



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
ÓRGÃO ESPECIAL

Processo nº 49.0000.2012.006678-6/CNECO

Requerente: Presidência do Conselho Federal da OAB

Relatora: Daniela Teixeira

Consulta – assunto: Lei 12.683/12, sobre crimes de lavagem de dinheiro.

RELATÓRIO

Tratam os autos de consulta formulada pelo Em. Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil Dr. Ophir Cavalcante Junior solicitando urgente manifestação da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais quanto à constitucionalidade da Lei 12.683/12, que alterou a Lei 9.613/98, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.

Sustenta o eminente Presidente do Conselho Federal da OAB que *“ao estender a responsabilidade pela comunicação aos órgãos competentes pela fiscalização a serviços de assessoria, consultoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações, há que se interpretar a lei com as ressalvas do sigilo da atividade privativa de advogado, nos termos da Lei Federal n. 8.906/1994 e da Constituição Federal, onde se resguardam a inviolabilidade conferida ao exercício profissional da advocacia e, ademais, a ampla defesa do jurisdicionado”*.

Os dispositivos da nova Lei que guardam pertinência com a presente consulta tem o seguinte teor:

“CAPÍTULO V

DAS PESSOAS SUJEITAS AO MECANISMO DE CONTROLE”

“Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

.....
Parágrafo único.

I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado;

.....
X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

.....
XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie;

XIII - as juntas comerciais e os registros públicos;

XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;

XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares;

XVI - as empresas de transporte e guarda de valores;

XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; e

XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.” (NR)

“Art. 10.

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

IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas;

V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

.....” (NR)

“Art. 11.

.....
II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização:

a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

b) das operações referidas no inciso I;

III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II.

.....
§ 3º O Coaf disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do **caput** aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º.” (NR)

“Art. 12.

.....
II - multa pecuniária variável não superior:

a) ao dobro do valor da operação;

b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou

c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

.....
IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

.....
§ 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo:

.....
II - não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10;

III - deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10;

.....” (NR)

“**Art. 16.** O Coaf será composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, da Agência Brasileira de Inteligência, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Previdência Social e da Controladoria-Geral da União, atendendo à indicação dos respectivos Ministros de Estado.

.....” (sem grifos no original)

Em 13 de agosto de 2012 foi anexada a estes autos consulta realizada pelo Eminentíssimo presidente em exercício da OAB Seccional de São Paulo, o ilustre dr. Marcos da Costa, solicitando "seja esclarecido se os advogados e as sociedades advocatícias estão inseridos na relação de pessoas sujeitas ao mecanismo de controle".



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Em 14 de agosto de 2012, o Eminentíssimo dr. Marcio Kayatt apresentou profundo e bem elaborado parecer à Comissão Nacional de Estudos Constitucionais que o aprovou por unanimidade (folhas 88/102).

Em 17 de agosto de 2012 o processo foi a mim distribuído para que fosse relatado para este digno Órgão Especial na data de 20 de agosto de 2012.

VOTO

Por ser membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais e ter participado da reunião que aprovou o judicioso parecer proferido pelo eminente constitucionalista dr. Marcio Kayatt, adotarei os fundamentos do parecer aprovado por meus pares, com o acréscimo de alguns pontos, bem como adotarei como reforço de argumentação as ponderações elaboradas pelo eminente conselheiro federal dr. Guilherme Batochio no processo 2007.19.01978-01, julgado pelo Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 24.10.2011, sobre os projetos de lei que então tramitavam no poder Legislativo sobre o combate aos crimes de lavagem de dinheiro (fls. 12 a 82).

A QUEM SE DESTINA A RELEVANTE LEI DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO?

