicidade subjetiva para resolver a questão, mediante o dolo direto. Assim, entendeu que, no caso em análise, a conduta dos advogados caracterizou o crime de branqueamento de capitais pelo fato de que os arguidos conheciam de forma segura a sua origem delitativa e, portanto, teriam atuado com dolo direto.²² Para tanto, consideraram como indícios do efetivo conhecimento da origem ilícita dos honorários e a respectiva má fé do advogado os seguintes fatores: desproporcionalidade do valor de honorários recebidos (quantia extraordinária, comparado à tabela) e o fato da verba honorária ter sido paga em dinheiro.²³

Em sua sentença, o BVerfG afirmou que o tipo penal do § 261, II, n° 1, do Código Penal Alemão, pode ser objeto de uma interpretação restritiva confor-

sua confiança; e, por fim, quanto à relação de confiança entre advogado e acusado também não há violação uma vez que, o advogado sempre possui a possibilidade de rejeitar a defesa ao tomar conhecimento da origem do dinheiro, se negando a conhecer detalhes do caso, cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 140-141. Diante disto, entendeu o BGH que, da literalidade do que dispõe o artigo 261, inciso 2, do Código Penal, pode-se entender que não se exclui o advogado criminalista como autor nem os seus honorários como objeto do tipo penal de lavagem de dinheiro. AMBOS, Kai, ob. cit., p. 59

¹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 139-141; AMBOS, Kai, ob. cit., p. 58-59; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 616-622; BUSSENIUS, Anne, ob. cit., p. 1047-1048.

²⁰ BVerfG, decisão de 30 de março de 2004, 2 BvR 1520/01, 1521/01. In: NJW, 2004, p. 1305ss.

²¹ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 622-627; BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo, ob. cit., p. 195; BUSSENIUS, Anne. Money Laundering, ob. cit., p. 1049ss; DE GRANDIS, Rodrigo, ob. cit., p. 134; KAWAKAMI, Cynthia Yuri. *Lavagem de dinheiro e advocacia: Dos deveres jurídicos dos advogados à cumplicidade mediante ações neutras*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais defendida perante Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p.103-105. Disponível em <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34674/1/Lavagem%20de%20dinheiro%20e%20advocacia.pdf>>. Acesso em: 1º set. 2019.

²² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 195; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 627; DE GRANDIS, Rodrigo, ob. cit., p. 134.

²³ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 627; KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 104.

me a Constituição, de modo que somente poderá ser condenado por recebimento de honorários maculados aqueles advogados que sabem, de forma segura, a origem ilícita destes, excluindo-se o dolo eventual ou a negligência.²⁴

Para chegar a esta solução, o Tribunal Constitucional constatou, no âmbito da tipicidade objetiva, e em sintonia com o decisório do OLG de Hamburgo, que criminalizar a conduta de recebimento de honorários implicaria, ainda que de forma reflexa, na violação de direitos fundamentais de extrema importância, como o direito à ampla defesa, o direito ao livre exercício da profissão e o direito à livre escolha do defensor. Com efeito, colocar em perigo o direito do defensor penal de explorar – e de um modo razoável – os seus serviços profissionais interfere diretamente na relação de confiança advogado-cliente, a qual se mostra indispensável a uma defesa efetiva e, portanto, afeta diretamente a administração da justiça, uma vez que, para tanto, é indispensável que lhe seja garantido o exercício de seu trabalho de forma livre e independente, sem temor de que, ao aceitar a defesa de um cliente, possa sofrer o risco de uma persecução penal.²⁵

Para o BVerfG, tais riscos advêm da amplitude do tipo subjetivo do § 261, II, nº 1, do Código Penal Alemão e, portanto, realizar uma interpretação ampla deste tipo, com a consequente aplicação ilimitada, vai de encontro à proibição do excesso e diversos direitos, o que não se justifica sob a ótica constitucionalmente. Diante disto, a referida Corte realizou, no âmbito da tipicidade objetiva, uma ponderação de interesses tendo em vista a gravidade de suas implicações quando aplicadas para o defensor: de um lado, a persecução do § 261, II, nº 1, é idônea e necessária à finalidade do branqueamento, qual seja, o combate à criminalidade organizada,²⁶ sendo que, para atingir esta finalidade, o legislador acabou ampliando e incluindo terceiros que não tomaram parte no delito prévio, como é o caso dos advogados com o recebimento de seus honorários. Do outro, violação a direitos constitucionalmente garantidos em prol de ambas as partes, acusado e defensor.²⁷

No âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, entendeu-se que a inclusão ilimitada dos advogados como destinatários do tipo do branqueamento de capitais é pouco adequada em face à finalidade buscada com a penalização deste delito, tendo em vista as implicações graves que ela ocasiona no direito à

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 195; BUSSENIUS, Anne. Money Laundering, ob. cit., p. 1049ss; DE GRANDIS, Rodrigo, ob. cit., p. 134.

²⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 624-626 – que, inclusive, menciona o fato de que as autoridades podem, ainda que de forma indireta, afetar a relação da defesa; CONTRERAS ENOS, Marcos. Blanqueo de capitales y honorarios del defensor en el Derecho alemán. *InDret*, Barcelona, nº 3, julho de 2018, p. 11. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1393.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

²⁶ Cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 150, está implícito nos textos internacionais que, a luta contra o branqueamento de capitais é uma medida fundamental para se combater a criminalidade organizada e narcotráfico; KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 104.

²⁷ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 11-12; KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 104-105.

liberdade profissional do advogado, por exemplo. Diante disto, o Tribunal Constitucional entendeu não cumprir com as exigências da necessidade, proporcionalidade e da idoneidade, de modo que criminalizar o recebimento de honorários maculados por mero dolo eventual seria uma medida excessiva e não socorreria à finalidade buscada pelo legislador, sendo, na verdade, um prejuízo à defesa, além de colocar em perigo os direitos do advogado a uma remuneração, nos casos de mera suspeita. Logo, seria necessário a redução do tipo conforme a Constituição.²⁸

Por tudo isso, velando pelo princípio da proporcionalidade, o BVerfG entendeu que a afetação aos direitos fundamentais que implica o § 261, II, nº 1, do Código Penal Alemão, estaria, no entanto, constitucionalmente justificada quando o defensor tiver a certeza (dolo direto) da procedência ilícita de seus honorários no momento do recebimento, de modo que a redução do tipo implicou o afastamento do dolo eventual e imprudência, permanecendo tão somente a penalização quando houver o pleno conhecimento.²⁹

3 Propostas de solução para a restrição do tipo penal do branqueamento de capitais

Partindo-se da análise dos paradigmáticos precedentes da jurisprudência alemã, referidos no capítulo primeiro, que versam sobre a temática do recebimento de honorários maculados é possível verificar decisões e soluções diversas apontadas pelas Cortes germânicas. Não obstante a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão possuir uma maior importância no quesito referencial e paradigma para as decisões seguintes, há, ainda, certo dissenso quanto à matéria e diferentes posições doutrinárias, as quais, em busca de solução, elaboraram diferentes teorias para restringir o âmbito de aplicação do delito de branqueamento de capitais aos honorários maculados.

Primeiramente, importante observar a evidente colisão de interesses e direitos: de um lado, a busca do combate ao branqueamento de capitais, e, de outro, o respeito a direitos fundamentais, como à defesa, à livre escolha do defensor, por parte do acusado, bem como o livre exercício profissional, por parte do advogado.³⁰

²⁸ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 11-12.

²⁹ Idem, p. 12.

³⁰ Cf. considerado na decisão do OLG de Hamburgo, AMBOS, Kai, ob. cit., p. 66-68, menciona outras implicações negativas que a incidência do tipo do branqueamento de capitais aos advogados pelo recebimento de honorários maculados implica, tais como a relação de confiança entre advogado-cliente que evidentemente é afetado pelo risco, por parte do defensor, de uma persecução penal, bem como o possível esvaziamento do instituto do defensor privado, que não obstante tratar-se de um direito fundamental de qualquer cidadão, acabará sendo substituído pelo defensor público, o qual, inclusive, é parar ser em casos excepcionais; Na mesma linha, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 133.

