

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E
PESQUISA
IDP
DOUTORADO / DIREITO CONSTITUCIONAL**

**LAVAGEM DE CAPITAIS E CRIMINALIZAÇÃO DA
ADVOCACIA: ENTRE A INADEQUADA EXPANSÃO
POPULISTA E A FRAGILIZAÇÃO DO DIREITO DE
DEFESA**

ACACIO MIRANDA DA SILVA FILHO

**BRASÍLIA/DF
2022**

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E
PESQUISA
IDP
DOUTORADO / DIREITO CONSTITUCIONAL**

ACACIO MIRANDA DA SILVA FILHO

**LAVAGEM DE CAPITAIS E CRIMINALIZAÇÃO DA
ADVOCACIA: ENTRE A INADEQUADA EXPANSÃO
POPULISTA E A FRAGILIZAÇÃO DO DIREITO DE
DEFESA**

Projeto de pesquisa apresentado ao Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), como exigência parcial para obtenção do título de doutor, sob orientação do Prof. Dr. Vinícius Gomes de Vasconcellos.

BRASÍLIA/DF

2022

Resumo

Há, na contemporaneidade, uma preocupação de caráter global com a tutela do delito de lavagem de capitais. Ainda que inicialmente este delito fosse restrito aos recursos provenientes do tráfico de drogas, com o avanço da Globalização e a fluidez das fronteiras territoriais, facilitando a remessa de recursos entre Estados, nas últimas décadas se vislumbrou a expansão da área de abrangência deste delito para outras condutas antecedentes. A preocupação que atualmente se coloca aos estudiosos do tema está em identificar quem tem o dever de prestar informações às autoridades competentes sobre condutas tidas como suspeitas e, principalmente, na forma como essa informação deve ser prestada perante agentes que possuam garantias profissionais atinentes ao sigilo: dentre elas, inegavelmente estão os profissionais da advocacia, cujo tratamento normativo já foi dado na União Europeia, mas ainda é inexistente no Brasil. O presente trabalho busca analisar como o Poder Legislativo brasileiro enfrenta a temática da inclusão da advocacia dentro da égide de agentes abrangidos pela Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98), especificamente no que toca ao recebimento de honorários advocatícios maculados, e os possíveis efeitos colaterais das proposições ora em curso no Congresso Nacional, sob a perspectiva da existência de finalidades secundárias que não se coadunam com a justificativa oficial dos textos. Para tal, foram analisados os projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional brasileiro entre os anos de 2010 e 2021 que tratam da questão anteriormente indicada, utilizando-se a metodologia da Legística: partindo dos textos das proposições e de suas justificativas, buscou-se identificar qual a finalidade declarada destes projetos de lei e se há, neles, uma finalidade secundária não declarada, mas que seria configurada na prática caso aprovados estes textos; e, em havendo tal finalidade não declarada, qual seria seu contorno e seus impactos ao Estado Democrático de Direito, sustentando-se que qualquer alteração legislativa que enfraqueça o sistema de garantias constitucionais e as garantias profissionais da advocacia, principalmente caso o faça lançando mão de um discurso retórico do populismo penal, seria inconstitucional e atentatória à finalidade última do Estado contemporâneo.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Garantias profissionais; Honorários maculados; Lavagem de Dinheiro; Legística.

Abstract

Nowadays, there is an urgent and global need on how to control and avoid the practice of money laundering. While at the beginning this crime was related only to money and other goods obtained by the means of drug trafficking, Globalization and the weakening of territorial landmarks led to the creation of new strategies and possibilities to the free circulation of capital among different countries, so that in the last decades the money laundering delict was project to goods obtained from other criminal offenses. In this sense, contemporary doctrine is focused on defining those agents who must inform the authorities about those “suspicious behaviors”, and, mainly, on how information should be presented if the declarant professional activity and/or source of information is covered by any source of secrecy, like that of lawyers, theme that, in Brazil, has not been properly regulated. This thesis has the objective of analyzing how Brazilian Legislative Branch is facing the inclusion of advocacy in general among the list of “informing agents” mentioned in the Money Laundering Act (Law n° 9.613/98), not only in relation of the payment of legal fees whose provenience derives from the product of financial crimes, but also on how a shift in Brazilian legislation may reveal secondary goals not compatible to the official discourse announced on these new legislative texts. In order to fulfill these objectives, all law drafts proposed to Brazilian National Congress between 2010 and 2021 related to the proposed questions were analyzed by a Legistic approach: taking as reference the proposed changes on Legislation and its written grounds, in this thesis it was tried to identify which were the announced and formal grounds and those informal and non-declared ones, and, in relation to these second grounds, which would be their impacts to the Democratic Rule of Law. The main line and argument of this thesis is that any legislative shift that may vulnerate constitutional guarantees and the ones specifically related to advocacy, mainly if based on penal populism, would not only be unconstitutional, but also harmful to the main finality of the Contemporary State.

Key-Words: Democratic Rule of Law; Legal Fees; Legistics; Money Laundering; Professional Guarantees.

Sumário

1. Introdução	6
2. Aspectos preliminares: opinião pública, sociedade do espetáculo e sociedade do risco	11
2.1. <i>A mídia e o Direito Penal</i>	13
2.1.1. A Mídia e a Construção da realidade	13
2.1.2. A mídia, o medo coletivo e o interesse pela notícia criminal.....	32
2.2. <i>O Populismo Penal e a busca por soluções imediatistas</i>	40
2.2.1. Populismo penal midiático	44
2.2.2. Populismo penal legislativo.....	48
2.2.3. Populismo penal judiciário	55
3. A inserção da prática da advocacia dentro da esfera de tutela do crime de lavagem de capitais	60
3.1. <i>O delito de lavagem de capitais: introdução e breve esboço histórico</i>	65
3.2. <i>Do conceito de lavagem de capitais a partir da discussão quanto ao bem jurídico penal tutelado</i>	72
3.2.1. O caráter pluriofensivo do bem jurídico tutelado pela lavagem de capitais. 80	
3.2.2. A delimitação atual do conceito de lavagem de capitais e suas influências dentro do Direito Penal Econômico.....	87
3.3. <i>A criminalização da advocacia e as diversas formas de atuação do advogado: da específica contestação ao recebimento de honorários advocatícios pelos advogados criminalistas - a tese dos “honorários maculados”</i>	108
4. As tentativas legislativas de se inserir a advocacia dentro na esfera de tutela da lei de lavagem de capitais e a qualidade desta legislação: análise dos Projetos de Lei apresentados ao Congresso Nacional entre 2012 e 2020	125
4.1. <i>Conceitos básicos de Legística</i>	125
4.2. <i>Metodologia de seleção e análise dos projetos de lei</i>	141
4.3. <i>Análise individualizada dos projetos de lei</i>	144
4.3.1. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n° 4.341/2012 e seus apensos e Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n° 442/2019.....	144
4.3.2. Projeto de Lei do Senado Federal n° 500/2015 e Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n° 1.065/2019 e seus apensos	154
4.3.3. Projeto de Lei do Senado Federal n° 4.516/2020	174
4.4. <i>Análise sistêmica das propostas de alteração legislativa da Lei de Lavagem de Capitais e os riscos à criminalização da advocacia</i>	178
4.4.1. Da Incompatibilidade dos projetos de lei em trâmite com as reais finalidades do tipo penal, sob a perspectiva do (s) bem (ns) jurídico (s) e dos verbos núcleos do tipo.....	183

4.4.1.1. Ocultar e Dissimular não são sinônimos de receber	185
4.4.1.2. Do caráter genérico das normas.....	189
4.4.2. Potenciais prejuízos ao Direito de Defesa e às prerrogativas profissionais decorrentes das alterações propostas	197
4.5. <i>Do discurso anunciado à real finalidade da proposta normativa: por que tentar inserir a advocacia dentro da esfera de tutela da lei de lavagem de capitais?</i>	214
5. Conclusão	223
Referências Bibliográficas	229
Apêndice 01 – Carta-resposta aos questionamentos feitos na Banca de Qualificação	Erro! Indicador não definido.

1. Introdução

Não há dúvidas de que o Estado contemporâneo almeja, como sua finalidade última, o alcance pleno do Estado Democrático de Direito. Tal objetivo, porém, ainda está muito distante das perspectivas reais da sociedade: se de um lado os direitos e garantias fundamentais já são consagrados pela ordem jurídica como intangíveis, de outro há tentativas, tanto através da ação político-legislativa, como mediante a intervenção de agentes sociais aptos a exercer pressão sobre os agentes dotados de poder decisório, para suprimir as garantias constitucionalmente asseguradas.

A concretização das garantias fundamentais não é um processo simples e tampouco envolve uma minoria dos agentes sociais. Trata-se de tarefa complexa que exige a interação coordenada entre agentes públicos e privados, atuando em caráter interinstitucional, cada qual contribuindo dentro da área de sua *expertise*. Para tal, é imprescindível que o Estado assegure a possibilidade da plena ação destes agentes, o que, em especial aqueles cuja tarefa é lidar com a preservação e a estabilidade das garantias fundamentais em momento de evanescência: dentre estes agentes, encontram-se os advogados.

A atividade profissional da advocacia, entendida pela própria Constituição Federal como inserida no rol de funções indispensáveis ao exercício, garantia e manutenção da justiça, é fundamental nesse processo de conservação da ordem democrática. Não é por outro motivo que lhe são garantidas prerrogativas específicas – ainda que com condicionamento possível por meio de lei -, as quais possibilitam a sua atuação em máxima extensão, considerando o conflito em potencial com os interesses estatais e com tentativas de tolhimento das garantias que lhe cabe promover a defesa.

Em paralelo à proteção dos direitos fundamentais, o Estado contemporâneo também exerce a ativa função de tutelar comportamentos e adequar a moldura social em prol de uma diretriz ética e lícita de atuação. Em um cenário de globalização, controlar o fluxo de pessoas, de influências e, principalmente, de capitais, se torna uma demanda preocupante ao Estado: não a toa, autores como Sabino Cassese¹ já defendiam a falência

¹ CASSESE, Sabino. **A Crise do Estado**. São Paulo: Saberes, 2004. p. 20-24.

do sistema estatal a partir de um momento que o enfraquecimento destes controles impedia o exercício em maior extensão de sua soberania.

Dentre os mecanismos encontrados pelo Estado para o exercício desta tutela interna está a criminalização do delito de branqueamento de capitais, originalmente uma tentativa manifesta de impedir que recursos ilícitamente obtidos adentrem as fronteiras nacionais e coibir a consolidação econômica de grupos criminosos com atuação transfronteiriça. Esta primeira preocupação, porém, foi gradativamente sendo deixada de lado diante da percepção de que a criminalização da lavagem de capitais afetaria não apenas influxos de recursos externos, mas principalmente serviria como mecanismo coibidor da prática de ilícitos dentro da ordem interna.

