



PETIÇÃO DIGITALIZADA

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 7743 - PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.841

REQUERENTE : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL

REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

RELATOR : MINISTRO CELSO DE MELLO

Supremo Tribunal Federal

21/09/2012 12:08 0049020



Excelentíssimo Senhor Ministro Relator

O Procurador-Geral da República, ciente do pedido cautelar deduzido na presente ação direta e atento ao fato de que a discussão pretendida tem repercussão direta em atribuição típica do Ministério Público Federal – a persecução penal no crime de lavagem de dinheiro – vem submeter a V. Exa. as considerações que se seguem.

2. A Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL submete a exame dessa Corte a nova redação dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 9.613/98, trazida pela Lei nº 12.863/2012, que entrou em vigor no dia 10.7.2012.

3. Mais especificamente, insurge-se contra a inclusão dos profissionais liberais – a quem diz representar – entre as pessoas sujeitas aos

90

mecanismos de controle (inciso XIV do art. 9º da Lei nº 12.683/2012) e a consequente imposição, a eles, dos deveres de identificação dos clientes, manutenção dos registros (art. 10) e da comunicação das operações financeiras (art. 11).

4. Sustenta que essas normas são inconstitucionais, porque os profissionais liberais estão sujeitos ao poder-dever de sigilo em suas relações com os clientes, de acordo com as leis próprias de cada atividade (transcreve trechos do Estatuto da OAB, do Código de Ética Profissional do Contador, do Código de Ética dos Profissionais de Administração, do Código de Ética Profissional da Engenharia, Arquitetura, Agronomia, Geologia, Geografia e Meteorologia, do Código de Ética Médica, do Código de Ética dos Corretores de Imóveis, a Consolidação da Legislação da Profissão de Economista). Assim, ao romper com o sigilo profissional próprio das profissões liberais, a “Lei de Lavagem de Dinheiro” teria vulnerado os princípios constitucionais da proporcionalidade/proibição de excesso/razoabilidade.

II - O sistema internacional antilavagem de dinheiro¹

5. A lavagem de dinheiro – processo destinado a ocultar ou dissimular a origem ilícita de um bem ou valor, para que possa ser utilizado, com aparência de licitude – foi criminalizada pela primeira vez na Itália, em 1978.² A segunda legislação a adotar o crime de lavagem de dinheiro foi a

1 Para uma compreensão do sistema internacional antilavagem de dinheiro, ver DE CARLI, Carla. *Lavagem de Dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 133-163.

2 Naquela época, a Itália vivia os chamados “anos de chumbo”, assolada pela atuação de grupos criminosos como as Brigadas Vermelhas, que, após uma onda de sequestros com finalidade de extorsão, sequestraram e assassinaram Aldo Moro, influente político. Em resposta à comoção gerada pelo crime foi aprovado o Decreto-lei nº 59, de 21 de março de 1978, o qual introduziu no Código Penal italiano o artigo 468 bis. Incriminava-se ali a substituição de dinheiro ou valores obtidos criminosamente por outros valores, com a intenção de obter para si ou para outrem uma vantagem. De acordo com Fabián Caparrós, esse dispositivo

americana, em 1986. Ali as razões para a criminalização estão ligadas ao crescimento do crime organizado e a diversificação de suas atividades delitivas: comércio de bebidas ilegais, jogo e tráfico de drogas.³

6. O movimento seguinte aconteceu no plano internacional, com a assinatura da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, em 1988. Esse tratado internacional, conhecido como a Convenção de Viena, fornece a primeira definição mundialmente aceita sobre o crime de lavagem de dinheiro, sendo, ainda hoje, o paradigma no qual se baseiam todas as legislações pertinentes. por ora, no entanto, a lavagem de dinheiro estava ligada apenas ao crime de tráfico de drogas.

7. A partir de então, seguiu-se, no âmbito do Conselho da Europa, a Convenção sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime – conhecida como Convenção de Estrasburgo, em 1990. Em 1991, a Europa elaborou a primeira diretiva relativa à lavagem de dinheiro (91/308/CEE), ainda uma norma de natureza essencialmente administrativa e preventiva.