O combate ao branqueamento de capitais mediante a incriminação específica de determinadas atividades é um fenômeno relativamente recente, que deriva da preocupação e vontade dos Estados em combater o crime organizado.³¹ Este objetivo é evidenciado no crescente número de acordos internacionais elaborados nos últimos anos sobre esta matéria e que, uma vez em vigor, influenciam no ordenamento jurídico de diversos países, os quais passaram a criminalizar atos de branqueamento de bens provenientes de crimes.³²

Diante disto, a busca pelo combate e prevenção ao branqueamento, em âmbito global, seja mediante a elaboração de acordos, diretivas e, ainda, por meio da transposição destas para a legislação interna dos Estados implicou na criminalização de determinadas atividades que acabam por ser, de certa forma, incompatíveis com a pretendida criminalização.³³ Com efeito, os denominados negócios *standard* (negócios ou comportamentos padrão) correspondem às atividades que atendem necessidades mais básicas e cotidianas, como a prestação de serviços médicos ou advogados.³⁴

O problema surge quando o dinheiro recebido a título de contraprestação de serviços profissionais, no caso dos advogados os seus honorários, for de origem ilícita. Neste caso, haverá, de fato, a contribuição para o branqueamento de capitais? Impõe-se perquirir se a prestação da defesa penal, enquanto atividade profissional, será objetivamente idônea para integrar o tipo de branqueamento de capitais? Caso positivo, tendo em vista a posição do advogado como garantidor do direito fundamental à defesa, seria proporcional e necessário aceitar a criminalização da atividade advocatícia sob a justificativa de combater e fazer cumprir as finalidades do branqueamento? Passaremos, agora, ao entendimento doutrinário com suas respectivas teorias e propostas de solução para estas e outras questões já suscitadas anteriormente.

³¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 128.

³² Cf. AMBOS, Kai, ob. cit., p. 60-61, sobretudo após o atentado de 11 de setembro de 2001, que implicou na União Europeia, na elaboração de diversas Diretivas com objetivos mais abrangentes para o combate além do branqueamento de capitais o financiamento ao terrorismo. No caso, a mais recente é a Diretiva (UE) 2015/849, de 30 de maio de 2018, relativa à prevenção e utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que altera as Diretivas 2009/138/CE e 2013/36/UE. Texto encontrado no *Jornal Oficial da União Europeia* de 19 de junho de 2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=EN>>. Acesso em: 9 ago. 2019; Também, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 128.

³³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 130-131.

³⁴ Cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 316, as condutas socialmente adequadas não criam um risco proibido de modo que, tais condutas, não são tipicamente relevantes.

3.1 A solução pelo tipo objetivo

Como regra geral, a posição majoritária da doutrina conclui por negar punibilidade à conduta dos advogados que recebem honorários de origem ilícita. Para tanto, recorrem a diversos critérios, dentre os quais, a exclusão da tipicidade da conduta apelando aos direitos fundamentais atingidos, ou seja, entendem se tratar de um problema cuja solução se encontra no plano do tipo objetivo.³⁵

Os posicionamentos doutrinários favoráveis à solução pelo tipo objetivo partem de diversas propostas teóricas para afastar a incidência do tipo penal do branqueamento de capitais aos advogados que recebem honorários maculados quando efetivamente realizam a defesa, dentre as quais:³⁶ a redução teleológica do tipo do branqueamento, a interpretação conforme a Constituição, a solução da derrogação e a teoria da adequação da conduta típica.³⁷

3.1.1 A redução teleológica do tipo objetivo

O primeiro critério defendido por um setor considerável da doutrina para afastar a incidência do branqueamento de capitais do recebimento de honorários maculados é a redução teleológica do tipo objetivo. Este critério de restrição do tipo depende do bem jurídico protegido pelo delito.³⁸ Porém, é neste ponto que o critério se mostra falho, pois, no que tange o branqueamento de capitais, não há um consenso quanto ao bem jurídico que ele visa proteger. Há posições que defendem se tratar da livre concorrência, a tutela do tráfico de drogas, a credibilidade do sistema econômico, a segurança jurídica e a segurança interna do Estado, a ordem socioeconômica em geral, a administração da justiça e, inclusive, há quem entenda se tratar do mesmo bem violado pelo delito anterior ao branqueamento.³⁹

³⁵ Via de regra na doutrina defende-se a atipicidade das condutas *standard*, entendendo-se que, os negócios realizados para satisfazer as necessidades vitais e sociais mais básicas – dentre as quais encontra-se a defesa penal –, devem ser excluídos do âmbito da punição do branqueamento de capitais. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 142; FRISCH, Wolfgang, ob. cit., p. 316.

³⁶ Na Alemanha, dentre as propostas doutrinárias para restringir o âmbito de aplicação do delito de branqueamento de capitais ao recebimento de honorários maculados, encontram-se além da redução teleológica do tipo, interpretação conforme a Constituição, solução da derrogação e a Teoria da adequação da conduta típica há também: Teoria da adequação social, Teoria da imputação objetiva em sentido amplo; solução da causa de exclusão da punibilidade (*Strafausschließungslösung*); solução da causa de justificação (*Rechtfertigungslösung*); a tese de W. Wohlers. Cf. AMBOS, Kai, ob. cit., p. 70-94; CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 10-25; BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolás. *El delito de blanqueo de dinero: lavado de dinero por cobro de honorarios, ignorancia deliberada y Derecho comparado*. Buenos Aires: B de F, 2018, p. 168-195; KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 100-105.

³⁷ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 70.

³⁸ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 16-17.

³⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 146-154; KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 89-92.

Na Espanha, por exemplo, predomina o entendimento de que o bem jurídico protegido são os bens de natureza supraindividuais, mais especificadamente os de natureza econômica. Na Alemanha, por sua vez, predomina a concepção de que o bem jurídico protegido é a administração da justiça, mas também a proteção dos bens jurídicos violados pelo delito anterior. Diante desta falta de unicidade, na doutrina espanhola se entende que, do mesmo modo como ocorre com o crime de receptação, a punição do crime de branqueamento de capitais se justifica como um instrumento político necessário para reforçar a função da pena prevista para os delitos prévios. Logo, se defende o isolamento econômico do autor do delito anterior, excluindo-o das atividades econômicas, inclusive das atividades *standard*, uma vez que a grande maioria dos crimes econômicos supõem que o sujeito ativo possua o ânimo de lucro e, assim, a redução das possibilidades de obtenção deste lucro, por parte do autor, seria um instrumento político criminal idôneo na luta contra esses delitos.⁴⁰

Diante deste dissenso quanto ao bem jurídico, a doutrina favorável ao afastamento da tipicidade objetiva do recebimento de honorários maculados mediante este critério aponta os motivos pelos quais este comportamento não implica na violação no propósito perseguido pela norma. No caso, para negar a lesão à administração da justiça como bem jurídico protegido pelo branqueamento (§ 261 StGB), conforme posição predominante na Alemanha, pelo recebimento de honorários maculados, sustenta-se que não inexistente sua violação tendo em vista o *status* constitucional ostentado pelo advogado, na medida em que sua função também compõe a administração da justiça, notadamente quando a ele se atribui a realização da defesa penal, amparando pelos interesses e direitos dos acusados, essencial ao bom funcionamento da administração.⁴¹

De acordo com outra posição, a administração da justiça engloba diversos outros aspectos que também não são afetados pelo recebimento de honorários maculados, tais como a obtenção de uma sentença penal correta e justa, a qual pressupõe inclusive a atuação de um defensor, e o efeito preventivo de que “o crime não compensa”. Ninguém comete um crime para pagar mais dinheiro ao advogado, logo, não há violação ao bem jurídico do delito anterior com a conduta do advogado que recebe honorários como contraprestação de sua defesa. No mesmo sentido, também é falho o argumento daqueles que alegam que a não penalização do recebimento de honorários maculados representaria um incentivo à prática de novos delitos, pois, pretende com a respectiva penalização o isolamento econômico do autor do delito anterior. Novamente, ninguém pratica um crime com a intenção de posteriormente se envolver em um processo penal e poder realizar o pagamento de sua defesa. Pelo contrário, trata-se de um desestímulo à prática de crimes.⁴²

⁴⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 146-154; KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 89-92.