O *compliance* e a *accountability*, princípios norteadores da ação contemporânea estatal, como apontado por Nina Ranieri², deixaram de ser recursos restritos à esfera dos agentes públicos e passaram a se projetar sobre agentes privados cujo segmento de atuação envolvesse – ainda que em caráter apenas potencial - um elo da cadeia de transmissão de grandes quantias de recursos. Bancos e instituições financeiras, corretoras mobiliárias e imobiliárias, leiloeiros, dentre outros, prontamente foram submetidos ao desenho da legislação criminalizadora do branqueamento de capitais, com apontamento de que estes indivíduos e instituições possuiriam um papel ativo na repressão ao ilícito. Cabia a eles informar as movimentações financeiras e transações por eles realizadas que se enquadrassem em certos critérios legais – definidores de uma ação como reportável ou potencialmente suspeita – aos órgãos de controle estatal, facilitando o controle da transmissão dos recursos e prevenindo a perpetuação da prática de ilícitos.

Este novo desenho da realidade jurídico-institucional do Estado contemporâneo, por si só, não era um problema. Contudo, passou a sê-lo quando, na busca desenfreada por controle, motivado pelo discurso incrementador do escopo do Direito Penal, passou a ter sua expansão direcionada para elos não tão evidentes do processo de lavagem de capitais, ao menos na visão daqueles que pretendiam a implementação desta nova fase da persecução ao delito. Nesta fase, agentes como os profissionais da advocacia – que recebem honorários advocatícios como contraprestação pela sua legítima atividade profissional – passaram a ser enfocados por não terem um prévio dever de prestação de

² RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Manole, 2013. p. 205.

contas ao atuar como defensores de investigados pelo delito de lavagem de capitais. Via-se – e ainda se vê – na advocacia um possível entrave à erradicação plena do delito de branqueamento, sustentando os defensores desta tese que as prerrogativas profissionais estariam sendo utilizadas com finalidade diversa da que foram concebidas.

O cenário ora posto na contemporaneidade também não despreza a influência do populismo penal, em suas vertentes midiática, judiciária e legislativa. É através do discurso populista e da promessa de soluções fáceis para problemas complexos que se busca a criminalização do recebimento de honorários advocatícios pelos causídicos e a criação de modelos que supostamente trariam a esta atividade profissional a necessária *accountability*.

Em momento algum se critica a pretensão de dar transparência ao recebimento dos valores pelos advogados e à necessidade de se assegurar que os honorários sejam pagos apenas quando houver prestação de serviço típico da atividade do advogado. O que se critica é a utilização deste argumento como um falso pretexto para criar barreiras à atuação efetiva do advogado, cerceando-o e lesando suas prerrogativas profissionais.

Debruçar-se sobre a produção normativa em curso no Congresso Nacional sobre a temática é uma maneira efetiva de verificar como está o “termômetro político” para a realização das modificações pretendidas. Trata-se de tema que, como se verá nos capítulos a seguir, já encontra reverberação doutrinária, com posição tanto contrárias como favoráveis: à presente data, entretanto, não há no ordenamento jurídico pátrio uma solução definitiva para a controvérsia e nem um modelo já construído que seja apto a dirimi-la. O estudo das proposições em curso no Poder Legislativo é, portanto, o caminho menos tortuoso que se pode seguir: abre-se, também, margem para que se verifique se as soluções lá propostas são boas no aspecto qualitativo ou se aproximam-se de uma solução retórica, muito mais orientada a um discurso populista do que à solução de uma problemática concreta.

É dentro desse debate entre a finalidade anunciada pela norma jurídica – a conferência de maior *accountability* e transparência ao exercício da atividade profissional pelos advogados – e uma potencial finalidade secundária e oculta – a redução das prerrogativas profissionais e o enfraquecimento da gama de proteção atribuída aos causídicos no exercício de suas atividades – que se situa o presente trabalho. Seu norte

não é propriamente a análise exaustiva do que vem a ser o delito de lavagem de capitais e como se dá o debate doutrinário para a inclusão da advocacia dentro do rol de agentes sujeitos ao dever de informar, mas sim a percepção, a partir da produção legislativa brasileira, de como pode se dar a reforma da legislação para normatizar essa pretensão. Não se trata, portanto, de tese que pretende a propositura de novos conceitos jurídicos ou de redimensionar o debate hoje feito pela doutrina, mas sim de pesquisa orientada a avaliar criticamente se os projetos de lei em curso no Congresso Nacional permitem chegar à finalidade primária acima mencionada sem lesar as prerrogativas e garantias fundamentais ou se, a bem da verdade, o que realmente se almeja é uma atenção à finalidade secundária supra indicada.

O recorte feito para esta tese, portanto, é a análise dos projetos de lei já propostos (em curso ou arquivados) no Congresso Nacional que sejam atinentes à temática da inclusão da advocacia dentro do escopo da Lei de Lavagem de Capitais (Lei n° 9.613/98), especificamente no que toca ao recebimento de honorários advocatícios “maculados” (ou seja, que tenham ao menos a origem dos recursos de custeio derivada de ato ilícito), utilizando-se para tal da métrica da Legística.

Para tal, inicialmente será feita uma análise doutrinária sobre dois grandes temas que precedem à discussão legislativa propriamente dita. É necessário delimitar com clareza o escopo do que se entende por “populismo penal” e suas repercussões para as modificações legislativas da Lei de Lavagem de Capitais (Capítulo 2), bem como situar o debate do papel do advogado dentro do contexto desta legislação e de suas modificações nas duas décadas deste século (Capítulo 3).

Feitas as considerações teóricas acima apontadas, será possível passar à análise legislativa (Capítulo 4), o que será feito utilizando a métrica da Legística, proposta, dentre outros, por Carlos Blanco de Morais³, atinente à qualidade da legislação e à boa-feitura das normas jurídicas, cujas considerações teóricas preliminares serão expostas no item 4.1. Os projetos de lei selecionados, consoante metodologia indicada no item 4.2., serão analisados primeiro individualmente e, após, em conjunto, para que deles se extraia uma visão sistêmica do que foi proposto e do que pode ser convertido em norma jurídica, com base nesta produção normativa.

³ MORAIS, Carlos Blanco. **Manual de Legística**. Lisboa: Editora Verbo, 2007.

Por fim, em posse dessa análise, será possível responder às perguntas anteriormente feitas, e que aqui se sintetizam em breves linhas: o discurso anunciado pelo legislador brasileiro para propor a reforma da Lei de Lavagem de Capitais e nela incluir, independentemente da forma, os profissionais da advocacia, é um discurso real e primário ou possui finalidade tão somente retórica, ocultando um segundo objetivo? E, se há este segundo objetivo, qual seu contorno exato e sua repercussão para o Estado Democrático de Direito?

2. Aspectos preliminares: opinião pública, sociedade do espetáculo e sociedade do risco

Desde a última década do século passado, com o apogeu da Globalização, intensas transformações de cunho político e social tem afligido a humanidade, tanto para o lado positivo quanto para o lado negativo, o que mudou radicalmente a concepção de mundo e a dinâmica interacional entre os indivíduos e entre estes e o Estado⁴.

O acesso à informação foi democratizado, permitindo que fatos que até então eram passíveis de acobertamento pelas autoridades se tornassem conhecidos em poucos segundos e permitissem uma reação popular; ao mesmo tempo, a disseminação do conhecimento e de novos mecanismos bem-sucedidos para o combate às mazelas sociais, tão logo desenvolvidos e implementados por um Estado, são prontamente divulgados e se tornam objeto de estudo ao redor do globo⁵.

No entanto, a formação dessa rede global de conhecimento e de interações não trouxe apenas benefícios: a interação praticamente em tempo real entre os cidadãos e os fatos reportados pela mídia – antes restrito à mídia impressa e televisiva, mas agora amplamente difundida por meio das redes sociais – permite que falsas impressões, oriundas de um contato apenas superficial com a matéria e sem a devida apuração detida dos contornos reais dos fatos, se tornem cada vez mais disseminadas, impregnando a opinião pública de certos vieses e impedindo um processo adequado de reflexão sobre eles, tendo em vista a existência de diversas variáveis de influência – tais quais a falta de homogeneidade da informação, diversidade no volume e intensidade com que os fatos são narrados, possibilidades de acesso a diferentes meios de comunicação aptos a disseminarem informação qualificada de maneira consciente, finalidades lucrativas dos veículos, dentre outros -, como destacado por Moraes e Moraes⁶.

Não seria de se estranhar que o Direito Penal fosse uma das áreas mais diretamente afetadas por essa contaminação da opinião pública. Imagens de conduções coercitivas⁷ e

⁴ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Manole, 2013. pp. 330-333.

⁵ NYE JR, Joseph S. **O futuro do Poder**. São Paulo: Benvirá, 2012. pp. 152-155.

⁶ MORAES, Thiago Perez Bernardes de e MORAES, Suelen Patrícia Alves Maia Peres de. “A penny for your thoughts”. *Opinião Pública, Enquadramento Midiático do NYT e Política de Audiência. Mediação*, Belo Horizonte, v. 18, n. 23, pp. 131-151, jul./dez. 2016. p. 149.

⁷ Vale ressaltar, ademais, que no julgamento da ADPF 395/DF, que reconheceu a inconstitucionalidade da condução coercitiva de investigados ou réus para o fim único de interrogatório, constou do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, que: “A espetacularização da investigação culmina na construção de narrativas acusatórias, trazidas ao público mediante entrevistas coletivas dadas por policiais e membros

prisões de agentes políticos – como as verificadas no curso da Operação Lava-Jato⁸ – foram amplamente noticiadas: o problema está no fato de que, não raramente, ao final das investigações se concluiu que indivíduos bombardeados pela opinião pública como culpados pela prática de crimes contra a administração pública antes mesmo de qualquer julgamento eram, em verdade, inocentes – nada tinham a ver com os fatos noticiados.

E, a partir daí, verificou-se reação popular, desprovida de técnica jurídica, mas fundada na falsa percepção oriunda das informações inicialmente veiculadas pela mídia, de que os órgãos de controle e o Poder Judiciário estariam deixando de executar adequadamente os seus papéis⁹. E os resultados estão sendo verificados nos dias atuais, destacando-se a eleição, no ano de 2018, daqueles candidatos que alardeavam o “combate à corrupção” e a “defesa da segurança pública” enquanto suas principais bandeiras de campanha¹⁰.

Estes são apenas alguns dos exemplos recentes de como a construção da opinião pública, a partir do noticiado pela mídia, pode repercutir no âmbito do Direito Penal. O presente capítulo tem o intuito de, partindo desta afirmação, trazer contornos preliminares para a presente tese, fornecendo o pano de fundo para a expansão populista do crime de

do Ministério Público, no dia da deflagração da operação. Proferidas em momento em que os agentes públicos deveriam estar empenhados em colher e compreender as provas obtidas com a deflagração, as entrevistas são baseadas em opiniões dos policiais e dos membros do Ministério Público, os quais fazem questão de afirmar a culpa de pessoas que sequer foram ouvidas” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF n°395/DF. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Interessado: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de junho de 2018).