Extraí-se de Moraes Pitombo a definição de lavagem de dinheiro como “*o processo ou ato pelo qual o criminoso realiza diversas operações comerciais ou financeiras para incorporar na economia recursos que tenham se originado de atos ilícitos ou estejam de alguma forma a eles ligados, eliminando-se os indícios de sua origem. Entre as principais características deste crime tem-se o fato de envolver recursos provenientes de atividades ilegais, pois a incriminação da conduta depende da proveniência criminosa dos bens; além de abarcar múltiplas transações internacionais, uma vez que se lava em um país o produto do crime cometido em outro país; bem como utilizar-se da dissimulação, para ocultar a origem dos ativos e integrá-los à economia com a aparência de terem uma origem lícita; e ter como escopo permitir que estes recursos sejam utilizados sem comprometer de nenhuma forma os criminosos. Conhecido no Brasil como crime de “lavagem de dinheiro”, em outros países é conhecido por termos basicamente semelhantes como blanqueo de dinero, no Uruguai e no México; lavado de dinero, na Argentina, no Peru e no Equador; lavado de activos, na Colômbia; legitimación de dinero, no Paraguai; legitimación de capitales, na Venezuela; money*”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

laundering, nos Estados Unidos da América; blanchiment de capitaux, na França; geldwische, na Alemanha, gelwäscherei, na Suíça e na Áustria; riciclaggio del denaro, na Itália; reciclaje, na Espanha; branqueamento de capitais, em Portugal, entre outros.”

Em já clássica obra, Marco Antonio de Barros adverte que *“segundo algumas projeções feitas pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pelo Banco Mundial o volume de recursos “lavados” varia entre 2% e 5% da economia mundial, ou seja, aproximadamente US\$ 500 bilhões por ano, sendo que 80% desse total são gerados pelo narcotráfico”*.

Assim, é absolutamente louvável a nova lei que visa combater a lavagem de dinheiro, como tentativa de se combater outras práticas delitivas de grande potencial lesivo ao país, ao sistema financeiro e a nossos cidadãos como o narcotráfico, a sonegação fiscal, a corrupção pública, os crimes de sequestro, entre outros.

Entretanto, o combate ao crime de lavagem de dinheiro não pode ser realizado ao arrepio das normas e princípios constitucionais.

Não obstante ser norma específica sobre o combate à lavagem de dinheiro, há de ser interpretada de forma sistêmica com o conjunto da Constituição, respeitando-se as leis específicas, como advertia do eminente Ministro Eros, *“já que não se interpreta o direito em tiras”*.

Nesse contexto de ideias, a presente consulta leva necessariamente à indagação:

Aplica-se aos advogados, em suas relações profissionais com seus clientes, a legislação federal que determina que as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações deverão comunicar ao Coaf suas operações referidas nas alíneas “a” a “f”, do inciso XIV da nova Lei?

A Comissão Nacional de Estudos Constitucionais chegou à conclusão de que a nova Lei deve ser interpretada, como todas as demais, de forma sistêmica, prestigiando o conjunto normativo brasileiro, e, portanto, não se aplica aos advogados, em suas



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

relações profissionais com seus clientes, as quais estão protegidas pela garantia do sigilo profissional nos termos da Lei específica 8.906/94 e pelo artigo 133 da Constituição da República.

SIGILO DA ATIVIDADE PRIVATIVA DE ADVOGADO – GARANTIA PARA A SOCIEDADE

Ao se realizar a ponderação entre os princípios aqui analisados, faz-se necessária breve digressão sobre a relevância da atividade advocatícia, que tem base Constitucional, o princípio da confiança e o dever de sigilo imposto aos advogados.

Com muita propriedade o Professor Luiz Flávio Gomes pondera que “*o controle da lavagem de capitais é uma atividade do Estado que merece aplauso, de qualquer modo, transformar o advogado de defensor ou assistente do acusado ou do interessado e de depositário do sigilo de tudo quanto lhe é confessado em ‘delator’ (do seu cliente) perante os órgãos públicos encarregados da investigação da lavagem de capitais não parece ser medida dotada de razoabilidade*”.

E prossegue com maestria:

A Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), em seu art. 7º, assegura ao advogado:

“I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

II - ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado (...);

O sigilo, como se vê, é norma fundante da Advocacia, sendo inerente à profissão. Como pode um cliente expor seus problemas ou confiar seus segredos a um advogado, quando não tem a garantia do sigilo profissional?



