

## CAPÍTULO 6

# OS REFLEXOS DAS AÇÕES NEUTRAS NOS AMBIENTES CORPORATIVOS

### 6.1 A RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER E AS DENÚNCIAS INTERNAS

De maneira geral, é possível afirmar que o tema do compliance foi trazido para o centro dos debates no direito penal. O expansionismo econômico promovido pela sociedade do bem-estar colocou na pauta das discussões as questões envolvendo a criminalidade empresarial no âmbito internacional, cada vez mais complexa e articulada. Assim, o aparelhamento estatal se aperfeiçoou, promovendo um maior grau de intervenção do Estado na vida do cidadão, em busca de uma proteção sempre crescente dos bens jurídicos tidos como relevantes em um nítido processo de expansionismo penal. De um modo geral é possível afirmar que parece ter havido uma flexibilização dos princípios penais e processuais penais, bem como dos parâmetros constitucionais, frutos de conquistas históricas, no dizer de Flávia Piovezan, cujo marco inicial foram as revoluções liberais do séc. XVIII.

Nesse processo de criminalização crescente, destacadamente no âmbito dos denominados “crimes de colarinho branco”, conforme terminologia cunhada por Edwin Sutherland, praticados por empresários, executivos, políticos e por funcionários públicos, passou-se a ter, como objetivo precípua, coibir os denominados crimes econômicos.

Assim é que os programas de conformidade ou de compliance passaram a ser adotados como mecanismos de fiscalização nos ambientes corporativos como um todo, cuja finalidade é a de prevenir ou ao menos minimizar as práticas criminosas. A efe-

tivação desses programas é realizada pelo denominado compliance officer. Dessa forma, passou-se a analisar a responsabilidade penal desse ator, no caso de cometimento de crimes no ambiente empresarial. No sentir de César Caputo Guimarães, o compliance officer acaba por ocupar uma posição de garante no ambiente corporativo o que acarreta para esse profissional grande responsabilidade por eventual delito praticado, fazendo-se necessário traçar com clareza os limites dessa responsabilidade.<sup>59</sup>

A dogmática penal envolvendo a figura do compliance officer é de extrema complexidade em face da gama de profissionais das mais variadas áreas do conhecimento humano a exercer esse cargo. Além disso, essa atividade pode ser exercida por uma única pessoa, por um conjunto de profissionais atuando dentro da empresa ou ainda por um agente externo.

Nesse diapasão ficaria difícil estabelecer responsabilidade penal a alguém por eventual infração penal praticada na empresa. É de se considerar, ademais, que a relevância do cargo de compliance officer não pode sobrepujar a importância dos demais integrantes da empresa, como os diretores, gerentes, sócios, acionistas etc. A figura do compliance officer deve ser apreciada como alguém que presta serviço de assessoria no ambiente empresarial de modo a prevenir infrações penais. Essa pessoa não pode ser responsabilizada, ou seja, sua conduta na empresa é absolutamente neutra, a não ser que tenha agido com dolo ou culpa, ou que tenha criado ou incrementado o risco, por eventuais ilícitos praticados nessa atividade. Não se pode perder de vista que o compliance officer atua por delegação e não como responsável originário.

Sob a perspectiva dos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, em que o agente responde pelo crime uma vez que assume a posição de garante, a questão é de se saber se a figura do compliance officer assume efetivamente essa posição respondendo por eventual crime praticado.

No entendimento de Gustavo Britta Scandelari, a atuação do compliance officer poderia se encaixar nas hipóteses em que a omissão é penalmente relevante uma vez que este ator assume funções específicas que acabam por obrigá-lo a impedir o resultado.<sup>60</sup> César Caputo Guimarães contesta o argumento citado por Gustavo Scandelari afirmando que a lei não institui a posição de garante de maneira direta e menos descreve condutas omissivas de resultado de dano. Ademais, as ações de um compliance officer, por exemplo, a quebra de um contrato, não configuram infração penal na legislação pátria.<sup>61</sup> Renato de Mello Jorge Silveira, salienta que sob a ótica penal, surge um problema, qual seja, o de que a menção ao compliance officer pode ser lateral à lei, podendo ser prevista pela mesma, mas não necessariamente. No caso de sua não menção, o dever de garante deveria recair sobre a alta cúpula da empresa, na medida em que a posição do complian-

59 GUIMARÃES, César Caputo. *A Responsabilidade Penal do Compliance Officer*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 21.

60 SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In: BUSATO, Paulo César (coord.); GUARAGNI, Fábio André (coord.); DAVID, Décio Franco (org.); *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 166.

61 GUIMARÃES, César Caputo. *A Responsabilidade Penal do Compliance Officer*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 85.

ce officer dá-se por delegação do titular desta empresa, podendo, de qualquer forma, falar-se em responsabilidade concorrente entre ambos, tomando-se a cautela de evitar que o compliance officer acabe se tornando, por assim dizer, um bode expiatório. Assim é que, se não houve previsão legal para efeito de responsabilidade penal do compliance officer, a responsabilidade é dos representantes maiores da empresa. Também seria possível, como forma de compor a situação de se atribuir uma responsabilidade própria das pessoas jurídicas, conforme orienta Gómez-Jara Díez. O autor conclui o raciocínio sobre o tema salientado que as empresas que adotam a atividade de compliance officer em seus sistemas de autorregulação, mesmo que aqui no Brasil os limites da atuação do compliance officer não estejam devidamente definidos, a atuação desse ator poderia ser vista como causa de diminuição do risco empresarial, o que, em termos de imputação objetiva, redundaria em causa de exclusão da tipicidade da conduta, que seria, meramente neutra.<sup>62</sup>