⁸ A título meramente exemplificativo, podem ser mencionadas as seguintes notícias publicadas por diversos veículos de comunicação: JUSTIÇA autoriza condução coercitiva de Lula e Okamoto para prestar depoimento. **Portal R7**, 04 de março de 2016. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/justica-autoriza-conducao-coercitiva-de-lula-e-okamoto-para-prestar-depoimento-22082021>>. Acesso em 31 out. 2021, às 19h47.; CONDUÇÕES coercitivas crescem 304% pós-Lava Jato. **Jornal do Comércio**, 02 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/07/politica/571434-conducoes-coercitivas-crescem-304-pos-lava-jato.html>. Acesso em 31 out. 2021, às 19h47.; REITOR da UFSC é preso em operação que apura desvio de verba em cursos. **Folha de S. Paulo**, 14 de setembro de 2017, às 07h14. Atualizada em 06 de outubro de 2017, às 19h03. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2017/09/1918349-pf-faz-operacao-contr-desvios-de-recursos-na-ufsc.shtml>>. Acesso em 31 de outubro de 2021, às 19h42.

⁹ CAMPOS, Jonas. “Impunidade clássica”, diz promotor no RS sobre criminosos reincidentes. **Portal G1 – Rio Grande do Sul**. Publicação em 05 set. 2016 às 13h43. Atualizada em 06 set. 2016 às 06h46. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/09/impunidade-classica-diz-promotor-no-rs-sobre-criminosos-reincidentes.html>>. Acesso em 24 set 2021, às 19h38.

¹⁰ GELAPE, Lucas; MORENO, Ana Carolina e CAESAR, Gabriela. Número de policiais e militares no Legislativo é quatro vezes maior do que o de 2014. **Portal G1 – Eleições 2018 – Eleição em números**. Publicação em 08 out. 2018, às 14h07. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/08/numero-de-policiais-e-militares-no-legislativo-e-quatro-vezes-maior-do-que-o-de-2014.ghtml>>. Acesso em 24 set. 2021, às 19h50.

lavagem de capitais, tema que será analisado de maneira mais detida nos próximos capítulos.

E, para traçar esse pano de fundo, fundamental que se analise tanto a correlação entre a mídia e o direito penal como o papel exercido pelas diferentes vertentes de populismo neste processo.

2.1. A mídia e o Direito Penal

A relação existente entre a mídia e o Direito Penal não é tão simples quanto parece: aparentemente, é a mídia mera difusora da realidade fática, permitindo que os cidadãos verifiquem adequadamente quais as mazelas atualmente são enfrentadas pela sociedade e, conseqüentemente, que se desenvolva um juízo crítico sobre qual o escopo de atuação necessário do Direito Penal. No entanto, todo o processo de difusão da informação é permeado pela construção de simbologias que permitem que se molde a realidade para atingir fins desejados por alguns membros da sociedade dotados que detém o efetivo poder de dominação, tese bem explorada por Bordieu¹¹, mas também culminando o comprometimento da integridade e da independência dos próprios veículos midiáticos, como preconizado por Finkel¹².

Para esclarecer esse processo, se subdividiu a análise em três tópicos, cada qual enfocando um prisma de atuação da mídia: sobre a construção da realidade, sobre o medo coletivo e sobre o interesse pela notícia criminal.

2.1.1. A Mídia e a Construção da realidade

Para delimitar adequadamente a relação entre a mídia e o Direito Penal, é preciso ter, em primeiro lugar, a percepção de que a agenda governamental é diretamente influenciada pela mídia, através da maximização dos efeitos dos eventos focalizadores – determinados fatos que, através da reação social, induzem uma mudança de comportamento na agenda pública -, ou por meio da rejeição a um segundo plano destes¹³.

¹¹ BORDIEU, Pierre. **Language and Symbolic Power**. Cambridge: Polity Press, 1991. p. 163-165.

¹² FINKEL, Andrew. Using old media to capture new in Turkey. “in” SCHIFFRIN, Anya (Ed). **Media capture: how money, digital platforms and governments control the news**. New York: Columbia University Press, 2021. p. 141-159. p. 142.

¹³ BAUMGARTNER, Frank R. e JONES, Bryan D. **Agendas and instability in America Politics**. 2a edição. Chicago: University of Chicago Press, 2009. p. 13.

Esses “eventos focalizadores” são conceituados por Kingdon¹⁴ como uma determinada situação fática que demonstra a insubsistência da realidade jurídica até então existente, provocando uma onda disruptiva da inércia governamental – aqui incluída tanto a esfera executiva como a legislativa – e levando à alteração do *status quo*. Não há uma natureza unitária desses eventos, na medida em que podem tanto serem derivados da ação humana – como ilícitos penais que provoquem grande comoção social¹⁵ - como de forças da natureza¹⁶, contudo, conservam eles o aspecto em comum de desencadear uma reação social em cadeia que mude a perspectiva que até então se tinha sobre determinada matéria.

Os eventos focalizadores, assim, não são diretamente provocados pela mídia, mas a cobertura dada por esta é de fundamental importância para induzir, na opinião pública, um determinado comportamento, o qual pode culminar com alterações na legislação – aproveitando-se, para tal, da sensibilidade dos agentes políticos a exigências de suas bases de apoio - ou na própria estrutura política de um Estado Nacional – mediante a modificação da composição dos órgãos decisórios pela via eleitoral.

Assim, a mídia possui grande potencial de influência na conversão de um evento cotidiano em um evento “focalizador” e na realização do percurso inverso, o que decorre de uma constatação lógica: se estes pontos de virada estão usualmente associados a eventos de grande repercussão, é necessário que os mesmos tenham um apelo social e que

¹⁴ KINGDOM, John W. **Agendas, Alternatives and Public Policies**. 2a edição. Nova York: Longman, 2003. p. 90-91.

¹⁵ Por exemplo, o Caso Daniela Perez, que culminou com a modificação da lei de Crimes Hediondos por meio da Lei nº 8.930/94, com a inclusão do crime de homicídio qualificado naquele rol. O caso em questão é nacionalmente reconhecido como o pivô de um processo de mudança legislativa deflagrado pela opinião pública, e não por critérios técnicos: não a toa, a Mensagem nº 571/93, referente ao envio do projeto de lei nº 4.146/93 – posteriormente convertido na Lei nº 8.930/94 – ao Congresso Nacional inseria em sua exposição de motivos que “a sociedade brasileira clama, há muito, pela reforma da legislação penal que se mostra inadequada à realidade dos tempos atuais, em que dia a dia cresce a violência contra a pessoa humana. A aplicação dessa legislação, nos crimes contra a vida, resulta, afinal, quase sempre em condenações meramente simbólicas, legitimando a impunidade e estimulando a prática de novos delitos. Assassínatos praticados por motivos fúteis e torpes, com emprego de meios insidiosos e cruéis, e com recursos que dificultam a defesa das vítimas, acontecem diariamente em todos os quadrantes do país, numa rotina crescente. A certeza dos favores dessa inquietante legislação, que mais parece posta contra as vítimas e a favor dos criminosos, fomenta a prática de crimes dessa natureza”. Ademais, sobre o tema, convém destacar a editoria feita pelo site Consultor Jurídico (Conjur) e que bem ilustra a repercussão que o Caso Daniella Perez teve na alteração da legislação em comentário: PINHO, Débora. O crime que fez mudar a Lei de Crimes Hediondos. **Portal Consultor Jurídico (Conjur)**. Publicada em 09 de julho de 2009, às 08h22. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-jul-09/imagens-historia-crime-fez-mudar-lei-crimes-hediondos>>. Acesso em 31 out. 2021, às 11h32.

¹⁶ Por exemplo, desastres naturais, como o desabamento de encostas, que sempre são seguidas de pressões sobre o Executivo para a adoção de políticas públicas habitacionais mais eficientes).

sejam amplamente difundidos, situação para a qual a penetração midiática no cotidiano é peça-chave.

A correlação entre a mídia e o Direito Penal também passa diretamente pela identificação do que vem a ser opinião pública e pelo modo como ela se forma, o que, a médio e longo prazo, contribuem para a formação de uma agenda específica que favorece o enviesamento em prol de uma perspectiva delimitada – tema, aliás, que não é novo, como asseveram Roberts et al¹⁷, mas cuja acentuação se fez mais premente nos dias atuais.

Oskamp e Schulz¹⁸, analisando a evolução histórica do conceito de opinião pública e tentando extrair um núcleo comum, para chegar a um conceito universal, identificam ser seu traço essencial o compartilhamento de opiniões acerca de assuntos relevantes para a sociedade por grupos determinados que possuem características em comuns e com a influência social necessária para converter essas opiniões em pressão governamental efetiva.

Dessa evolução histórica trazida pelos autores, portanto, seria possível extrair seis pontos nevrálgicos deste conceito: (1) a formação racional, de modo que a opinião pública derivaria de um processo de reflexão dos indivíduos a partir da percepção da realidade fenomênica¹⁹; (2) a assimilação precípua pelas classes dominantes, que exercem papel fundamental na formação da opinião pública, ainda que não necessariamente traduzam a maioria numérica²⁰; (3) a relevância do tópico tratado, uma vez que a formação da opinião

¹⁷ ROBERTS, Julian V et al. **Penal Populism and public opinion**: lessons from five countries. Oxford (UK): Oxford University Press, 2003. p. 21.

¹⁸ OSKAMP, Stuart e SCHULTZ, Wesley. **Attitudes and Opinions**. 3a edição. Mahwah, Nova Jersey: Pearson Education, 2005. pp. 15-17.

¹⁹ A racionalidade por detrás da formação da opinião pública decorre do fato desta não ser um processo espontâneo/impulsivo e nem puramente emocional, mas sim fruto de processo cognitivo desenvolvido por cada um dos receptores da informação. A opinião pública, portanto, não é formada de maneira passiva, em que os indivíduos receberiam a informação de maneira inerte e simplesmente a incorporariam enquanto dogma, mas sim de maneira ativa, em que há interesse e vontade em crer naquele determinado posicionamento – e, justamente por isso, é que existem vozes dissonantes em relação à opinião pública, constituindo camada marginal da sociedade. Nesse sentido, convém destacar NOELLE-NEUMANN, Elizabeth. Public Opinion and Rationality. “in” GLASSER, Theodore Lewis e SALMON, Charles T. (Ed). **Public Opinion and the Communication of Consent**. Nova York: The Guilford Press, 1995. p. 33-54.

²⁰ A opinião pública é o reflexo da opinião que prevalece dentre a maioria da sociedade - entretanto, o conceito sociológico de maioria não coincide com o conceito numérico de maioria. Justamente por ser um instrumento de dominação retórico e político, apto a moldar a agenda governamental, é que a opinião pública deve emanar daqueles que detém o poder real na sociedade; caso contrário, a mesma seria irrelevante no processo decisório. Sobre o tema: SALMON, Charles T. e OSHAGAN, Hayg. Community Size, Perceptions of Majority Opinion and Opinion Expression. **Public Relations Research Annual**, v. 2, n. 01-04, p. 157-171, 1990.

pública apenas leva em conta matérias socialmente relevantes, devendo ser descartados todos aqueles tópicos que, a despeito de reverberarem socialmente, sejam excessivamente supérfluos²¹; (4) a extensão do grau de concordância social, que deve decorrer da convicção individual, e não do medo ou da coerção física ou moral externa²²; (5) a intensidade da incidência social, já que não bastaria que a matéria exerça influência, mas sim que o faça de maneira significante²³ e (6) a aptidão de a opinião formada exercer influência efetiva nos órgãos decisórios e nos centros de poder²⁴.

