

## **Recebimento de honorários maculados: quebra de sigilo bancário e fiscal, lavagem de dinheiro e receptação**

*Heloisa Estellita*

**Como citar este artigo:** ESTELLITA, Heloisa. Recebimento de honorários maculados: quebra de sigilo bancário e fiscal, lavagem de dinheiro e receptação. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 165-189, 2020. DOI: [10.46274/1809-192XRICP2020v5p165-189](https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v5p165-189).



# RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS MACULADOS: QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E RECEPÇÃO

*BONA FIDE PAYMENT FOR REPRESENTATION IN A CRIMINAL MATTER: LIFTING OF BANK AND TAX SECRECIES, MONEY LAUNDERING AND HANDLING OF STOLEN GOODS*

Heloisa Estellita

*Profa. da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Pós-doutora pelas Universadade de Munique e Augsburg, na Alemanha. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo*

**Data de recebimento:** 16/04/2020

**Versão final:** 23/04/2020

**Área:** Direito Penal

**Resumo:** O texto aborda a questão do recebimento de honorários maculados por advogados que efetivamente prestaram o serviço objeto da contratação. Analisa-se a conduta à luz dos tipos penais de lavagem de dinheiro e de receptação, concluindo pela atipicidade da conduta. Inexistindo indício de conduta típica, não se configura pressuposto legal para a aplicação do disposto no § 4º do artigo 1º da LC 105/01, ou seja, para a decretação da quebra dos sigilos bancário e fiscal.

**Palavras-chave:** Honorários advocatícios. Quebra de sigilo bancário. Lavagem de dinheiro. Receptação. Tipicidade.

**Abstract:** *The text addresses the important discussion regarding bona fide payment for representation in a criminal matter. Such a conduct does not fall within the scope of the money laundering nor of the handling of stolen goods under Brazilian Criminal Law. Accordingly, accepting fees for legal representation in*

*a criminal case does not constitute, per se, a legitimate ground for lifting neither the bank secrecy nor the tax secrecy of a counsel.*

**Keywords:** *Bona fide attorney fees. Tainted fees. Money laundering. Bank secrecy. Tax secrecy.*

**Sumário:** I. Introdução. II. O caso. III. Embasamento legal. III.1. Delimitação das questões jurídicas. III.2. Tipicidade à luz do art. 1º, Lei 9.613/98?. III.2.1. Esclarecimentos introdutórios. III.2.2. Modalidades de conduta típica. III.3. Tipicidade à luz do art. 180, caput e §3º, CPB?. III.3.1. Aspectos ligados ao tipo objetivo. III.3.1.1. Ausência de objeto material. III.3.1.2. Risco permitido. III.3.2 Aspectos ligados ao tipo subjetivo. IV. Conclusão.

## I. Introdução

O texto que a leitora e o leitor têm em mãos foi concebido como um parecer, elaborado em 2016. Decidi publicá-lo neste exemplar da revista por provocação do querido Editor-Chefe, Prof. Frederico Horta, que achou que o texto merecia vir a público. A estrutura de um parecer se aproxima bastante daquela de artigos científicos que se propõem a analisar um grupo de casos ou uma matéria jurídica a partir de problemas que se manifestam na vida real, e, assim, é capaz de demonstrar que as contribuições da dogmática se dirigem à solução de problemas concretos, da vida cotidiana<sup>1</sup>. Foi esta a razão que inspirou a publicação do parecer nesta revista científica. O texto foi mantido em sua formulação original, inclusive no que tange à literatura consultada e existente na época, tendo sido anonimizado para impedir a sua conexão com o caso concreto que motivou sua elaboração.

## II. O caso

Em certa data, advogados foram procurados por jornalista que afirmou conhecer teor de certa delação premiada, no bojo da qual o delator relatara ter pago propina a um funcionário público em troca de auxílio na aprovação de projetos, e que parte destes valores teriam

<sup>1</sup> GRECO, Luís. *Duas formas de fazer dogmática jurídico-penal*. Boletim IBDPE, v. 1, n. 1, p. 3-4, 2009.

sido usados por referido funcionário público para pagar honorários advocatícios devidos ao escritório de advocacia.

Tendo em vista que seu escritório patrocinava os interesses desse funcionário público na seara criminal, os advogados realizaram pesquisa em documentos bancários e contábeis da sociedade e identificaram estas informações: a) houve contratação formal, devidamente documentada, anos antes da data da delação, cujo objeto contratual era a representação do funcionário público em um inquérito policial; b) os serviços prestados por referida sociedade de advogados desde aquela data até a elaboração da consulta para parecer foram: estudo dos autos, elaboração de estratégia de defesa, participação em reuniões, audiências com autoridades públicas atuantes nos feito, elaboração e protocolo de petições, com o escopo de defender da melhor forma possível o interesse do cliente; c) os honorários contratados foram parcialmente pagos por meio de depósito bancário de cheque na conta de titularidade da sociedade de advogados em determinado banco de grande porte. O extrato bancário não indica, como de praxe, o emissor do cheque, mas apenas o depósito por meio de cheque, o valor e a data do “crédito”, sem qualquer informação adicional; d) diante do depósito bancário referente ao pagamento parcial dos honorários, foi emitido recibo, comutado no diário geral do mesmo mês, não sendo necessária a elaboração de nota fiscal, bastando a nota de honorários, nos termos da legislação municipal de cidade onde fica a sede do escritório; e) os impostos referentes à receita foram devidamente pagos na forma da lei; f) não havia qualquer indício de que o pagamento realizado tivesse origem suspeita ou ilícita, uma vez que o valor era compatível com os vencimentos do cliente (funcionário público) e nada no depósito indicava a origem do título de crédito.

Diante desse quadro, os Consulentes questionaram (quesitos): existe irregularidade ou ilegalidade no recebimento de honorários na forma exposta? É lícita a quebra de sigilo bancário da pessoa jurídica do escritório de advocacia diante de tais fatos?

### **III. Embasamento legal**

#### **III.1. Delimitação das questões jurídicas**

A Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, estabelece em seu artigo inaugural o sigilo das operações financeiras: “As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”. No § 4º do mesmo artigo, lê-se: “a quebra de sigilo

poderá ser decretada, quando *necessária* para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes (...).”

O termo *necessidade* traduz metonímia dos pressupostos ligados a quaisquer medidas restritivas de direitos fundamentais, como é o caso, posto que a quebra dos sigilos fiscal e bancário traduz restrição imediata ao disposto no artigo 5º, X, CF. Esses requisitos são a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito,<sup>2</sup> objeto de remansosa e firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,<sup>3</sup> da qual colho, por sua pertinência e concisão, o seguinte precedente:

“A jurisprudência firmada pela Corte, ao propósito do alcance da norma prevista no art. 58, § 3º, da Constituição Federal, já reconheceu a qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito o poder de decretar quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico, desde que o faça em ato devidamente fundamentado, relativo a fatos que, servindo de indicio de atividade ilícita ou irregular, revelem a existência de causa provável, apta a legitimar a medida, que guarda manifestíssimo caráter excepcional (MS no 23.452-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO; MS no 23.466-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; MS no 23.619-DF, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI; MS no 23.639-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO; etc.)” (STF, MS 25.966-MC, DJe 22/05/2006).

No que interessa ao caso, o primeiro passo é verificar se os fatos narrados pelos Consulentes traduzem *indício de conduta ajustável, prima facie, a algum tipo penal*, que revele *causa provável* de sua prática, em conformidade com a excepcionalidade da quebra de sigilo acima reproduzida.

Muito embora não exista, até o momento e pelo que se extrai dos dados concretos do caso, qualquer comprovação de que os valores utilizados para o depósito bancário eram comprovadamente oriundos da prática do crime de corrupção passiva, trabalharei a partir da premissa hipotética da veracidade da afirmação que o jornalista fez sobre o suposto conteúdo das informações prestadas pelo delator, as quais, fique claro, desconheço.