⁴¹ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 17.

⁴² Idem, *ibidem*.

Sob o ponto de vista de política criminal em face ao crime antecedente, a penalização do recebimento de honorários seria irrelevante no que tange à função preventiva da pena do delito anterior.⁴³ Para a tutela de interesse supraindividuais (proteção do sistema econômico de um Estado), a realização desses “atos básicos de consumo”, tais como a prestação de serviços advocatícios, não coloca em perigo a livre concorrência e, portanto, do ponto de vista da lesividade penal, não justifica a punição de tais atos pelo direito penal.⁴⁴

Por fim, ao se analisar o tipo penal do branqueamento nos ordenamentos jurídicos de modo geral, percebe-se que são condutas com a finalidade de “ocultação ou dissimulação” da origem ilícita do numerário ou do bem de origem criminosa. Assim, no âmbito das condutas *standard*, quando estas consubstanciarem somente na prestação de serviços profissionais, como é o caso da atividade advocatícia, será penalmente atípica, desde que não tenha a finalidade de encobrimento da origem ilícita.⁴⁵

Nessa linha, em princípio, poder-se-ia utilizar esses argumentos para fundamentar a atipicidade do recebimento dos honorários maculados diante da ausência deste fim especial de ocultação, além do fato de que não há, com esta conduta, a violação a nenhum dos bens jurídicos considerados pela doutrina como sendo o do branqueamento. Logo, por este critério da redução teleológica do tipo objetivo, que se fundamenta em torno do bem jurídico protegido – ainda que este não seja definido, de forma unânime – para a exclusão do tipo de recebimento de honorários contaminados, por parte do defensor, esta exclusão é perfeitamente visualizada ao se considerar que o comportamento do advogado de receber a contraprestação de seus serviços não põe em causa o propósito prosseguido pela norma.⁴⁶

3.1.2 Interpretação conforme a Constituição

Critério pelo qual se busca restringir a aplicabilidade do tipo penal, toma por base a própria Constituição e os direitos nela previstos, buscando-se a interpreta-

⁴³ PÉREZ-MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. (Ed.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madri: Marcial Pons. 2009, p. 169-206, mais especificadamente p. 185.

⁴⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 143.

⁴⁵ É o entendimento da doutrina majoritária espanhola, para a qual a interpretação restritiva deve ser realizada tendo em vista a finalidade exigida com as condutas de transmissão, aquisição, de mascarar o bem procedente de delito anterior, fugindo das consequências legais. PÉREZ-MANZANO, Mercedes, ob. cit., p. 181-183.

⁴⁶ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 18.

ção melhor e mais adequada ao texto constitucional.⁴⁷ A questão da responsabilização do advogado por branqueamento de capitais em face do recebimento de honorários maculados, ao ser interpretada à luz de direitos previstos na Constituição, importa de um lado, a busca do combate ao branqueamento de capitais com o isolamento econômico do autor do delito anterior, e, por outro, a violação de diversos direitos fundamentais.⁴⁸

Apesar de parte da doutrina confundir os métodos interpretativos, a interpretação conforme a Constituição, diferentemente da interpretação teleológica do tipo objetivo, se baseia na violação de direitos fundamentais com a aplicação do tipo do branqueamento (§ 261 II StGB) ao recebimento de honorários maculados pelo advogado. Embora possuam a mesma finalidade de redução do tipo objetivo, diferem quanto à referência, neste, a Constituição e os direitos nela previsto, e, naquele, o objeto jurídico do branqueamento.⁴⁹

A redução do tipo de branqueamento conforme a Constituição (*verfassungskonforme Reduktion*) consiste no argumento utilizado pelo Tribunal *Oberlandesgericht* (OLG) de Hamburgo,⁵⁰ o qual, conforme já visto, após realizar uma ponderação de interesses em conflito, entendeu que a penalização do recebimento de honorários maculados pelos advogados, quando de fato ocorrer uma defesa técnica pelo defensor,⁵¹ não se mostra necessário nem proporcional em face aos direitos fundamentais restringidos, sobretudo o direito ao livre exercício profissional dos advogados e na livre escolha do defensor, pelo acusado.⁵²

Em sua decisão, aquela Corte rechaçou propostas doutrinárias para restrição do tipo, reputadas insatisfatórias, como a teoria da adequação social da conduta, entendendo ser extremamente vaga esta alegação, face à imprecisão do que seria adequado ou inadequado e a ausência da tipicidade subjetiva (no caso, dolo ou imprudência) pelo fato de que no processo legislativo se ampliou o tipo para os casos de imprudência grave (e não somente dolo direto) bem como pelo fato de que ninguém, tampouco o advogado, é capaz de saber, ainda que eventualmente, a procedência dos honorários, sobretudo quando defende autores de determinados crimes.⁵³

⁴⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez, ob. cit., p. 245-299.

⁴⁸ KAWAKAMI, Cynthia, ob. cit., p. 92.

⁴⁹ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 18; BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolás, ob. cit., p. 135-136. p. 168-195.

⁵⁰ NJW, 2000, p. 673 e ss e NStZ 2000, p. 311 e ss.

⁵¹ Vide as exceções trazidas na decisão do Tribunal Superior *Oberlandesgericht* (OLG de Hamburgo), no texto da nota 12, supra.

⁵² AMBOS, Kai, ob. cit., p 70-71; Ramon, ob. cit., p. 135-136.

⁵³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 139-141; AMBOS, Kai, ob. cit., p 73-74.

Há, por sua vez, um seguimento doutrinário que se apoia em outros argumentos, no direito à livre escolha do defensor e no princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Para esta corrente minoritária, diferentemente do entendimento do OLG de Hamburgo, não há exceções, razão por que nela se defende uma interpretação conforme a Constituição sem limitações.⁵⁴

Ao encontro da decisão do Tribunal OLG de Hamburgo se dirige a posição majoritária da doutrina, segundo a qual os negócios realizados para satisfazer as necessidades mais básicas (condutas *standard*), dentre os quais se encontra o pagamento de honorários profissionais aos advogados, devem ser excluídos do âmbito da punição e, para tanto, socorrem aos direitos fundamentais implicados. Por isso mesmo, se apegam ao critério da interpretação conforme a Constituição.⁵⁵

Por sua vez, os posicionamentos doutrinários contrários a esta solução utilizada pelo Tribunal de Hamburgo para a restrição do tipo se apegam nos seguintes fundamentos: primeiramente, entendem não ser o caso de excluir da tipicidade os negócios e condutas *standard*, dentre os quais a conduta dos advogados que atuam na defesa criminal, pois, ainda na fase de tramitação legislativa do artigo § 261, em uma de suas versões preliminares, havia uma cláusula para se excluir que atendessem às necessidades mais cotidianas. No entanto, esta cláusula foi expressamente rejeitada no processo legislativo e não foi incluída no texto final aprovado, de modo que o recebimento de honorários de origem ilícita é conduta típica, conforme o § 261, II, nº 2, do Código Penal alemão.⁵⁶

Diante disto, sob o ponto de vista metódico-formal entende a corrente majoritária que o Tribunal OLG de Hamburgo ultrapassou os limites de sua competência, pois a legislação alemã de fato abrange a aceitação de honorários maculados pelos advogados, § 261, II. Sendo assim, a conduta ideal nestes casos de dúvida quanto à inconstitucionalidade seria o encaminhamento da questão ao tribunal competente⁵⁷ para que este pudesse decidir acerca da eventual (in)constitucionalidade.⁵⁸

Por fim, quanto à fundamentação dos direitos fundamentais violados, tal como utilizado pelo OLG, há quem entenda que não há um direito fundamental à livre escolha do defensor e que este não é originário do direito à defesa, e,

⁵⁴ GRÄFIN VON GALEN, «Der Verteidiger – Garnt eines rechtsstaatlichen Verfahren oder Mittel zu Inquisition? Der Beschuldigte – verteidigt oder verkauft?». StV, 2000, p. 583, *apud* CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 20.