Já Huckfeldt et al²⁵ trazem para o cerne da opinião pública a perspectiva de construção de coesão social, tentando contornar a problemática – que mais adiante se retomará em mais detalhes – de que o público tende a procurar o acesso à informação em meios que apresentem uma posição concordante com seu prisma de análise individual.

²¹ É o caso de matérias que, apesar de amplamente discutidas na sociedade, não possuem o condão de influenciar a vida social em nenhum ponto – questões atinentes a banalidades ou ao entretenimento em geral. É despidendo afirmar que, apesar de grande parcela da população aparentar preocupação com o desfecho que determinado programa televisivo terá, isto jamais se converterá em efetiva opinião pública, no sentido estrito da palavra. Na melhor das hipóteses, esta situação específica se mostrará enquanto um reflexo da soma das opiniões individuais.

²² Este item é diretamente associado com o primeiro dos seis traços característicos da opinião pública. Se a opinião pública decorre de um processo racional de formação da convicção individual, que voluntariamente adere à tese majoritária por entender ser ela a que melhor reflete a realidade (ou a que se apresenta de maneira mais correta), então não pode ser ela compulsória, ou mesmo imposta contra a vontade do indivíduo. Entretanto, não se pode ignorar que, com o passar do tempo, a opinião pública é apta a moldar a forma como alguns indivíduos externalizam sua opinião perante a sociedade, principalmente em temas de maior polêmica, refreando-se pelo medo de coerção indireta ou de reprimendas morais. Sobre o tema: ELFORD, Gildeon. Freedom of expression and social coercion. **Legal Theory**, v. 27, n. 2, p. 149-175, 2021.

²³ Tal panorama decorre do fato de matérias lindeiras, ainda que socialmente relevantes, podem não possuir intensidade necessária para desencadear um motivo de formação de uma postura coesa dentro dos diversos segmentos sociais, justamente porque podem atingir classes com pouco poder de pressão e/ou cuja influência é pouco intensa, não sendo apta a chegar ao processo de formação de agenda governamental. O exemplo mais patente desta característica da opinião pública pode ser visto com a vacinação contra o vírus Ebola: apesar da doença ser conhecida há anos, com graves surtos localizados no continente africano, as primeiras pesquisas e estudos robustos destinados a tentar criar uma vacina segura para esta moléstia se deu tão somente quando cidadãos norte-americanos contraíram a moléstia no continente africano, durante a epidemia de 2014-2016, levando o vírus aos Estados Unidos. Assim, não é nada curioso que a primeira vacina tenha sido aprovada em 2019, quando formada uma pressão de intensidade suficiente a demonstrar às autoridades sanitárias a importância de se desenvolver tal imunizante.

²⁴ Ao mesmo tempo em que a opinião pública não pode ser dissonante da postura adotada pelas classes dominantes, ela deve reunir condições para transcender a mera arena de debates sociais e atingir o seio dos órgãos decisórios e políticos. Isto se dá tanto diretamente – quando os representantes eleitos captam a pressão exercida pela opinião pública e remodelam a agenda governamental, como no já mencionado caso “Daniela Perez” – como indiretamente – quando a mudança de opinião pública gera modificações na composição do parlamento, quando do escrutínio eleitoral. Acerca desta matéria: ANSTED, Nich e O’LOUGHLIN, Ben. Social Media Analysis and Public Opinion: The 2010 UK General Election. **Journal of Computer-Mediated Communication**, v. 20, n. 2, p. 204-220, março/2015.

²⁵ HUCKFELDT, Robert et al. Political Environments, Cohesive Social Groups, and the Communication of Public Opinion. **American Journal of Political Science**, v. 39, n. 4, p. 1025-1054, 1995. pp. 1049-1050.

Para os autores, se há um direcionamento na escolha dos meios de informação, então idealmente seria esperada uma heterogeneidade na postura social, não havendo uma única opinião pública, mas pluralidades de vozes dissonantes amalgamadas em núcleos menores – contudo, não é isto o que ocorre na prática. Daí porque não se poderia conceber a opinião pública como a soma destas vozes dissonantes, mas como a extração de elos comuns, aos quais há a pretendida coesão social – ao menos de parte significativa e dotada de influência da sociedade, ou seja, a maioria – e que pode se originar não de convergências individuais, mas de uma convergência progressiva dos mecanismos que difundem a informação.

A lógica por detrás desse mecanismo também exige que se compreenda adequadamente o que vem a ser a opinião pública – que, ao contrário do que seu nome sugere, não reflete uma perspectiva de toda a sociedade, mas tão somente de um grupo majoritário que seja socialmente relevante – ou seja, não se limita à maioria numérica, mas ao conceito sociológico de maioria.

Lage²⁶, assim, vem a definir a opinião pública como uma linha de raciocínio resultante da interação entre diferentes indivíduos que integram o grupo social majoritário, moldando uma determinada concepção de sociedade: ou seja, reflete a opinião pública o traço comum do pensamento prevalente dentro desse grupo social, seja ele efetivamente acertado, fruto de uma ponderação adequada da realidade, ou enviesado, fruto de uma ponderação tão somente parcial e que parta de premissas equivocadas.

A construção da opinião pública também não é um processo linear, sujeitando-se a diversas variáveis que impedem sua redução a uma fórmula genérica – e tais variáveis decorrem do fato de a construção das opiniões individuais, constitutivas da opinião pública, estarem intrinsecamente ligadas à personalidade das pessoas, e consequentemente, ao meio em que estas vivem, daqueles com quem convive, das informações que lhe são passadas, da forma como este processo de transmissão da realidade se dá e da interpretação que se realiza sobre tais dados da realidade concreta – em resumo, associam-se fatores psicológicos, sociológicos e circunstanciais, cada qual

²⁶ LAGE, Nilson. **Controle da opinião pública: um ensaio sobre a verdade conveniente**. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 15-16.

muito peculiar do grupo específico em que se construiu a opinião pública, como preconizado por Augras²⁷.

E, em não sendo a opinião pública um representativo da vontade geral, mas da vontade de um grupo específico, já é possível desde logo identificar nela um problema considerável. Como bem apontado por Habermas²⁸, o direcionamento na amostra em que se extrai a opinião pública permite manipular as áreas de atrito em as práticas governamentais e a realidade fática, harmonizando o pensamento prevalente com uma determinada linha de pensamento que se tenta imputar como majoritária à sociedade. E, em ato contínuo, seria ela ao mesmo tempo, instrumento de dominação – pela imposição de uma determinada perspectiva de análise dos fatos – como de exclusão daqueles que vislumbram a sociedade de maneira distinta – aqui inclusos os não-integrantes da classe dominante e aqueles que, a despeito de integrá-la, dissentes quando à posição nele prevalente.

Losekann²⁹, transpondo a questão para o debate brasileiro e latino-americano, identifica a mesma situação verificada por Habermas no cenário europeu, imputando aos meios de comunicação o papel de dominação que funda a sociedade de massa e molda todo debate político – e, por conseguinte, o processo de formação da agenda governamental – que se desenvolvem nesses Estados:

“Estes modelos estão expressos nos trabalhos de estudiosos brasileiros e latino-americanos e apontam, em muitos casos, para um pessimismo em relação às configurações da esfera pública tanto no Brasil quanto na América Latina em geral. O modelo de sociedade de massas encontra seus argumentos exatamente na dominação de poderosos meios de comunicação que induzem o debate político conforme os seus próprios interesses. O modelo pluralista está ancorado na ideia de que o espaço público é configurado não pela disputa discursiva entre argumentos, mas na disputa de força entre aqueles de têm o poder de controlar as estruturas comunicativas. Por sua vez, o modelo republicano, valoriza a iniciativa das organizações sociais e seu poder de influenciar nas decisões de Estado, mas por estarem muito próximas deste, – criando muitas vezes até esferas públicas institucionalizadas – acaba correndo o risco de se transformar em uma esfera pública para-estatal em vez de não-estatal.”

²⁷ AUGRAS, Monique. **À procura do conceito de opinião pública**. In: AUGRAS, Monique. A teoria. Rio de Janeiro: Vozes, 1980. p. 11-24. p. 15-16.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. São Paulo: EDUSP, 1971. pp. 194-195.

²⁹ LOSEKANN, Cristiana. A esfera pública habermasiana, seus principais críticos e as possibilidades do uso deste conceito no contexto brasileiro. **Pensamento Plural**, Pelotas, v. 04, pp. 37-57, jan./jun. 2009. p. 53-54.

É fundamental, entretanto, que seja ela uma expressão genuína da vontade popular, já que, em sua origem, estava a opinião pública atrelada à liberdade de expressão ou livre manifestação do pensamento. Sobre o tema, Olischievis³⁰ entende que há uma vinculação entre o conceito de opinião pública e a análise de determinados temas de discussão por uma parcela da sociedade: conforme se aumenta o público que debate a matéria e se projetam efeitos sociais do que é discutido – de modo que o debate deixa de ter repercussões no âmbito puramente individual e se torna uma preocupação em abstrato da sociedade -, poder-se-ia afirmar que a matéria integra a opinião pública.

O problema, como delimitado pela autora, reside no fato de não raramente a opinião pública se basear em imagens idealizadas e estereotipadas, que consideram apenas uma perspectiva analítica, e não em conceitos reais, o que tende a estimular mecanismos discriminatórios³¹.

Nesse sentido, Barth³² assevera que, ainda que a opinião pública reflita uma posição em tese majoritária na sociedade, todo o seu arcabouço é vinculado a referenciais simbólicos, que podem ser moldados pelos agentes midiáticos para atingir uma finalidade previamente determinada – decorrência da inexistência de neutralidade por parte da mídia. Partindo desta construção, pode-se concluir que, em matérias mais sensíveis e que aludem a vulneração aos direitos fundamentais mais primitivos do ser humano – notadamente, o direito à vida e à segurança -, em que o apelo individual por proteção é mais instintivo, por representarem os bens jurídicos originalmente tutelados pelo Direito Penal, eventual direcionamento midiático pode ser facilitado e produzir resultados esperados sem maiores questionamentos.

E não é por outra razão que soluções genéricas e simplistas para mazelas sociais bastantes graves na área de segurança pública tendem a ser bem recebidas pela opinião

³⁰ OLICSHEVIS, Giovana. Mídia e Opinião Pública. **Revista Vernáculo**, n. 17, p. 91-99. 2006. p. 92.

