

Marcelo Lemos: o aviltamento da advocacia em tempos de crise

O não tão distante ano de 2012 correspondeu a um marco importante para aqueles que estudam e vivem as ciências criminais. Naquele ano foi julgado o midiático caso do “Mensalão” pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (APn 470) e promulgada a Lei n.º 12.683/2012 (alterando a Lei n.º 9.613/98), a qual promoveu a exclusão do rol taxativo de crimes antecedentes e impôs a cooperação normativa de diversos segmentos para com os órgãos de controle.

Gize-se que tais eventos colocam-se como relevantes no contexto hodierno, fundamentalmente porque, o primeiro, instituiu a quebra de uma pretensa leniência judiciária para com os criminosos do “colarinho branco” e, o segundo, representou uma significativa alteração legislativa que, até hoje, não está muito clara no que diz respeito aos seus desdobramentos na dogmática.

Afora alguns entraves havidos por ocasião do famoso julgamento – como, por exemplo, a criação da figura de um *super juiz* –, o fato é que aquele momento da história brasileira representou o início de uma era de “combate à corrupção” pelo Poder Judiciário.

No entanto, parece-nos que, em algum instante dessa jornada, a qual, *a priori*, tinha por propósito o restabelecimento ético e moral do Brasil, o foco se esvaiu. Enaltecem-se, dali, *arautos da moralidade* que não abrem mão de privilégios, *juízes políticos* que figuram mais nas páginas sociais do que nos livros jurídicos e, finalmente, sujeitos avessos ao regime democrático, os quais repelem a função do advogado em um contexto de um Estado de Direito.

Efetivamente, Andrei Zenkner Schmidt bem resumiu o momento, em recente artigo publicado na **ConJur**, referindo que os *imbecis*, que antes sentiam vergonha da sua própria imbecilidade, ao que parece, perderam completamente seus próprios freios morais ao verem os outros *imbecis* destilando asneiras aos quatro cantos[1].

O curioso é que a história se repete e o ser humano se inclina a não aprender com seus próprios erros. O desvirtuamento dos objetivos deslegitima a essência do progresso perquirido por uma revolução. A Revolução Francesa, a título de exemplo, teve como primado a incessante busca por igualdade pelos jacobinos – dissociada de qualquer outro intuito, senão, esse mesmo, o de buscar a equivalência entre as condições de todos os indivíduos –, levando à forca o tirano Luis XVI. Mesmo lutando contra um déspota e os seus excessos dantescos, os jacobinos, capitaneados por Robespierre, não deixaram de protagonizar, em grande medida, a “era do terror”, marcada pela perseguição e massacre dos seus opositores[2].

Entretanto, o que causa espécie e preocupação em relação ao futuro é o açoimento da classe dos advogados. Há não muito tempo, o Deputado Federal Rubens Bueno (PPS/PR) apresentou o Projeto de Lei n.º 442/2019 que tem por objetivo a inclusão do inciso III ao parágrafo 2.º do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, o qual sugere a criminalização do recebimento de honorários nas hipóteses em que o advogado *tenha conhecimento* da origem criminosa dos ativos ou que *possa ter esse conhecimento*[3]. Vislumbra-se, assim, senão uma ameaça velada à classe, uma indiscutível ampliação do escopo da atuação advocatícia, uma vez que, havendo aprovação do projeto após a chancela das Casas Legislativas, o

advogado albergará a condição adicional de auditor financeiro dos recursos dos seus próprios clientes.

Pouco tempo atrás, também demonstrando pouco apreço pela classe, o Presidente da República questionou a serventia da Ordem dos Advogados do Brasil[4], a indicar que não estima as regras democráticas do jogo ao deslegitimar a entidade de classe que, indubitavelmente, se insurgirá, sempre e incondicionalmente, contra o autoritarismo e a aversão à Democracia[5].

