

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL
DIREITO DOS NEGÓCIOS – TURMA 4 (2016)

**RISCO PENAL NO RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A TENTATIVA DE
ELABORAÇÃO DE UM GUIA DE MEDIDAS PREVENTIVAS**

Edson Junji Torihara

Projeto de dissertação de mestrado apresentado
ao Mestrado Profissional da FGV Direito SP
Orientadora: **Heloisa Estellita**

SÃO PAULO
2016

1. Delimitação do tema e tratamento pretendido

A contratação de advogados e sociedades de advogados e o respectivo pagamento de honorários advocatícios têm sido objeto cada vez mais frequente de questionamentos perante o Poder Judiciário. Seja com enfoque na Lei de Lavagem de Capitais (artigo 1º), seja sob a perspectiva de delito patrimonial consubstanciado na receptação (artigo 180, do CP - dolosa ou culposa), ou ainda eventual favorecimento real (artigo 349, do CP), escritórios de advocacia se viram e se veem às voltas com demandas a respeito da origem e da forma do pagamento de seus honorários advocatícios.

Intimação de advogada com intensa atuação em caso de repercussão nacional (Operação Lava Jato)¹ exemplifica bem a delicada situação vivenciada pelos advogados de defesa, que se deparam com intimações oriundas dos diversos órgãos de controle (Receita Federal, Ministério Público Federal e até mesmo Comissão Parlamentar de Inquérito) questionando a origem dos honorários recebidos².

O tema rende discussões profundas, ainda não foi decidido pelos Tribunais brasileiros de maneira definitiva e tampouco está suficientemente regulamentado pelos diplomas legais existentes (Lei nº 9.613/98, com alteração da Lei nº 12.683/12, Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e Código de Ética Profissional e Código Civil Brasileiro). Não só aqui como no exterior ainda há controvérsia sobre o tema, embora alguns países europeus tenham avançado no que toca à regulamentação e disciplinam de maneira mais precisa os deveres e parâmetros relativos à conduta do profissional da advocacia no recebimento de seus honorários.

Outro fato confirma que o tema ainda necessita de análises mais acuradas: Recente decisão da Suprema Corte do Estados Unidos por maioria de votos (5 a 3)

1 STF – HC 129.569/DF – Rel. Min. DIAS TOFFOLI

2 Mais recentemente, algumas sociedades de advogados foram alvo de medidas judiciais de buscas e apreensões e até mesmo de prisões temporárias em razão de o escritório, num primeiro momento, receber honorários advocatícios e, posteriormente, efetuar o pagamento de contas pessoais (como alugueis ou outras despesas) a clientes com foro por prerrogativa de função; este procedimento, considerado meio para o recebimento de produto de ilícito, pode eventualmente caracterizar a lavagem de capitais. Neste sentido, confira-se <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/advogado-de-campanhas-de-gleisi-tem-prisao-decretada-na-operacao-custo-brasil/> acesso em 12/07/2016, às 19:55h.

permitiu a liberação de bens bloqueados de uma pessoa investigada para possibilitar o pagamento dos honorários do advogado que havia sido contratado pela ré, liberando-se parte dos bens para pagamento dos honorários, uma vez que o Tribunal estadunidense considerou, com base na Sexta Emenda, a primazia do direito de escolha do advogado de defesa (e pelo qual pode pagar) sobre a eventual e futura indenização a ser cobrada³.

No Brasil, por outro lado, há projetos de lei que buscam tipificar como lavagem de capitais o recebimento de honorários “*tendo conhecimento ou sendo possível saber a origem ilícita dos recursos com os quais será remunerado.*”⁴ Este projeto de lei recebeu recentemente outro reforço do trabalho legislativo, nos seguintes termos: “*O réu deverá comprovar ao juiz do processo a origem lícita dos valores pagos a título de honorários advocatícios. Parágrafo único. Havendo suspeita de fraude quanto à licitude da origem dos recursos financeiros de que trata este artigo, o juiz, sem prejuízo de eventual procedimento penal, comunicará a Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho previsto no artigo 14 desta Lei*”⁵

Este último projeto de lei, preocupado com a ampla defesa e o exercício regular da advocacia, faz questão de apresentar a seguinte justificativa:

“A advocacia é função essencial para a Justiça e, por isso, deve ser exercida dentro dos limites éticos. As denúncias de que um pequeno número de maus advogados vem se valendo da função de defensor para “lavar” dinheiro oriundo de atividades criminosas é preocupante. Nesse sentido, a nossa proposta busca salvaguardar o profissional honesto, obrigando que o réu demonstre a origem lícita dos recursos financeiros para pagamento de honorários advocatícios. Poder-se-ia se argumentar que tal imposição feriria o direito de defesa, de livre escolha do defensor. Não fere, pois o que se pretende é dar transparência à origem de todos os recursos advindos de pessoas processadas por crimes de lavagem de dinheiro, inclusive os pagamentos dos honorários advocatícios, e não cercear a defesa do réu. Se ficar comprovada a ilicitude dos recursos o réu não ficará sem patrono, mas ser-lhe-á nomeado defensor público, como ocorre a qualquer cidadão sem recursos. Prevê também a proposta que se o juiz