Também é preciso que se diga que não existe tipo penal de incriminação para a hipótese do compliance officer. De qualquer forma, a doutrina tem sustentado a possibilidade de responsabilidade penal do compliance officer a título de crime comissivo por omissão, ou seja, nas hipóteses em que o mesmo assume a posição de garante. Nas palavras de José Danilo Tavares Lobato e Jorge Washington Gonçalves Martins:

*Por outro lado, como não há um tipo penal específico que incrimine o compliance officer pelo mero descumprimento de suas funções, cumpre reconhecer que esse profissional somente poderá ser responsabilizado recorrendo-se à estrutura típica da omissão imprópria, ou seja, por meio da construção de um dever de evitar a prática de crimes que sejam correlatos à atividade empresarial e estejam dentro do âmbito de sua competência profissional. Assim, por exemplo, se o compliance officer não vigiar o cumprimento do seu programa e, em razão dessa falha, crimes forem cometidos dentro de sua esfera de atribuições, sua responsabilização tornar-se-ia factível caso deixasse de reportar aos seus superiores os indícios da prática de crimes que, mediante sua comunicação, pudessem ter sido evitados. Em contrapartida, se o compliance officer identificar os autores de um crime ocorrido dentro de seu âmbito de competência e reportar, a seus superiores, as informações obtidas, ainda que estes nada façam, ele estará exonerado, uma vez que não ostentaria poder de correção e nem o dever de informar as autoridades públicas.<sup>63</sup>*

No Brasil, como as funções do compliance officer não estão bem definidas, como ocorre nos países europeus, se esse ator não agiu com dolo ou culpa ou não criou ne-

62 SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 144-147.

63 LOBATO, J. D. T.; MARTINS, J. W. G. Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do compliance officer. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, vol. 24, nº 284, p. 12-13, jul. 2016.

nhuma situação de risco ou de seu incremento, ficaria efetivamente inviável atribuir responsabilidade penal a ele, apenas por este motivo. César Caputo Guimarães, em relação a essa falta de definição quanto à atuação do compliance officer salienta que:

*Ocorre que, na Alemanha, bem como nos Estados Unidos e outros países da Europa Ocidental, os compliance officers têm uma função abrangente e pré-definida, muito diferente do que ocorre no caso do Brasil, em que ainda não existem atribuições delimitadas. Nesses países, há o chamado “dever de compliance”, que é exigido para todas as empresas, quer sejam sociedades anônimas ou microempresas. Isso, da mesma forma, está em um processo de implantação ainda muito lento na sociedade brasileira.<sup>64</sup>*

Além do critério de responsabilidade penal galvanizado no artigo 13, § 2º, do CP, que cuida das hipóteses em que a omissão é penalmente relevante, é preciso que se leve em consideração os critérios de imputação objetiva para efeito de uma melhor delimitação da imputação penal. Assim, ao se analisar o comportamento do compliance officer no ambiente corporativo é preciso que se verifique que este comportamento criou o risco da ocorrência do crime ou se houve aumento deste risco em face dessa mesma atuação, sem o que, não é possível que se atribua responsabilidade penal a este sujeito, apenas por conta dessa situação. É dizer, não é pelo fato de o compliance officer assumir essa posição é que será responsável pelas ilegalidades praticadas na empresa. Nesse sentido o magistério de Heloisa Estellita, para quem:

*Sempre que se imputa a alguém a prática de um crime “por ocupar uma posição” na empresa ou na sociedade empresária, o que se faz é violar a letra clara dessa norma, pois nada mais se faz do que renunciar à imputação de uma ação ou omissão determinada (uma conduta humana), que é “causa” desse resultado, olvidando-se que o resultado típico que não seja causado por uma ação ou omissão é um irrelevante penal, um fato da natureza, irrelevante.<sup>65</sup>*

Analisando a atuação do compliance officer em face da teoria da cegueira deliberada, construção da jurisprudência anglo-saxônica e que estabelece a possibilidade de punição do agente que deliberadamente se mantém em estado de ignorância em face do crime praticado quando tinha condições de saber, no caso concreto, o que ocorria, o que se busca é impedir que o agente alegue que não tinha conhecimento sobre os fatos imputados, buscando assim, afastar o dolo de sua conduta.

64 GUIMARÃES, César Caputo. *A Responsabilidade Penal do Compliance Officer*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 88.

65 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes da empresa por omissão*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 255.