⁵⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 142.

⁵⁶ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 71-73; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 616-617; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 133.

⁵⁷ No caso, o Tribunal Constitucional (BVerfG), conforme previsto no art. 100 do Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (GG), no capítulo reservado ao controle concreto de normas.

⁵⁸ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 71-73; BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 616-617; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 133.

portanto, não há lesão a um direito fundamental da livre escolha do defensor. Porém, esta parcela doutrinária não se pronuncia se este direito reflete no direito fundamental à defesa efetiva, ao processo penal justo e à paridade de armas, bem como reconhecem que a criminalização implicará na redução de trabalho para os advogados liberais, e que o tipo §261, II, é muito amplo, devendo ser restringido.⁵⁹

3.1.3 Solução da derrogação

Segundo critério para a restrição do tipo do branqueamento de capitais defendido por parte da doutrina alemã, sustenta a redução teleológica do tipo do branqueamento do § 261, II, nº 1 do Código Penal alemão, entendendo-se que, diante da incompatibilidade impõe-se optar por um em detrimento do outro. No caso, uma vez que a punibilidade do branqueamento de capitais e o direito à defesa e à livre escolha do defensor se encontram em uma situação de concorrência, assim como limitam o âmbito de aplicação um do outro, para esta corrente, estes direitos derrogaram, definitivamente, a primeira previsão.⁶⁰

3.1.4 Teoria da adequação da conduta típica

Observa-se ainda na doutrina, concepção que sustenta a necessidade de adequação da conduta típica para a “ocultação” da origem ilícita dos valores patrimoniais,⁶¹ vale dizer, a conduta do autor para caracterizar o branqueamento de capitais deve se amoldar à lei de maneira que, efetivamente, contribua para a ocultação da origem ilícita, de modo a demonstrar aderência do advogado ao animus do autor do crime antecedente em esconder e pôr a salvo o produto de seu crime. Desta forma, este seguimento doutrinário utiliza da ausência de contribuição das atividades cotidianas e socialmente usuais executadas pelo causídico para a realização dos verbos integrantes do tipo penal do branqueamento, e, amparado neste argumento, sustenta a atipicidade de tais condutas.⁶²

Ocorre que no direito alemão, de acordo com o teor literal do § 261, II, nº 1 e 2, do StGB, é penalmente típica a conduta do advogado que adquire ou recebe bens cuja origem advêm da prática de um delito.⁶³ Na Espanha, da mesma

⁵⁹ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 72.

⁶⁰ Idem, p. 75.

⁶¹ Lembrando-se que a presente pesquisa, conforme já mencionado, trouxe as propostas doutrinárias mais citadas na doutrina e jurisprudência.

⁶² AMBOS, Kai, ob. cit., p. 83-84.

⁶³ Idem, p. 62-61.

forma que na Alemanha, de acordo com o art. 301 do Código Penal espanhol,⁶⁴ em princípio, a conduta de adquirir ou receber bens, com conhecimento de sua origem de um delito grave, se revela suficiente para considerar realizado o tipo penal do branqueamento de capitais.⁶⁵ Por sua vez, no Brasil o recebimento de honorários maculados não é conduta típica uma vez que não se trata de “ocultar ou dissimular”, mas sim, da contraprestação de serviços advocatícios prestados,⁶⁶ pelo menos segundo se infere do art. 1º da Lei nº 9.613/98.

Assim, pode-se entender que a amplitude do tipo penal de aquisição que se mostra consignada tanto no Código Penal espanhol (301, I, CP), quanto no Código Penal alemão (§ 261, II, nº 1 e 2, do StGB), seguindo o critério da adequação típica, implica que o recebimento de valores ou bens, a título de honorários maculados, efetivamente caracteriza o delito de branqueamento.⁶⁷ Contudo, em ambos os países a doutrina majoritária se inclina em prol da solução do tipo mediante a sua restrição com o direito fundamental a defesa, ou seja, utilizam o critério da interpretação conforme a Constituição.⁶⁸

Da mesma forma ocorre em diversos outros países, nos quais, não obstante a legislação interna do branqueamento recepcionar como típica a conduta de recebimento de honorários maculados, a doutrina majoritária defende a atipicidade destas condutas e, para tanto, socorrem à solução do tipo objetivo mediante a interpretação conforme a Constituição, como por exemplo, na Bélgica e nos Estados Unidos. No primeiro, exige-se imunidade ao defensor e, no segundo, a exclusão de atividades necessárias à preservação do direito a defesa garantido pela 6ª Emenda da Constituição.⁶⁹

Os opositores à solução do tipo argumentam o fato de que acabam por contrariar a literalidade da lei, pois, conforme analisado, o recebimento de honorários maculados é conduta típica em diversos países. Também alegam ser contraditório tendo em vista a falta de unicidade quanto ao bem jurídico protegido pelo delito de branqueamento de capitais.⁷⁰ Assim, faz-se necessário, preliminarmente, saber qual é o bem jurídico protegido pelo delito de branqueamento de capitais para só então se poder afirmar quanto à possível redução do tipo,⁷¹

⁶⁴ De acordo com a recente alteração incluída pela LO 15/2003.

⁶⁵ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 84; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 127-129.

⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 195.

⁶⁷ Cf. AMBOS, Kai, ob. cit., p. 63, há, consequentemente, o dever de recusa por qualquer profissional em receber o pagamento de seus serviços mediante valor não controlado ou, até mesmo, desistir da prestação do serviço.

⁶⁸ Idem, p. 84.

⁶⁹ Garantia e privilégio obtido aos advogados criminalistas na “*Money Laundering Prosecution Improvement Acts*” de 1998, cf. AMBOS, Kai, ob. cit., p. 85 e RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 133-134.

⁷⁰ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 75-77. Quanto ao bem jurídico protegido, vide capítulo 2.1.1.

⁷¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 146.

pois, do contrário, não será possível dissipar a dúvida, se o valor recebido pela contraprestação de serviços *standard* (especialmente os serviços advocatícios) advém da prática de um delito prévio, e se merece ou não uma sanção penal. Todavia, conforme já exposto, a doutrina também refutou este argumento, apontando para cada possível bem jurídico indicado pela doutrina o correspondente motivo pelo qual não é afetado pelo recebimento dos honorários maculados.

Diante disto, da análise dos critérios doutrinários para a restrição do tipo, na esfera do tipo objetivo, verifica-se uma forte tendência na proteção de direitos fundamentais implicados com a penalização de determinadas condutas e negócios realizados para satisfazer as necessidades mais básicas, dentre os quais encontra-se o recebimento de honorários maculados e que, portanto, justificando a sua atipicidade.⁷²

Frise-se por derradeiro que dentre as diversas proposições teóricas voltadas à restrição do tipo, o presente trabalho expõe as de maior acolhimento jurisprudencial, sendo oportuno reconhecer que a corrente majoritária é coincidente em encontrar na tipicidade a solução para a restrição do tipo do branqueamento de capitais, e, mais precisamente, na tipicidade objetiva mediante a interpretação conforme a Constituição. Apesar disso, subsiste uma acentuada inclinação à restrição na esfera do tipo subjetivo.⁷³

3.2 A solução pelo tipo subjetivo

A solução do dolo (*Vorsatzlösung*) encontrou lugar na tipicidade subjetiva para dar resposta à questão de ser cabível (ou não) a incidência do branqueamento de capitais no recebimento de honorários supostamente maculados, por parte de defensores criminais, levando em consideração dados internos do agente, como sua psique.⁷⁴ Com esta solução objetiva-se dissociar do tipo subjetivo do § 261, II, nº 1 do Código Penal alemão, tanto a imprudência (prevista no inciso V, do mesmo código) quanto o dolo eventual do § 15 do StGB.⁷⁵

Denominada de solução cognitiva do dolo, encontra-se nas Convenções Internacionais e nos ordenamentos jurídicos de diversos países que preveem, de

⁷² RIOS, Rodrigo Sánchez, ob. cit., p. 245-299.