Nos três passos de análise do caráter criminoso de uma conduta, aquele que examina se uma conduta é ajustável, *prima facie*, a algum tipo

<sup>2</sup> Sobre a proporcionalidade no processo penal, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 1ed. E-book, Saraiva, 2015, capítulo 1, item 1.13.

<sup>3</sup> Emblemático o MS 22801, DJe 14/03/2008 (Tribunal Pleno).

penal é o primeiro, o da tipicidade, que traduz, na linguagem da dogmática penal, a exigência do princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF)<sup>4</sup>. Onde não há conduta típica, porque não subsumível a algum tipo legal de crime, não há conduta proibida, nem mesmo culpável.

Portanto, para afirmar a existência, ou não, do pressuposto legal que autoriza a quebra dos sigilos bancário e fiscal, o primeiro passo é estabelecer se a conduta narrada pelos Consulentes se subsume, *prima facie*, a algum tipo penal, a evidenciar, nas palavras do STF, *causa provável* de sua prática. Dado que se trata de analisar o recebimento de valores pelos Consulentes em virtude de relação contratual formal entre as partes, a punibilidade deve ser analisada à luz do crime de lavagem de capitais (art. 1º, Lei 9.613/98) e do crime de receptação (art. 180, *caput* e § 3º, CPB).<sup>5</sup> Feita essa análise, chega-se à conclusão, na qual se retorna ao disposto no § 4º do artigo 1º da LC 105/200, para, então, de forma sintética, responder aos quesitos.

Como se verá adiante, a regularidade ou não do recebimento de honorários, sob o ponto de vista penal, é elemento de análise da própria tipicidade, razão pela qual não será examinada autonomamente.

## **III.2. Tipicidade à luz do art. 1º, Lei 9.613/98?**

### **III.2.1. Esclarecimentos introdutórios**

O objeto de análise deste tópico é *exclusivamente* a hipótese de advogado contratado para a defesa de investigado, suspeito ou acusado de infração penal, cuja contratação reflete a efetiva prestação de serviços e a questão do recebimento de honorários, cujo pagamento pode ser feito com recursos oriundos, direta ou indiretamente, da prática de crimes<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> “Diese Funktionen sind unterschiedlicher Art: Der Tatbestand steht unter dem Leitmotiv der Gesetzesbestimmtheit, auf das die Legitimation der Dogmatik oft allein reduziert worden ist; die Tatbestände dienen wirklich der Erfüllung des nullum-crimen-Satzes, und von ihm her muß die dogmatische Aufgliederung erfolgen” (ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, De Gruyter, 1974, p. 15). Também em ROXIN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage, § 7, n. 62.

<sup>5</sup> Não será analisada a conduta à luz do crime de favorecimento real, posto que não há qualquer elemento indicando que o recebimento dos honorários pudesse ter se destinado, ainda que hipoteticamente, a “tornar seguro o proveito do crime” (art. 349, CPB).

<sup>6</sup> A confecção de contrato de honorários por serviços não efetivamente prestados para encobrir transações financeiras nada tem a ver com o exercício regular da advocacia e pode configurar prática de diversas figuras penais, a depender da situação concreta (cf. STJ, AP 458, Dje 18/12/2009).

A discussão sobre o tema não é nova e tem sido objeto, inclusive, de pronunciamentos judiciais em países ocidentais com os quais nosso ordenamento jurídico-penal tem alguma familiaridade, como é o caso da Alemanha,<sup>7</sup> por exemplo. No Brasil, recebeu trabalho monográfico específico já em 2010,<sup>8</sup> e tem sido objeto de diversas publicações.<sup>9</sup>

Não raro, portanto, consulta-se a literatura e a jurisprudência de países como a Alemanha ou a Espanha em busca de subsídios para compreender o conteúdo dos tipos penais relativos à lavagem de capitais e, até, proceder à exegese de nossa própria legislação na matéria à luz desse referencial. Este procedimento é inadequado para a hipótese ora analisada, posto que,

<sup>7</sup> A última decisão de que se tem notícia é a proferida pela 2a Câmara do Segundo Senado do Tribunal Constitucional alemão em 28 de julho de 2015, na qual a Câmara reafirmou a orientação já adotada pela Corte em casos similares (cujo primeiro foi o BVerfG 110, 226, de 2004), segundo a qual o tipo penal, relativamente aos advogados, deve ser interpretado de forma restritiva, só podendo alcançar o advogado que, quando do recebimento dos honorários, saiba seguramente que os valores provêm de um dos crimes antecedentes apontados no art. 261, par. 1º, n. 2 (BVerfGE 110, 226; NJW 2015, 2949). Comentários à decisão faz RASCHKE, NZWiST 12/2015, p. 476-480.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ RIOS, *Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídica-penal e de política criminal*, Saraiva, 2010. (Direito penal econômico. GVlaw).

<sup>9</sup> Algumas já citadas no decorrer deste texto. Pode-se indicar, ainda, sem nenhuma pretensão de exaustividade: AMBOS, La aceptación por el abogado defensor de honorarios maculados: lavado de dinero. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología* : Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje, Hammurabi, 2004, p. 55-94; CARO CORIA (Trad.); AMBOS; HINESTROSA, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios 'maculados': lavado de dinero?: intentos de restricción del tipo penal de lavado (blanqueo) de dinero a la luz de los derechos internacional y extranjero*, Universidad Externado de Colombia, 2002; CHOCLÁN MONTALVO, Blanqueo de capitales y retribución del abogado. El pago de honorarios con cargo al patrimonio presuntamente criminal, *La ley penal*, v. 5, n. 53, p. 43-50, out. 2008; DIAS, Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 110, p. 147-174, set./out. 2014; GRECO FILHO, RASSI, Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 237, p. 13-14, ago. 2012; MASSUD, SARCEDO, O exercício da advocacia e a lavagem de capitais: panorama brasileiro. In: OLIVEIRA, William Terra de et al. (Org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*, LiberArs, 2013, p. 263-289; LUCCHESI, O confisco penal de honorários advocatícios nos Estados Unidos da América e seu impacto no sistema jurídico-penal acusatório, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 108, p. 349-384, mai./jun. 2014.

tanto na Alemanha<sup>10</sup>, como na Espanha,<sup>11</sup> incrimina-se (também) o puro e simples *recebimento* ou *guarda* de produtos oriundos da prática de infração penal anterior, ainda que oriunda de *culpa* (grave).<sup>12</sup>

Essa, contudo, *não* é a situação legal brasileira. Aqui não há figura típica criminalizando a mera guarda ou recebimento, sem mais, de valores provenientes da prática anterior de infração penal.<sup>13</sup> Também não está prevista a punibilidade da forma culposa, de qualquer das modalidades típicas da lavagem de capitais.

### III.2.2. Modalidades de conduta típica

Dito isto, cumpre analisar os fatos narrados pelos Consulentes à luz do direito positivo, ou seja, do disposto no artigo 1º da Lei n. 9.613/98.

Tal dispositivo incrimina diversas condutas, que têm em comum o objeto material sobre o qual recaem: bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Entendo que do *caput* ao § 2º, I, há a incriminação de uma crescente gravidade no ataque ao bem jurídico,<sup>14</sup> da conduta de menor para a de maior gravidade, em

<sup>10</sup> Recente: KRAATZ, Erik, *Geldwäscherisiken für Anwälte*, NJ 4/2015, p. 149-157.

<sup>11</sup> Recente: BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 4a ed., Aranzadi, 2015, p. 772 e ss.