No Brasil, a teoria da cegueira deliberada tem sido muito utilizada, principalmente em casos mais complexos para efeito de atribuir responsabilidade penal a alguém. César Caputo Guimarães da conta da utilização da teoria da cegueira deliberada no caso do assalto ao Banco Central de Fortaleza. O referido assalto resultou na subtração de mais de cento e sessenta milhões de reais em cédulas de R\$ 50. Na ocasião, um dos suspeitos adquiriu 11 carros de luxo no valor de quase um milhão de reais, tudo em notas de cinquenta reais. O suspeito foi preso e condenado por ter sido provado que ele sabia da origem ilícita dos valores. Os sócios da revendedora de automóveis foram condenados com base na Teoria da Cegueira Deliberada, uma vez que o juiz do processo entendeu que ambos agiram com dolo eventual com relação à origem dos valores. Da mesma forma, o juiz Sérgio Moro utilizou-se da referida teoria para embasar suas condenações, no âmbito da operação Lava Jato, condenando os acusados a título de dolo eventual.<sup>66</sup>

Ana Carolina Carlos de Oliveira salienta que de fato, nos delitos tradicionais a imputação penal a título de omissão exige um domínio real e atual sobre a causa do resultado. No caso dos crimes econômicos, esse “domínio sobre a causa do resultado” é interpretado por Schunemann como o domínio dos órgãos de direção sobre o curso da empresa, promovendo uma ampliação da responsabilidade dos superiores hierárquicos sobre todos os comportamentos praticados em seu interior.<sup>67</sup> Prossegue a autora, sustentando que a empresa é uma fonte de perigo, nos seguintes termos:

*Desde o julgamento dos casos paradigmáticos de saúde contra os consumidores ocorridos na Espanha e Alemanha, respectivamente os casos do aceite de colza e do spray de couro, a doutrina e a jurisprudência constataram que a atividade empresarial pode, efetivamente, representar uma fonte de perigos e que seu controle está a cargo dos diretores e demais empregados com poder de interromper o curso do risco.<sup>68</sup>*

Essa responsabilidade penal a título de omissão tem se afirmado como uma das características mais eloquentes do já mencionado expansionismo penal em busca de (in) segurança jurídica em face da sociedade do risco, flexibilizando-se, por assim dizer, algumas garantias constitucionais e legais, em busca de responsabilidade criminal.<sup>69</sup>

66 GUIMARÃES, César Caputo. *A Responsabilidade Penal do Compliance Officer*. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 97.

67 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de Dinheiro: Responsabilidade pela omissão de informações*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 214.

68 *Ibidem*, p. 224.

69 Ana Carolina Carlos de Oliveira, invocando as lições de Roxin, sobre a participação por omissão como uma infração de um dever especial extralegal, salienta que: “Tendo em vista que, nos delitos comissivos por omissão, há a infração de um dever, o dever especial de garante, conclui o autor que seriam delitos de infração de dever, e, conseqüentemente, aqueles que infringissem o dever jurídico especial de garante seriam sempre apenados a título de autoria, e não de participação”. In: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de Dinheiro: Responsabilidade pela omissão de informações*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 209.

Como já foi dito, a legislação brasileira (Decreto 8.420/2015) não delimita devidamente a atuação do responsável pela aplicação do programa de integridade, como ocorre nos países europeus o que dificulta, ainda mais, eventual responsabilidade do compliance officer a título de garante. Renato de Mello Jorge Silveira, relativamente a essa posição de garante do compliance officer, salienta que a posição de garante é do empresário, sendo que, é a partir daí que se pode estabelecer uma responsabilidade decorrencial também em relação ao compliance officer. Segundo seu magistério:

*Por princípio, como informa Silva Sanchez, dentro de uma realidade empresarial, os superiores hierárquicos assumem uma posição de garante sobre a conduta de seus subordinados. Sendo isso verdade, cabe distinguir as noções dessa posição de garante, as quais podem se dar em uma dimensão ad intra – isto é, orientada para a evitação de resultados lesivos para a própria empresa – e em uma dimensão ad extra ou seja, orientada para a evitação de resultados lesivos que venham a se produzir sobre pessoas externas, a partir de atividade de membros da própria empresa. Entretanto, o papel de garante assumido por delegação por parte do compliance officer não é total. Ele não dispõe de faculdades executivas, nem assume, de outro modo, a obrigação de impedir delitos quaisquer. Sua atribuição delegada, bem gizada por Robles Planas, é mais limitada: ele não pode ser tido como responsável por todos os pecados do mundo, muito menos por todos os incidentes em sede empresarial.<sup>70</sup>*

Nas estruturas empresariais, dada a complexidade por conta da grande diversidade de espaços de atuação, seja no âmbito da direção empresarial, seja na posição exercida pelos subordinados, a delimitação de responsabilidade penal passa, necessariamente, pela análise das ações neutras.

## **6.2 O DEVER DE COLABORAÇÃO DO ADVOGADO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4841**

O ambiente jurídico de nosso país vem experimentando, destacadamente nos últimos anos, uma intensificação do denominado direito penal econômico, estabelecendo, assim, vínculos importantes entre a área penal e as esferas econômica e administrativa.

Assim, no contexto deste estudo, foi modificada a legislação pertinente à lavagem de dinheiro, com a edição da Lei 12.683/2012, bem como, foi editada a lei anticorrupção, Lei 12.846/2013, objetivando o alinhamento da legislação pátria aos padrões internacionais de combate à corrupção econômica que, no dizer de Amanda Bessoni Boudoux Salgado caracterizam-se por uma medida de lesão ou perigo intangível, em

70 PLANAS, Ricardo Robles. *La participación en el delito: Fundamento y limite*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 148-149.

um campo supraindividual, na qual não se reconhecem as vítimas e tampouco se pode admitir a ocorrência de dano efetivo ao bem jurídico protegido.<sup>71</sup>

Relativamente ao crime de lavagem de capitais, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, no prefácio da obra de Juarez Tavares *Lavagem de Capitais*, salienta que:

*Embora o espaço seja restrito, vale lembrar que tal “centro de poder” decorre, como instituição, do G-8, sendo criado em 1989 como FATF – Financial Action Task Force ou, como na tradução empregada para o português, GAFI – Grupo de Ação Financeira Internacional. Tal “órgão”, com sede em Paris e do qual não se tem acesso aos seus membros, já em 1990 editou suas famosas Recomendações (no início em número de 40), em um documento expresso como “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation” (Padrões Internacionais de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação). Em tal documento (renovado e remendado várias vezes), resta expresso por que veio tal “órgão”: “A função do GAFI é definir padrões e promover a efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação, além de outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional relacionadas a esses crimes”. Assim, tendo a lavagem como centro (no início girava em torno do tráfico de entorpecentes), por razões óbvias logo virou preocupação enorme (e não seria do Brasil que nunca teve nada de crimes assim) o financiamento do terrorismo (internacional), a proliferação de armas de destruição e “outras ameaças”: “O combate ao financiamento do terrorismo é um grande desafio”, assim como “A proliferação de armas de destruição em massa também é uma grande preocupação de segurança, e, em 2008, o mandato do GAFI foi expandido para tratar também do financiamento da proliferação de armas de destruição em massa.”<sup>72</sup>*

Essas recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), estabeleceram um padrão internacional que os países deveriam adotar através de medidas compatíveis com as peculiaridades de cada localidade. Em países como a Espanha, as normativas administrativas relativas à inobservância do dever de comunicação de operações com indícios ou mesmo certeza de prática de lavagem de dinheiro, geram

71 SALGADO, Amanda Bessoni Boudeuax. *Lavagem de Dinheiro e os Deveres de Colaboração do Advogado*. São Paulo: Liberars, 2016, p. 13.

72 TAVARES, Juarez; MARTINS, Antonio. *Lavagem de capitais: fundamentos e controvérsias*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 15-16.

responsabilidade penal, derivadas de uma posição de garante, por parte do funcionário ou diretor que falta com este dever. Nas palavras de Isidoro Blanco Cordero:

*De la normativa administrativa que hemos expuesto en páginas anteriores que confiere a los empleados o directivos de las instituciones financieras la obligación de comunicación de las operaciones con indicios o certeza de que están vinculadas al blanqueo de capitales, se deriva una posición de garante penal según el art. 11 CP. Estas personas están legalmente obligadas a comunicar tales operaciones para evitar que se lleve a cabo un delito de blanqueo de capitales. Si los empleados o directivos infringen su deber de garante han de responder penalmente en comisión por omisión de los delitos de blanqueo de capitales que se produzcan.*<sup>73</sup>

Carlos Gómez-Jara Díez, em artigo publicado no Boletim IBCCRIM, relativamente ao rol do advogado em face do “branqueamento” de capitais, indaga se o mesmo atua como garante do Estado ou defensor do cliente. De acordo com sua orientação:

*La nueva regulación brasileña sobre el “lavagem de dinheiro” es una clara muestra de la marcha inexorable del delito de blanqueo de capitales por los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. Como el próprio enunciado de la Ley indica, se trata de hacer más “eficiente” la persecución del delito de blanqueo, y precisamente cuando se unen “eficiencia” y “persecución” los pilares del Estado de Derecho corren el riesgo de sufrir un grave atentado. Para hacer esa persecución más eficiente se acude a un mecanismo conocido: se aumentan el círculo de sujetos sometidos a control y se refuerzan sus deberes. Como se explicará más adelante, está técnica de interponer a un tercero entre el Estado y el particular que comete el delito de blanqueo pretende dotar de legitimidade a conductas estatales que no encontrarían fácil justificación si las llevara el Estado directamente”.*<sup>74</sup>

O autor salienta ainda que as similitudes entre a legislação brasileira e a espanhola são realmente importantes. No entanto, existe uma disposição na legislação espanhola que não encontra similitude na legislação brasileira, no que pertine à falta de obrigação por

73 CORDERO, Isidoro Blanco. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*: Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales. Granada: Comares, 1999, p. 131-132.

74 DIÉZ, C. G. J. El rol del abogado frente al blanqueo de capitales: Garante del estado o defensor del cliente? *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, nº 237, p. 11, 2012.

parte do advogado de informar os órgãos de controle. É o que determina o artigo 22 da Ley 10/2010, de “Prevención de Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo y la forma de los artículos 205 y siguientes del Código penal mediante la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal de 23 de junio”, nos seguintes moldes:

*Art. 22. No sujeción. Los abogados no estarán sometidos a las obligaciones en los artículos 7.3, 18 y 21 con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él la determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos. Sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, los abogados guardarán el deber de secreto profesional de conformidad con la legislación vigente.<sup>75</sup>*

No entanto, segundo parece, mesmo com a existência do dispositivo legal, a legislação espanhola também obriga o advogado a prestar informações a depender do risco da operação e da política adotada em relação à classe de clientes que assume.

No Brasil, essas adaptações foram muito além daquilo que ficou estabelecido pelo GAFI, ultrapassando-se os limites constitucionais e legais. Para essa verificação, é suficiente se verificar o que o Brasil fez a respeito da questão do crime antecedente na Lei 12.683/2012, falando em “infração penal” comparando-se o texto ao que ficou determinado na Convenção de Viena e de Palermo, que se reportam apenas às figuras criminosas, de forma ou de maneira que o Brasil deveria apenas cuidar dos crimes graves, mesmo que de maneira a incluir a maior quantidade possível de crimes antecedentes, tudo para assegurar a “regularidade do sistema financeiro”, sem ter a pretensão, nos limites deste trabalho de trazer à discussão a questão relativa ao bem jurídico protegido no crime de lavagem ou da prova indiciária, para efeito de responsabilidade penal.