⁷³ Idem, ibidem.

⁷⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo. Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delitos fraudulentos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons. 2003, p. 17-65, mais especificadamente, p. 21-22.

⁷⁵ GRÜNER, GERHARD/WASSERBURG, KLAUS, «Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?», en *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 9. 2000, p. 439, *apud* CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 11.

forma expressa, a necessidade do conhecimento da origem ilícita no tipo penal de “aquisição”, do delito de branqueamento de capitais. Por sua vez, a solução volitiva do dolo é aquela em que o tipo penal do branqueamento exige ao autor do delito uma intenção ou finalidade específica. No caso do branqueamento de capitais, esta intenção se apresenta (ao menos na grande maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais que preveem este tipo penal de intenção),⁷⁶ somente no tipo penal de “ocultação”, de modo que, no que se refere ao tipo penal de aquisição, este continua a abarcar o advogado criminal pelo simples dolo direto.⁷⁷

De qualquer maneira, pela solução do tipo subjetivo somente será punível a conduta do advogado que, no momento do recebimento de seus honorários, tenha pleno conhecimento de sua procedência ilícita.⁷⁸ Para este critério da solução pelo tipo subjetivo, há na doutrina adeptos à necessidade do dolo direto para os quais, no âmbito das condutas *standard*, há ausência de relevância penal quando o agente somente suspeita ou considera possível ser de origem ilícita a sua contraprestação.⁷⁹ Para outros, como Greco, basta o dolo eventual⁸⁰ e, por fim, há ainda os que entendem necessário para ser típica a conduta do advogado de “adquirir” bens procedentes de um delito, que essa deva realizar-se com o *animus* de ocultar e dissimular. Este último é o critério acolhido por Blanco Cordero para resolver o presente problema, porém não exclui uma possível solução no tipo objetivo.⁸¹

⁷⁶ Tais como Bélgica, Portugal, Turquia e Espanha, cf. AMBOS, Kai, ob. cit., p. 91.

⁷⁷ Idem, p. 91.

⁷⁸ GRÜNER, GERHARD/ WASSERBURG, KLAUS, «Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?», en *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 9. 2000, p. 439, *apud* BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 609.

⁷⁹ Nesta linha teórica encontram-se, por exemplo, Harro Otto e Schild-Trappes, cf. BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 608; Inclusive, no âmbito das ações neutras e levando em consideração o livre exercício profissional e o direito do à prestação do serviço profissional, por parte do cliente, Harro Otto entende que somente o dolo direto (conhecimento seguro) é *suficiente para caracterizar a cumplicidade punível, e jamais o dolo eventual*, cf. GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras – A imputação objetiva na participação*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 66-66; No mesmo sentido Schild-Trappe, em sua teoria da cumplicidade aplicada no âmbito das ações neutras, entende que o auxílio deve ser conhecido pelo autor, e conseqüentemente deve haver uma interação entre as partes cúmplice-autor. Deste modo, segundo a autora, a cumplicidade pressupõe dolo direto, não sendo suficiente dolo eventual, entendendo ser incompatível com a cumplicidade a falta de conhecimento, por parte do autor do crime quanto à solidariedade do cúmplice, ou a ausência de dolo direto, pelo cúmplice. Idem, p. 68-71.

⁸⁰ Adepto ao dolo eventual ser suficiente para a penalização do recebimento de honorários maculados pelo branqueamento de capitais, Greco, em sua obra, realiza crítica aos defensores da necessidade do dolo direto Harro Otto e Schild-Trappe, apontando, por exemplo, quando trata da crítica a Otto da ausência de diferença de valor entre o dolo direto e eventual, de modo que seria incompatível exigir a punição somente para o dolo direto e não para o eventual e também pelo fato de que, como regra, possuem a mesma consequência jurídica e, somente em casos excepcionais o próprio legislador difere o dolo direto e o dolo eventual. Idem, p. 67-68.

⁸¹ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 608; RAGUÉS I VALLEÈS, Ramon, ob. cit., p. 145.

Utilizado primeiramente pelo Tribunal de Hamburgo (*Landgericht* – LG), a solução pela tipicidade subjetiva implicou na absolvição do advogado. A decisão se baseou na ausência dela, diante da ausência de provas acerca do conhecimento do advogado sobre a origem ilícita do valor recebida a título de honorários, as quais não permitiam provar que este teria atuado com dolo ou imprudência com relação à origem ilícita de seus honorários.⁸²

Em seguida, o Tribunal de Frankfurt (*Landgericht* de Frankfurt) também proferiu a decisão – dessa vez condenatória – com fundamento na tipicidade subjetiva, entendendo que a necessidade do conhecimento da origem ilícita é compreendida no tipo amplo “aquisição” do delito de branqueamento de capitais. Em face disto, concluiu que o recebimento de honorários antecipados pelo casal de advogados, sabendo de sua origem ilícita, constituiu o crime de branqueamento de capitais, conforme o StGB, § 261 do Código Penal alemão.⁸³

Posteriormente, o Supremo Tribunal Alemão (BGH) confirmou a condenação também pela tipicidade subjetiva entendendo como indícios do conhecimento da origem ilícita da quantia extremamente elevada e paga em dinheiro aos advogados, porém, diferentemente do LG de Frankfurt, ainda que de modo genérico, referiu da importância de que o legislador estabelecesse uma garantia de imunidade de investigação ao defensor, tendo em vista a sua condição especial.⁸⁴

Diante disto, as críticas ao BGH surgem primeiramente quanto à exigência do conhecimento da origem ilícita no momento da “aquisição”. Isto, pois, ao se analisar o tipo do branqueamento do § 261, II, nº 1, do Código Penal alemão, diferentemente do nº 2, não há a previsão da exigência do conhecimento (dolo) em relação à origem ilícita e ao branqueamento de capitais no momento da aceitação, bastando a aceitação imprudente de honorários maculados para caracterizar o delito. As críticas também recaem no fato de que nenhum dos tribunais, em suas decisões, adentrou na necessidade de tratamento especial por parte das investigações aos advogados, tendo em vista as suas peculiaridades.⁸⁵

Há quem entenda, e com toda a razão, que a solução pelo tipo subjetivo mediante uma interpretação restritiva, e conforme a Constituição, não é a mais justa diante da restrição e condicionamento de direitos fundamentais do defensor, e também do suposto autor de branqueamento.⁸⁶ E mais, é incoerente e incabível impor ao advogado o dever de investigar a procedência do dinheiro de seu cliente, pois isso de fato acaba implicando negativamente em sua profissão.⁸⁷

⁸² DE GRANDIS, Rodrigo, ob. cit., p. 132; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 132.

⁸³ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 78-79.

⁸⁴ Idem, *ibidem*.

⁸⁵ Idem, p. 64-65.

⁸⁶ Cf. AMBOS, a decisão do BGH implicou não somente na restrição, mas também no condicionamento de direitos fundamentais do acusado à defesa, à presunção de inocência e à livre escolha do seu defensor, característico do direito penal do inimigo. Idem, p. 60.

⁸⁷ Idem, *ibidem*.