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Na esteira dessa preocupação legal de preservar o sigilo do advogado, recorde-se que por força do art. 207 do CPP ele está impedido de depor sobre fatos que soube no exercício da sua profissão. Aliás, a revelação de qualquer segredo profissional, sem justa causa, é crime (CP, art. 154);

A desproteção da relação de confiança entre o cliente e o advogado viola o art. 133 da Constituição Federal e, ademais, conflita frontalmente com o disposto no art. 26 do Código de Ética que diz que o "advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor, como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar"; a quebra desse dever, como se sabe, implica em processo administrativo;

Do texto constitucional citado (art. 133) o que se infere é que o advogado é imprescindível para a administração da justiça, porém, não como "delator do seu cliente", senão como defensor dos interesses de quem é suspeito ou acusado de estar envolvido em um crime ou como assistente de vários assuntos (jurídicos ou não jurídicos), quando então concretiza serviços de consultoria, assistência, aconselhamento etc.;

A função jurisdicional do Estado gira em torno de uma série de princípios de relevância indiscutível. Dentre eles está a garantia da autodefesa e da defesa técnica, a ampla defesa, o contraditório etc. Todos esses princípios e garantias devem ser estritamente preservados, principalmente por quem possui o dever de garante deles;

Quando a CF diz que o advogado é imprescindível para a administração da Justiça, em suma, o que está pretendendo é que os interesses do suspeito ou acusado sejam devidamente defendidos, para que no final prospere o



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

que é justo e nada mais. Não existe devido processo legal sem a participação necessária do defensor técnico.

Qualquer pretensão de inverter essa posição constitucional do advogado no grande espectro da estrutura da Justiça, dele exigindo que cumpra papel não de defensor, senão diametralmente inverso, de delatar quem lhe confiou segredos profissionais, parece, por conseguinte, absolutamente inconstitucional.”

Também sobre este ponto é irretocável o parecer aprovado na Comissão Nacional de Estudos Constitucionais da lavra do Eminentíssimo dr. Marcio Kayatt, verbis:

“ao fazer-se uma interpretação da Lei 12.683/12 conforme o texto constitucional, não encontraremos dificuldades em concluir que, os profissionais da advocacia não estão sujeitos ao cumprimento das obrigações estatuídas em seus artigos 9, 10 e 11. Vejamos.

Especificamente sobre a relação advogado/cliente e o sigilo profissional, o Em. Professor Miguel Reale Junior teve a oportunidade de escrever na Revista do Advogado editada pela AASP, edição nº 104, julho 2009, fls. 78/83:

“Como é por todos sabido, a Constituição Federal (CF) alinhou a advocacia entre as funções essenciais à Justiça (Capítulo IV), assegurando expressamente, no art. 133, ser o Advogado “indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos termos da lei”.

A Lei Federal nº 8.906/1994, Estatuto da Advocacia, reforça o mandamento constitucional, estatuinto prestar o Advogado, interno ou externo, no seu ministério privado, “serviço público e (exercer) função social”, sendo, no exercício da profissão, “inviolável por seus atos e manifestações”.

Contudo, não seria sequer necessária a dicção constitucional e os preceitos legais para assegurar aquilo que decorre da histórica natureza das coisas: já no ano de 506, a



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Constituição do Imperador Anastásio, promulgada em Constantinopla (C.2.7.23) afirmava: “Laudabile vitaeque hominum necessarium advocationis officium”, isto é, a honrosa profissão da advocacia é necessária à sociedade (Apud AZEVEDO, 1983, p. 16).

Seja a legitimação histórica, seja a inserção no plano da dignidade constitucional e da regulamentação legal, o certo e indiscutível é que a advocacia constitui função social, colocada a relação Advogado-cliente em patamar inconfundível à da mera e tantas vezes impessoalizada categoria da prestação de serviços.

O sigilo profissional do Advogado, externo ou interno, tal qual o do médico, é ponto central das normas deontológicas e legais que regulam a profissão. Sintetiza com precisão Bielsa: “El secreto es para el abogado más deber que derecho. Es un deber respecto de los clientes (y de la sociedad a veces) y es un deber legal respecto de las autoridades” (BIELSA, 1946, p. 188).

Com mais veemência, entre nós, Evandro Lins e Silva (LINS E SILVA, 1997, p. 394) lembrando o art. 154 da Lei Penal acentua o caráter de “confidente necessário” do Advogado em relação a seu cliente. Daí a inadmissibilidade da indiscrição e o fundamento de ordem pública que sustenta as regras estatuintes do sigilo. É, de resto, o que preceitua o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), segundo o qual: “Art. 25 – O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o Advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha de revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa”.