Nesse cenário de caça às bruxas, e levando em consideração os padrões fixados para efeito de responsabilidade penal nos moldes da Lei de Lavagem de Capitais, o artigo 9º, inciso XIV, determina que sujeitam-se às obrigações de informar os órgãos competentes Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) de operações que configurem indícios de crimes previstos na Lei de Lavagem, sob pena de responsabilidade penal, transformando a figura do advogado em mais um órgão fiscalizador a serviço do Estado. Por ocasião da proposta de modificação legislativa, Heloisa Estellita e Pierpaolo Cruz Bottini, salientaram que a preocupação dessa situação diz respeito aos deveres de comunicação aos órgãos de controle e a relação de confidencialidade entre imputado e seu advogado, imposto pelo Estatuto da OAB. Ademais, indagam os autores se seria lícito exigir que o advogado comunique aos órgãos de fiscalização a prática de atos suspeitos

75 Ibidem, p. 11.

de lavagem de dinheiro pelo seu cliente. Essa conduta, da mesma forma, não violaria a relação de confidencialidade entre o suposto autor da infração e seu cliente. Ademais, afirmam eles, que a obrigação de delação imposta ao advogado não deixa de ser uma obtenção indireta de informação autoincriminadora.<sup>76</sup>

É do texto constitucional que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Ademais, o artigo 7º, inciso XIX, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, determina que:

*São direitos do advogado: XIX – recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional; § 6º - Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representantes da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.*

Diante disso, a Confederação Nacional das Profissões Liberais ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI 4.841) questionando o conteúdo do dispositivo mencionado no parágrafo anterior, que inclui no rol das pessoas obrigadas a informar, os profissionais liberais.

Amanda Bessoni Boudeaux Salgado, relativamente à ADIN proposta, explica que o Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento da liminar requerida pela CNPL a fim de suspender a eficácia das normas até o julgamento definitivo da ação, alegando que o dispositivo em discussão observa o constante na Recomendação 23 do GAFI, que atribui deveres a advogados e outros profissionais liberais.<sup>77</sup>

Trazendo essa discussão para o contexto das ações tidas como neutras ou estereotipadas, as condutas dos advogados que atuam destacadamente no ambiente corporativo, de forma lícita, e que eventualmente tomam conhecimento de infrações penais, mais especificamente as relacionadas à lavagem, e não as comunicam, deixam de ser um indiferente penal para se tornarem condutas ilícitas, imputando ao advogado res-

76 BOTTINI, Pierpaolo C.; ESTELLITA, Heloisa. Alterações na legislação de combate à lavagem: Primeiras impressões. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, nº 237, p. 2, 2012.

77 SALGADO, Amanda Bessoni Boudeaux. *Lavagem de Dinheiro e os Deveres de Colaboração do Advogado*. São Paulo: Liberars, 2016, p. 80.

ponsabilidade penal a título de participação, promovendo assim um incremento do risco permitindo, no âmbito da imputação objetiva. Nem se diga que ao observar a determinação da Lei de Lavagem o advogado incidiria na figura delituosa de violação de sigilo profissional, prevista no artigo 154, do Código Penal, passível de punição, além de eventual responsabilidade civil em caso de falsa imputação de prática de crime de lavagem, o que nos parece absolutamente desarrazoado.

Sob um aspecto mais amplo a respeito do dever de colaboração, é de se questionar, como faz João Daniel Rassi, que associa os deveres de solidariedade ao expansionismo penal, se o Estado pode atribuir a cada um dos cidadãos o dever de vigiar uns aos outros indiscriminadamente. Segundo o autor, invocando a lição de David Garland, as últimas décadas têm se caracterizado por uma política de pulverização do controle social sobre o crime, retraindo o monopólio de violência nas mãos do Estado em favor de um papel mais ativo das comunidades, empresas, enfim, do cidadão comum.<sup>78</sup>

João Rassi não defende uma abordagem sem restrições do dever de solidariedade, o que implicaria em uma intervenção que nem deveria ser abrangida pelo direito penal em um fenômeno típico de neocriminalização. Assim, o autor defende a ideia de limitação das ações puníveis (a título de participação) em consonância com os princípios da legalidade e do direito penal mínimo. Nesse ponto do texto de Rassi, salientamos que o autor reconhece a necessidade de observância dos critérios defendidos pelas escolas tradicionais de um direito penal mínimo e garantista.<sup>79</sup> Eduardo Saad Diniz, no posfácio da obra de João Daniel Rassi, a propósito do questionamento de João Daniel Rassi acerca da possibilidade do Estado voltar o poder punitivo contra todos os cidadãos, salienta que

*o subjetivismo decisório das teses de orientação político-criminal, que por maior seja sua consistência lógica na eleição de critérios para fixar os casos de autoria e participação, nem sempre deixa claro o que exatamente propõem como política criminal. Muitas vezes, por conveniência político-criminal, pode-se estender o alcance da punição a casos de mera facilitação ao cometimento do delito, sem maiores questionamentos sobre as condições em que se deu esta facilitação. Por outro lado, com toda razão Luís Greco, e acompanhando a posição dele Rassi, ao afirmar que a redução das ações neutras a papéis sociais, embora podendo cumprir importante função de limitação da punibilidade em muitos casos, acaba reduzindo o rendimento da proibição de regresso nas ações neutras (Jakobs, seguido especialmente por José Antonio Caro John).<sup>80</sup>*

78 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 115.