Por sua vez, tais questões foram consideradas pelo BVerfG em sua decisão, na qual, ao realizar a ponderação de interesses implicados – no âmbito da tipicidade objetiva –, entendeu não ser proporcional à penalização dos advogados em face aos direitos fundamentais à defesa livremente constituída e da liberdade do exercício profissional, interpretar de forma ilimitada o § 261, II, nº 1, do Código Penal alemão. Realizou, portanto, uma interpretação restritiva do tipo penal do branqueamento, conforme a Constituição, entendendo que para atender ao princípio da proporcionalidade, a afetação que implica o § 261, II, nº 1 aos direitos fundamentais estará constitucionalmente justificada quando o advogado, no momento em que recebe os honorários, saiba seguramente da procedência ilícita destes.⁸⁸

Parte da doutrina aprova esta solução. Assim, para efeitos de incriminar advogados pelo crime de branqueamento de capitais é necessário comprovar o conhecimento seguro (dolo direto) acerca da origem ilícita dos honorários no momento da aceitação. Destarte, segundo esta posição, somente mediante interpretação restritiva do § 261 II e V StGB, e conforme a Constituição, se resguardarão os direitos do defensor e também do cliente-acusado no processo penal.⁸⁹

Em seu acórdão o Tribunal Constitucional entendeu que o defensor não possui o dever de investigar a origem dos valores pagos como contraprestação de seus serviços prestados, sendo atípica a sua conduta quando não tiver o conhecimento seguro da procedência ilícita por falta de tipicidade subjetiva. Também, e como consequência, o BVerfG reclama a necessidade de provas robustas para a comprovação processual de seu conhecimento positivo da procedência ilícita, e, considerando o proposto pelo BGH, ressaltou-se que autoridades de aplicação da lei e tribunais, na aplicação do StGB, §261, II, nº 1, têm o dever de levar em consideração a condição especial do advogado de defesa desde a investigação preliminar.⁹⁰

Os contrários à decisão do Tribunal Constitucional imputam-lhe arbitrariedade porque não teria interpretado a lei, mas sim realizado uma interpretação restrita contra *legem*. Assinalam que ao restringir o tipo penal do branqueamento ao dolo direto, a Corte teria violado de forma direta o teor literal do StGB 261 do código penal alemão, o qual, de fato prevê o dolo eventual.⁹¹ Demais disso, mencionam as consideráveis afetações à defesa penal e arrematam que a solução conferida pelo BVerfG pela tipicidade subjetiva (exigência do conhecimento po-

⁸⁸ Idem, p. 79. Em sua decisão, o Tribunal Constitucional entendeu que utilizar a restrição de forma ilimitada excluindo o defensor de qualquer possibilidade de incidência do § 261, II, nº 1, também não seria proporcional, caracterizando um abuso de sua condição privilegiada, o que não merece proteção constitucional, CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 12.

⁸⁹ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 79; CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 12.

⁹⁰ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 79; CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 12.

⁹¹ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 80.

sitivo da origem ilícita) pode até dificultar a condenação, e, no melhor dos casos, impedi-la. Contudo, não impede a realização de investigações contra o defensor, fundadas em suspeitas iniciais e a consequente perturbação da relação de confiança entre as partes advogado-cliente, decorrente de investigações e eventuais medidas coercitivas, as quais, consequentemente, implicam diretamente na realização de uma defesa penal efetiva.⁹²

Assim, na melhor das hipóteses, a solução do dolo irá diminuir a perturbação na relação de confiança entre as partes, mas jamais extingui-la. Por esta razão se defende a necessidade de garantias processuais ao defensor – enquanto acusado de branqueamento – como a exigência de somente com fundadas suspeitas ser possível a instauração contra ele de investigações e consequentes medidas coercitivas, tais como, intervenção telefônica e violação de seu escritório. De toda maneira, a solução do dolo não constitui um meio apto para afastar o prejuízo ao direito de defesa ao não poder assegurar a liberdade que esta requer frente às intervenções processuais e, por isso, deve ser descartado.⁹³

No âmbito probatório, a crítica recai na imprecisão e dificuldade de comprovação do estado subjetivo.⁹⁴ Em sua decisão, o BVerfG reclama a necessidade de indícios concretos, baseados em circunstâncias objetivas que permitam assegurar o recebimento doloso de honorários maculados e que, no caso em concreto, entendeu como indícios a quantidade de honorários recebidos e o fato da verba honorária ter sido paga em dinheiro. Inclusive, deixa claro em sua decisão que não caracteriza indícios o fato de o advogado aceitar defender uma pessoa acusada de ter cometido um dos delitos catalogados como delito antecedente.⁹⁵

Diante disto, a doutrina contrária ao Tribunal Constitucional afirma que este não apresentou elementos concretos para se constatar o conhecimento do defensor acerca da origem ilícita de seus honorários, especialmente quanto à alegação da quantidade de honorários recebidos. Ao contrário, criticam aduzindo que os critérios utilizados pelo BVerfG implicam em um novo problema, qual seja, a criação do seguinte questionamento: um advogado que recebe grandes quantias em honorários em face de outro que recebe em menor, o primeiro pode ter maior conhecimento da procedência ilícita de seus honorários? E qual seria o valor adequado ao pagamento?⁹⁶ Quando inexistir conluio entre as partes ou inexistir a intenção de ocultar, por parte do defensor que recebe honorários de origem ilícita, mas tão somente como contraprestação de seus serviços de defesa,

⁹² CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 13-14.

⁹³ Idem, ibidem.

⁹⁴ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo, ob. cit., p. 138, “o dolo não se presume, mas se prova”. Menciona, em sua obra, que no Brasil o delito de branqueamento é exclusivamente doloso, diferente de outros países, como a Espanha, por exemplo.

⁹⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 627.

⁹⁶ BUSSENIUS, Anne, ob. cit., p. 1053 ss.

caso receba seus honorários em quantia elevada paga em dinheiro, deverá ainda assim ser responsabilizado pelo branqueamento? São incertezas e lacunas deixadas pela decisão e que demonstram falha da solução do dolo.⁹⁷

Além disso, aponta-se extrema dificuldade em delimitar o momento em que o conhecimento ocorre e de sua verificação, de modo que se tem sustentado que contra a solução do dolo recai o fato de que a garantia do direito do acusado a uma defesa efetiva bem como à livre escolha de seu defensor não podem depender dos estados mentais do defensor.⁹⁸

4 Branqueamento de capitais e os negócios *standard*: proposta de solução

Dos fundamentos acima apresentados é possível observar que a corrente majoritária da doutrina se inclina pelo afastamento da tipicidade do recebimento de honorários maculados, enquanto “atos de consumo”, diante da importância do direito à defesa, do livre exercício profissional e da livre escolha do defensor, entendendo-se que os negócios realizados para satisfazer as necessidades mais básicas (*standard*) devem ser excluídos do âmbito da punição.⁹⁹

Diante do exposto, ante os critérios defendidos pela doutrina e jurisprudência alemã para a restrição do tipo, resta agora a análise de propostas de solução para o problema diante das finalidades da punição por branqueamento de capitais. Nessa linha, parte da doutrina sugere que o isolamento econômico do autor do delito anterior possui um papel essencial como instrumento político criminal idôneo na luta contra os delitos econômicos, dentre os quais o branqueamento de capitais. Diante do animus de lucro que, via de regra, os sujeitos ativos almejam com a prática destes crimes, a redução das possibilidades de obtenção deste lucro e mais, a dificuldade de consolidação destas vantagens patrimoniais auferidas, implicam em um desincentivo à sua realização e, conseqüentemente, reduz a criminalidade e o número de pessoas dispostas a praticar os delitos.¹⁰⁰

Logo, a consolidação das vantagens econômicas obtidas pelo autor do delito anterior ostenta, de certa forma, grande importância na solução do problema objeto desta investigação. Destarte, via de regra o lucro almejado pelo autor para que possa desfrutar de maneira tranquila não ocorre com a consumação do delito. Para tanto, é fundamental a realização de atos para o seu mascaramento, ou seja, de condutas “pós consumação” de asseguramento dos benefícios adquiridos

⁹⁷ Cf. AMBOS, Kai, ob. cit., p. 66, nestes casos, a punibilidade do tipo subjetivo StGB, §261, I, “poderia fracassar”.

⁹⁸ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 13-14.

⁹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 142-143.