<sup>12</sup> Abordando, em conjunto, a situação espanhola e alemã, WIRTZ, BERMEJO, *Strafverteidigerhonorar und Geldwäsche aus europäischer Perspektive: Gleiches Problem, gleiche Lösung?*, ZIS, 10/2007. Na Espanha, vide por todos BLANCO CORDERO, obra citada, local citado. Na Alemanha, SCHRÖKE/SCHRÖDER/HECKER/STREE, *StGB*, § 261, nr. 24 e ss.; HERZOG, *Geldwäschegesetz*, 2. Aufl., 2014, *StGB* § 261, nr. 99 e ss.; KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGE/ALTENHAIN, *Strafgesetzbuch*, 4. Aufl., 2013, § 261, n. 124 e ss.; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 28. Aufl., 2014, § 261, 5 a; NEUHEUSER, *Münchener Kommentar zum StGB*, 2. Aufl., 2012, § 261, nr. 78 e ss. Estudos monográficos posteriores à decisão do BVerfG de 2004: BEULKE/RUHMANSEDER, *Die Strafbarkeit des Verteidigers*, 2. Aufl., C. F. Müller, 2010; GLASER, *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme*, Herbert Utz, 2009; SCHRADER, *Die Strafbarkeit des Verteidigers wegen Geldwäsche (§ 261) durch Annahme bemakelter Honorarmittel*, Tectum, 2008.

<sup>13</sup> É a mesma razão que inspira a afirmação, mas na outra ponta da relação, de que “a conduta de pagar contas diretamente, usando dinheiro ilícito, mas de forma aberta e não camuflando ou transmutando a natureza do numerário, não se subsume a qualquer das figuras típicas do crime de lavagem de dinheiro, sendo, no máximo, pós-fato impunível e natural ao agir desde o início planejado pelo criminoso” (TRF4, 1999.70.00.013518, DE 05/07/2007; no mesmo sentido, ainda, TRF4, HC 2009. 04.00.015092-0, j. 02/06/2009).

<sup>14</sup> A identificação do bem jurídico protegido pelo crime de lavagem de capitais é alvo de acesa discussão, tanto em nosso País (ilustrativo SÁNCHEZ RIOS, obra citada),

conformidade com a clássica tripartição das etapas do processo de lavagem (colocação, ocultação e integração),<sup>15</sup> no que o dispositivo presta tutela penal (extremamente) abrangente ao bem jurídico, especialmente tendo-se em vista a questionável homogeneidade dos marcos penais para condutas de lesividade diversa.

O *caput* tipifica a conduta de *ocultar* ou *dissimular* a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade do objeto material acima indicado. Enquanto o ocultar tem o significado de *esconder*, o dissimular tem o significado de *disfarçar*. Aqui não é necessário seguir na interpretação do significado dos verbos nucleares, objeto de vívida crítica,<sup>16</sup> posto que os fatos, como narrados, não se ajustam a nenhuma dessas modalidades de conduta.<sup>17</sup>

Se os valores depositados na conta do escritório de advocacia foram obtidos, pelo depositante, com a prática de corrupção passiva (segunda figura do 317, CPB), estaria configurada a existência de objeto material do tipo de lavagem. Sobre este objeto, porém, não agiram os Consulentes de forma a ocultar ou dissimular sua *natureza, origem, localização, disposição, movimentação* ou *propriedade*, posto que todos esses dados constam expressamente do contrato de honorários, que justifica e documenta a *natureza* do recebimento por parte dos Consulentes; o depósito na conta bancária do escritório, dado que é de registro permanente por instituição financeira, fornece não só os dados sobre a *origem* (o depositante), como a *disposição* e *movimentação* (a operação de depósito bancário), como, ainda a *localização* (conta bancária da sociedade de advogados, constituída regularmente) e a *propriedade* (sociedade de advogados com personalidade jurídica) de referidos valores.<sup>18</sup>

---

como na Espanha (ilustrativo BLANCO CORDERO, obra citada, p. 289 e ss.), na Alemanha (ilustrativo ALTENHAIN, § 261, KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, NK, 4. Auflage, nr. 7-14) ou mesmo em outros países latino-americanos (ilustrativo GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado de activos*, Segunda edición, B de F, 2015, p. 49 e ss.), mas cuja discussão foge ao escopo deste exame.

<sup>15</sup> Embora não de forma expressa, esse parece ser também o entendimento de BALTAZAR JÚNIOR, obra citada, p. 1104.

<sup>16</sup> A crítica se dirige contra a modalidade típica de *ocultar* e, a meu ver, merece ser acolhida: cf. VILARDI, O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, mar./abr. 2004, p. 18.

<sup>17</sup> No mesmo sentido, afirmando a inaplicabilidade do § 261 Abs. 1, que contempla as condutas de ocultação e dissimulação, para hipóteses de recebimento de honorários pelo defensor Schröke/Schröder/Hecker/Stree, *StGB*, § 261, nr. 24.

<sup>18</sup> Para COSTA, sequer há de cogitar da incidência destas modalidades típicas no recebimento de honorários (COSTA, Honorários advocatícios e lavagem de di-

A existência de honorários e a prestação efetiva dos serviços contratados, por seu turno, afastam, *prima facie*, que o recebimento dos valores pudesse se ajustar às figuras típicas do § 1º:

§ 1º. Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimentada ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

Isto porque o recebimento dos valores se deu como contraprestação por prestação de serviços na área de especialidade dos contratados,<sup>19</sup> ou seja, *para pagamento por serviços prestados* e não, como exige o elemento subjetivo especial do tipo, *para* “ocultar o dissimular” sua utilização.<sup>20</sup> De resto, como visto, a forma do pagamento e a natureza da operação bancária nela envolvida implicam em *transparência* quanto à utilização do bem, e não em sua ocultação ou dissimulação.

Não se ajusta, igualmente, à figura típica inscrita no art. 1º, § 2º, I, da Lei n. 9.613/98 o recebimento de honorários por serviços efetivamente prestados.<sup>21</sup> Trata-se da modalidade típica de *utilização*, na atividade econômica ou financeira, de bens direitos ou valores provenientes de infração penal. É evidente que não se pode interpretar isoladamente esta modalidade típica e isto por três razões fundamentais: (a) a própria interpretação sistemática do artigo 1º, como dito, indica uma gradação de ataque ao bem jurídico, que caminha das menos graves às mais graves: desde a mera ocultação (*caput*), passando pela transformação (§ 1º)

---

nheiro, em MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). *Advocacia criminal, direito de defesa, ética e prerrogativas*, Lumen Juris, 2014, p. 165).

<sup>19</sup> Cujas notoriedade dispensa demonstração.

<sup>20</sup> Ainda, no mesmo sentido COSTA, obra citada, p. 166.

<sup>21</sup> No mesmo sentido, especificamente COSTA, obra citada, p. 167 e ss. Em sentido congruente quanto à modalidade típica que mais se aproximaria da incriminação do recebimento de honorários maculados, cf. GRANDIS, O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro, em DI CARLI (at al.), *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*, Verbo, 2011, p. 135, o qual, todavia, conclui pela *atipicidade* por não ver configurados os pressupostos de imputação objetiva (cf. especialmente p. 140-141).

até a integração (§ 2º)<sup>22</sup>; (b) se se tratasse aqui da mera “utilização” para qualquer finalidade de produtos de infração penal antecedente, estar-se-ia negando vigência à limitação típica imposta pela cláusula “na atividade econômica ou financeira”, justamente a que evidencia que se cuida aqui da punibilidade da última fase da lavagem – a mais grave sob o ponto de vista do (na verdade, da dificuldade de) alcance dos ativos criminosos por implementação de medidas cautelares patrimoniais do processo penal ou tutela da ordem econômica --, a *integração*: a incorporação formal dos ativos ao sistema econômico *por, para* ou *no* interesse do titular dos ativos criminosos; (c) a interpretação de que se trataria também de puro e simples recebimento conduziria a ter de afirmar a atipicidade quando o receptor dos valores não os utilizasse em sua atividade econômica, mas, sim, em outras atividades privadas (ou, não econômicas), o que não faria o menor sentido fosse o intento do legislador proibir o recebimento de valores oriundos da prática de crime por si só.<sup>23</sup>

Os fatos narrados pelos Consulentes, portanto, não se ajustam, já em juízo sobre a tipicidade objetiva, e, pois, *prima facie*, aos tipos legais de crime descritos no artigo 1º da Lei 9.613/90.<sup>24</sup>

### III.3. Tipicidade à luz do art. 180, caput e § 3º, CPB?

Resta examinar a punibilidade da conduta à luz do disposto no artigo 180 do CPB, especificamente em seu *caput* e em seu § 3º.<sup>25</sup>

#### Receptação

Art. 180 – Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto

<sup>22</sup> BALTAZAR JÚNIOR também vê, nesta conduta típica, a incriminação da fase de integração (obra citada, p. 1104).