Nesse sentido, é certo que a proposta de alteração legislativa é vazia de substrato jurídico. No entanto, é preciso ter em tela que os tempos são sombrios e a partir do momento em que os representantes dos poderes da República começam a destilar seu desprezo e, em última análise, buscam inserir o acusado em processo penal em pé de igualdade com o seu representante – de modo a, inclusive, incriminá-lo –, é porque as coisas não vão bem em nosso regime democrático. É como referiu Lenio Streck, parafrazeando William Shakespeare, quando escreveu acerca da importância do advogado em uma democracia: “o que é preciso para que a democracia morra? Shakespeare já deu uma possível resposta (ainda não sei que resposta ele *não* adiantou): ‘A primeira coisa a fazer’, diz Dick the Butcher (açougueiro), em *Henry VI*, ‘é matar todos os advogados’ (*Kill all the lawyers*)” [6]!

Criminalização do recebimento de honorários

Com efeito, o Projeto de Lei n.º 442/2019, sob o aspecto dogmático, é inviável, posto que a prestação de serviços advocatícios dentro das regras do jogo – ou seja, o assessoramento jurídico aliado ao pagamento como contraprestação – é uma ação neutra (contribuição a fato típico alheio não manifestamente punível [7]), ainda que o seu cliente venha a utilizar recursos de origem ilícita. Cuida-se de conduta de participação criminal (especificamente de cumplicidade pela prestação de auxílio físico ou psíquico à consecução do ilícito), que por possuir visos inócuos e aspectos ubíquos não apresenta roupagem penal.

Diversas foram as construções doutrinárias que se serviram a dar uma resposta à responsabilidade penal do interveniente neutro[8], especialmente em função da teoria da equivalência das condições não apresentar fôlego suficiente para lidar com esse tipo de entrave dogmático. Isso porque, tendo por norte a utilização da *conditio sine qua non* para aferir se uma conduta é neutra ou não – e aqui, utilizamos o exemplo do advogado recebedor de honorários advocatícios de origem ilícita ou duvidosa –, todos os procuradores de traficantes de drogas, de doleiros ou agentes corruptos seriam alvos de investigação criminal, com o propósito de aferição do tipo subjetivo da ação. Isso porque – se levarmos em conta a jurisprudência que entende que a mera ocultação do ativo ilícito tipifica a lavagem de capitais[9] – o advogado complementa o tipo objetivo a partir da prestação de auxílio (cumplicidade) ao desiderato criminoso (isso sem contar a presunção de que todos os recursos dos acusados por delitos que gerem altas somas de dinheiro advenham, sempre, de origem ilícita).

Por este motivo é que se recorre à aludida teoria – que é um braço da teoria da imputação objetiva^[10] – para demonstrar o porquê é equivocado inserir o advogado como sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro na hipótese de honorários advindos de prática delitiva. A resposta, nesse sentido, pode ser encontrada na doutrina de Luís Greco, para quem não haverá responsabilidade penal do interveniente neutro em caso de ausência de extrapolação do risco permitido e, fundamentalmente, quando a proibição da conduta não se mostrar idônea (sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade) à salvaguarda do bem jurídico, tendo como uma das premissas para aferição da aludida idoneidade e do risco permitido a ubiqüidade da conduta^[11].

À base da proposição doutrinária construída por Greco, é fato que o profissional que recebe honorários sem origem não excede a um risco permitido, pois, afinal, não é a sua função presumir ou investigar de onde o seu cliente possui recursos e, igualmente, a proibição da conduta de receber honorários não irá melhorar a condição do bem jurídico em razão da cotidianidade havida na prestação de serviços legais. É a mesma premissa utilizada para lidar com o clássico exemplo do padeiro que vende ao agente o alimento que, posteriormente, será envenenado com o propósito de ceifar a vida de outrem. A proibição da conduta – vender pão – não irá, evidentemente, melhorar a condição do bem jurídico^[12].

Ademais, mesmo se houvesse a necessidade de aferição do elemento subjetivo na questão atinente ao advogado, tendo, inclusive, por amparo o Projeto de Lei n.º 442/2019, especialmente a parte final^[13], ainda assim o raciocínio é equivocado a contar das proposições doutrinárias que admitem a valoração subjetiva das condutas neutras. Pela leitura do dispositivo, nesse sentido, é possível perceber que o redator do projeto sugere a inclusão da criminalização do recebimento de honorários em condutas com dolo direto e eventual. Veja-se que, em Claus Roxin, as ações neutras serão puníveis nos casos em que tais demonstrem uma *relação delitiva de sentido*, a qual ocorre quando a contribuição do cúmplice tem valor para o autor delitivo no contexto da atividade criminosa, de modo que o interveniente também tem pleno conhecimento de que a sua ação resultará no êxito do delito^[14]. Vale dizer, se o advogado recebe os seus honorários como contraprestação a sua atividade profissional e, nesse sentido, emite nota fiscal e recolhe os tributos, não há como admitir que ele atue como parte da empreitada delitiva.