79 Ibidem, p. 115.

80 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 244-245.

E arremata, o autor:

*Na interpretação das ações neutras, especialmente na especificação dos deveres especiais, a liberdade real das pessoas exerce maior primazia. A solidariedade é concebida apenas na medida em que é essencial à estruturação da sociedade e sua interpretação, ao menos em tese, deveria ser descartada quando impõe restrições negativas à autodeterminação pessoal. O perigo é que um conceito mais amplo de dever de solidariedade poderia justificar uma concessão ilimitada de regulação de condutas por parte da violência penal, resquícios de paternalismo penal que podem sobrecarregar o estado. A dogmática penal perderia gradativamente sua função crítica de limitação da intervenção punitiva para assumir uma função eminentemente regulatória.<sup>81</sup>*

De qualquer forma, concordamos com o posicionamento de Amanda Bessoni, que conclui seu raciocínio a respeito da atuação do advogado, sob o enfoque das ações neutras, no sentido de que a sua conduta geralmente se situa dentro daquilo que o critério de imputação objetiva denomina de risco permitido, atuando licitamente, portanto. A atuação do advogado só passará a ter relevância jurídico-penal se o mesmo, atuando dolosamente, criar um risco juridicamente desaprovado, extrapolando os limites do papel social desempenhado pelo agente. E conclui a autora:

*Assim, não estamos sendo radicais a ponto de afirmar a imunidade total do advogado, mas apenas constatando que deve ser verificado se a sua atuação gerou um risco não permitido, devendo, em caso de imputação do delito, ser comprovado o dolo, uma vez que na lei penal brasileira inexiste a figura da lavagem de dinheiro por imprudência.<sup>82</sup>*

Por fim, cabe ressaltar que de acordo com a redação da Lei de Lavagem de Capitais, a não ser que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade do dispositivo, fica estabelecida uma posição de garantidor para o advogado que tem, de acordo com o critério legal, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, nos moldes do artigo 13, § 2º, do Código Penal, ou seja, tem o dever de informar as instâncias de controle acerca de eventuais indícios de ilícitos praticados.

Outra questão que merece destaque é a relativa aos denominados honorários maculados, isto é, o recebimento, pelo advogado, de valores provenientes de origem ilícita. Sob a perspectiva das ações neutras, a conduta do advogado parece estar devidamente ajustada ao ordenamento jurídico, de forma a tratar-se de um indiferente penal.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 246.

<sup>82</sup> SALGADO, Amanda Bessoni Boudeuax. *Lavagem de Dinheiro e os Deveres de Colaboração do Advogado*. São Paulo: Liberars, 2016, p. 144-145.

Fernando Gardinali Caetano Dias, analisando a conduta do advogado pela perspectiva dos crimes de receptação e lavagem de dinheiro, chega à conclusão de que nas duas situações, não houve qualquer tipo de risco aos bens jurídicos protegidos, razão pela qual, não há que se falar em imputação para a pessoa do advogado. Salienta o autor, inicialmente, que o recebimento desses honorários estariam amparados pela causa de justificação relacionada ao exercício regular de um direito; assim, ao prestar os seus serviços, o advogado tem o legítimo direito de ser remunerado; ademais, levando-se em consideração os interesses em conflito, o direito legítimo de defesa de alguém, preponderaria sobre outros valores e, finalmente, a boa fé do profissional no exercício de sua atividade. Ainda segundo o autor, citando o magistério de Kai Ambos, se o advogado toma conhecimento da origem ilícita dos valores que recebe a título de honorários a presunção de inocência ficaria afastada, configurando-se a má-fé por parte do profissional.<sup>83</sup>

Carlos Gómez-Jara Díez salienta que se o valor cobrado é o valor praticado pelo mercado, não é possível se considerar a hipótese de branqueamento de capitais. Além disso, é preciso que se examine qual era o nível de conhecimento do advogado sobre a origem criminosa dos fundos que efetuaram o pagamento desses honorários. Finalmente, é preciso que se saiba como a acusação teve acesso a essas informações. Se isso foi feito através de interceptação telefônica entre conversa do advogado e seu cliente, não resultará em prova válida para tal finalidade.<sup>84</sup>

### **6.3 A ATUAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO PARECERISTA EM FACE DOS DELITOS DO DEVER DE DISPENSA E INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

Como é sabido, de um modo geral, os contratos administrativos exigem, em regra, licitação prévia, dispensada, dispensável ou inexigível nas hipóteses expressamente contempladas em lei.