<sup>23</sup> O que ainda obrigaria aquele que pretendesse sustentar tal interpretação a uma necessária discussão acerca da derrogação do tipo de receptação para determinadas constelações de casos, com o consequente ônus de legitimar a extravagante diferença entre as penas cominadas para condutas dotadas da mesma lesividade (1 a 4 anos para a receptação; 3 a 10, para a lavagem).

<sup>24</sup> Independentemente de qualquer hipótese fática, conclui COSTA: “Conforme analisado, atualmente não há espaço na legislação brasileira para a aplicação do crime de lavagem de dinheiro ao advogado que recebe honorários como contraprestação de atuação profissional lícita, ainda que tais honorários tenham sabidamente origem ilícita” (obra citada, p. 175).

<sup>25</sup> Descartada a figura do § 1º, posto que a prestação de serviços de advocacia não se ajusta ao conceito de atividade comercial ou industrial.

de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas.

### **III.3.1. Aspectos ligados ao tipo objetivo**

#### **III.3.1.1. Ausência de objeto material**

Se verdadeira a afirmação do delator no sentido de que o valor utilizado pelo cliente dos Consulentes para o depósito bancário era produto de crime de corrupção passiva (art. 317, CPB), falta o necessário objeto material sobre o qual devem recair as condutas descritas nos dois dispositivos.

Um dos critérios hermenêuticos para identificar o objeto da tutela penal é, sem dúvida, a seção na qual o legislador alocou a figura típica. Nesse sentido, o artigo 180 do Código Penal está inserido dentro do *Título II – Dos crimes contra o patrimônio*,<sup>26</sup> a indicar que concede tutela de segundo grau ao patrimônio<sup>27</sup> – público ou privado –<sup>28</sup> já ofendido pelo crime anterior (p. ex., furto, apropriação indébita, estelionato etc.).

<sup>26</sup> Sobre a importância científico-pragmática da estruturação da Parte Especial a partir dos bens jurídicos protegidos, v. GRECO, *Lo vivo e lo muerto en la teoria de la pena de Feuerbach*, Marcial Pons, 2015, p. 275. É evidente que a localização topográfica de um artigo, por si só, não determina necessariamente o seu objeto de tutela. Exemplo disso é o disposto no art. 168-A, CP, o qual, apesar de também estar alocado entre os crimes contra o patrimônio, volta-se à tutela da arrecadação tributária. O mesmo fenômeno ocorre com o artigo 337-A; críticas específicas à alocação dessas figuras em ESTELLITA, *Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP: aspectos gerais*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 36, p.309-350, out./dez. 2001. Ainda, a alocação de um tipo penal dentro de um capítulo no qual o legislador afirmar proteger este ou aquele bem jurídico deve ser o ponto de partida do intérprete e, caso identificada disparidade, haverá o ônus de demonstrar que o objeto de tutela difere daquele atribuído àquela seção ou capítulo.

<sup>27</sup> Neste sentido, BUSATO, *Direito penal: parte especial I*, Atlas, 2014, p. 607.

<sup>28</sup> Nesse sentido, BITENCOURT, *Tratado de direito penal – parte especial*, 8 ed., Saraiva, 2012, v. 3 edição eletrônica, Crime de receptação, item 2.

Este critério tem sido um dentre os invocados para distinguir o âmbito de aplicação do crime de lavagem de capitais do de aplicação do crime de receptação,<sup>29</sup> especialmente naqueles países, como a Alemanha, nos quais as duas figuras foram alocadas uma em seguida da outra<sup>30</sup> e/ou a lavagem de dinheiro só se aplica a bens oriundos de um rol taxativo de crimes.<sup>31</sup> No direito positivo alemão, a referência expressa no tipo penal a uma coisa oriunda de um crime contra o patrimônio<sup>32</sup> indica, claramente, sua natureza patrimonial, com o que se define a *finalidade da tutela* fornecida por esta figura criminosa como a de *evitar a agravação do dano patrimonial causado pela prática criminosa anterior*. Não por outra razão, a receptação é ali denominada “crime de conexão” (*Anschlussdelikt*), tal qual o favorecimento real.<sup>33</sup> O injusto da receptação residiria na perpetuação da ilegal situação patrimonial alcançada pela prática do crime antecedente, que se expressa na *nova separação entre o bem e seu titular legítimo* representada

<sup>29</sup> Cf. ROBLES PLANAS, PASTOR MUÑOZ, Delitos contra el patrimonio, em SILVA SÁNCHEZ/RÁGUES IVALLÉS, *Leciones de derecho penal*, Atelier, 2015, p. 299. Outro critério que mereceria melhor exame é o da circunstância de o crime de receptação ter por objeto coisas móveis, no sentido da lei civil, e não valores. Em nosso país, BALTAZAR JÚNIOR é um dos poucos que, acertadamente, também estabelece a distinção entre o crime de lavagem e o de receptação com base diversa natureza do objeto material: bens ou valores, inclusive provenientes indiretamente do crime antecedente, no primeiro caso, coisas, móveis ou mobilizadas, no segundo (*Crimes federais*, 10ed., Saraiva, 2015, p. 1093)

<sup>30</sup> No Código Penal alemão (StGB), a receptação está definida no § 259 e a lavagem de dinheiro, no § 261.

<sup>31</sup> StGB, § 261, nr. 1.

<sup>32</sup> Em alemão, „§ 259 Hehlerei. (1) Wer eine Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat, ankauft oder sonst sich oder einem Dritten verschafft, sie absetzt oder absetzen hilft, um sich oder einen Dritten zu bereichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“ Em espanhol: “§ 259. Receptación. (1) Quien compre, o de otra manera obtenga para si o para un tercero, comercialice, o ayude a comercializar una cosa, que otro se haya hurtado o de otra manera haya obtenido por medio de un hecho antijurídico dirigido contra el patrimonio ajeno de un tercero, con el fin de enriquecerse o enriquecer a un tercero, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa”.