No que concerne ao dolo eventual, é, igualmente, em Roxin – cujo entendimento foi absorvido pela jurisprudência alemã – que se encontra a resposta: nos casos em que existam elementos que possam demonstrar que há dubiedade no que concerne à possível prestação de auxílio à consecução do ilícito principal, estará, o interveniente neutro, sob a égide do *princípio da confiança*^[15]. Para o advogado, mormente por não se tratar de uma de suas funções previstas no Estatuto da Advocacia (art. 1.º, incs. I e II, da Lei n.º 8.906/94), não há a incumbência de buscar aferir a origem dos recursos destinados à satisfação dos seus proventos.

Considerações finais

Os tempos são difíceis e os constantes ataques à advocacia suscitam preocupações em relação ao futuro. O “combate à corrupção” ganha visos persecutórios em relação à classe que tem o condão histórico de se empenhar contra as grandes injustiças e regimes estatais que desprezam os preceitos democráticos e os direitos humanos. Não é preciso dizer que as revoluções que marcaram e arraigaram as noções de liberdade de pensamento e igualdade foram protagonizadas por advogados^[16]. É dizer, portanto, que, em toda a quadra da história, a ausência de um Estado Democrático de Direito coincidiu com a falta

absoluta de uma figura equivalente ao profissional da advocacia, de modo que é preocupante ver a imposição de medidas que visam a conter o ímpeto da classe em relação aos excessos havidos por ocasião do “combate à corrupção”.

Conceber a ideia de que o advogado deva ser responsável penalmente por receber honorários maculados por ilícito criminal, como pretendem os projetos de lei, é dogmaticamente equivocada. Isso porque não há contemplação do tipo objetivo e, tampouco, dolo direto ou dolo eventual, uma vez que não há incumbência normativa do advogado no sentido de fiscalizar o dinheiro dos seus proventos, especialmente quando há emissão de nota fiscal e recolhimento dos tributos; e pela incidência do *princípio da confiança*, a entender que o profissional parte da premissa de que todos os indivíduos aderem a um pacto social de cumprimento das normas jurídicas, de modo que não há responsabilidade penal daquele indivíduo que deposita confiança no terceiro que se presta a quebrar tal avença^[17].

[1] SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Corrupção em Gotham City, ou saudade de quando meus heróis morriam de overdose. **Consultor Jurídico**. 14 jun., 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-14/andrei-zenkner-schmidt-corrupcao-gotham-city>. Acesso em: 28.06.2019.

[2] NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**. 1 ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

[3] BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei n.º 442/2019. Altera a Lei n.º 9.613/98. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191114>. Acesso em: 26.06.2019.

[4] OAB diz que Bolsonaro ataca advocacia com informações falsas. **Consultor Jurídico**. 29 jun., 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-29/oab-bolsonaro-ataca-advocacia-informacoes-falsas>. Acesso em: 29.06.2019.

[5] Nesse sentido, a deslegitimação de uma entidade de classe tão importante como a dos advogados indica, em última análise, que o pensamento do Presidente da República preenche, ao menos nesse particular, um dos requisitos para se identificar um político autoritário, na linha dos pressupostos desenvolvidos por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

[6] STRECK, Lenio. Quebra de sigilo de advogado! “Matem todos os advogados”, disse Dick! **Consultor Jurídico**. 18 fev., 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-18/streck-quebra-sigilo-matem-todos-advogados-disse-dick>. Acesso em: 26.06.2019. *Destaque do original*.

[7] GRECO, Luis. **Cumplicidade através de ações neutras**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. 190p.