¹⁰⁰ Idem, p. 146-154.

com a prática do delito anterior. Deste modo, a luta contra o branqueamento de capitais se manifesta mediante a penalização de quem, de alguma forma, contribui para o êxito do autor do delito anterior, qual seja, de consolidação dos bens obtidos.¹⁰¹

No âmbito das condutas *standard*, o problema do recebimento de honorários supostamente maculados pelos advogados, por suas implicações, exige um critério mais delimitador: a sanção penal do branqueamento somente estará justificada quando, de fato, a conduta do agente caracterizar um incentivo ao autor do delito anterior, o qual saberá que poderá contar com ela para a consolidação das vantagens ilícitas por si auferidas.¹⁰² Assim, tendo em vista a sanção penal do branqueamento como política criminal inibitória da prática do delito anterior, somente concretizarão o tipo penal do branqueamento de capitais as condutas idôneas suficientes para efetivamente consolidar, por meio da ocultação, a origem ilícita.¹⁰³ Por outro lado, será atípica a conduta daqueles negócios *standard* que não contribuem eficazmente para a consolidação ou a ocultação dos valores obtidos com o delito prévio.¹⁰⁴

Empregando esta lógica ao problema do recebimento de honorários por advogados que conhecem a procedência ilícita do numerário, o Tribunal Superior *Oberlandesgericht* (OLG) de Hamburgo assentou a sua decisão no fato de que o autor do delito anterior visa com sua prática a obtenção de lucro, não se vê implicado em um processo penal e pode pagar um advogado.¹⁰⁵ Ademais, o pagamento dos serviços profissionais dos advogados consubstancia, na realidade, um ônus e conseqüentemente a redução da capacidade econômica do autor, o que descaracteriza a necessidade de incidência da sanção penal do branqueamento.

Neste sentido, por exemplo, na doutrina espanhola, Ramon Ragués I Vallès se declara contrário à tipificação da conduta dos advogados, sustentando que a conclusão do OLG (que conferiu ao problema um tratamento jurídico-penal na

¹⁰¹ Idem, *ibidem*.

¹⁰² Idem, p. 154.

¹⁰³ Neste ponto, RAGUÉS I VALLÈS, em sua obra, entende que pratica o delito de branqueamento aquele que, sabendo da procedência ilícita do dinheiro, aceita realizar negócios que de fato contribuem para a consolidação da capacidade econômica do autor do delito anterior, ocultando a sua origem ilícita como, por exemplo, a venda de joias, obras de artes ou até mesmo um imóvel, declarando haver cobrado um valor inferior ao pago. Idem, p. 156.

¹⁰⁴ RAGUÉS I VALLÈS traz como exemplo a compra e venda de carro ou de imóvel com a regular declaração do valor recebido. Para o autor, será atípica todas as condutas que não geram efeito de ocultação e também as que contribuem de maneira quantitativamente insignificante com a consolidação da riqueza alcançada. Nestes casos, ainda que seja pago com valores procedentes da prática de delitos anteriores, não haverá a sua ocultação, e, por conseguinte, a caracterização do tipo do branqueamento de capitais. Idem, p. 157.

¹⁰⁵ Idem, p. 158.

esfera do tipo objetivo e, para tanto, utilizou – dentre outros – uma lógica similar a sustentada acima, qual seja, a de que o pagamento dos serviços profissionais do advogado com dinheiro procedente do delito anterior não gera, em princípio, o efeito de “ocultação da origem” e nem de consolidação, não havendo, portando, dissimulação nem consolidação de bens obtidos com o crime anterior) é correta e, por conseguinte, preferível à do BGH.¹⁰⁶

Quanto à exceção trazida pelo OLG referente à vítima identificada, o autor oferece uma solução diversa à penalização por branqueamento: restituição dos valores e bens obtidos ao proprietário, ou seja, sugere uma reação de natureza patrimonial, tal como ocorre nos Estados Unidos, e sustenta tal entendimento nos arts. 111 e 127 do Código Penal espanhol. No caso, estes dispositivos conferem proteção ao terceiro que adquiriu bens procedentes de delito de forma legal e de boa fé. Porém, entende que, neste caso, não é possível considerar o advogado que recebe conscientemente honorários de origem ilícita, como terceiro de boa-fé. De igual forma, não é aceitável que lucre com esta situação. Diante disto, seria suficiente e justa uma reação de natureza patrimonial, por inexistir nesta conduta significativa relevância penal, tendo em vista a última ratio do direito penal.¹⁰⁷

Tais reflexões levam a concluir que o recebimento de honorários maculados pelo advogado nos casos em que saiba seguramente da procedência ilícita destes caracteriza uma conduta ilícita, porém, tal ilicitude não é suficiente para sustentar a incidência da sanção penal, bastando a reação patrimonial.¹⁰⁸ Em outras palavras, na mesma linha do entendimento do OLG (e também do BVerfG sob sua análise da tipicidade objetiva), criminalizar a percepção de honorários maculados não cumpre com as exigências da necessidade, sendo uma medida excessiva e que não socorre a finalidade do legislador com a sanção do branqueamento.

Por sua vez, na doutrina brasileira, Gustavo Badaró defende que o recebimento de honorários maculados não é conduta típica, pois não se trata de “ocultação ou dissimulação”. O advogado almeja apenas a remuneração por seus serviços prestados. Aponta a atuação transparente por parte do defensor, de modo que, ao agir de forma clara, atendendo às regras formais no recebimento de seu pagamento, declarando de forma honesta o valor realmente recebido, afasta qualquer possibilidade de incidência do tipo, eis que a remuneração pelos serviços profissionais realmente prestados, inclusive com a emissão de nota fiscal, não contribui para o encobrimento ou mascaramento do bem, ainda que de origem ilícita.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁸ Idem, p. 159; KAWAKAMI, Cynthia, *ob. cit.*, p. 100-105.

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo, *ob. cit.*, p. 195.

Ao encontro da decisão do OLG, e da mesma forma que Ramon Ragués I Vallès, o autor brasileiro defende a solução no âmbito da tipicidade objetiva, percebendo como atípica a conduta do recebimento de honorários, mesmo que maculados. Porém, para este, o motivo sustentado não é o fato de não ser necessário à finalidade da sanção penal do branqueamento de capitais, mas pela importância do direito à defesa e à livre escolha do defensor. Desta forma, entendendo-se ser este um problema a ser resolvido no plano da tipicidade objetiva, excluindo-se o tipo objetivo sequer seria necessária a análise do tipo subjetivo e a consequente questão do animus do advogado (dolo direto ou dolo eventual) os quais, conforme já exposto, possuem grande dificuldade probatória.¹¹⁰

Na mesma linha, Badaró entende não haver na conduta do advogado qualquer intenção de contribuir para o mascaramento da origem ilícita de seus honorários, isto é, não há a presença destes elementos subjetivos inerentes ao tipo do branqueamento de capitais. Há, neste caso, tão somente o desejo a remuneração em contraprestação de sua atividade profissional prestada (defesa penal). A sinceridade na realização do pagamento, indicando valores realmente recebidos, com a emissão de nota fiscal, afasta qualquer alegação do elemento subjetivo do agente em contribuir para o branqueamento de capitais.¹¹¹

Por fim, sob a tipicidade subjetiva, Blanco Cordero sustenta a necessidade do animus de ocultar e dissimular para ser típica a conduta do advogado em “adquirir” bens procedentes de um delito, porém, também deixa aberta a possibilidade da solução no tipo objetiva.¹¹²

5 Considerações finais

Embora a atividade investigativa no âmbito acadêmico nunca termine efetivamente, diante das reflexões expostas ao longo desta investigação, concluímos que:

O advogado, na realização da defesa penal, possui um papel fundamental na garantia do direito de todo arguido a uma defesa plena e efetiva, de vez que compõe a administração da justiça como instrumento crucial para a realização de uma defesa eficaz, e por isso mesmo é necessário preservar o sigilo profissional como base da relação de confiança entre as partes, advogado e arguido, sob pena de restarem comprometidas a eficiência e eficácia da defesa técnica.

Resta injustificável censurar o advogado por branqueamento de capitais quando a ele compete assegurar tais direitos fundamentais do arguido, além do

¹¹⁰ CONTRERAS ENOS, Marcos, ob. cit., p. 14-15.

¹¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo, ob. cit., p. 195.

¹¹² BLANCO CORDERO, Isidoro, ob. cit., p. 608

que o combate à criminalidade organizada e narcotráfico, não obstante ser de extrema importância em âmbito global, não pode implicar na incidência da sanção penal a determinadas atividades cotidianas consideradas como atos básicos de consumo (*standard*), como a defesa penal.