3 LUIS v. UNITED STATES - CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE ELEVENTH CIRCUIT No. 14–419. Argued November 10, 2015—Decided March 30, 2016. “O direito do réu a um advogado de sua escolha – e, portanto, de o réu reter os recursos que precisa para pagá-lo — tem primazia sobre a necessidade do governo de recuperar os recursos da fraude”.

4 Projeto de Lei n. 4341/2012, de autoria do deputado Chico Alencar.

5 Projeto de Lei n. 5668/2016, de autoria do deputado Alberto Fraga.

verificar indícios de fraude na comprovação da licitude tal fato será comunicado à Ordem dos Advogados do Brasil, para as providências cabíveis, obviamente se o advogado conhecer tal fraude, ou devesse conhecer; bem como será comunicado o Conselho de Controle de Atividades Financeiras, para as investigações de sua competência. No sentido de melhorar a investigação dos delitos de lavagem de dinheiro, dotando a sociedade de instrumentos legais mais eficazes de combate ao crime organizado, é que apresento a presente proposição. Espero que os colegas parlamentares possam debater a matéria, aperfeiçoá-la e, ao final aprová-la, pois é medida justa e necessária para a coibição de tão graves crimes.”

Por tudo isto, o recebimento dos honorários advocatícios vem se tornando cada vez mais um ponto sensível quando se fala em lavagem de capitais, não apenas para os advogados que atuam na área tipicamente *contenciosa*, com a defesa efetiva dos contratantes perante o Poder Judiciário nos mais diversos ramos (criminal, cível, etc. - os chamados advogados de representação *contenciosa*) como também aqueles que prestam consultoria, elaboram pareceres ou mesmo dão *orientação* para a efetivação de grandes operações estruturadas, complexos e demorados processos de aquisições e fusões (os chamados advogados de *operações*⁶) ou, como recentemente vem ocorrendo, na orientação e consultoria tributária no caso de repatriação de valores.

O presente trabalho tentará estabelecer padrões objetivos e posturas que garantam o livre e efetivo exercício da advocacia e, ao mesmo tempo, reduzam ao máximo os possíveis questionamentos sobre a origem dos honorários (lavagem, receptação, favorecimento). Terá por base o cumprimento de deveres objetivos de cuidado que apontam para a ausência de criação de risco juridicamente desaprovado e deverá ter por bússola três indicativos primordiais: (i) a existência de normas de segurança; (ii) a violação do princípio da confiança e (iii) o comportamento contrário ao *standard* geral dos homens prudentes⁷.

6 Os termos “Advogados de representação contenciosa” e “advogados de representação de operações” foram bem definidos por BADARÓ e BOTINI, no “Lavagem de dinheiro” (2014)

7 GRECO, LUÍS, Um panorama da teoria da imputação objetiva, 4ª. ed., RT, 2014, p.59.

2. Formato do trabalho de conclusão

Os diplomas legais existentes - Código Civil Brasileiro (CC), Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB) e Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil (CEOAB) -, embora disciplinem a matéria, não esgotam a questão sobre o modo pelo qual são recebidos os honorários advocatícios. De outra parte, o aumento cada vez maior da incidência de Relatórios de Inteligência imputando condutas suspeitas a advogados e escritórios de advocacia, demonstra a necessidade da elaboração de condutas-padrão (*standards*) pelas quais o profissional do direito possa se apoiar para poder receber seus honorários sem o risco de ser processado.

O trabalho tentará formular balizas objetivas e concretas que guiarão o advogado no tocante ao recebimento de honorários sem o risco de ser investigado ou processado por algum delito patrimonial ou contra a administração da justiça. O resultado final, com a compilação de todas estas balizas e orientações, pode se constituir em um guia prático de condutas que poderão ser adotadas pelos advogados como uma salvaguarda a questionamentos dos órgãos de controle.

3. Principais questões a serem enfrentadas

Para tanto, a principal questão a ser enfrentada é a seguinte:

Que cautelas pode o advogado adotar na contratação de seus serviços para evitar ou reduzir os riscos quanto ao questionamento da origem do pagamento de seus honorários?

4. Objetivos pretendidos, perspectivas de análise e resultados esperados

O presente estudo tem o objetivo de discutir casos concretos de advogados que foram ou estão sendo processados pelos delitos acima mencionados (Lavagem, receptação ou favorecimento) em virtude do recebimento de seus honorários advocatícios.