E, com efeito, “a obrigação de sigilo profissional constitui para a profissão de Advogado o núcleo que nunca poderá ser tocado” (CARDOSO, 1998, p. 5), como se afirma no Prefácio à obra de Augusto Lopes Cardoso, Bastonário da Ordem dos Advogados de Portugal, “não é exagero dizer-se que a natureza da obrigação de segredo profissional está intimamente ligada à natureza da própria profissão e tem uma tradição histórica marcada entre nós” (CARDOSO, 1998, p. 15).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

As normas éticas e jurídicas impositivas do dever de sigilo profissional não distinguem, por certo, entre o Advogado autônomo e o que é ligado por vínculo de emprego, ou mesmo estatutário, a todos sendo imposta idêntica obrigação, todos estando submetidos “a rigoroso dever de sigilo” (GONZAGA, 1975, p. 88).

O sigilo do Advogado também se radica na confiança, é contrapartida que deve o Patrono ao cliente, pela confiança nele depositada. É o que explicita João Bernardino Gonzaga:

“O objetivo social da lei, exigindo reserva àqueles profissionais, é assegurar a confiança pública de que a eles podemos recorrer sem o perigo de nos vermos depois traídos. Para o bem comum, é imprescindível possa o litigante tudo dizer ao seu defensor; o doente ao seu médico; o penitente ao confessor. Somente assim estará garantido o efetivo desempenho de trabalhos essenciais à coletividade” (GONZAGA, 1975, p. 58).

Conjuntamente à confiança, esse dever encontra fundamento na função social da advocacia, uma e outra razão sendo apenas analiticamente cindíveis, mas encontrando-se compostas numa unidade finalística. É o que se deduz das palavras de Cortés Bechiarelli, para o qual o Advogado, em razão da função social que exerce, e que, em sua específica relação com os clientes se funda na confiança, deve guardar segredo “ante todos, de todo lo que conozca en su relación profesional con sus representados o, simplemente aconsejados” (CORTÉS BECHIARELLI, 1998, p. 115).

Tamanha é a relevância jurídico-social do segredo profissional que esse dever, verdadeiro núcleo ético da profissão do Advogado, traduz-se, como afirma Cardoso, “numa obrigação recheada de múltiplos deveres” (CARDOSO, 1998, p. 18), os quais, se violados, produzem consequências penais, civis e disciplinares”.

Como visto, a relação de confiabilidade entre o cliente e o advogado é sagrada. Aliás, tão relevante é o sigilo das relações advogado/cliente que o Código Penal, em seu artigo 154, tipifica a conduta do profissional que revelar segredo que tem ciência em razão da profissão, sendo que o



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

artigo 207 do Código de Processo Penal diz que “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

Da mesma forma, assegura nosso Estatuto em seu artigo 7º, inciso XIX, o direito do advogado recusar-se a depor sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional.”

Esta a conclusão inarredável: *“as obrigações estabelecidas pelos artigos 9, 10 e 11 da Lei 12.683/12 não se aplicam aos integrantes da advocacia, eis que sujeitos a tratamento específico do artigo 133 da Constituição Federal e de seu Estatuto Profissional (Lei 8.906/94).*

No mesmo sentido foi a posição externada pelo Eminentíssimo presidente em exercício da OAB Seccional de São Paulo, o ilustre dr. Marcos da Costa, que consignou em sua consulta a este Órgão Especial:

"a nosso ver, a legislação não se aplica, posto constituir o Estatuto da Advocacia em lei especial, e ser o sigilo profissional essencial para o exercício da advocacia e do próprio direito de defesa do cidadão".

Sob outra ótica, a fundamentada opinião de nosso brilhante criminalista, dr. Guilherme Batochio, pontua em já citado parecer que o sigilo de dados tem alçada constitucional e só pode ser quebrado por decisão fundamentada emitida por um juiz. Logo, não poderia a nova Lei de lavagem de dinheiro criar obrigações para os advogados que determinem a violação dos dados de seus clientes em 24 horas após a visita, sob pena de multa de até incríveis 20 milhões de reais. Veja-se:

"Também sobre o acesso direto às informações cadastrais – que informam qualificação pessoal, filiação e endereço – mantidas pela Justiça Eleitoral, companhias telefônicas, instituições financeiras, administradoras de cartão de crédito e provedores de internet, independente de autorização judicial, por parte de membros do **Ministério Público e autoridades policiais**, tenho que tal proposição é manifestamente afrontosa à *Lex Legum*, que nos seu artigo 5º, inciso X, pontifica que:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Como se vê, sob a ótica constitucional, não se revela válida a obtenção de informes de qualquer cidadão, dados estes inegavelmente acobertados por sigilo, sem que haja prévia autorização emanada do Poder Judiciário! O Estado de Direito exige o controle jurisdicional de excepcionamentos da garantia de privacidade.