Ainda que se reconheça a existência de um esforço global em prol da prevenção e repressão ao branqueamento de capitais, que tem gerado aproximação e cooperação de diversos Estados, mediante a elaboração e incorporação de acordos internacionais, com conseqüente criminalização interna de atos de branqueamento de capitais,¹¹³ isto não pode justificar a criminalização de condutas socialmente neutras, sobretudo porque o direito penal é e deve ser a última *ratio*.

Aceitar a criminalização do advogado sob a justificativa de combater e fazer cumprir as finalidades do branqueamento, conforme a jurisprudência do Tribunal Superior de Hamburgo (*Oberlandesgericht*) e também do Tribunal Constitucional Alemão (o que o levou a restringir o tipo do 261, II, nº 1) se revela medida desproporcional, posto que desnecessária.

Os direitos fundamentais à obtenção de defesa técnica e efetiva, bem como ao livre exercício profissional do defensor, não podem ser restringidos e muito menos condicionados, sob pena de que se admita um direito penal do inimigo que subjuga o direito de defesa (mais precisamente à defensoria pública) e o princípio da presunção de inocência de supostos autores de branqueamento de capitais.¹¹⁴

É indiscutível que combate ao branqueamento merece atenção, porém, a penalização dos advogados pelo recebimento de seus honorários pagos como contraprestação de seus serviços profissionais efetivamente prestados, ainda que advindos de origem ilícita, não autoriza o tipo objetivo, de modo que se afigura correta, justa e mais adequada a solução da jurisprudência alemã, segundo a qual seria atípica a conduta dos advogados acusados de receber os honorários de origem do tráfico de drogas para a defesa de um cliente, diante da importância dos direitos fundamentais a uma defesa efetiva e da livre escolha do defensor, pelo acusado (decisão do Tribunal Superior de Hamburgo – *Oberlandesgericht*).

Dentre os diferentes critérios elaborados pela doutrina para a restrição do tipo penal do branqueamento de capitais, a interpretação conforme a Constituição, com o conseqüente afastamento da tipicidade da conduta do defensor, parece a solução mais apta diante da importância destes direitos e, diferentemente da solução pela tipicidade subjetiva, não há dificuldade probatória. Ademais, entendendo-se ser este um problema a ser resolvido já no plano da tipicidade objetiva, excluindo-se o tipo objetivo, sequer chegaria a ser analisado o tipo subjetivo e, desta forma, a questão do animus do advogado (dolo direto, dolo eventual ou dolo específico).

¹¹³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, ob. cit., p. 128; AMBOS, Kai, ob. cit., p. 60-61.

¹¹⁴ AMBOS, Kai, ob. cit., p. 60.

Não há dúvida que a advocacia pode servir para branquear, razão por que se deve atentar sobre a forma em que os honorários são pagos e a quantia recebida, que deverão ser analisadas pelo magistrado, mediante critérios objetivos para verificar balizas, que assinalem um recebimento manifestamente excessivo, sendo certo que, o direito penal, como última ratio, somente poderá intervir com a punição do branqueamento quando houver a certeza de um recebimento excessivo pelo advogado.

A conduta de recebimento de honorários pelos advogados, como contraprestação de seus serviços realmente prestados, mediante a transparência no pagamento, com a regular emissão de nota fiscal, não há o mascaramento da origem ilícita. Não há, pelo defensor, sob o ponto de vista objetivo, a dissimulação nem consolidação dos bens obtidos pelo delito anterior com o recebimento de seus honorários. Pelo contrário, há na verdade um ônus, por parte do autor do delito anterior, diante da perda econômica com a realização do pagamento deste serviço.

A conduta do advogado consolidará ato de branqueamento de capitais quando, de forma abusiva, utilizar de sua profissão praticando atos que, de alguma forma, contribuam para o mascaramento da ilicitude e, conseqüentemente, à consolidação da capacidade econômica do autor do delito anterior.

Ante as severas implicações da penalização do recebimento de honorários maculados aos direitos fundamentais e também o fato desta atividade ser essencial à administração da justiça, resulta não ser constitucionalmente justificável que, no exercício legítimo de sua profissão da advocacia, o advogado possa responder pelo delito de branqueamento de modo que o afastamento da tipicidade se justifique diante da evidente colisão de direitos fundamentais com a *ratio* da punição do branqueamento de capitais: direito à defesa e à livre escolha do defensor, do arguido e o direito ao livre exercício profissional.

Referências

AMBOS, Kai. La aceptación por el abogado defensor de honorarios maculados: lavado de dinero. In: GUZMÁN DALBORA, José Luiz. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*: Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 55-94. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_13.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2019.

_____. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007.

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 12.683/201. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BERRUEZO, Rafael; COPPOLA Nicolás. *El delito de blanqueo de dinero*. Lavado de dinero por cobro de honorários, ignorancia deliberada y Derecho comparado. 1. ed. Buenos Aires: B de F, 2018.

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

_____. Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales. La situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004). *Revista General de Derecho Penal*, n. 3, mayo, 2005. Disponível em: <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&numero=3>. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 15 ago. 2019.

_____. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 jan. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. *Tribunal Constitucional Alemão – BVerfG.2.BvR1520/01* itens 142 e 143, fls. 1819. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040330_2bvr152001.html>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BUSSENIUS, Anne. Money Laundering by Defence Counsel – The Decision of the Federal Constitutional Court. In: *5 German Law Journal*, 2004. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=490>>. Acesso em: 5 ago. 2019.

CONTRERAS ENOS, Marcos. Blanqueo de capitales y honorários del defensor en el Derecho alemán. *InDret*, Barcelona, n. 3, julho, 2018. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1393.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo. (Org.). *Lavagem de dinheiro*. Prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2011.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons. 2004.

_____. La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado, lo problemático. In: FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar*. Sobre la imputación objetiva en derecho penal. Barcelona: Atelier. 2004.

GRÄFIN VON GALEN. «*Der Verteidiger – Garnt eines rechtsstaatlichen Verfahren oder Mittel zu Inquisition? Der Beschuldigte – verteidigt oder verkauft?*». *StV*, 2000, p. 583.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras – A imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRÜNER, GERHARD/WASSERBURG, KLAUS. «Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?», en *Goldtamms Archiv für Strafrecht*, 9. 2000, p. 439.

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

-Criminais defendida perante Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34674/1/Lavagem%20de%20dinheiro%20e%20advocacia.pdf>>. Acesso em: 1º set. 2019.

PÉREZ-MANZANO, Mercedes. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. (Ed.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madri: Marcial Pons, 2009. p. 169-206.

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 48/95. Código Penal*. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em: 9 ago. 2019.

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

_____. *Lei nº 89/2017*. Aprova o Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo, transpõe o capítulo III da Diretiva (UE) 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e procede à alteração de Códigos e outros diplomas legais. *Diário da República*, 1ª série, nº 160, 21 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/108028571/details/maximized>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

_____. *Lei nº 97/2017*. Regula a aplicação e a execução de medidas restritivas aprovadas pela Organização das Nações Unidas ou pela União Europeia e estabelece o regime sancionatório aplicável à violação destas medidas. *Diário da República*, 1ª série, nº 162, Portugal, 23 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/108041476/details/maximized>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Blanqueo de Capitales y Negocios Standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de um delito de blanqueo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes em la actividad económico-empresarial*. Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2003.

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

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

_____. A temática da lavagem de capitais e o recebimento de honorários por parte do advogado criminalista. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 214, set. 2010, p. 13-14. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=82283>. Acesso em: 9 jul. 2019.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delitos fraudulentos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (Dir.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes em la actividad económico-empresarial*. Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2003. p. 17-65.

UNDESVERFASSUNGSGERICHT. *Tribunal Constitucional Alemão* – BVerfG.2.BvR1520/01 itens 142 e 143, fls. 1819. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040330_2bvr152001.html>. Acesso em: 10 ago. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2015/849, de 30 de maio de 2018, relativa à prevenção e utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e que altera as Diretivas 2009/138/CE e 2013/36/UE. Texto encontrado no *Jornal Oficial da União Europeia*, 19 de junho de 2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=EN>>. Acesso em 9 ago. 2019.