³¹ Não é por outra razão que o populismo penal, que se analisará mais adiante nesta tese, tende a apontar como agentes causadores de crimes de maior gravidade indivíduos que integram camadas marginalizadas da sociedade – no Brasil, jovens negros e pobres. Tal mecanismo tende a estimular a perpetuidade da repulsa a esses grupos e a construção de estereótipos que atendem a políticas de higienização social e, posteriormente, são usados como fundamentos para discursos de naturezas discriminatórias – e para, em casos de dúvida, conduzir à falsa premissa de culpabilidade de quem se enquadra nesse perfil de criminoso. Nesse sentido, convém conferir PIZARRO, David et al. Ripple effects in memory: judgements of moral blame can distort memory for events. **Memory and Cognition**, v. 34, p. 550-555, 2006; e também ROSO, Adriane et al. Cultura e ideologia: a mídia revelando estereótipos raciais de gênero. **Psicologia & Sociedade**, v. 14, n. 2, p. 74-94, jul./dez. 2002.

³² BARTH, Fernanda. Mídia, política e pesquisas de opinião pública. **Revista Debates**, Porto Alegre, v.1, n.1, pp. 26-48, jul.-dez. 2007. p. 27.

pública, que pressupõe, erroneamente, que a consequência imediata destas ações será o aumento da proteção dos cidadãos – deixando de lado os possíveis efeitos a médio e longo prazo, consoante identificado por Andrade³³.

Aqui repousa um dos primeiros problemas acerca da formação da opinião pública. Não há mecanismo de transmissão de conhecimento inteiramente neutro: todos apresentam determinados vieses, muitas vezes sutilmente demonstrados, mas que implicitamente são capturados pelo receptor da informação, que os decodifica e os interpreta de acordo com sua realidade específica³⁴. Nesse processo, não há como se afastar a importância do meio em que os agentes vivem, com quem eles convivem e sua realidade social: esses elementos formam a *psique* do agente receptor da informação.

Conjugando o fato de a opinião pública refletir o posicionamento majoritário dentro do grupo social dominante e a forte influência que aspectos subjetivos exercem na formação da opinião individual, pode-se concluir que, se possível o direcionamento da construção desta opinião individual, então será possível moldar uma opinião pública que atenda a determinados interesses – superando a premissa de autonomia individual que originalmente fundava o conceito.

E, para tal, basta que pessoas externas a esse grupo majoritário – ou internas a ele, mas minoritárias numericamente –, mas com relação de dominância, construam uma estrutura favorável à propagação constante de suas ideias, impondo, subjetivamente, a sua vontade aos demais membros do grupo, no que Katz³⁵ denominou de “processo comunicativo de duas etapas”: a mídia propaga a ideia a líderes enunciativos e estes replicam a ideia para seus seguidores e pessoas de seu círculo social que, a seu turno, continuam a replicação para grupos cada vez menores até que se consolide aquela forma de pensamento.

³³ ANDRADE, André Lozano. **Populismo penal: o uso do medo para recrudescimento penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 202 p., 2019. p. 149.

³⁴ CORNER, John. **Theorising media: power, form and subjectivity**. Manchester: Manchester University Press, 2011. p. 86-87.

³⁵ KATZ, Elihu. The two-step flow of communication: an up-to-date report on an hypothesis. **The Public Opinion Quarterly**, v. 21, n. 1, pp. 61-78, 1957. p. 76-77.

A questão atinente à influência da imprensa na formação da opinião pública – inclusive no que atine a casos sujeitos à apreciação do Poder Judiciário –, aliás, não é recente, já tendo sido exposta por Weber³⁶ no início do século XX:

“Esse crescente capital fixo significa também um aumento de poder que permite moldar a opinião pública arbitrariamente? Ou pelo contrário, como se afirmou sem que se pudesse demonstrar satisfatoriamente — significa uma crescente sensibilidade por parte das distintas empresas diante das flutuações da opinião pública? Se disse que a evidente mudança de opinião de determinados diários franceses – costuma-se pensar, por exemplo, no *Le Figaro* com relação ao caso Dreyfuss – pode ser explicada simplesmente pelo fato de que o importante capital investido de forma fixa por essas modernas empresas jornalísticas justifica o aumento de seu nervosismo, e as faz depender do público, ao se detectar qualquer inquietude deste, que costuma se traduzir em anulação de pedidos, situação que se torna comercialmente insuportável. Na França, onde prevalece a venda direta, esta grande facilidade de variação poderia também ter um peso específico. Isso significaria, então, que uma crescente dependência das tendências de venda diária seria a consequência da crescente demanda de capital. É certo isso?”

Esclarecido o processo de formação da opinião pública e o papel exercido pela mídia na formação da agenda governamental, pode-se avaliar qual a correlação entre os dois fatores e sua influência para o Direito Penal.

O ponto de interesse da opinião pública em termos de populismo penal – conceito que será trabalhado mais adiante neste capítulo - reside na sua formação de forma a satisfazer determinados interesses, que não são efetivamente os da maioria da população, mas de uma parcela dominante da sociedade. E, para lograr êxito neste objetivo, é necessário construir a falsa percepção de que a população efetivamente deseja a implementação desta medida.

Batista³⁷, analisando a questão, traz à baila a problemática do discurso neoliberal adotado pela imprensa, o qual vem acompanhado de fortes crenças que possuem o condão de modificar substancialmente a percepção da sociedade acerca da função da pena. Se em teoria a equação jurídico-penal coloca a pena como um resultado último, fruto de um longo processo de contraditório e de respaldo das garantias fundamentais, na sua variável neoliberal – ao menos no discurso que se transmite ao público em geral –, a pena passa a

³⁶ WEBER, Max. *Sociologia da imprensa: um programa de pesquisa*. Tradução do original alemão publicado nos anais do Primeiro Congresso da Associação Alemã de Sociologia em Frankfurt (1910). Rio de Janeiro, **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n° 55-56, 2002, pp. 185-194. p. 189.

³⁷ BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*. **Biblioteca On-Line de Ciências da Comunicação**. Irregular. pp. 01-20. 2003. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em 14 out. 2021, às 21h43min.

ser uma constante necessária para assegurar a higidez do sistema, dotando-se de um potencial de solucionar efetivamente todas as tensões sociais.

Isto vem a ser fundamental quando tomada a perspectiva de que é do discurso social que se constrói a base política que refletirá na composição do Poder Legislativo, consoante tratado anteriormente, quando da discussão acerca da formação da agenda. Mas, para além da formação pontual do discurso, não se pode ignorar a construção coletiva da consciência social a longo prazo, mediante o processo de repetição e fixação de certos preceitos – que deixam de ser interpretações possíveis, ainda que contestáveis, e se tornam dogmas sociais.

Em paralelo, como apontado por Rondon Filho³⁸, atribui-se a grupos com entendimento contrário a esse dogma uma progressiva estigmatização, com a associação direta com algum caso paradigmático em que socialmente se entendeu haver alguma vulneração do sistema jurídico³⁹. Utiliza-se do clamor social e da repercussão negativa sobre casos extremados para criar uma generalização do discurso, projetando-se que, sempre que uma situação determinada ocorrer, o sistema falhará, e, por isso, mudanças são necessárias, como apontado por Lopes Jr⁴⁰.

Ilustra-se a problemática posta acima, a qual também encontra amparo na esfera jurisdicional: no julgamento do Habeas Corpus nº 152.752, o Ministro Luis Roberto Barroso fez referência aos homicídios da Deputada Ceci Cunha, da Missionária Dorothy Stang e da jornalista Sandra Gomide⁴¹ - processos que se arrastaram por anos na justiça

³⁸ RONDON FILHO, Edson Benedito. Polícia e minorias: estigmatização, desvio e discriminação. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 6, n. 2, p. 269-293, abril/junho 2013. p. 281.

³⁹ O cerne da questão, portanto, está no uso de imagens e símbolos para associar determinadas situações da realidade enquanto exemplos cabais de um problema jurídico – e, não raramente, se fixa a vinculação de que imagem e situação estarão sempre ligadas, ainda que o exemplo originalmente posto se colocasse como algo que, *a priori*, não se tratasse de uma regra universal. É o caso da associação feita até os dias de hoje pelo inconsciente coletivo popular entre jovens negros e a criminalidade, que ocorre no Brasil desde longa data - a título de exemplo, notícia veiculada pelo jornal Folha de S. Paulo em 06/04/1997 já dava conta de pesquisa estatística apontando que negros são mais abordados e agredidos por policiais do que brancos e pardos (NEGROS são mais abordados e agredidos. **Folha de S; Paulo**. Publicada em 06 de abril de 1997. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff060402.htm>>. Acesso em 27 out. 2021, às 02h29). E, mais recentemente, vale destacar o seguinte estudo empírico: ANUNCIACÃO, Diana; TRAD, Leny Alves Bonfim e FERREIRA, Tiago. “Mão na cabeça!”: abordagem policial, racismo e violência estrutural entre jovens negros de três capitais do Nordeste. **Saúde Soc.** São Paulo, v. 29, n. 1, p. 01-13, 2020.

⁴⁰ LOPES JR, Aury, **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas: (Des)velando o risco e o tempo no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 165-168.

⁴¹ Convém transcrever o relato do Ministro na ocasião: “Houve o caso célebre do jornalista que matou a namorada com um tiro pelas costas por motivo fútil, foi julgado e condenado pelo Tribunal do Júri e continuava livre 10 anos depois do julgamento. O pai da moça, o pai da vítima, devastado pela dor, deu a seguinte entrevista: "Um dia eu liguei pra casa dele" - do assassino - "e disse: você vai morrer igual a

com a manutenção em liberdade dos réus devido à interposição de sucessivos recursos com a finalidade de evitar o trânsito em julgado – como exemplos patentes de que seria necessário admitir a prisão após a condenação por um órgão colegiado.

No entanto, o fato destes três casos constituírem exemplos extremados de aparente ineficiência do sistema penal não admite a generalização da regra para todos os processos que diariamente são ajuizados junto aos Tribunais de Justiça do país – e tampouco autoriza a flexibilização de garantias fundamentais de todos os indivíduos para se contornar a ineficiência do sistema em alguns poucos casos, ainda que sob o pretexto de evitar que alguns poucos sejam beneficiados.