Com base nesta análise e sendo possível, tentará identificar os parâmetros básicos pelos quais o risco penal no recebimento dos honorários foi criado e,

posteriormente, fará uma análise dos riscos penais envolvidos em cada caso concreto e a forma pela qual poderia ter sido reduzido ou evitado o resultado.

5. Justificativa da relevância prática e do potencial inovador

O simples fato de se receber honorários advocatícios que podem, em tese, ser considerados maculados, isto é, de procedência duvidosa ou ilícita, faz com que as cautelas e procedimentos prévios ganhem real importância nas relações cliente/advogado. Neste aspecto, todos aqueles que são remunerados pela prestação de serviços advocatícios, seja ele contencioso criminal, seja ele consultivo tributário ou mesmo de qualquer outra área de atuação, têm interesse em não se ver, de uma hora para outra, investigados ou processados por lavagem de capitais, receptação ou mesmo favorecimento real.

A inexistência de leis objetivas com parâmetros claros sobre as posturas que devam ser adotadas pelos advogados traz, por si só, a necessidade da elaboração de um guia prático de boas condutas. De idêntico modo, a inexistência de guias de condutas voluntárias por parte dos advogados brasileiros, ao contrário do que ocorre em diversos outros países, reforça a sua necessidade e a contemporaneidade do assunto.

6. Fontes de pesquisa e métodos de investigação

O trabalho terá como fontes de pesquisa (i) análise de casos concretos de processos criminais contra advogados por suposta lavagem de dinheiro em virtude de recebimento de honorários advocatícios (ii) entrevista pessoal com estes envolvidos e (iii) pesquisa jurisprudencial dos tribunais superiores sobre a matéria.

Digno de nota é o convênio a ser firmado com a Associação dos Advogados de São Paulo para realização das pesquisas e que facilitará sobremaneira a localização e acesso aos casos concretos.

7. Familiaridade com o objeto, acessibilidade de informações e envolvimento pessoal

No caso conhecido como escândalo MSI – Corinthians, no qual vários dirigentes esportivos, empresários brasileiros e estrangeiros foram processados por lavagem de capitais entre outros delitos, o escritório Toron, Torihara e Szafir foi contratado pelo bilionário russo Boris Berezovski para atuar em sua defesa na ação penal que lhe foi movida. Publicamente reconhecido como perseguido político, diante de suas divergências pessoais, políticas e financeiras com a Rússia e Vladimir Putin, Boris Berezovski recebeu asilo político da Coroa Britânica, ganhando, como é de praxe nestes casos, uma nova identidade e um novo passaporte.

Mesmo com a cautela de elaborar contrato de honorários escrito, com cláusulas específicas para a defesa do referido acusado, tendo recebido os honorários de forma oficial e declarada, por meio de recebimento em conta corrente em instituição financeira brasileira, e fechamento de contrato de câmbio por bancos oficiais, os pagamentos recebidos foram objeto de elaboração de RIF – Relatório de Inteligência Financeira do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, que apontou a existência de operações suspeitas e o escritório acabou sendo alvo de investigação no âmbito estadual e federal para apuração da origem do pagamento dos honorários advocatícios. Após os esclarecimentos e apresentação dos documentos que comprovaram a relação advogado/cliente os procedimentos investigatórios foram arquivados.

Este fato, porém, chamou a atenção sobre quais cautelas o advogado pode e deve adotar para reduzir os riscos quanto a eventual investigação sobre a origem dos honorários recebidos.

Atuando exclusivamente na advocacia criminal, embora na maioria dos casos haja imposição de sigilo do processo, o tema é de grande familiaridade do autor.

8. Literatura especializada e obras de referência sobre tema

BARLETTA, Amedeo; El “legal privilege” como derecho fundamental en la UE y sus limites. El caso de la normativa sobre blanqueo de capitales. In Los Derechos Fundamentales en Derecho Penal europeo; Civitas, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; Advocacia e lavagem de dinheiro. in Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho. 2014 LibersArs

BOTTINI, Pierpaolo Cruz e ESTELLITA, Heloisa. Sigilo, inviolabilidade e lavagem de capitais no contexto do novo código de ética. Revista do Advogado, v. 36, n.129, p. 134-148. 2016

BUSSENIUS, Anne. Money Laundering by Defence Counsel – The Decision of the Federal Constitutional Court .

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Blanqueo de capitales y retribución dei abogado. El pago de honorarios con cargo ai patrimonio presuntamente criminal, Madrid, 2008

CÓRDOBA RODA, Juan. Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales. Madrid: Marcial Pons, 2006. 85p

COCA VILA, Ivo - El abogado frente al blanqueo de Capitales, ¿Entre Escila y Caribdis, 2013

COHAN, John - I didn't know and I was only doing my job: Has corporate governance careened out of control? A case study of Enron's information myopia Source:Journal of Business Ethics40, no. 3 (Oct 2002): p. 275-299ISSN:0167-4544 Number:240264581Copyright: Copyright Kluwer Academic Publisher

CUMMINGS, Lawton P - STEPNOWSKY Paul T. My Brother's Keeper: An Empirical Study of Attorney Facilitation of Money-Laundering through Commercial Transactions. ABA 2011.