Assim é que, para que o contrato administrativo possa ser levado a termo, é imprescindível a realização de licitação. A licitação é o procedimento administrativo através do qual a Administração Pública escolhe a melhor proposta para o negócio do seu interesse. O mencionado procedimento não obriga o administrador a fechar o contrato administrativo, mas, orienta, no sentido de que, se houver contrato, haverá de ser feito com o vencedor do procedimento licitatório, tudo isso em abono do princípio da probidade administrativa, que no dizer de Hely Lopes Meirelles “é dever de todo administrador público, mas a lei a incluiu dentre os princípios específicos da licitação (art. 3º), naturalmente como uma advertência às autoridades que a promovem ou a julgam. A probidade na Administração é mandamento constitucional (art. 37, § 4º), que pode conduzir à “suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública,

83 DIAS, F. G. C. 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*, [s.l.], v. 22, p. 153-154, 2014.

84 DIÉZ, C. G. J. El rol del abogado frente al blanqueo de capitales: Garante del estado o defensor del cliente? *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, nº 237, p. 12, 2012.

a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.<sup>85</sup>

Nessa dinâmica de acontecimentos, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal institui normas para a licitação e contratos administrativos, regulamentado pela Lei 8.666/1993. O artigo 89 da Lei de Licitações e contratos determina que dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade é crime, cuja pena é de detenção, de 3 a 5 anos, e multa. O parágrafo único do mencionado artigo determina que todo aquele que comprovadamente tenha concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou da inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público, também é sancionado com a mesma pena.

O problema que ora se coloca é o de se saber se o advogado público que emite pareceres favoráveis para efeito de homologação dos contratos firmados pelo poder público que posteriormente se verificam ilegais, também poderá ser responsabilizado penalmente, a título de participação, em face da norma estampada no artigo 89 da Lei 8.666/1993 ou trata-se de uma ação neutra ou estereotipada.

Conforme já exaustivamente demonstrado no Capítulo 1.3 do presente trabalho, é sabido que o Código Penal brasileiro adotou a teoria monista ou unitária. Segundo essa teoria, todo aquele que concorre para a prática do crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade, sem estabelecer, a princípio, distinção entre autoria e participação. Com a reforma penal de 1984, aprimorou-se a questão para dispensar um tratamento penal mais adequado para o autor e para o partícipe, tudo a propósito do disposto no artigo 29 e parágrafos, do Código Penal.

Jorge de Figueiredo Dias salienta que o melhor critério de distinção entre autoria e participação é o que distingue os momentos objetivos e subjetivos. E prossegue, sustentando que, de forma sintética e conclusiva, autor é quem domina o fato, quem dele é o senhor, é em suma “quem toma a execução ‘nas suas próprias mãos’ de tal modo que dele depende decisivamente o se e o como da realização típica(17)”.<sup>86</sup>

Ainda para Jorge de Figueiredo Dias, a teoria do domínio do fato é, dentre todas as que têm sido defendidas em tema de autoria nos crimes dolosos de ação, a que melhor se casa com os critérios sugeridos. Entretanto, para Figueiredo Dias, essa teoria não tem cabimento para os crimes omissivos, nos quais o agente não executa ou dirige a ação esperada.<sup>87</sup>

Trazendo a discussão da responsabilidade penal do advogado público parecerista para o terreno das ações neutras, Sérgio Brito Ferreira, invocando o magistério de Claus Roxin e do Supremo Tribunal Federal alemão salienta que o fator decisivo é o grau de conhecimento que aquele detém para efeito de contribuir para o fato principal praticado pelo autor. Se um determinado terceiro, no caso o advogado parecerista,

85 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 278.

86 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: Parte geral. Tomo I: Questões fundamentais: A doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 765.

87 *Ibidem*, p. 770.

sabe que o autor pratica um ilícito penal e mesmo assim contribui de alguma forma para o atingimento do resultado, responderá pelo mesmo a título de participação.<sup>88</sup>

Para o modelo preconizado por Gunther Jakobs a responsabilidade penal do advogado fica adstrito ao plano objetivo, cuja punibilidade está vinculada ao aumento ou criação do risco. Para Jakobs, a responsabilidade penal de alguém está vinculada à questão da violação de um papel. Sérgio Brito Ferreira, salienta que no caso de colaboração de várias pessoas no cometimento de um crime, o que importa é saber se aquele que atua em primeiro lugar assume uma posição de garante, isto é, se faz parte de seu papel zelar pelo comportamento de quem age em continuidade. Quando um terceiro se limita a contribuir de forma a facilitar a atuação do autor, contribuição esta que pode ser obtida de qualquer outra forma, ou em qualquer outro lugar, e que não cria nenhum tipo de risco, o que há em comum entre os participantes carece de qualquer significado delitivo. Por esse terceiro não ter violado seu papel, aplica-se a proibição de regresso. Agora, quando esse terceiro atua de forma a se encaixar dentro do contexto delitivo do comportamento do autor, é de se reconhecer a sua responsabilidade penal. E finaliza: “Na síntese de Jakobs, ‘quem realiza algo estereotipado socialmente como adequado não responde, e isso com independência do que pense e conheça, enquanto que quem se adequa a um plano delitivo está oferecendo uma razão para que o ato executivo lhe seja imputável’”<sup>89</sup>

A jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, tem apontado para a possibilidade de responsabilidade penal do advogado público parecerista, desde que verificado o desvio de finalidade e a atuação do mesmo com dolo de lesão ao erário.