Nesse sentido, segundo Schietti Cruz⁴², o devido processo legal existe para assegurar tratamento isonômico a todos os indivíduos, cabendo ao sistema criminal conciliá-lo com a manutenção da ordem jurídica e da paz pública, buscando a máxima eficácia da aplicação das normas jurídicas penais. No entanto, isto não significa, ao ver do autor, que se puna indiscriminadamente ou que se permita a abertura de brechas na tutela dos direitos fundamentais do acusado para que se satisfaça a tutela dos direitos da vítima: afinal, estaria o sistema regido pelo binômio eficiência-garantismo, no qual a

um frango, eu vou cortar o seu pescoço". E prossegue o pai da moça, da vítima: "Eu sonhava em fazer justiça por mim mesmo. Era só pagar cinco mil reais a um pistoleiro. Quem tirou essa ideia da minha cabeça foram os advogados". Um sistema penal que não funciona com o mínimo de efetividade desperta os instintos de se realizar justiça com as próprias mãos. Nós regrediremos ao tempo da vingança privada. [...] Há casos bizarros, como o do suplente de deputado federal que matou a titular do cargo para ocupar a sua vaga. Veja, contratou pistoleiros os quais mataram a deputada, seu marido e duas outras vítimas. Episódio conhecido como "Chacina da Gruta". O crime aconteceu em 1998. O réu aguardou, em liberdade, pelo julgamento, que só ocorreu em 2012, treze anos depois dos fatos. Ele foi condenado a cento e três anos e quatro meses de reclusão. E aí se deu a prisão preventiva finalmente. Ele recorreu da decisão. O recurso especial se encontra pendente de julgamento até hoje no Superior Tribunal de Justiça. De modo que, se tivesse que esperar o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, um homicídio - coisa de facínora -, ocorrido em 1998, em 2018 ainda estaria aguardando julgamento do Superior Tribunal de Justiça. [...] Mas é muito importante que se estabeleça isso no Brasil, porque palavras perderam o sentido: devido processo legal não é o que não acaba nunca e garantismo não significa que ninguém nunca é punido por coisa nenhuma, não importa o que tenha feito. Portanto, é preciso restabelecer o sentido de devido processo legal e o sentido do que seja garantismo. Depois, veio o caso da missionária Dorothy Stang. Missionária norte-americana morta aos setenta e três anos por pistoleiros, a mando de um fazendeiro da região. Em 2005! O Júri se realizou em 2013, com muitas idas e vindas, dando-se aí a condenação em primeiro grau. E se não tivesse sido preso preventivamente, estaria solto até hoje. Portanto, um sistema de justiça criminal que não funciona desmoraliza o Brasil perante a comunidade internacional também". (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 152.752/PR. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 04 de abril de 2018, p. 166-168).

⁴² SCHIETTI CRUZ, Rogério. Algumas premissas para um devido processo penal. "in" MALAN, Diogo et al (Org.). **Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antônio Magalhães Gomes Filho**. p. 317-348. p. 320-321.

máxima eficácia é encontrada tão logo se alcance o ponto de equilíbrio entre os elementos constituintes deste par ordenado⁴³.

Tal discurso, porém, encontra excelente aderência na sociedade, justamente pelo potencial de transformação da agenda política e pela ignorância acerca da real situação do sistema penal brasileiro: dados do Conselho Nacional de Justiça⁴⁴, referentes ao ano de 2017, indicam que mais da metade da população carcerária do país foi condenada pela prática de roubo ou tráfico de drogas, enquanto apenas doze por cento teria praticado crimes contra a vida. Parece desarrazoado, deste modo, admitir que casos paradigmáticos de homicídio justifiquem uma modificação sistêmica a incidir sobre todas as condenações. O mesmo vale para generalizações de outros tipos feitas pela mídia – e ecoando no Judiciário – para reformar outros segmentos da política criminal brasileira, incluindo a conversão da pena em um imperativo do sistema para sanar todas as formas de criminalidade.

Este processo, para ser bem sucedido, exige a supressão da capacidade de reflexão individual sobre o conteúdo da mensagem transmitida, de modo que o receptor da informação capture uma determinada ideia e a propague, sem que tenha condições suficientes de discernir todos os seus aspectos, deixando, portanto, de identificar lacunas teóricas importantes que infirmariam a validade da ideia: e, nesse ponto, exerce papel fundamental os meios de comunicação em massa, incluídas, aqui, as redes sociais.

Cervini⁴⁵, analisando a influência dos meios de comunicação em massa, conclui que são eles o principal instrumento de conhecimento da realidade na contemporaneidade. E não há como divergir desta afirmação: é impossível ter o conhecimento de todos os prismas de análise possíveis de uma determinada situação fática, ainda que a mesma tenha sido diretamente vivenciada pelo intérprete, sendo fundamental que, à visão particular, se agreguem outras análises feitas por demais interlocutores do mesmo evento – as quais são feitas justamente pelos meios de comunicação.

⁴³ Sobre o tema: SCARANCA FERNANDES, Antonio. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 70, pp. 229-268, jan./fev. 2008.

⁴⁴ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. p. 47.

⁴⁵ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 40-41

No mesmo sentido, Mutz⁴⁶ afirma que os veículos de comunicação são profícuos em influenciar a população acerca de determinados vieses da realidade, no que denomina de “influência impessoal”, na medida em que os referenciais analíticos não são encontrados na seara individual, mas sim a partir da vivência coletiva de toda a sociedade. E daí emerge um problema signficante: os receptores da informação, através da reiteração das informações, deixam de se questionar o por que de nunca terem sido vítimas de determinada forma de criminalização ou mesmo o motivo pelo qual desconhecem pessoas de seu círculo social mais próximo que, a despeito de se revestirem das mesmas características que o arquétipo ventilado pela mídia, não praticam os mesmos atos. A bem da verdade, em vez de contestarem a validade do modelo posto, tendem os indivíduos a entenderem que a sua realidade fática é uma exceção à regra geral – afinal, estariam a analisar apenas uma situação microscópica, enquanto a opinião pública se debruça sobre uma realidade macroscópica.

Ao lado deste grupo de indivíduos que entendem terem sido contemplados com o beneplácito da não-sujeição à caótica realidade social alardeada pela grande mídia, há também um segundo grupo cujos componentes, ainda que detenham elementos aptos a contestar esse modelo, tendem a ser capturados pelas armadilhas postas pela pós-verdade decorrente desta grande quantidade de informações (não necessariamente verossímeis – ou mesmo próximo de sê-lo), como pontuado por Cardoso⁴⁷.

Contudo, independentemente do grupo que se tome como referencial de análise, é possível afirmar que há uma convergência no sentido de ambos negligenciarem a verdade, ao não questionar a modelagem existente, no todo ou em parte. E, dentro desse processo, faz-se necessário ainda diferenciar a realidade objetiva da realidade subjetiva e compreender os motivos pelas quais, na sociedade de informação, é muito difícil chegar a uma coincidência entre ambas, pontos para os quais é fundamental lançar mão dos ensinamentos teóricos de Berger e Luckmann.

Para os autores, a realidade objetiva⁴⁸ consiste no fato posto – ou seja, o que efetivamente ocorreu -, o qual é por si só dotado de elementos de complexidade e enseja

⁴⁶ MUTZ, Diana C. **Impersonal influence: how perceptions of mass collectives affect political attitudes.** Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 05-07

⁴⁷ CARDOSO, Ivelise de Almeida. Propagação e influência de pós-verdade e fake news na opinião pública. 2019. 139 f. **Dissertação** (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências da Comunicação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 18.

⁴⁸ BERGER, Peter Ludwig e LUCKMANN, Thomas. **The social construction of reality: a treatise in the sociology of knowledge.** London: Penguin Books, 1991. p. 65-66.

uma visão global para ser adequadamente compreendido⁴⁹, ou, em síntese, o somatório de todos os prismas de análise possíveis: compreender tal realidade com exatidão perfeita exigiria a qualidade de onisciência do indivíduo.

Por outro lado, a realidade subjetiva⁵⁰ corresponde aos prismas de análise individualmente considerados: a realidade fática é captada e decodificada, sendo posteriormente possível de transmissão a terceiros. Essa transmissão, contudo, considera justamente a interpretação que o transmissor possui acerca do fato: segundo Lippmann⁵¹ ela não revela o todo em sua exatidão, mas um determinado recorte feito e que é carregado por determinados valores e por uma forma de compreensão do mundo. Quem recebe a informação, portanto, não está conhecendo do fato tal qual ele ocorreu, mas da interpretação do transmissor sobre o evento-objeto.

Deste modo, assevera Wharton⁵² que a forma como a notícia é transmitida influencia diretamente na mensagem final que será passada ao seu destinatário – e a carga de subjetivismo do processo não necessariamente será explicitada no teor material da narrativa, mas pode decorrer de pequenos gestos, tais quais o tom de voz empregado na citação e a emoção esboçada pelo transmissor, ou mesmo pela escolha dos signos linguísticos para transmitir aquele dado da realidade⁵³. Inconscientemente, o destinatário absorverá esses estímulos e os assimilará, considerando-os no processo de decodificação

⁴⁹ A análise dos aspectos globais de uma situação fática, permitindo a compreensão do todo, já foi objeto de importantes campanhas publicitárias no setor midiático, todas no sentido de tentar demonstrar por que aquele veículo de comunicação era “o mais completo” ou “o mais fidedigno” na transmissão da realidade. A mais famosa delas, do jornal britânico *The Guardian*, consistia em um comercial de televisão em que a mesma imagem era mostrada de três ângulos distintos – cada qual conduzindo a uma interpretação diferente dos fatos. Na primeira filmagem, tomada de frente, via-se um homem correndo por uma calçada em direção à câmera, sem motivo aparente. Na segunda, tomada do ângulo oposto, via-se o mesmo homem correndo, mas em direção a outro pedestre que andava pelo local e o empurrando, dando a impressão de que ele pretendia agredir ou assaltar esse outro pedestre. Por fim, o terceiro quadro, tomado a partir de uma visão aérea e permitindo a visão global da cena, transformava por completo a percepção do espectador sobre aquela realidade: o primeiro pedestre corria em direção ao outro e o empurrava não para agredi-lo ou fazer-lhe mal, mas para salvar a sua vida, já que uma plataforma localizada imediatamente acima dele colapsara e estava na iminência de atingi-lo.

⁵⁰ BERGER, Peter Ludwig e LUCKMANN, Thomas. **The social construction of reality: a treatise in the sociology of knowledge**. London: Penguin Books, 1991, p. 166-167.

⁵¹ LIPPMANN, Walter. **Public Opinion**. New York: Free Press, 1997. pp. 200-201.

⁵² WHARTON, Tim. **Pragmatics and non-verbal communication**. Nova York: Cambridge University Press, 2009. p. 118-123.

⁵³ A escolha dos signos linguísticos e a forma como construídas as expressões verbais são peças-chaves para a ênfase de parte do conteúdo transmitido pelo comunicador em detrimento de seu restante – que, a despeito de informado ao ouvinte, não necessariamente será apreendido como dotado de igual relevância. O exemplo clássico é o uso de símbolos semânticos como “criminoso” ou “bandidos” – dotados de carga valorativa negativa – para qualificar indivíduo que é preso preventivamente pela polícia no curso de investigação. Para além de macular a presunção de inocência, estigmatiza-se desde logo aquele indivíduo que, mesmo sendo considerado inocente pela justiça, continuará a sofrer as repercussões sociais daquela imputação errônea.

da informação: daí porque Habermas⁵⁴ entende ser a mídia instrumento ativo de formação da opinião pública, para o que contribuiriam de maneira significativa os “líderes de opinião”⁵⁵, agentes carismáticos e dotados de penetração social, aptos a cativar o grande público.