Aliás, a propósito, escorreitamente já decidiu o STJ, que os dados cadastrais **dizem respeito à intimidade e revestem-se de sigilo, garantido constitucionalmente, e só são passíveis de serem violados, repita-se ainda uma vez, através da indispensável autorização judicial.**

Não me parece lícito, pois, que agentes de investigação ou de qualquer outro órgão persecutório, possam invadir seara particular, para alcançar dados pessoais e cadastrais de qualquer pessoa, em qualquer repartição (particular ou pública), sem o crivo do Judiciário. O controle de todos os atos devem passar pelo crivo jurisdicional ou não se vive o Estado Democrático de Direito.

E prossegue:

"Os dados cadastrais, assim, dizem respeito à privacidade, que assegura a intimidade, a integridade e a indevassabilidade da pessoa humana. São conquistas sagradas, que devem ser preservadas e revestem-se de sigilo, garantido constitucionalmente, que só são passíveis de serem violados, reafirme-se, através da indispensável autorização judicial.

O já aludido dispositivo constitucional (artigo 5º, inciso XII), aliás, é de clareza solar, quanto preconiza que “é inviolável o sigilo [...] **de dados** e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

A propósito do tema, o Excelso Supremo Tribunal Federal já se pronunciou. Colacione-se o voto do Ministro MARCO AURÉLIO, proferido no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729-4 desse STF:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

" Ninguém coloca em dúvida os objetivos institucionais do Ministério Público. Todavia, a teor da regra insculpida no inciso VI do artigo 129 em comento, cumpre-lhe, tão-somente, requisitar informações e documentos visando a instruir quer os procedimentos administrativos, quer os inquéritos policiais. **Ora, existente norma legal impondo o sigilo de dados, descabe concluir que a órgão do Ministério Público, ou seja, a profissional que o integre, é assegurado o acesso, em nome do Órgão, às informações protegidas pelo sigilo.** A teor do inciso XII do rol das garantias constitucionais – ainda que se despreze a expressão limitativa “no último caso”, para muitos ligada apenas às comunicações telefônicas – **o afastamento da inviolabilidade quanto aos dados pressupõe ordem emanada de órgão investido do ofício judicante.**"

No mesmo sentido, outra jurisprudência da Suprema Corte:

PRIVACIDADE - SIGILO DE DADOS - REGRA E EXCEÇÃO. A regra, constante do rol constitucional de garantias do cidadão, é a manutenção de privacidade, cujo afastamento corre à conta da exceção. DECISÃO JUDICIAL - FUNDAMENTAÇÃO - SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO. O princípio da vinculação resulta na necessidade imperiosa de os pronunciamentos judiciais serem fundamentados. Implicando o afastamento de garantia constitucional - intangibilidade de dados relativos à pessoa -, indispensável é a análise dos parâmetros do caso concreto, fundamentando o Estado-Juiz a decisão.

(STF, HC nº 86094/PE)

Fora dos limites brasileiros, o Ilustre Bastonário da Ordem dos Advogados de Portugal, Augusto Lopes Cardoso, se pronunciou nos seguintes termos: (in: parecer Dr. Marcio Kayatt)

“5. A simples transcrição das normas faz verificar que se pretende prever uma profunda alteração no regime do exercício da profissão de Advogado, pois que, antes de mais, elas visam concretamente (além de outras) essa profissão, englobando os Advogados num esquema geral de luta contra o branqueamento de capitais.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Essa alteração, porém, é particularmente sensível, não por o Advogado ser e dever ser um cidadão como os outros, mas por se lhe cometer uma participação activa na dita luta precisamente enquanto exerce a sua profissão.

E, mais delicado ainda, procedendo em relação a clientes que o procuram e a respeito dos quais possa haver uma suspeita de branqueamento de capitais através das actividades ou acções dadas a conhecer ao próprio Advogado.