8. Em 2000 foi assinada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, destinada, precipuamente, a promover a cooperação para a prevenção e o enfrentamento da criminalidade organizada. Esse tratado internacional é também conhecido como a Convenção de Palermo, e nele constam disposições que obrigam os Estados-parte a criminalizar a lavagem do produto de crimes graves.

foi o ponto de partida político criminal ao qual respondem a maioria das reformas penais que se produziram, em diferentes ordenamentos jurídicos do mundo, em matéria de lavagem de dinheiro. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Colex Editorial Constitución y Leyes, p. 188.

3 O *Money Laundering Control Act* adicionou ao Código dos Estados Unidos da América os dispositivos referidos, em inglês, como *The Federal Money Laundering Statutes* (18 U.S.C. 1956 e 18 U.S.C. 1957). Essa normas estavam inseridas dentro de um pacote de leis contra o tráfico de drogas, ou *Anti-drug Abuse Act of 1986* (H.R. 5484).

9. A segunda diretiva europeia (2001/97/CE) ampliou o campo de aplicação da lavagem de dinheiro para outros delitos além daqueles de tráfico de drogas, e alongou os seus efeitos para as profissões e atividades não-financeiras (advogados, notários, contadores, auditores fiscais e assessores), colocando-os como sujeitos obrigados aos deveres de identificação dos clientes, manutenção de registros e comunicação de operações suspeitas.

10. No ano de 2003, a ONU promulga novo tratado sobre matéria criminal, dessa vez relativo à corrupção: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ou Convenção de Mérida), que igualmente dispõe a respeito da lavagem de dinheiro, reforçando seus vínculos com a corrupção e o crime organizado.

11. Em 2005, foi promulgada a terceira diretiva europeia (2005/60/CE), que introduziu disposições mais específicas e pormenorizadas para a identificação de clientes e beneficiários efetivos das transações financeiras, fixando ainda regras detalhadas em matéria de deveres de vigilância e medidas reforçadas para os clientes ou relações de negócio de alto risco.

12. No mesmo ano, e ainda no âmbito europeu, foi promulgada a Convenção de Varsóvia, revogando e atualizando a Convenção de Estrasburgo.

13. Paralelamente a essas iniciativas juridicamente vinculantes (*hard law*), há ainda a atuação de organizações internacionais e regionais, mediante recomendações e pressões políticas (*soft law*), o que dá forma ao que se pode caracterizar como um regime global antilavagem de dinheiro:

“O regime global antilavagem de dinheiro constrói-se a partir dos tratados internacionais acima mencionados, mas neles não se esgota: inúmeras organizações internacionais e regionais, bem como o resultado prático de sua atividade, na forma de

DP

pressões ou de recomendações, tem fundamental importância. Terminam de dar forma ao regime com uma intrincada rede de mecanismos: ao contrário das normas de *hard law*, aqui não se trata, propriamente, de compromissos jurídicos. Antes, são políticos os compromissos que os Estados assumem, tanto reciprocamente, como frente a diversas organizações ou grupos. Estes desenvolvimentos normativos ocorrem dentro do que o direito internacional denomina *soft law*.⁴

14. O principal ator no sistema internacional antilavagem de dinheiro é o GAFI, ou *Groupe d'Action Financière*, órgão intergovernamental criado em 1989 pelo G7 para elaborar políticas necessárias à promoção de reformas legislativas e regulatórias no âmbito dos países. Sua maior contribuição são as 40 Recomendações⁵, que se destinam a todos os países do mundo, sejam eles membros ou não.

15. Essas recomendações configuram os *standards* internacionais em matéria de prevenção e enfrentamento da lavagem de dinheiro. Atualmente são adotadas por mais de 180 países, além de diversas instituições do mercado financeiro internacional, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial.