Acerca do tema, o levantamento realizado por Carla Campos⁵⁶ acerca da produção jornalística das revistas *Veja* e *Carta Capital* e da forma como noticiados os mesmos fatos e como percebido socialmente o crime e o combate à criminalidade, é bastante ilustrativo e evidencia a impregnação do discurso por ideologias e vieses bem determinados, com o fim de atender a um determinado público-alvo do veículo de comunicação. Para tal, se faz imprescindível lançar mão de certos símbolos linguísticos e dotá-los de carga semântica, de forma que, se aparentemente se conserva certa imparcialidade – pois o veículo jornalístico apresenta os fatos de forma ampla -, na verdade as percepções finais a serem obtidas pelo leitor/intérprete são claramente direcionadas. Especificamente acerca das conclusões resultantes dessa comparação entre os veículos de comunicação supramencionados, afirma a autora⁵⁷:

Comparando os resultados, percebemos que ambas as revistas adotaram uma postura crítica em relação à atuação do Estado no combate ao crime, revelando a incompetência/inação dos agentes estatais. [...] No que tange às divergências de ponto de vista, destaca-se o fato de *Carta Capital* fazer referência à ação do Estado de *favorecer a parte mais forte* ou *proteger os ricos* por um lado e *perseguir os pobres*, por outros; dizer excluído de *Veja*. Ainda abordando as dissonâncias entre as revistas, observamos um posicionamento totalmente diverso no que se refere às leis brasileiras. Nesse sentido, se para o sujeito de *Veja* as leis são brandas ao oferecerem aos condenados diversas formas de redução das penas com o intuito de ressocializá-los; para o de *Carta Capital*, o endurecimento das leis não é solução para a redução dos índices de criminalidade. Portanto, se o relato jornalístico é lacunar (STEINBERGER, 2005), nesse ponto específico podemos observar como os filtros culturais e as crenças ideológicas influenciam os

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. São Paulo: EDUSP, 1971. p. 171.

⁵⁵ Atualmente, se verifica mesmo cenário com a proliferação de *influencers* e blogueiros que se utilizam da informação como um produto de autopromoção, ao mesmo tempo em que, adquirindo progressivamente novos seguidores, ampliam a capacidade de replicação das teses que veiculam.

⁵⁶ CAMPOS, Carla Leila Oliveira. Crimes e punições: representações da criminalidade e do papel do Estado em seu combate na mídia impressa brasileira. **Revista Línguas & Letras**, v. 16, n. 32, pp. 165-185, 2015. p. 179.

⁵⁷ CAMPOS, Carla Leila Oliveira. Crimes e punições: representações da criminalidade e do papel do Estado em seu combate na mídia impressa brasileira. **Revista Línguas & Letras**, v. 16, n. 32, pp. 165-185, 2015. p. 172-173.

processos de referenciação de acordo com o propósito comunicativo dos sujeitos.”

Os veículos de comunicação, portanto, possuem a aptidão de converter determinadas diretrizes de ação – que constituiriam apenas parte de um rol muito maior de alternativas para solucionar determinada situação fática – em dogmas absolutos. Basta, para tal, que direcionem a realidade subjetiva transmitida aos seus espectadores para que reflita uma perspectiva própria, rica em detalhes narrativos, e com brechas dificilmente contestáveis pelo público leigo.

Cria-se, portanto, um espaço propício para que emergja uma realidade criminal puramente ilusória e estereotipada. Não sendo possível exibir ao público todos os contornos da apuração e processamento do ato delitivo e todas as versões dos acusados e tampouco imprimir a necessária profundidade vertical à matéria, para que se permita uma compreensão adequada do público sobre o que realmente ocorreu – afinal, dispõem os veículos de comunicação de tempo e espaço limitados -, é imperativo que se realizem recortes sobre os fatos e tente-se mostrar o panorama mais amplo possível.

E é neste campo da discricionariedade da transmissão que o enviesamento midiático encontra ampla fertilidade: em vez de se mostrar as agruras do sistema criminal, pode-se exaltar a atividade puramente investigativa e a atuação aparentemente esmerada da polícia no combate à criminalidade, como destacado por Barata⁵⁸. O problema é que, ao fazer isso, não raro estão os agentes midiáticos se baseando em uma narrativa construída sobre aspectos indiciários da persecução penal, sobre os quais sequer foi possível o exercício do contraditório e da ampla defesa. E, ainda que se ofereça espaço para que os envolvidos deem as suas próprias declarações sobre os eventos, a ênfase dada a elas – e a forma como transmitida a informação⁵⁹ - é muito menor do que a dada aos eventos principais – o que certamente contribui na construção da opinião particular do telespectador e, com o tempo, na própria opinião pública.

⁵⁸ BARATA, Francesc. Los mass media y el pensamiento criminológico, “in” BERGALLI, Roberto. (Coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. Tirant lo Blanch: Valencia, 2003. p. 487-516. p. 507.

⁵⁹ Não é raro verificar que, na narrativa televisiva sobre casos criminais de grande repercussão, os fatos principais e o juízo valorativo sobre eles sejam acompanhados de conteúdo imagético e dramaticidade. Tal conteúdo é previamente diagramado e estruturado para despertar sentimentos de repulsa e comoção no grande público, enquanto a versão dos envolvidos é relegada a um papel menor, geralmente lida na forma de notas comunicativas pelos apresentadores.

Monk-Turner et al⁶⁰, focando especificamente na questão dos estereótipos, indicam que a mídia exerce um papel extremamente importante – e negativo – de promover uma formação incidental, por meio de técnicas de cognição associativas, de determinados estereótipos, os quais contribuem tanto com a formação de uma cultura de medo quanto com uma interpretação errônea da realidade. Entendem os autores que, do ponto de vista psicológico, os telespectadores que recebem uma carga de impressão negativa constante acerca de determinados segmentos sociais minoritários tendem a compreendê-la enquanto uma verdade universal representativa – e, quando determinada situação concreta ocorre opondo indivíduo representante desta minoria estereotipada e outro representado pela classe dominante, há uma tendência em que se adote postura favorável a este último, como recorrentemente se vê no Poder Judiciário e na atuação das forças de segurança estatal, como identificado por Gless⁶¹.

E o contínuo processo de repetição dos fatos por diversas fontes, dando-os aparentemente a mesma roupagem, contribui para a construção de uma falsa percepção de que a realidade subjetiva narrada é, em verdade, coincidente com a verdade objetiva, o que vale tanto para a questão acima posta acerca da formação de estereótipos quanto para as demais matérias sujeitas a esta influência midiática. Ramonet⁶², defronte a esta problemática, chega à percuciente conclusão de que o cidadão comum busca construir a sua percepção crítica acerca de um evento-objeto determinado a partir do confronto dos discursos dos diferentes meios de comunicação – ainda que não raro busque aquele que melhor se adeque às suas convicções pessoais -, e, se tais discursos forem iguais em sua essência, não chegaria ele a outra conclusão senão que são os discursos verdadeiros.

Assim, é possível que se lance uma ideia ao grande público, sem pretexto aparente e com a blindagem da atenção de um grande ensejo social, para que a mesma seja absorvida sem reflexão e, gradativamente, incorporada à consciência coletiva como uma verdade absoluta – conseqüentemente, passa ela a ser propagada, formando, na opinião pública, uma conclusão que manipula os ensejos individuais, mas que é incapaz de efetivamente atendê-los.

⁶⁰ MONK-TURNER, Elizabeth et al. The Portrayal of Racial Minorities on Prime Time Television: A Replication of the Mastro and Greenberg Study a Decade Later. **Studies in Popular Culture**, v.32, n. 2, p. 101-114, março/maio 2010. pp. 108-109.

⁶¹ GLESS, Sabine. Policiamento punitivo: em defesa dos verdadeiros positivos. Tradução de Heloísa Estellita e Miguel Lima Carneiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, p. 01-08, 2020. p. 02-03.

⁶² RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. 2ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999. pp. 44-46.

Não é por outra razão que Weber⁶³, já no início do século XX, afirmava a necessidade de se ponderar adequadamente a escolha do meio de comunicação que o indivíduo enquanto leitor e absorvedor de conhecimento pretendia escolher enquanto fonte das informações:

“Uma vez que o conteúdo do jornal não consta apenas de notícias, por um lado, nem de produtos da indústria de entretenimento, do clichê, por outro – como se sabe, existem produções em massa de conteúdos de imprensa, desde o espaço de esportes e das palavras cruzadas até a novela, um pouco de tudo, produzidos por importantes empresas do ramo –, digo, que como nem os clichês nem as meras notícias preenchem completamente a imprensa, resta a produção daquilo que hoje em dia se oferece na imprensa como trabalho realmente jornalístico e daquilo que, pelo menos aqui na Alemanha, em contraste com alguns países não alemães, ainda é de importância fundamental na hora de avaliar um jornal. Não podemos, portanto, nos contentar com a contemplação do produto como tal, mas sim temos que prestar atenção ao produtor e perguntar pela sorte e pela situação do estamento jornalístico.”

Defronte ao processo acima narrado, Fuentes Osório⁶⁴ sintetiza o processo de manipulação da informação e de direcionamento da atenção do público a determinados fatos – selecionando os prismas de análise – na forma de estratégias simbólicas que moldam uma narrativa específica, direcionada ao grande público, acerca de como se dá a persecução penal. Para o autor, em primeiro lugar, os veículos de comunicação elegeriam determinados atos de delinquência que seriam colocados em primeiro plano, dando a eles maior enfoque, tanto sob o prisma da visibilidade como sob o prisma da eloquência narrativa. Feita essa escolha, tais veículos dividiriam a sua exposição em dois cenários distintos, a depender de suas circunstâncias de fundo: ora se exporia o fato sem tratar de fatores e dados que pudessem ser desfavoráveis à construção do cenário de violência proposto⁶⁵ e ora se superdimensionaria o evento para destacar a reiteração da ocorrência

⁶³ WEBER, Max. Sociologia da imprensa: um programa de pesquisa. Tradução do original alemão publicado nos anais do Primeiro Congresso da Associação Alemã de Sociologia em Frankfurt (1910). Rio de Janeiro, **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n° 55-56, 2002, pp. 185-194. p. 191.

⁶⁴ FUENTES OSÓRIO, Juan L. Los Medios de Comunicación y el Derecho Penal *apud* LEITE, Corália Thalita Viana Almeida. Memória, mídia e pensamento criminológico: enfoque em casos brasileiros (1988-2016). 2017. 324 f. **Tese** (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade, Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Vitória da Conquista, 2017. p. 124.

