

Direito de Defesa: Resolução do Coaf não regula a atividade advocatícia

Spacca

As alterações na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) trouxeram apreensão para os *advogados*, uma vez que seu artigo 9º, XIV, prevê que as pessoas físicas e jurídicas que prestem serviços de “*assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza*”, em determinadas operações, devem *cadastrar informações* sobre seus clientes e *comunicar* às autoridades públicas atos suspeitos de lavagem de dinheiro.

A questão: *advogados* — enquanto profissionais que exercem *consultoria e aconselhamento* — estão abrangidos por essa determinação legal?

A questão está em aberto. O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), através da Resolução 24, regulamentou parte do dispositivo em comento, criando regras de informação para consultores e conselheiros *não submetidos aos órgãos de regulação próprios*. Assim, a Resolução do Coaf *não regula a atividade advocatícia*. Mas isso não significa que tais profissionais estejam *automaticamente* dispensados das obrigações previstas na lei. Quer dizer, apenas, que o Coaf não é o órgão regulador da categoria, mas a OAB — fato já disposto na própria Lei de Lavagem (art.14, §1º).



Mas a questão não é *quem* regulamenta o *dever de prestar informações* — OAB ou Coaf — mas se *existe* tal dever. Este o centro do debate.

A discussão não é nova. Em vários países a questão foi objeto de intensas controvérsias judiciais,^[1] e diversas normas internacionais dispõem sobre o assunto.

Ao tratar do *dever de comunicação*, imposto aos *advogados* referente a atividades *suspeitas de lavagem* praticadas pelo cliente, a doutrina costuma distinguir duas *categorias de prestação de serviço advocatício* : (i) *advogados de representação contenciosa*, assim denominados aqueles que atuam em *contencioso judicial ou extrajudicial*, ou que prestam consultoria ou proferem pareceres como instrumentos para *litígios judiciais ou extrajudiciais* ou para *determinação da situação jurídica do cliente*, (ii) *advogados de operações*, caracterizados como aquelesque colaboram materialmente para consolidar operações financeiras, comerciais, tributárias ou similares, sem que essa atividade tenha relação direta com um litígio ou processo.^[2]

A normativa internacional sobre o tema tende a exonerar os primeiros do dever de comunicação — para respeitar o princípio da *confidencialidade* que pauta a relação advogado/cliente — e de manter a obrigação ao segundo grupo de profissionais.

A Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (2005) indica como atividade *sensível à lavagem de dinheiro* o trabalho dos “*notários e outros profissionais forenses independentes*” quando participem de transações financeiras ou empresariais e prestem serviços de consultoria fiscal onde exista

um risco mais acentuado de seus serviços sejam usados de forma abusiva para efeitos de branqueamento de capitais (art. 2.º, 3, b). No entanto, o mesmo diploma exclui de forma patente alguns profissionais, nos seguintes termos: “os *Estados-Membros não são obrigados a aplicar o parágrafo anterior (obrigações referentes às comunicações obrigatórias) quando notários, membros de profissões jurídicas independentes, auditores, técnicos de contas externos ou consultores fiscais estiverem a determinar a situação jurídica de um cliente ou a exercer a sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial ou a respeito de um processo judicial, inclusivamente quando se trate de conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo judicial.*” (art. 9º, 5). O Grupo de Acção Financeira Internacional (Gafi) segue a mesma linha nas suas Recomendações 12 e 16.

Em outras palavras, segundo os documentos internacionais de referência sobre o tema, os profissionais *de contencioso ou consultivo para contencioso* — ou aqueles consultados para determinar a situação jurídica do cliente^[3] — estão desobrigados, enquanto os demais devem prestar informações sobre atos suspeitos de lavagem de dinheiro que cheguem ao seu conhecimento.^[4]

Essa é, à primeira vista, a lógica da nova Lei de Lavagem de Dinheiro brasileira. De sua redação se depreende, desde logo, que os advogados de *representação contenciosa* não são obrigados à *comunicação*.^[5] Embora para tal atividade seja necessária *assistência e consultoria prévia*, a *representação processual* não consta no texto legal, e não poderia ser diferente, uma vez que o *direito de defesa* só pode ser efetuado diante da mais absoluta relação de *confiança e transparência* entre advogado e cliente.^[6]

Mais. A *exigência* de comunicação do advogado macula o princípio de que o réu não deve ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). De nada adianta garantir ao cidadão o direito de não autoincriminação e exigir do depositário legal de sua confiança a notificação às autoridades de qualquer irregularidade.^[7]

Por outro lado, o advogado que colabora com a estruturação de operações que possam ser usadas para *lavagem de dinheiro* não exerce a *defesa* do cliente, nem se limita a apreciar sua *situação jurídica*, razão pela qual *poderia* estar incluído no rol de obrigados do inciso XIV do artigo 9º, com o dever de *prestar informações* às autoridades públicas sobre atos suspeitos de *lavagem de dinheiro* praticados pelos seus clientes.

Mas não parece esta a posição mais adequada. Ainda que a advocacia *operacional* não tenha relação direta com o direito de *defesa*, e que os serviços desenvolvidos sejam de *aconselhamento e colaboração jurídica*, vale lembrar que tais atividades também são *privativas de advogados* (art.1º da Lei 8906/94)e, portanto, existe um *conflito aparente de normas* entre a Lei de Lavagem de Dinheiro e o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994). Se a primeira exige a *comunicação*, o segundo prevê, em seu artigo 34, VII o *dever de sigilo* e a *confidencialidade* na relação cliente/advogado, e autoriza o profissional a não depor como testemunha sobre fato que constitua sigilo profissional (art. 7º, XIX).^[8] Mais: o Código Penal prevê o delito de *violação de segredo profissional* (CP, art. 154). Ou seja, há um conflito entre estas normas e o suposto *dever de comunicação* imposto pela lei de lavagem de dinheiro.