<sup>33</sup> WESSELS/HILLENKAMP, *Strafrecht – Besonderer Teil 2*, 37. Auflage, C.F Müller, 2014, § 23, nr. 832; RENGIER, *Strafrecht – Besonderer Teil I*, 17. Auflage, 2015, § 22, nr. 1. O favorecimento real está definido no § 257 do StGB, dentro da mesma seção onde se encontram alocados os crimes de receptação (*Hehlerei*, § 259) e de lavagem de capitais (*Geldwäsche*, § 261). No Brasil, no mesmo sentido, BALTAZAR JÚNIOR, obra citada, p. 1091.

pela transferência do poder de disposição sobre o bem a uma terceira pessoa (o receptor).<sup>34</sup>

Muito embora não haja expressa menção a “coisa oriunda de um crime contra o patrimônio” na figura típica brasileira, os verbos utilizados pelo legislador, especialmente aqueles agregados aos tipos penais do *caput* e do § 1º em 1996, indicam claramente que a *coisa* referida em cada um dos enunciados (desde o *caput* até o §6º<sup>35</sup>) é de ser entendida como um *objeto corpóreo móvel* com valor econômico. Tanto assim que o legislador agregou às modalidades típicas as condutas de *transportar, conduzir, montar, desmontar, remontar*, as quais, evidentemente, somente se aplicam a coisas com existência corpórea, e não a *direitos*, como o *direito de crédito* que os Consulentes tinham contra o banco no qual têm conta corrente de depósito<sup>36</sup> -- o qual, por sua vez, tinha um direito de crédito contra a instituição financeira emitente do cheque (sacada). Trata-se de interpretação sistemática dentro do mesmo dispositivo legal,<sup>37</sup> que não permite aplicar o verbo *transportar* a um direito de crédito em conta corrente de depósito, assim como não o admitem os verbos *montar, desmontar, remontar* ou *conduzir*.<sup>38</sup>

A interpretação em sentido contrário obrigaria afirmar, por coerência, que, na verdade, quem teria praticado o crime de receptação teria sido a *instituição financeira* (a pessoa nela encarregada, a rigor) na qual o cheque foi depositado, pois foi ela quem *recebeu*, após a compensação interbancária (serviço prestado, entre nós, pelo Banco do Brasil), os valores da instituição sacada representados pelo cheque e supostamente oriundos da prática de crime de corrupção. Aliás, levando-se ao pé da

<sup>34</sup> WESSELS/HILLENKAMP, obra citada, § 23, nr. 823; KINDHÄUSER, *Strafrecht – Besonderer Teil II*, 4. Auflage, 2005, § 47, nr. 1; RENGIER, obra citada, § 22, nr. 1.

<sup>35</sup> No parágrafo 6º, inclusive, há expressa menção bens e instalações do patrimônio da União, em clara referência a coisas corpóreas.

<sup>36</sup> O contrato de conta-corrente bancário se rege pelas normas dos artigos 645 c.c. 586 do Código Civil: “Art. 645. O depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo”, “Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade”.

<sup>37</sup> Sobre as três classes de formação jurídica de conceitos, v. SCHÜNEMANN, *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, Marcial Pons, 2009, p. 55-57.

<sup>38</sup> Sobre os limites da interpretação das elementares do tipo de acordo com o texto da lei, especialmente em matéria penal, onde proibida a analogia *in malam partem*, v. PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, p. 120 e ss., especialmente p. 123.

letra o sistema de compensação de cheques no Brasil, a rigor, a “coisa” pode sequer ter entrado na esfera de posse/propriedade da instituição financeira onde depositado o cheque, porque a compensação de cheques no Brasil é feita pelo sistema de movimento compensatório entre instituições sacadas e acolhedoras, assim, é possível que sequer tenha havido transferência de valores entre instituição sacada e instituição acolhedora, se, na data da compensação, esta última tivesse mais débitos do créditos frente à sacada.

Por fim, atribuir à “coisa” que é objeto material do crime de receptação o sentido de “valor” ou “direito” implicaria colocar, potencialmente, no espectro de alcance deste tipo penal também o dono do supermercado, o da empresa fornecedora de energia elétrica, o dono do posto de abastecimento de combustíveis, os funcionários públicos responsáveis pelo recolhimento de tributos, os funcionários públicos encarregados do recebimento dos valores pagos a título de fiança (processual penal) ou multa penal etc., que recebem o pagamento por seus produtos/tributos/fiança/pena com valores (dinheiro em espécie, transferência bancária, pagamento via cartão de crédito ou de débito, cheque etc.) oriundos da prática anterior de crime (contra o patrimônio).<sup>39</sup> Uma tal interpretação levaria a uma ampliação tão incontrolável da incidência do tipo, que poderia, no limite, inviabilizar o próprio tráfego econômico. Esses argumentos evidenciam que a “coisa” objeto destas figuras típicas é um *bem corpóreo móvel*.

Ademais, no caso de *corrupção passiva* na modalidade de *recebimento*, não há a *subtração* de uma coisa móvel (corpórea) daquele que faz o pagamento, pois a entrega dos valores ao funcionário público é *espontânea*, não havendo que se falar em dano infligido *injustamente* ao patrimônio daquele que paga a “propina”, o que ocorreria em caso de concussão (art. 316, CPB<sup>40</sup>), hipótese sequer ventilada nos fatos que motivam a presente consulta.

Por todas estas razões, a conduta narrada pelos Consulentes não se ajusta, já por este primeiro fundamento objetivo, às figuras típicas do *caput* e do § 3º do artigo 180 do CPB.

<sup>39</sup> Cf. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Blanqueo de capitals y abogacía, *InDret*, enero 2008, p. 31. O argumento é utilizado por KULISCH com relação à modalidade de recebimento do tipo penal de lavagem na Alemanha, referindo-se ao juiz que recebe o pagamento das custas processuais e da multa penal de condenado que tenha praticado um dos crimes antecedentes apontados no parágrafo 1 do § 261 do StGB (KULISCH, *StraFo* 1999, 337 (339)).

<sup>40</sup> O excesso de exação está evidentemente fora do horizonte de análise (art. 316, § 1º).

### III.3.1.2. Risco permitido

Outro elemento comum às duas figuras típicas ora examinadas é o do conteúdo do risco juridicamente desaprovado pressuposto para a imputação do resultado ao autor, o que permite a análise conjunta à luz de dois dispositivos que se diferenciam quanto ao aspecto subjetivo -- exigência de dolo no *caput*, e de culpa no § 3º<sup>41</sup> --, pois desde que se passou a compreender o tipo como descritor de condutas perigosas para bens jurídicos,<sup>42</sup> a imputação objetiva do resultado passou a operar dentro do *tipo objetivo* de qualquer modalidade típica, e, com isso, a estrutura objetiva do tipo culposo<sup>43</sup> -- e, no que nos interessa, a *violação do dever objetivo de cuidado*, agora nomeada de *criação de risco juridicamente desaprovado* -- foi incorporada ao tipo objetivo também dos delitos dolosos: *todo crime doloso contém um crime culposo*.

Um exemplo tomado de Herzberg ilustra o acerto dessa afirmação: a secretária gravemente gripada que comparece ao trabalho sem sequer pensar que poderia contaminar seu chefe, não comete um crime de lesões corporais culposo, posto que cria um risco *permitido*. Mas se ela não só conhecesse a possibilidade como desejasse (dolo) ardentemente contaminar seu chefe? Mesmo assim sua conduta, já no exame do tipo objetivo, seria atípica, posto que o risco criado (apesar da má intenção) é permitido, e nem sua má intenção poderia ser qualificada penalmente como dolosa,<sup>44</sup> pois, se o dolo deve abarcar todos os elementos do tipo objetivo, dentre eles, a criação do risco juridicamente desaprovado, ausente este, ausente o dolo. Em outras palavras: conhecer e querer o risco *permitido* não se qualifica como dolo. Com outros exemplos: dar

<sup>41</sup> Embora divergindo da técnica comum de tipificação das condutas culposas (empregada, por exemplo, no art. 121, § 3º, CPB), o legislador criou, neste § 3º do art. 180, a forma culposa da receptação, assim BITENCOURT, obra citada, Crime de receptação, item 10.

<sup>42</sup> Em oposição a uma concepção de tipo como descrição da causação de resultados, cf. GRECO, Imputação objetiva: uma introdução, em ROXIN, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, Renovar, 2002, p. 1-180.; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4 Auflage, 2006, § 11, nr. 1 e ss.

<sup>43</sup> Como afirma Greco, “a imputação objetiva e seus conceitos básicos nada mais são do que a teoria do crime culposo” (Imputação objetiva: uma introdução, obra citada, p. 44).