Dito de outro modo, o legislador parte do princípio, que reputa de teoricamente objectivo, de que certo tipo de acções, que tipifica de modo especial no nº 5 do artº 2-A, são propícias ao branqueamento de capitais. E, dando como normal que esse tipo de acções ou actos têm necessidade da intervenção jurídica de Advogado ou são frequentemente praticados por este em representação do Cliente (sobretudo, por exemplo, nos casos dos chamados investimentos estrangeiros), entende que se justificará, por princípio, que seja obtido através do Advogado a informação da prática de tais acções ou actos e dos seus beneficiários, para que os órgãos competentes para a investigação sobre o branqueamento de capitais, destinatários dessa informação, possam verificar de seguida, pelos seus próprios meios, se há ou não motivo para considerarem que ocorreu ou vai ocorrer tal branqueamento.

6. A modificação profunda pretendida para o exercício da profissão da Advocacia manifesta-se, pois, em campos particularmente delicados naquele exercício e que tocam no âmago daquela:

6.1. Por um lado, está em causa regra deontológica básica das relações profissionais do Advogado com o seu cliente, qual seja, a relação de confiança deste naquele, pois que para o cliente é impensável que o Advogado que procura possa vir a ser o defensor de outros interesses que não os do primeiro, de tal forma que, desmerecendo essa confiança, o Advogado se preocupe em ser um dos agentes contra o branqueamento de capitais, revelando a outrem os factos de que foi depositário ou as acções ou actos de que foi incumbido, considerados pelo legislador como de natureza propícia a esse branqueamento.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

6.2. Por outro lado, e em explicitação e degrau descendente da mesma relação de confiança, é estabelecido um princípio oposto ao sagrado dever de segredo profissional, pilar da Advocacia: o Advogado, em vez de ter a obrigação de manter sob sigilo os factos que lhe são revelados, passa a ter o dever de os revelar a outrem, como regime regular da sua actividade, isto é, mesmo que não se trate de uma suspeita legítima de prática de acto delituoso (que o levasse, por exemplo, a recusar o patrocínio - matéria esta, aliás, sempre da maior delicadeza, que nem por isso lhe exige qualquer dever de denúncia).

6.3. Mas, mais ainda, e sempre em pormenorização em novo degrau da primeira regra, passa a reputar-se como regra a revelação de segredo profissional "contra" os interesses do Cliente, sabido que é normal que este não deseje nem solicite a comunicação dos actos em causa. Isto quando o regime-regra do sistema deontológico do sigilo profissional (não só entre nós) é o de que a revelação de factos sigilosos só é lícita quando se destina à defesa da dignidade, direitos e interesses do constituinte (E.O.A. art. 81º-4) ? salvo nos casos excepcionais em que está em causa a defesa de idênticos valores do próprio Advogado, os únicos em que será possível obter autorização para tal "contra" os interesses do cliente.

7. Sendo assim, e em muito sumária resenha, é evidente que o regime agora pretendido introduzir representa, por princípio, um grave entorse na Deontologia. Partindo do princípio da tendência para harmonização legislativa em tão delicada matéria, forçoso é reconhecer que terá o legislador ordinário que proceder com uma enormíssima prudência, pois que a ninguém escapará que uma Advocacia livre é pilar basilar da Democracia e do Estado de Direito, ensinando a História que todos os totalitarismos passaram pela mordaza sobre os Advogados ou, pior ainda, pela instrumentalização destes em função de interesses sociais reputados como dissolventes do direito de defesa e de outros direitos fundamentais.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

8. Posto isto, parece desde logo, e à partida, que *deve ser excluída e considerada decisivamente indesejável a criação de qualquer obrigação que possa ser estabelecida como impendendo sobre os Advogados de, por sua iniciativa, denunciarem factos conhecidos nas suas relações com os clientes às entidades em causa* (agora as encarregadas da luta contra o branqueamento dos capitais). Em circunstância nenhuma os Advogados poderão vir a ser incumbidos de denúncia dos seus clientes, nem sob os inocentes auspícios de se tratar "apenas" dos actos que o legislador teve por propícios ao branqueamento de capitais.

Nunca os Advogados foram na sua longa História esbirros, nem o podem vir a ser, e tampouco algozes ou agentes da investigação: a postura que se lhes pretende imputar é a negação mais absoluta da confiança que a sociedade deposita e tem de depositar neles, e da particular "fidutia" que cada Advogado merece a quem o procura.