No conflito entre tais disposições legais parece prevalecer a *regra do sigilo*, pelo princípio da *especialidade*. Fosse a Lei de Lavagem expressa sobre o *dever do advogado* decomunicar operações suspeitas, poder-se-ia reconhecer — é certo que com algum esforço hermenêutico — sua superveniência



e a relativização do dever de sigilo previsto no Estatuto da Advocacia. Ocorre que o *dever de comunicação* previsto na Lei de Lavagem é genérico, direcionado às “*peças físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza*” nas operações previstas no inciso XIV. Em suma, não menciona expressamente o *advogado*.

Como atesta Barros, “*beira a insensatez pretender que o advogado vá denunciar as atividades de seu cliente às autoridades pertencentes aos organismos públicos que controlam as atividades econômico-financeiras do país*”.^[9] Não pode o advogado se tornar um “*policia encoberto sob o manto da relação profissional*”.^[10] Uma coisa é a imposição do *dever de abstenção* ao advogado, vedando sua colaboração com qualquer ato de *lavagem de dinheiro*. Outra diferente é tratá-lo como *informante* para o combate do delito, situação que impede — de antemão — a construção de qualquer mínimo vínculo de confiança entre ele e o cliente, imprescindível para a atividade profissional.

Vale notar, no entanto, que tal proteção ao sigilo se limita aos casos em que o *advogado* atua como *consultor, assessor ou diretor jurídico*, atos privativos de advogados (art.1º da Lei 8.906/94). O que impede a *comunicação* é a atividade do profissional e não seu *status* de advogado. Se este atuar como contador, agente financeiro ou em qualquer outra atividade *não jurídica* mencionada no artigo 9º, terá o *dever de comunicar*.

Por outro lado, a inexistência do *dever de comunicar* não torna a advocacia um porto seguro para práticas de lavagem de dinheiro, nem significa a impunidade do profissional que contribui materialmente para tais atos.

Nesse sentido, o advogado não tem o *dever de comunicar* atos suspeitos de lavagem, mas tem o *dever de se abster* de contribuir com eles.^[11] Caso colabore com atos de lavagem, como dolo, será punido, ao menos a título de *participação*. Nesses casos, não há *conduta neutra*, não há *exercício regular da profissão*, mas *participação punível na lavagem de dinheiro*.

Estas as primeiras reflexões sobre o *dever de comunicar* previsto na Lei de Lavagem de dinheiro e a *confidencialidade* inerente à atividade do advogado. Outra questão — também relevante — trata dos honorários maculados, que pretendemos abordar na próxima coluna.

[1] Para um apanhado sobre as principais decisões no âmbito internacional, ver Ríos, *Advocacia e lavagem de dinheiro*, p. 245-299; De Grandis, O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. Sobre a discussão na Espanha, ver Alonso González, *Coparticipación en el delito y “actos neutrales”*. Sobre decisões judiciais sobre o tema no Canadá e nos EUA, ver Abel Souto, *Década y media*, p. 26.

[2] Gómez-Jara Díezel, *Critério de los honorarios profesionales bona fides*, p. 215; Pérez Manzano. *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales*, p. 179.

[3] Caracterizada como a assessoria para apontar s direitos e obrigações do cliente, assim como as



consequências que podem advir para o mesmo, quando ocorra uma série de circunstâncias. Definição de Stewart, mencionada em Blanco Cordero, *El delito de blanqueo*, 3. ed., Cap.VI, 7.1.3.

[4] Nesse sentido, o Tribunal Superior de Justiça da União Europeia declarou que os *deveres de informação* e cooperação com as autoridades responsáveis pela luta contra a lavagem de dinheiro previstos nas diretivas europeias *não* vulneram o segredo profissional e o direito de defesa justamente porque exoneram os profissionais do contencioso e da consultoria em processos concretos. Em Manzano, *Neutralidad delictiva*, p. 199. Ver, ainda, Bosch e Urries, *El abogado como sujeto obligado*, p. 46; Córdoba Roda, *Abogacía*, p. 50 e Blanco Coredero, *El delito de blanqueo*, Cap.VI, 7.1.2.2.

[5] Na mesma linha, De Grandis, embora ressalve que tal restrição se aplique apenas àqueles que atuam em processos *judiciais* ou prestam consulta sobre uma concreta situação jurídica vinculada a um processo judicial (O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro, p. 128).

[6] De Grandis, O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro, p.128. Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no processo C-305/05, Luxemburgo, 26.06.2007, citado por Ríos, *Advocacia e lavagem de dinheiro*, p. 110. A exoneração do dever de comunicar se estende a orientações voltadas a processos judiciais ou administrativos, como explicamos em BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: RT, 2012

[7] Gomez-Jara Diez, *El critério de los honorários profesinales*, 219.

[8] Em sentido similar, o Código de Processo Civil impede o advogado de depor quando assista ou tenha assistido as partes (CPC, art. 405, § 2.º, III).

[9] Barros, Lavagem de dinheiro, p. 295. No mesmo sentido, Coelho, *O sigilo profissional nos crimes de lavagem de dinheiro*, p. 243. Em sentido contrário, De Grandis, O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro, p. 129.

[10] Gomez-Jara Diez, *El critério de los honorários profesinales*, p. 219.

[11] Roso, *O rol dos advogados no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro*, p. 74.

Date Created

05/02/2013