<sup>44</sup> HERZBERG, Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt, *Juristische Schulung*, v. 5, p. 377-384, 1996, p. 381.

uma moto a um maior de 18 anos habilitado torcendo para que ele morra em um acidente, não consubstancia conduta dolosa; como não o consubstancia operar uma usina nuclear dentro de todos os parâmetros de segurança desejando ardentemente que ela exploda.<sup>45</sup>

Isto quer dizer que a criação do risco juridicamente desaprovado pertence tanto ao tipo objetivo *culposo*, como ao *doloso*. Concordar com essa afirmação implica aceitar suas consequências lógicas: o crime culposo é um (dos) pressuposto(s) do crime doloso, ou, o que é o mesmo, não há um crime doloso sem um comportamento culposo.<sup>46</sup> A correção dessa afirmação está, inclusive, positivamente regulada em nosso direito penal, dado que o legislador estabeleceu, no *caput* do artigo 20 do CPB, que o erro de tipo, que fulmina o dolo, permite a punição por culpa, se sua punibilidade estiver prevista em lei (art. 18, parágrafo único, CPB), em outras palavras, dentro de um crime doloso há sempre um crime culposo.

Um exemplo permite concretizar essas afirmações: um motorista que circula em velocidade muito acima da permitida em uma via urbana na qual há pedestres e causa, com isso, lesões corporais, cria, com isso, um risco que é juridicamente desaprovado porque não observou as regras de trânsito (omitiu fazer o que determinam tais regras). Se a ocorrência lhe era previsível, agiu culposamente, e, se além de previsível, aceitou o risco e desejou a consequência (lesão corporal), agiu dolosamente. Fica clara, assim, a presença do crime culposo dentro do crime doloso e, conseqüentemente, do risco juridicamente desaprovado (= não observância do dever objetivo de cuidado) dentro de ambos.<sup>47</sup>

Com isso chego ao ponto que interessa. Supondo que o recebimento de honorários por serviços efetivamente prestados na área criminal seja conduta criadora de risco,<sup>48</sup> se demonstrada a *ausência de criação de risco juridicamente desaprovado* pela conduta concreta dos Consulentes – no caso, recebimento de depósito em sua conta bancária como contraprestação por serviços prestados ou a prestar --, estarão fulminadas, já no

<sup>45</sup> A disciplina do artigo 17 do Código Penal brasileiro oferece um amparo legal a essa afirmação.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> Por isso, resente-se Herzberg do fato de que os manuais de direito penal normalmente examinam a estrutura do crime culposo depois da dos dolosos (obra citada, local citado).

<sup>48</sup> O que absolutamente não é evidente e mereceria análise própria em outra sede.

âmbito da *tipicidade objetiva*, as duas modalidades típicas acima indicadas. E é o que sucede aqui.

A ideia de que a imputação objetiva do resultado pressupõe a criação de um risco juridicamente desaprovado assenta-se no reconhecimento de uma *ponderação* entre interesses de proteção de bens jurídicos e interesse geral de liberdade.<sup>49</sup> Essa ponderação já se encontra, muitas vezes, estabelecida em normas específicas. Os três critérios de concretização de um risco juridicamente desaprovado são *a existência de normas de segurança, a violação do princípio da confiança* e o *comportamento contrário ao standard geral dos homens prudentes*.<sup>50</sup>

A advocacia é atividade regulada por lei e resoluções de seu órgão regulador e fiscalizador, a Ordem dos Advogados do Brasil. Muito embora as regras do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94; adiante, tão somente, EOAB) e de seu Código de Ética e Disciplina (adiante, CED) não sejam normas de segurança no sentido da tutela penal ora analisada, isto é, não tenham sido criadas com o fim de controlar os riscos que as atividades típicas da advocacia possam criar para o patrimônio alheio,<sup>51</sup> elas servem para dar conteúdo ao terceiro dos critérios de avaliação: *o comportamento conforme ou contrário ao standard geral dos homens prudentes*, na medida em que indicam as regras de prudência na contratação de honorários.<sup>52</sup>

Pouco diz o EOAB sobre o tema das formalidades que devem cercar o contrato, limitando-se, no que nos interessa, a afirmar que a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados (art. 22). O CED é mais generoso e contém ao menos três dispositivos relevantes para este caso:

Art. 35. Os honorários advocatícios e sua eventual correção, bem como sua majoração decorrente do aumento dos atos judiciais que advierem como necessários, devem ser previstos em *contrato escrito, qualquer que seja o objeto e o meio da prestação*

<sup>49</sup> GRECO, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 3ed., RT, 2013, p. 52, quem agrega um outro fundamento, não consequencialista: o núcleo de liberdade de cada cidadão (p. 51).

<sup>50</sup> GRECO, *Um panorama...*, obra citada, p. 46 e ss.; ROXIN, *Strafrecht*, obra citada, § 11, nr. 65 e ss; FRISCH, *Strafrecht: Allgemeinen Teil*, 6. Auf., C.H. Beck, 2013, p. 127-128.

<sup>51</sup> Sobre o objeto da tutela do crime de receptação, v. *supra*.

<sup>52</sup> No mesmo sentido, COSTA, obra citada, p. 164.

*do serviço profissional, contendo todas as especificações e forma de pagamento, inclusive no caso de acordo.*

Art. 36. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

I – a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;

II – o trabalho e o tempo necessários;

III – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;

IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional;

V – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente;

VI – o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado;

VII – a competência e o renome do profissional;

VIII – a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

Art. 38. Na hipótese da adoção de cláusula *quota litis*, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos de honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte ou do cliente.

Parágrafo único. A participação do advogado em bens particulares de cliente, comprovadamente sem condições pecuniárias, só é tolerada em caráter excepcional, e desde que contratada por escrito.

Os documentos exibidos pelos Consulentes atendem integralmente ao disposto no artigo 36, tratando-se de contrato escrito, que delimita o objeto e o alcance dos serviços detalhadamente, bem como o preço estabelecido para cada ato/fase processual e a forma de pagamento respectiva. Embora o CED não estabeleça, como nem mesmo poderia, patamares quantitativos para os honorários, posto que, salvo raríssimas exceções, a ordem jurídica opera sobre a regra do livre estabelecimento de preços (art. 170 e ss., CF),<sup>53</sup> aponta elementos que poderão funda-

<sup>53</sup> Verdade que tanto o EOAB como o CDE estabelecem um patamar mínimo para a cobrança de honorários, abaixo do qual considera-se aviltante a remuneração dos serviços jurídicos. Os dispositivos são questionáveis, todavia, a discussão é irrelevante para a solução deste caso.

mentar esses valores. No caso concreto, alteram positivamente o valor da prestação de serviços pelo menos cinco dos oito fatores ali indicados, nomeadamente os de n. I, II, IV: a relevância, a complexidade e a dificuldade das questões envolvidas; o trabalho e o tempo necessários para a representação em casos do objeto do contrato; a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional; o lugar da prestação dos serviços, fora do domicílio do advogado; e a competência e o renome do profissional, as quais se comprovam pela própria apresentação dos Consulentes no bojo do contrato. Por fim, os Consulentes receberam os valores em pecúnia, na forma de transferência bancária, não incidindo a censura do art. 38 *a contrario sensu*. Sob o ponto de vista das normas regulamentadoras da profissão, atuaram, pois, dentro do *standard* profissional de prudência.

Mas há mais. Duas outras circunstâncias indicam atuação dentro do padrão do homem prudente: i) os honorários foram recebidos por meio de depósito em conta corrente em instituição financeira de renome, o que, graças ao ambiente particularmente regulado no qual operam as instituições bancárias,<sup>54</sup> permite o controle, supervisão e manutenção das informações relativas a quaisquer operações financeiras;<sup>55</sup> e, ii) emitiram o respectivo recibo e escrituraram o recebimento em seus registros contábeis, tendo submetido tanto a renda como as informações a ela relativas às autoridades tributárias, e procedido aos pagamentos dos tributos devidos.