Entre a negação de patrocínio e a delação vai um abismo que nenhum poder pode saltar, tal como o sol se não tapa com uma peneira. Admitir o regime da iniciativa delatória do Advogado seria ferir de morte a nobreza da profissão e seria, com a pretensão de a alcandorar, rebaixar a actividade advocatícia a um torpe instrumento do poder, ainda que sob a capa da sacrossanta "verdade material", tantas vezes tentação totalitária da investigação criminal (que já serviu historicamente para outros graves atentados ao Homem - desde a tortura às gravações, desde a confissão a qualquer preço até ao uso do "bufo" ou da violação do sigilo como meio).

9. Assim deve ser entendido, por mais limitada que se queira a dita *iniciativa do Advogado*.

Na verdade, como se viu nos considerandos (se bem que sem tradução limitativa clara no articulado, o que se torna ainda mais perigoso) estarão em causa só determinadas acções no exercício da profissão, ao entender-se que os Advogados «*devem apenas ser sujeitos ao disposto na Directiva quando executem determinadas*



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

transações financeiras ou empresariais específicas». A expressão, porém, é muito abrangente, e tem uma tradução ainda mais ampla no transcrito art. 2º A (5).

E não servirá de panaceia a, sentida como óbvia, exclusão constante do também transcrito nº 3 (2ª parte) do art. 6º: «*quanto às informações que àqueles tenham sido dadas por um cliente para a sua representação num processo judicial*». Isto mais ainda quando logo se exceptua quase tudo (senão tudo) na frase seguinte, tirando por "decisão administrativa" qualquer sentido à frase anterior: «*Esta exclusão das ditas obrigações não se aplica aos casos em que haja razões para suspeitar que foi pedido conselho com o fim de facilitar o branqueamento de capitais*» (quem decide que há "razões para suspeitar" ?).

10. Assiste-se, com efeito, a uma verdadeira obsessão nesta matéria do branqueamento de capitais, face à declarada impotência das entidades investigadoras e judiciais. E, pelos vistos, admite-se que tudo poderá vir a ser lícito para obter a desejada eficácia. É sabido, porém, que quer o pragmatismo, quer o casuísmo, quer a eficácia são atitudes mentais que exigem particular atenção e desconfiança por parte da Ética: todos sabem desde logo que uma excessiva regulamentação em matérias tão sensíveis tem frequentes efeitos perversos”.

AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – O SILÊNCIO ELOQUENTE DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO EM RELAÇÃO AOS SERVICOS ADVOCATÍCIOS

É de clareza solar que o advogado mereceu tratamento diferenciado na Constituição Federal, que expressamente o considerou indispensável à justiça. Assim, não parece razoável supor que uma lei genérica, que trata de “*serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza*” possa alterar a Lei específica dos Advogados para criar obrigações não previstas no estatuto, que contrariam frontalmente a essência da profissão, revogando artigos e princípios de forma implícita.

Quisesse o legislador criar obrigações novas aos Advogados, revogando uma dezena de artigos do Estatuto da Advocacia, que é lei Federal, deveria tê-lo feito de forma explícita.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Não cabe aqui interpretação analógica ou extensiva. Ao contrário, a toda evidência, a ausência dos profissionais da advocacia no rol elencado pela nova lei é o que a doutrina especializada denomina de SILÊNCIO ELOQUENTE.

O silêncio eloquente do legislador pode ser definido como aquele relevante para o Direito, aquele silêncio proposital. Por ele, um silêncio legislativo sobre a matéria de que trata a lei pode não ser considerado como uma lacuna normativa a ser preenchida pelo intérprete, mas como uma manifestação de vontade do legislador apta a produzir efeitos jurídicos bem definidos. Ele faz parte do contexto da norma, influenciando sua compreensão.

O "silêncio eloquente" da lei não deve ser confundido com possíveis lacunas. E exemplifica: se um dispositivo legal enumera, taxativamente, causas determinantes de uma incapacidade, está, silenciosa, mas eloquentemente, afirmando que ninguém pode ser considerado incapaz com base em outras causas não discriminadas naquela norma. Trata-se de hipótese que sequer poderia haver interpretação extensiva, eis que não houve omissão do legislador, mas sim silêncio eloquente.