Em acórdãos prolatados pelo STJ, ficou consignado que:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PECULATO E CRIMES CONTRA A LEI DE LICITAÇÃO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. ATIPICIDADE DA CONDOTA. EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA ATUAÇÃO DA ACUSADA COM DESVIO DE FINALIDADE. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que a participação em crime licitatório pela emissão de parecer jurídico depende da indicação da atuação do acusado com desvio de finalidade, a fim de que não seja responsabilizado penalmente pela sua atuação funcional. Precedentes. 2. Na espécie, há indícios de que a recorrente na qualidade de Assessora Jurídica da SESAU, elaborou parecer que não consubstanciou simples exercício de atividade profissional,*

88 SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel; MACRI JR, José Roberto (orgs.). *Ações neutras e direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2020, p. 129.

89 *Ibidem*, p. 130.

*mas verdadeira convalidação das ilegalidades perpetradas no curso de procedimento de dispensa de licitação, especialmente porque a quantidade de medicamentos excepcionais obtida emergencialmente estava acima da necessidade dos pacientes que utilizavam a medicação mensalmente, tendo havido, outrossim, o descarte de medicamentos idênticos a alguns adquiridos em razão de vencimento do prazo de validade, circunstância que impede o trancamento da ação penal, como pretendido (RHC n. 79.840/RR, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 10/8/2018).*

Nesse outro acórdão do mesmo STJ, o mesmo entendimento acerca da matéria:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA E DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE CRIMES EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. MÁCULA NÃO EVIDENCIADA. 1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao recorrente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal. 2. No caso dos autos, verifica-se que a participação do recorrente na associação criminosa destinada a fraudar a administração municipal foi devidamente explicitada na peça vestibular, tendo o membro da acusação consignado que, na qualidade de assessor jurídico, apoiava o Prefeito Municipal, chefe do grupo, emitindo pareceres padronizados e fora do contexto fático, sem a análise mínima dos procedimentos, cujas irregularidades poderiam ser facilmente detectadas, com o fim único de conferir aparência de legalidade ao ilícito penal, narrativa que lhe permite o exercício da ampla defesa e do contraditório. 3. O Ministério Público descreveu tanto o dolo do recorrente quanto a existência de lesão ao erário público, consubstanciada na contratação decorrente de dispensa de licitação ilegal enquanto a Municipalidade possuía débito não quitado com anterior contratado, e que ensejou a interrupção do fornecimento do objeto do contrato, o que é suficiente para a deflagração da ação penal pela prática do crime do artigo 89 da Lei 8.666/1993. Precedente.*

FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. ATIPICIDADE DA CONDOTA. EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA ATUAÇÃO DO ACUSADO COM DESVIO DE FINALIDADE. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que a participação em crime licitatório pela emissão de parecer jurídico depende da indicação da atuação do acusado com desvio de finalidade, a fim de que não seja responsabilizado penalmente pela sua atuação funcional. Precedentes. 2. Na espécie, há indícios de que o recorrente, na qualidade de Procurador do Município, estava associado aos demais acusados para a prática de crimes contra a Lei de Licitações, e de que os pareceres por ele elaborados não consubstanciaram mero exercício de atividade profissional, mas verdadeira convalidação das ilegalidades perpetradas no curso de procedimentos licitatórios, tanto que estavam dissociados do contexto fático e não continham a análise dos procedimentos autorizados pelo Prefeito, circunstância que impede o trancamento da ação penal, como pretendido. 3. Em sede de habeas corpus somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta. 4. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente reclamo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente. 5. Recurso desprovido (RHC n. 81.323/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 23/5/2018).

A 2ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, no julgamento do HC 171.576, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17/09/2019, publicado em 05/08/2020 deixou assentado que:

*Habeas corpus. 2. Processo Penal. 3. Advogado denunciado por emitir **parecer** em licitação fraudulenta. 4. Denúncia não aponta participação do paciente para além da assinatura do **parecer** e do contrato. Impossibilidade de responsabilização do advogado parecerista pela mera **emissão** de **parecer**. Assinatura do contrato exigida por lei, para fins de regularidade formal.*

5. No processo **licitatório**, o advogado é mero fiscal de formalidades. 6. Ausência de descrição ou indicação de provas do dolo. Vedação à responsabilização objetiva em Direito Penal. 7. Ordem concedida para determinar o trancamento do processo penal.

Em face da jurisprudência colacionada, é possível concluir que a atuação do advogado público parecerista é a princípio uma ação cotidiana. A atuação do advogado nessas circunstâncias, configuram mero exercício da atividade profissional. Não é qualquer atuação do advogado que configura ilícito. No caso concreto, é preciso que se verifique se a conduta do advogado promoveu lesão ao erário e se o mesmo agiu com dolo de colaborar com a atuação dos demais órgãos da administração pública. Sob a perspectiva da imputação objetiva, é preciso que fique devidamente delineado, de que forma sua atuação promoveu criação ou aumento do risco.

Para Ricardo Robles Planas o risco não permitido ou desaprovado está vinculado a duas características: a primeira delas, quando os deveres que o ordenamento jurídico impõe, são violados; a segunda, diz respeito a quando são realizadas condutas inequívocas de imbricamento ao fato praticado pelo terceiro.<sup>90</sup> João Daniel Rassi, por sua vez, sustenta que o advogado não está vinculado a nenhuma tese jurídica, desde que atue dentro daquilo que se entende por risco permitido.<sup>91</sup>

---

90 PLANAS, Ricardo Robles. Las 'condutas neutrales' en derecho penal: La discusión sobre los límites de la complicidad punible. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 38, 2002, p. 219-220.

91 RASSI, João Daniel. *Imputação das Ações Neutras e o dever de solidariedade no direito penal*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 214.