Embora fosse desnecessário, o legislador fez constar do tipo penal do § 3º do art. 180 as circunstâncias objetivas que indicam a necessidade da observância dos deveres de cuidado: natureza da coisa, desproporção entre o valor e o preço e a condição pessoal de quem a oferece. Como se viu, estes elementos do tipo culposo estão contidos – são uma parte – do próprio tipo doloso, posto que conformam a criação do risco não permitido e, assim, já foram analisados acima. Todavia, não custa confrontar brevemente os dados do caso com essas circunstâncias: quanto à *natureza da coisa*, tratou-se de depósito bancário de cheque, meio legal, comum e autorizado para o pagamento de serviços; *não houve desproporção entre o valor do serviço e o preço* estabelecido contratualmente;<sup>56</sup> e, finalmente,

<sup>54</sup> Lei 4.595/64 e arcabouço normativo emitido pelo BACEN e pelo CMN.

<sup>55</sup> No que tange à supervisão para fins de prevenção do crime de lavagem de capitais, confira-se a Circular 3461/2009.

<sup>56</sup> Esta circunstância coloca em evidência que o tipo de receptação tem por objeto material um bem móvel e não valores ou bens. A rigor, neste caso, não há que se

a *condição pessoal* de quem a ofereceu (a rigor, de quem contratou os Consulentes) era compatível com o objeto do contrato de prestação de serviços e com o valor dos honorários pactuados.

Mesmo na Alemanha, onde, como dito, o tipo legal de *lavagem* de capitais contempla como modalidade típica o mero recebimento de valores oriundos dos crimes antecedentes, a atenção a certas medidas no recebimento de honorários é apontada como padrão de conduta prudente para fins de afastamento do tipo objetivo: a razoabilidade do valor estabelecido, a documentação da contratação e do recebimento dos valores, recebimento direto do contratante ou, se assim não for, documentação fundamentando a razão do pagamento estar sendo feito por terceiro etc.<sup>57</sup> Essas medidas são vistas como critérios objetivos caracterizadores do recebimento de honorários como conduta adequada a um papel profissional, ou socialmente adequadas,<sup>58</sup> ideia contida, justamente, na categoria do *risco permitido*.<sup>59</sup> Embora, como dito, *não* tenhamos em nosso direito positivo a modalidade de mero recebimento como hipótese de lavagem, a discussão se coloca, aqui, no âmbito do *recebimento* na figura típica da *receptação*, onde pode ser aproveitada.

O comportamento dos Consulentes está em *conformidade com o standard geral dos homens prudentes*, e, se risco objetivo foi criado, a

---

falar em desproporção entre o preço pago (pelo receptor) e coisa (recebida do vendedor) uma vez que, aqui, o advogado “vende seu serviço” e o cliente faz o pagamento por esse serviço, na mão contrária, portanto, do que indica o texto legal.

<sup>57</sup> BeckOK StGB/RUHMANNSEDER, *StGB*, 29. Aufl., 01.12.2015, § 261, nr. 45.2; BEULKE/RUHMANNSEDER, obra citada, nr. 193. A jurisprudência, contudo e como dito, resolveu o problema do recebimento dos honorários advocatícios no plano do tipo subjetivo, afirmando uma punibilidade apenas na hipótese de conhecimento seguro da origem criminosa dos valores, cf. supra nota 6, ressaltando-se, uma vez mais, que o § 261 define como crime o mero recebimento da coisa objeto dos crimes antecedentes, o que não ocorre na legislação brasileira.

<sup>58</sup> MÜSSIG procura demonstrar que a decisão do BVerfG de 2004, na qual a corte afastou a punibilidade por lavagem no recebimento de honorários por defensor supostamente no âmbito do tipo subjetivo (exigindo dolo direto), teria, em verdade, depois de devidamente “traduzida” para a linguagem das categorias da dogmática penal, solucionado a questão no âmbito do tipo objetivo, indicando quando o recebimento de honorários é entendido como conduta social adequada e, pois, objetivamente atípica (MÜSSIG, *Strafverteidiger als “Organ der Rechtspflege” und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche – Zu (strafrechtsdogmatischen) Perspektiven der Strafverteidigung nach dem Geldwäscheurteil des BVerfG*, Wistra, 6/2005, p. 201-206).

<sup>59</sup> Vide GRECO, Imputação objetiva: uma introdução, em: ROXIN, Claus, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, Renovar, 2002, p. 30-34.

conduta a eles atribuída manteve-se dentro do *risco juridicamente permitido*, razão pela qual não há de se lhes imputar o resultado, *não havendo que se falar em preenchimento dos pressupostos do tipo objetivo do crime de receptação*, nem na forma do *caput*, nem naquela do seu § 3º.

### III.3.2. Aspectos ligados ao tipo subjetivo

Por fim, há óbice impedindo a configuração do tipo subjetivo: a incongruência temporal entre a data do fato e a data do conhecimento da elementar típica “coisa que sabe ser produto de crime” (art. 180, *caput*).

O dolo, como conhecimento e vontade da prática de todas as elementares objetivas do tipo legal de crime, deve ser contemporâneo à execução da conduta proibida, ou seja, desde o início da tentativa até a consumação do crime.<sup>60</sup> É o que se chama de princípio da *simultaneidade* ou da *coincidência*.<sup>61</sup> O dolo *antecedente*, tanto quanto o *subsequente*, são penalmente irrelevantes. Aquele que, depois de atropelar culposamente um pedestre, percebe nele seu inimigo e se regozija internamente com o ocorrido, não pratica, por isto, o crime de lesões corporais dolosas (art. 129, *caput*, CPB),<sup>62</sup> assim como não será punido aquele que causa um dano culposo ao patrimônio alheio (impunível), percebendo posteriormente tratar-se de seu rival, a quem sempre quis causar danos patrimoniais.<sup>63</sup>

Pois bem, ainda que se pudesse ultrapassar os óbices que afastam já a tipicidade objetiva da conduta dos Consulentes, acima discutidos, não haveria a necessária coincidência temporal entre a conduta incriminada *receber* e a consciência de que a *coisa* era produto de crime. Essa consciência sobre a elementar do tipo objetivo, designada como *componente cognitivo* do dolo, é o requerimento mínimo para a configuração do tipo subjetivo dos crimes dolosos. Mesmo aqueles que sustentam a prescindibilidade do elemento *volitivo*,<sup>64</sup> afirmam a imprescindibilidade do *cognitivo*.<sup>65</sup>

<sup>60</sup> ROXIN, *Strafrecht...*, obra citada, § 12, nr. 89. No Brasil, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral, 3ed., 2008, p. 152.

<sup>61</sup> RENGIER, obra citada, § 14, nr. 55.

<sup>62</sup> O exemplo é de ROXIN, *Strafrecht...*, obra citada, § 12, nr. 91.

<sup>63</sup> O exemplo também está em RENGIER, obra citada, § 14, nr. 60.

<sup>64</sup> Um panorama da discussão em GRECO, Dolo sem vontade, em SILVA DIAS e outros, *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, 2009, p. 885 e ss.

<sup>65</sup> Ainda que seja possível discutir o que se entende por conhecimento, cf. GRECO, Dolo sem vontade, obra citada, p. 889 e ss.

Em nosso ordenamento jurídico, a *imprescindibilidade do elemento cognitivo* para a afirmação da conduta dolosa está expressamente disposta no Código Penal:

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Em outras palavras, o desconhecimento (erro) de qualquer elementar típica afasta a ocorrência do dolo.