16. O GAFI trabalha com instrumentos de *peer review* e *peer pressure*, característicos de organizações de *soft law*: promove avaliações mútuas dos países (o Brasil foi avaliado pela última vez em 2010⁶) e ativa mecanismos de pressão política para aqueles que não cumprem satisfatoriamente as suas recomendações – veja-se as listas publicadas no site www.fatf-gafi.org, relacionando os países que não cooperam e oferecem risco

4 DE CARLI, Carla. *Lavagem de Dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*, p. 39.

5 Disponíveis em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%20%28approved%20February%202012%29%20reprint%20May%202012%20web%20version.pdf>>, acesso em 06.09.2012.

6 A avaliação do Brasil está disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Brazil%20full.pdf>, acesso em 06.09.2012.

ao sistema financeiro internacional⁷. Além disso, podem ser adotadas algumas providências, no plano político: a mais grave delas é a aplicação da Recomendação 19, que é dirigida a todas as instituições financeiras do mundo, recomendando a aplicação de medidas de diligência reforçada às relações com pessoas físicas e jurídicas e instituições financeiras do país que não cumpre as recomendações, além de contramedidas efetivas e proporcionais aos riscos oferecidos, tais como o fechamento de filiais e subsidiárias ou o encerramento de relações comerciais e financeiras com os nacionais do país em questão.

III - O antecedente internacional do inciso XIV do art. 9º da Lei de lavagem brasileira

17. A medida contestada pela autora nada mais é do que a reprodução da Recomendação 23 do GAFI, cujo texto é o seguinte:

“The requirements set out in Recommendations 18 to 21 apply to all designated non-financial businesses and professions, subject to the following qualifications:

1. (a) *Lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants should be required to report suspicious transactions when, on behalf of or for a client, they engage in a financial transaction in relation to the activities described in paragraph (d) of Recommendation 22. Countries are strongly encouraged to extend the reporting requirement to the rest of the professional activities of accountants, including auditing.*”

⁷ As listas estão em: < <http://www.fatf-gafi.org/topics/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/>>, acesso em 06.09.2012.

18. A nota interpretativa à Recomendação 23 esclarece os parâmetros dessa obrigação: a de que os advogados e outros consultores jurídicos independentes, como contadores, notários e outros profissionais liberais não estarão sujeitos ao dever de reportar operações suspeitas se a informação foi obtida em circunstâncias nas quais eles estejam obrigados a manter sigilo profissional.

19. O GAFI deixa a critério de cada país determinar quando uma questão estará abrigada pelo sigilo profissional. Normalmente isso ocorre quando esses profissionais forem procurados pelos clientes para o exame de sua situação jurídica, ou quando estiverem a defender ou representar o cliente num processo judicial, administrativo, de arbitragem ou mediação:

***“INTERPRETIVE NOTE TO RECOMMENDATION 23
(DNFBPS – OTHER MEASURES)***

1. Lawyers, notaries, other independent legal professionals, and accountants acting as independent legal professionals, are not required to report suspicious transactions if the relevant information was obtained in circumstances where they are subject to professional secrecy or legal professional privilege.

2. It is for each country to determine the matters that would fall under legal professional privilege or professional secrecy. This would normally cover information lawyers, notaries or other independent legal professionals receive from or obtain through one of their clients: (a) in the course of ascertaining the legal position of their client, or (b) in performing their task of defending or representing that client in, or concerning judicial, administrative, arbitration or mediation proceedings.

3. Countries may allow lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants to send their STR to their appropriate self-regulatory organisations, provided that there are appropriate

forms of cooperation between these organisations and the FIU.

4. Where lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants acting as independent legal professionals seek to dissuade a client from engaging in illegal activity, this does not amount to tipping-off."

20. Os profissionais liberais referidos no inciso XIV do artigo 9º da Lei nº 9.613/2012 são justamente aqueles aos quais o GAFI se refere como DNFBPS (Designated Non-Financial Businesses and Professions), que, em português, conta com a sigla APFNDs - Atividades e Profissões Não-Financeiras Designadas.