Para Larenz, o silêncio eloquente se dá quando o legislador *intencionalmente* não inclui disposições a respeito de um determinado assunto, preferindo dispor em outro diploma legal e em outro momento.

Portanto, é hermenêutica de fácil compreensão que ao não se pronunciar a Lei 12.683/2012 sobre os advogados, após citar um extenso rol de atividades, intencionalmente silenciou sobre a sua incidência nesta categoria profissional.

Não pode a Lei genérica revogar princípios e artigos de Lei específica sem fazê-lo de forma explícita.

Não é o escopo da lei 12.683/2012 tratar das relações, ontologicamente sigilosas, entre advogados e clientes.

Assim, qualquer interpretação que inclua os serviços de advocacia entre os destinatários da nova Lei, por analogia, será francamente inconstitucional. Como explicitado pelo eminente Conselheiro Federal Guilherme Octávio Batochio, no parecer de fls. 12/82, elaborado por ocasião das discussões no Congresso Nacional do projeto de lei que resultou na edição da Lei 12.683/12, *“a proposta de alteração legislativa, está a violentar, abertamente, direitos dos advogados, que têm garantidos, na Lei Fundamental e no ordenamento jurídico ordinário, franquias relativas ao sigilo profissional, à inviolabilidade de seus arquivos e ao livre exercício de seu mister, que é função pública essencial à jurisdição, e atinentes à sua imunidade funcional. A ser*



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

aprovada a pretendida alteração legislativa nos termos em que se propõe, nesse aspecto, e a própria ordem democrática se verá abalçada, na medida em que se estará a dizimar o sigilo profissional que é imanente à atividade do advogado (que, repita-se ainda uma vez, é essencial à administração da justiça), impondo, ao profissional da advocacia, que revele às autoridades públicas segredos que lhe são confiados pelo cliente”.

CONCLUSÃO

Com base nos argumentos apresentados e, em especial, com fundamento na aprovação unânime dos membros da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, respondo à consulta formulada afirmando que os profissionais da advocacia não se encontram sujeitos aos mecanismos de controle da lavagem de capitais a que aludem os artigos 9, 10 e 11 da Lei 12.683/12.

Para se evitar interpretações divergentes do direito ao sigilo profissional, princípio fundamental e caro à Advocacia e à sociedade, sugiro a elaboração de Cartilha a ser distribuída a todas as Seccionais, sobre a não sujeição dos advogados aos mecanismos de controle da lavagem de capitais a que aludem os artigos 9, 10 e 11 da Lei 12.683/12, bem como a comunicação às Comissões de Prerrogativas das Seccionais e do Conselho Federal para que estejam aptas a prestar ágil e efetiva assistência a todos os advogados e sociedades que vierem a ser de alguma forma compelidos a cumprir as regras dos referidos dispositivos.

Brasília, 20 de agosto de 2012.

DANIELA TEIXEIRA
Conselheira Federal pelo Distrito Federal



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Bibliografia:

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de dinheiro** – implicações penais, processuais e administrativas. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Ed. Saraiva, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Consulta n. 49.0000.2012.006678-6/OEP.

Assunto: Consulta. Lei n. 12683/2012. Lei de Lavagem de Dinheiro.

Consulente: Conselho Seccional da OAB/São Paulo.

Relatora: Conselheira Federal **Daniela Rodrigues Teixeira (DF).**

Ementa n. _____/2012/OEP: Lei 12.683/12, que altera a lei 9.613/98, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Inaplicabilidade aos advogados e sociedades de advogados. Homenagem aos princípios constitucionais que protegem o sigilo profissional e a imprescindibilidade do advogado à Justiça. Lei especial, estatuto da Ordem (lei 8.906/94), não pode ser implicitamente revogado por lei que trata genericamente de outras profissões. Advogados e as sociedades de advocacia não devem fazer cadastro no COAF nem têm o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional. Obrigação das seccionais e comissões de prerrogativas nacional e estaduais de amparar os advogados que ilegalmente sejam instados a fazê-los.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Pleno do CFOAB, por unanimidade, em conhecer e responder à consulta, nos termos do voto da Relatora, parte integrante deste.

Brasília, 20 de agosto de 2012.

Alberto de Paula Machado
Presidente

Daniela Rodrigues Teixeira
Relatora