DIAS, Fernando G. Caetano - Recebimento honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras. REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 2014 • RBCCRIM 110

ESTELLITA, Heloisa. Exercício da advocacia e lavagem de capitais. Rio de Janeiro : FGV, 2016.

GALLANT, Michelle - Lawyers and money laundering 3rd Global Conference on Transparency Research HEC Paris, October 24-26, 2013.

GOMEZ-Jara Díez - El critério de los honorários profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito blanqueo de capitales: um apunte introductorio.. Política Criminal e Blanqueo de Capitales. Marcial Pons 2009

GOMEZ-Jara Díez - Derecho penal economico, estúdios de parte general y parte especial.ARA 2011.

GÓMEZ-TRELLE Javier Sánchez-Vera, Blanqueo de capitales y Abogacia.. Revista Para el Analisis del derecho. Barcelona, 2008

GRANDIS, Rodrigo de. O exercício de advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. 2011. Verbo Jurídico

GRECO, Marco Aurélio. Lei de Lavagem de dinheiro e exercício da advocacia, in Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho. 2014 LibersArs

GRECO, Marco Aurélio, Exercício de advocacia e dever de comunicar operações suspeitas de “lavagem”; notas para o debate.

KUHLENN, Lothar. Blanqueo de Capitales por parte de los abogados defensores penales. In La interpretación conforme la Constitución de las leyes penales. Marcial Pons, 2012

LANGEVOORT, Donald C. Getting (too) comfortable: In-house Lawyers, Enterprise Risk and Financial Crisis. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper 11-135

LANGEVOORT, Donald C. Where were the lawyers? A Behavioral Inquiry Into Lawyers 'Responsability for clients' Fraud, 1993

LOBATO, Danilo. Notas acerca do problema da advocacia e lavagem de dinheiro.

LUCCHESI. Guilherme Brenner O confisco penal de honorários advocatícios nos Estados Unidos da América e seu impacto no sistema jurídico-penal acusatório. RBCCrim vol 108 p. 349 2014

MALAN, Diogo. Honorários Advocatícios e Lavagem de dinheiro. Advocacia Criminal. Direito de defesa, ética e prerrogativas. Lumen Juris. RJ 2014

MARTÍNEZ-BUJÁN PPerez, Carlos – Blanqueo de Capitales em El Código Penal español. 2012

PÉREZ MANZANO, Mercedes. NEUTRALIDAD delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacia y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. In Política Criminal Y Blanqueo de Capitales, Marcial Pons, 2009.

SANCHEZ RÍOS, Rodrigo. Perturbación de las relaciones sociales: Asesoramiento legal y la nueva ley brasileña de blanqueo de capitales.

SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal, Saraiva, 2010. (Direito penal econômico. GVlaw).

SCHORSCHER, Vivian, C. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro. Primeiras observações. RT 863/435. 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María - El abogado es garante.... ¿de que? 2014

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, SCHORSCHER, Vivian, C. Lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia. Revista de Ciências Penais. 2005;

WIRTZ, Georg. BERMEJO, Mateo. Honorarios delos abogados defensores en causas penales y blanqueo de capitales desde una perspectiva europea: ¿un mismo problema, una misma solución? ZIS 11/2007

9. Sumário preliminar

Tema: risco penal no recebimento de honorários

1. Introdução com a utilização de casos

2. Risco penal

2.1. Lavagem

2.2. Riscos

2.3. Receptação

2.4. Riscos

2.5. Favorecimento

2.6. Riscos

3. Análise da disciplina legal e regulamentar do recebimento de honorários

3.1. CC

3.2. EOAB

3.3. CEOAB

4. Análise da Suficiência ou insuficiência à luz dos riscos acima detectados

4.1. Guias voluntários e legislação comparada

5. Guia de regras voluntárias para evitar esses riscos

10. Cronograma

Andamento julho-setembro/16

- Levantamento bibliográfico
- Levantamentos de casos para seleção de casos paradigmáticos
- Levantamento jurisprudencial atual lavagem, receptação e favorecimento

Andamento outubro-dezembro/16

- entrevista com advogados envolvidos em processos por recebimento de honorários
- pesquisa e redação sobre o risco penal da lavagem

Andamento janeiro-março/17

- pesquisa e redação sobre o risco penal da receptação
- pesquisa e redação sobre o risco penal do favorecimento

Andamento abril-maio /17

- revisão e redação final