IV - A constitucionalidade da obrigação de controle em face do dever de sigilo dos profissionais liberais

21. Segredo é uma qualidade de um fato, a qualidade de ser este oculto, ou melhor, de ser conhecido por poucos. Mas o segredo não se confunde com o fato simplesmente desconhecido, devendo ser-lhe acrescida a obrigação de não ser revelado. Ou seja, segredo é o fato acobertado pelo sigilo. Sigilo⁸, portanto, é a obrigação de pessoas que conhecem um segredo de não o revelar. O sigilo, na lição de Barros⁹, para ser relevante para o Direito, deve decorrer de disposição legal ou de vontade relevante do interessado.

22. O sigilo da esfera da intimidade é direito constitucionalmente garantido (art. 5º, X, da CF), consistindo, na lição de Grinover¹⁰, o "direito ao

8 Sigilo vem do latim sigillum, o que significa, conforme De Plácido e Silva, "marca pequena, sinalzinho, selo", De Plácido e Silva, 'Vocabulário Jurídico, Forense, 1991, *apud* Barros, Marco Antônio de Barros, Sigilo profissional. Reflexos da violação no âmbito das provas ilícitas, Revista Justitia, nº 175, 1996, p. 17.

9 Barros, *id, ib*

10 Grinover, Ada Pellegrini, "Liberdades públicas e processo penal, RT, 2ª Ed., 1982, p.69 e 77, *apud* Barros, artigo citado, p. 19.

segredo ou à reserva, integrante da categoria dos direitos da personalidade”. O sigilo profissional nada mais é que uma de suas espécies, nas quais o chamado confidente necessário, o profissional que recebe as informações para o exercício da atividade contratada, “vela pelo respeito ao direito de intimidade do confitente”¹¹.

23. Segredo profissional para Aureliano Coutinho é o ‘silêncio legalmente obrigatório sobre fatos ou circunstâncias sabidos em razão da profissão e cuja revelação pode acarretar desconceito ou qualquer outro dano moral’¹². E, ao lado do direito do sigilo titularizado pelo confitente, há também o direito constitucional do profissional confidente, implícito no livre exercício “de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII, da CF).

24. Segundo Sznick¹³, a “proteção é social mas o interesse na não-divulgação de certos fatos prende-se quer ao interesse do cliente, quer ao interesse do profissional: o do cliente em conservar sigilosos determinadas ocorrências que se refletem como uma projeção da sua personalidade e a intenção da preservação da sua intimidade; para o profissional, a discrição representa um dos princípios da sua atividade e, por outro lado, a confiança que o liga ao cliente leva-o a não revelar determinados fatos; acrescenta-se a isso não lhe convir referir-se ao nome dos clientes, já que tal segredo se constitui em segredo comercial, protegendo a sua atividade. O interesse público está em assegurando o sigilo profissional permitir o bom funcionamento dos profissionais, propiciando a paz e a tranquilidade sociais”.

25. O direito ao sigilo, contudo, como se dá, aliás, com qualquer outro direito fundamental, não é absoluto, pois deve conviver com outros

11 Barros, artigo citado, p. 19.

12 Rev. Faculdade Direito São Paulo, 1885, vol. III, p.27, *apud* Sznick, Valdir, Sigilo Profissional, RTJE, Vol. 161. Nov/Dez – 1997 – p. 91.

13 Sznick, artigo citado, p. 91.

interesses constitucionalmente protegidos. Tanto assim o é que as diversas normatizações profissionais, ao preverem o direito ao sigilo, sempre ressalvam as hipóteses de justa causa ou do estabelecimento de exceções por outra lei:

Advogados (art. 34, VII, da Lei nº 8.906/94)

“Art. 34. Constitui infração disciplinar:

(...)

VII - violar, **sem justa causa**, sigilo profissional”;

Contadores (art. 2º, II, da Resolução nº 803/96, do Conselho Federal de Contabilidade)

“Art. 2º São deveres do Profissional da Contabilidade:

(...)

II – guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício profissional lícito, inclusive no âmbito do serviço público, **ressalvados os casos previstos em lei ou quando solicitado por autoridades competentes**, entre estas os Conselhos Regionais de Contabilidade”;

Administradores (art. 2º, XII, da Resolução Normativa nº 393, do Conselho Federal de Administração)

“Art. 2º É vedado ao Profissional de Administração:

(...)

XII – revelar sigilo profissional, **somente admitido quando resultar em prejuízo ao cliente ou à coletividade, ou por determinação judicial**”;

Engenheiros, Arquitetos e Agrônomos (art. 9º, III, “b”, da Resolução nº 1002, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia)

“Art. 9º No exercício da profissão são deveres do profissional:

(...)

AD

III – nas relações com os clientes, empregadores e colaboradores:

(...)

b) resguardar o sigilo profissional quando do interesse de seu cliente ou empregador, **salvo em havendo a obrigação legal da divulgação ou da informação**”;

26. Parece suficientemente claro que tais normas contêm cláusulas de exceção ao sigilo profissional, o que permite que as exigências de controle previstos na lei antilavagem apliquem-se a essas categorias.

27. Consente-se, todavia, com a necessidade de uma discussão específica em relação à advocacia, em razão de sua conformação constitucional.

28. A nova redação dada ao artigo 9º, parágrafo único, inciso XIV, e alíneas, da Lei nº 9.613, deixa clara a incidência das obrigações de compliance somente a algumas atividades relativas à advocacia de operações, que se caracterizam “como aqueles que colaboram materialmente para consolidar operações financeiras, comerciais, tributárias ou similares, sem que essa atividade tenha relação direta com um litígio ou um processo”¹⁴.

29. A lei antilavagem – frise-se bastante esse ponto – não alcança a advocacia vinculada à administração da justiça, porque, do contrário, se estaria atingindo o núcleo essencial dos princípios do contraditório e da ampla defesa¹⁵

30. É possível avançar um pouco mais, de modo a que o sigilo profissional também seja assegurado ao advogado no âmbito do processo administrativo, das atividades de consulta preventivas de litígio e da arbitragem, sempre com vistas a resguardar a observância a tais princípios.

¹⁴ Badaró, Gustavo Henrique, e Bottini, Pierpaolo Cruz, Lavagem de Dinheiro – Aspectos penais e Processuais penais, RT, 2012, p.135.

¹⁵ De Grandis, Rodrigo, Considerações sobre o Dever do Advogado de Comunicar Atividade Suspeita de “Lavagem” de Dinheiro, Boletim IBCCRIM nº 237, agosto/2012, p. 10.

31. No entanto, afora essas situações, é possível, num exercício de ponderação de interesses, exigir do advogado, sem risco de inconstitucionalidade, que comunique ao COAF as operações previstas no artigo 9º, parágrafo único, inciso XIV, 'a' a 'f', da Lei nº 9.613, sempre que houver sérios indícios do crime de lavagem.

32. Acórdão da Corte de Justiça Europeia reconheceu os deveres de controle como compatíveis com a garantia a um processo equitativo previsto no art. 6º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, “em face da necessidade de lutar eficazmente contra o branqueamento de capitais, que tem uma nítida influência na expansão do crime organizado, o qual representa ele próprio uma especial ameaça para as sociedades dos Estados-Membros”¹⁶.

33. Todos esses argumentos também se prestam a afastar a alegada ofensa aos princípios da proporcionalidade/proibição de excesso/razoabilidade. Mesmo no caso mais sensível, como é o da advocacia, essa atividade apenas é atingida em seus aspectos mais periféricos, sem repercussão direta com os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Ante o exposto, aguarda-se o indeferimento da liminar.

Brasília, 20 de setembro de 2012.



DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:



ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

¹⁶ <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db00860d8c99dd493c8ccf824118574c4b.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxqTc3z0?text=&docid=61675&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=8389> (visitado em 09/09/2012).