Segundo as informações e documentos fornecidos pelos Consulentes, o recebimento do depósito bancário ocorreu quatro anos antes da notícia acerca da possibilidade de que a “coisa” (quantia depositada) pudesse ser produto de crime, que chegou ao conhecimento dos Consulentes quando, anos depois do recebimento, foram procurados por jornalista que afirmara conhecer teor de delação premiada no bojo da qual o delator teria relatado ter pago propina ao funcionário público em troca de auxílio na aprovação de projetos, e que parte destes valores teriam sido usados por referido funcionário público para pagar honorários advocatícios.

Não há coincidência, portanto, entre a data da conduta objetivamente incriminada – “receber” – e o conhecimento da elementar típica coisa “que sabe ser produto de crime”. Bem o contrário, há o transcurso de *mais de três anos* entre esses marcos temporais, razão pela qual impossível afirmar a coincidência entre tipo objetivo e o tipo subjetivo, ou, em outras palavras, a presença do dolo no momento da suposta prática delituosa. Formulando o mesmo juízo de outra maneira, quando do recebimento da coisa produto de crime não tinham – e nem podiam ter – os Consulentes conhecimento da origem criminosa do valor depositado em sua conta corrente, com o que se afirma a incidência do disposto no artigo 20, *caput*, do CPB.<sup>66</sup>

#### **IV. Conclusão**

Em suma:

- i. O artigo 1º, § 4º, ao veicular pressuposto de necessidade da medida de quebra de sigilo bancário (e, por analogia) fiscal, deve ser

<sup>66</sup> Este mesmo argumento afastaria a tipicidade subjetiva, necessariamente dolosa, no âmbito da análise das condutas tipificadas pelo artigo 1º da Lei 9.613/98, cuja análise se mostrou desnecessária dada já a patente atipicidade objetiva.

interpretado como exigência de indício de conduta ajustável, *prima facie*, a algum tipo penal, que revele *causa provável* de sua prática, a qual, existente, autoriza o afastamento do sigilo.

- ii. O exame da *típicidade* traduz o caráter *prima facie* criminoso de uma conduta no âmbito da subsunção do fato à norma incriminadora, pois a tipicidade traduz, na linguagem da dogmática penal, a exigência do princípio da legalidade, primeiro passo da análise de subsunção.
- iii. O recebimento de honorários por serviços efetivamente prestados ou contratados, cujos valores foram obtidos por meio de prática criminosa, não se ajusta a qualquer das modalidades típicas do artigo 1º da Lei 9613/98.
- iv. A conduta igualmente não se ajusta aos tipos penais de receptação dolosa ou culposa (art. 180, *caput* e § 3º, CPB), seja por ausência de objeto material, seja por não criar risco juridicamente desaprovado, seja pela incongruência temporal entre os fatos e a configuração do elemento cognitivo do dolo, seja pela ausência das elementares objetivas ligadas à coisa ou à pessoa que a transmite que *disparariam* o dever objetivo de cuidado (para a figura culposa).
- v. Inexistindo, *prima facie*, indício de conduta típica, não está configurado pressuposto legal para a aplicação do disposto no § 4º do artigo 1º da LC 105/01, ou seja, a decretação da quebra dos sigilos bancário e fiscal.

## Referências

AMBOS, La aceptación por el abogado defensor de honorarios maculados: lavado de dinero. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología: Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje*, Hammurabi, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 1ed. E-book, Saraiva, 2015.

BALTAZAR JÚNIOR. *Crimes federais*, 10ed., Saraiva, 2015.

BEULKE/RUHMANNSIEDER, *Die Strafbarkeit des Verteidigers*, 2. Aufl., C. F. Müller, 2010.

BITENCOURT, *Tratado de direito penal – parte especial*, 8 ed., Saraiva, 2012.

BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 4a ed., Aranzadi, 2015.

BUSATO, *Direito penal: parte especial I*, Atlas, 2014.

CARO CORIA (Trad.); AMBOS; HINESTROSA, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios ‘maculados’: lavado de dinero?: intentos de restricción del tipo penal de lavado (blanqueo) de dinero a la luz de los derechos internacional y extranjero*, Universidad Externado de Colombia, 2002.

CHOCLÁN MONTALVO, Blanqueo de capitales y retribución del abogado. El pago de honorarios con cargo al patrimonio presuntamente criminal, *La ley penal*, v. 5, n. 53, p.43-50, out. 2008.

COSTA, Honorários advocatícios e lavagem de dinheiro, em MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). *Advocacia criminal, direito de defesa, ética e prerrogativas*, Lumen Juris, 2014.

DIAS, Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 110, p.147-174, set./out. 2014.

ESTELLITA, Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP: aspectos gerais, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 36, p.309-350, out./dez. 2001.

FRISCH, *Strafrecht: Allgemeinen Teil*, 6. Auf., C.H. Beck, 2013.

GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado de activos*, Segunda edición, B de F, 2015.

GLASER, *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme*, Herbert Utz, 2009.

GRANDIS, O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro, em DI CARLI (at al.), *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*, Verbo, 2011.

GRECO FILHO, RASSI, Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 237, p.13-14, ago. 2012.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade, em SILVA DIAS e outros, *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. Imputação objetiva: uma introdução, em ROXIN, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Lo vivo e lo muerto en la teoria de la pena de Feuerbach*, Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. *Duas formas de fazer dogmática jurídico-penal*. *Boletim IBDPE*, v. 1, n. 1, p. 3-4, 2009.

\_\_\_\_\_. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 3ed., RT, 2013.

HERZBERG, Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt, *Juristische Schulung*, v. 5, p. 377-384, 1996.

HERZOG, *Geldwäschegesetz*, 2. Aufl., 2014.

KINDHÄUSER, *Strafrecht – Besonderer Teil II*, 4. Auflage, 2005.

KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGE/ALTENHAIN, *Strafgesetzbuch*, 4. Aufl., 2013.

KRAATZ, Erik, Geldwäscherisiken für Anwälte, *NJ* 4/2015.

LACKNER/KÜHL, *StGB*, 28. Aufl., 2014.

LUCCHESI, O confisco penal de honorários advocatícios nos Estados Unidos da América e seu impacto no sistema jurídico-penal acusatório, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 108, p. 349-384, mai./jun. 2014.

MASSUD, SARCEDO, O exercício da advocacia e a lavagem de capitais: panorama brasileiro. In: OLIVEIRA, William Terra de et al. (Org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*, LiberArs, 2013.

MÜSSIG, Strafverteidiger als “Organ der Rechtspflege” und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche – Zu (strafrechtsdogmatischen) Perspektiven der Strafverteidigung nach dem Geldwäscheurteil des BVerG, *Wistra*, 6/2005.

NEUHEUSER, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., 2012, § 261, nr. 78 e ss. Estudos monográficos posteriores à decisão do BVerfG de 2004.

PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*.

RENGIER, *Strafrecht – Besonderer Teil I*, 17. Auflage, 2015.

ROBLES PLANAS, PASTOR MUÑOZ, Delitos contra el patrimonio, em SILVA SÁNCHEZ/RÁGUES IVALLÉS, *Leciones de derecho penal*, Atelier, 2015.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, De Gruyter, 1974.

\_\_\_\_\_. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4 Auflage, 2006.

SÁNCHEZ RIOS, *Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal*, Saraiva, 2010.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Blanqueo de capitals y abogacía, *InDret*, enero 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*, 3ed., 2008.

SCHRADER, *Die Strafbarkeit des Verteidigers wegen Geldwäsche (§ 261) durch Annahme bemakelter Honorarmittel*, Tectum, 2008.

SCHÜNEMANN, *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, Marcial Pons, 2009.

VILARDI, O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, mar./abr. 2004.

WESSELS/HILLENKAMP, *Strafrecht – Besonderer Teil 2*, 37. Auflage, C.F. Müller, 2014.

WIRTZ, BERMEJO, Strafverteidigerhonorar und Geldwäsche aus europäischer Perspektive: Gleiches Problem, gleiche Lösung?, *ZIS*, 10/2007.