[8] Como, por exemplo, a construção de José Danilo Tavares Lobato, cuja proposição teórica pautou-se na colusão de elementos objetivos e subjetivo, amparando-se em premissas advindas da teoria do abuso de direito (LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria geral da participação criminal e ações neutras** – uma questão única de imputação objetiva. Curitiba: Juruá, 2009); João Daniel Rassi, em uma construção fora do modelo tradicional ancorado no princípio da solidariedade humana. (RASSI, João

Daniel. Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal. São Paulo: LiberArs, 2014); Robles Planas que inserem a discussão no âmbito do tipo (PLANAS, Ricardo Robles. **Las “conductas neutras” em derecho penal.** *La discusión sobre los límites de la complicidad punible*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 70, ano 16, p. 190-228, jun/2008); Günther Jakobs, o qual propõem a solução com esteio em sua *teoria dos papéis* (JAKOBS, Gunther. **A imputação objetiva no direito penal.** Tradução de André Luís Callegari. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 95p.) e, por último; Claus Roxin, cuja pesquisa acerca do tipo subjetivo nas ações neutras foi albergada pela jurisprudência alemã (BGHSt 46, 107, 112) (ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal.** Organização Alaor Leite; tradução Luís Greco – 1ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014).

[9] Veja-se, nesse sentido: “Para a configuração do crime de lavagem de dinheiro é necessária a realização de um dos verbos nucleares do tipo, consistentes em ocultar – esconder, simular, encobrir – ou dissimular – disfarçar ou alterar a verdade.” TRF4, ACR 5027685-35.2016.4.04.7000, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 25/07/2018.

[10] BUSATO, Paulo César. **O sentido da cumplicidade. Uma visão crítica das chamadas ações neutras como grupo de casos da teoria da imputação objetiva.** Revista *Duc in Altum* Caderno de Direito, vol. 5, n.º 8, jul-dez, 2013, pp. 327-369.

[11] GRECO, Luis. **Cumplicidade através de ações neutras.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. 190p.

[12] *Ibidem.*

[13] (“[...] tendo conhecimento ou sendo possível saber a origem ilícita dos recursos com os quais será remunerado”).

[14] BUSATO, Paulo César. **O sentido da cumplicidade. Uma visão crítica das chamadas ações neutras como grupo de casos da teoria da imputação objetiva.** Revista *Duc in Altum* Caderno de Direito, vol. 5, n.º 8, jul-dez, 2013, pp. 327-369.

[15] ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal.** Organização Alaor Leite; tradução Luís Greco – 1ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

[16] NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo.** 1 ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

[17] LIMA, Vinicius Melo de. **Lavagem de dinheiro & ações neutras: critérios de imputação penal legítima.** 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014. v. 1. 174p.

Referências Bibliográficas:

BUSATO, Paulo César. **O sentido da cumplicidade. Uma visão crítica das chamadas ações neutras como grupo de casos da teoria da imputação objetiva.** Revista *Duc in Altum* Caderno de Direito, vol. 5, n.º 8, jul-dez, 2013, p. 327-369.

GRECO, Luis. **Cumplicidade através de ações neutras.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.1. 190p.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal.** Tradução de André Luís Callegari. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 95p.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Vinicius Melo de. **Lavagem de dinheiro & ações neutras: critérios de imputação penal legítima.** 1. ed., Curitiba: Juruá Editora, 2014. v. 1. 174p.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Teoria geral da participação criminal e ações neutras – uma questão única de imputação objetiva.** Curitiba: Juruá, 2009.

NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo.** 1 ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

PLANAS, Ricardo Robles. **Las “conductas neutrales” en derecho penal. La discusión sobre los límites de la complicidad punible.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 70, ano 16, p. 190-228, jun/2008.

RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal.** São Paulo: LiberArs, 2014.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal.** Organização Alaor Leite; tradução Luís Greco – 1ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **Corrupção em Gotham City, ou saudade de quando meus heróis morriam de overdose. Consultor Jurídico.** 14 jun., 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-14/andrei-zenkner-schmidt-corrupcao-gotham-city>. Acesso em: 28.06.2019.

STRECK, Lenio. **Quebra de sigilo de advogado! “Matem todos os advogados”, disse Dick! Consultor Jurídico.** 18 fev., 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-18/streck-quebra-sigilo-matem-todos-advogados-disse-dick>. Acesso em: 26.06.2019.

Date Created

01/09/2019