⁶⁵ A informação, neste caso, é veiculada de maneira incompleta, impedindo que o leitor/intérprete assimile todos os contornos da realidade fática. Exemplo interessante ocorreu na Operação “Carne Fraca” da Polícia Federal, deflagrada em 2017 contra frigoríficos que supostamente teriam deixado de observar normas da vigilância sanitária: o principal foco das notícias veiculadas à época estava na utilização de ácido sórbico e ascórbico pelos frigoríficos nos produtos alimentícios, o que, de pronto, impressionou a opinião pública, pela associação negativa advinda da palavra “ácido”. Contudo, o que não foi noticiado é que tais substâncias tinham seu uso autorizado pela vigilância sanitária, não havendo qualquer

de condutas análogas, praticadas por agentes com o mesmo perfil delitivo⁶⁶ – para tal, recorrentemente se lançaria mão do estabelecimento de conexões entre os diferentes casos, para reavivar no inconsciente popular as lembranças destes eventos pretéritos e estimular um sentimento de medo e repulsa.

Nota-se, portanto, que há um movimento cíclico de produção de novas notícias e reiteração dos ocorridos, com o intuito de manter o consumidor da informação em um estado de alerta e vigilância constante. A forma como a informação é transmitida é fundamental nesse processo: ainda que haja algum grau de distorção ou de omissão de elementos da realidade, mesmo quando transmitidos os dados verossímeis, são utilizados símbolos e caracteres sonoros e imagéticos⁶⁷ que despertam a ira do espectador em relação ao indivíduo apontado como acusado, a sua compaixão em relação à vítima e o medo dele próprio ser vitimizado no futuro.

O processo de influência exercido pela mídia, portanto, age na forma da dicotomia estereotipação social e delitiva, de um lado, e de seletividade na transmissão das informações, de outro. Assim, quando do processo de formação da opinião pública, afeta-se o caráter da racionalidade e impede-se que os indivíduos isoladamente considerados consigam realizar um processo de depuração completa das informações: montando o panorama apenas com as peças que lhe são fornecidas, o resultado do processo formativo por si só já é maculado, sendo suas consequências de difícil reversão.

desconformidade regulamentar. Nesse sentido: ZOGBI, Paula. Anvisa se posiciona sobre Carne Fraca; ácido ascórbico é permitido. **Portal Infomoney**. Publicação em 23 de março de 2017, às 13h28. Disponível em: < <https://www.infomoney.com.br/consumo/anvisa-se-posiciona-sobre-carne-fraca-acido-ascorbico-e-permitido/>>. Acesso em 21 out. 2021, às 17h11. Igualmente: MARCHESAN, Ricardo, KAORU, Thâmara e SOUZA, Nivaldo. Papelão, ácido cancerígeno, exagero da PF: você entendeu a Carne Fraca? **Portal UOL**. Publicação em 25 de março de 2017, às 04h00. Disponível em: < <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/03/25/papelao-acido-cancerigeno-exagero-da-pf-voce-entendeu-a-carne-fraca.htm>>. Acesso em 21 out. 2021, às 17h14.

⁶⁶ É o caso tradicional das notícias veiculadas por meios de comunicação sensacionalistas que tendem a enfatizar a prática de crimes contra o patrimônio praticadas por jovens da periferia, aparentemente ignorando que este não é o único grupo social que pratica tais condutas.

⁶⁷ Acerca especificamente destes caracteres, afirma Fuentes Osório, em conclusão ao trecho destacado, que: “Tudo isso se completa com a transmissão de informações oficiais (sobretudo as procedentes da polícia e das instituições públicas) e apreciações da opinião pública que confirmam o exposto. Este processo de potencializa mediante sua repetição por cada meio, cadeia, grupo. — O desenho e modo de comunicação da notícia: discurso dramático e emotivo (que ainda que se apoie em dados reais, também se permite algumas licenças: se incluem dados modificados, exagerados, descontextualizados – inclusive se podem criar notícias a partir de acontecimentos fictícios ou inventados -; se omitem outros) ou uma narração fria e tranquilizadora; textos breves que não entram na análise profunda do problema; ocorre-se a frases feitas, a clichês e estereótipos; desenho de titulares com inclusão de juízos de valor; acompanhamento por música, fotografias e imagens selecionadas (preparação da imagem mediante a situação das câmeras ou o recorte e descontextualização das fotografias); apresentação de gráficos e quadros estatísticos, etc.” (Op. Cit, p. 124).

Pode-se exemplificar⁶⁸ tal processo. Em 1994, em São Paulo, foi amplamente noticiada pela imprensa uma acusação de abuso sexual ocorrida em uma escola de educação infantil (“Escola Base”), a qual, desprovida de qualquer substrato jurídico, sequer chegou a resultar na instauração da persecução penal, findando já na fase de inquérito policial. Contudo, a absolvição jurídica dos envolvidos – os proprietários e um funcionário da escola – não coincidiu com a “absolvição social” deles, que continuaram a ser vistos enquanto criminosos, em um claro indicativo de como os direitos fundamentais podem ser vulnerados pelo populismo midiático, ainda que, do ponto de vista estritamente jurídico, estejam eles resguardados sobre o manto do devido processo legal, como identificado por Santos Souza⁶⁹.

A própria repercussão midiática acerca da ausência da prática de qualquer ilícito penal por parte dos acusados também não foi suficiente para superar os impactos da onda sensacionalista que as acusações iniciais geraram, levando os envolvidos à ruína social e econômica, tudo em decorrência de um simples boato⁷⁰.

2.1.2. A mídia, o medo coletivo e o interesse pela notícia criminal

A influência exercida pela mídia sobre a opinião pública e a modelagem da agenda para atender interesses pré-determinados ganha contornos muito nítidos na contemporaneidade, em que a criminalidade se presta tanto a finalidades espetaculares como para promover a percepção de risco.

Segundo Debord⁷¹, pode-se afirmar a sociedade contemporânea enquanto uma “sociedade do espetáculo”, ou seja, uma sociedade em que as relações sociais não apenas são impostas pela mídia, mas também como aquela em que a percepção da realidade objetiva decorre de um somatório de representações não necessariamente verossímeis do

⁶⁸ Para além do exemplo citado, convém destacar as arbitrariedades verificadas no curso da Operação Lava-Jato - que serão analisadas mais detidamente adiante neste trabalho -, a qual também releva uma notória situação em que se direcionou a opinião pública contrariamente aos agentes políticos, ao arrepio do devido processo legal. Esta tem sido uma tendência das operações policiais deflagradas com o fim de combater a criminalidade de “colarinho branco” no Brasil, muitas das quais foram anuladas pelos Tribunais Superiores por deixarem de observar preceitos básicos de processo penal e as garantias fundamentais dos acusados – o que, surpreendentemente, a opinião pública taxa como representativo da leniência do Judiciário para com a criminalidade.

⁶⁹ SANTOS SOUZA, Thaís. Violação das garantias processuais brasileiras praticadas pela Mídia: uma análise do caso Escola Base/1994. **Media & Jornalismo**, v. 19, n. 34. p. 269-293. p. 290-291.

⁷⁰ BARRO, Gabriela de. Como o caso Escola Base enterrou socialmente os envolvidos. **Canal Ciências Criminais**. Publicado em 18 de maio de 2018, às 20h21. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/caso-escola-base/>>. Acesso em 30 out. 2021, às 15h22.

⁷¹ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 2007. p. 20.

mundo fático – havendo, portanto, grande distorção entre àquela e a realidade subjetiva transmitida.

Em sentido análogo, Glassner⁷² recapitula a veiculação, pela revista Time, de uma pesquisa que dava conta de um suposto aumento substancial de casos de violência no ambiente de trabalho nos Estados Unidos, cujos números remontavam a casa dos milhões de incidentes. Contudo, após o alarmismo inicial, um estudo mais aprofundado feito pelo The Wall Street Journal deu conta de que o veiculado pela Time, em verdade, se deu em decorrência de um levantamento feito de maneira enviesada e com baixa qualidade estatística – sendo, portanto, mais suscetível de apresentar um resultado inidôneo. Em vez de milhões de casos, o número verdadeiro era pouco superior ao primeiro milhar e muitas vezes sequer era associado ao ambiente de trabalho em si, já que perpetrado por agentes externos: se considerada a ocorrência apenas de fatores endógenos, a probabilidade de ocorrência de violência com resultado morte no ambiente de trabalho seria inferior à probabilidade de ser atingido por um raio durante uma tempestade.

Resta claro que a identificação do enviesamento narrativo não é tão simples: e, se feita por outro veículo midiático, ainda se encontra suscetível a críticas de que se está a tentar desmoralizar a informação obtida em primeira mão por um veículo concorrente. Consequentemente, ante essa dificuldade fática e possível tentativa de desconstrução do panorama verdadeiro, muitas vezes é relegado ao destinatário final que cumpra com o dever de conferir a veracidade dos fatos – algo que, na quase totalidade dos casos, não possui ele tempo ou meios hábeis a fazê-lo.

Deste modo, prefere-se simplesmente consumir a imagem pronta a refletir sobre o seu conteúdo e tentar extrair dele os seus contornos de sentido, de modo a tornar a mídia um grande produtor industrial, nos dizeres de Kellner⁷³, tendo como seu produto precípuo a informação – e, por evidente, trazendo-a devidamente moldada a interesses e premissas bem delineadas, favoráveis à ideologia transmitida por aquele veículo de comunicação, como anteriormente já abordado.

Assim, segundo Hjarvard⁷⁴, chega-se à conclusão de que, na sociedade atual, as relações humanas são influenciadas por imagens produzidas e gradativamente

⁷² GLASSNER, Berry. **The culture of fear: why Americans are afraid of the wrong things**. New York: Basic Books, 2010. p. 58.

⁷³ KELLNER, Douglas. A cultura da mídia. Bauru, SP: EDUSC, 2001. pp. 40-42.

⁷⁴ HJARVARD, Stig. Mídiação: teorizando a mídia como agente de mudança social e cultural. **MATRIZES**, v. 05, n. 02, p. 53-91, jan./jul. 2012. p. 73.

consumidas, moldando a ação humana entre atores e espectadores, influenciadores e influenciados. E as decorrências práticas, inclusive para a ordem jurídica, não são escassas: dentro dessa falsa realidade construída, aquele que detém o controle da informação e da forma como se construirá uma determinada narrativa detém a dominação simbólica.

As repercussões para o direito penal desta construção não podem ser ignoradas. Mutz⁷⁵ preconiza que a proliferação das “percepções impessoais”, já conceituadas anteriormente, são fundamentais para induzir comportamentos determinantes nos agentes sociais e políticos, levando-os a agir, tanto no sentido de desenvolver novas políticas públicas como no sentido de alterar a legislação. Para a autora, que utiliza a política criminal de combate ao uso e tráfico de entorpecentes nos Estados Unidos enquanto referencial teórico⁷⁶, a construção destas falsas narrativas – ainda que o sejam apenas parcialmente – busca criar um sentimento de medo e preocupação artificial, deixando de lado as experiências reais daqueles que efetivamente vivenciaram e foram vitimizados pela situação de fundo colocada.

Para o direito penal, esse cenário é deveras desfavorável: a pronta ação estatal impede que se adquira estágio de maturação adequado à implementação eficiente e direcionada da política criminal – repetindo-se um modelo de “tentativa e erro” e buscando os resultados imediatos em detrimento de um método consistente de resolução do problema de fundo. A assunção, deliberada ou não, de uma realidade fática incorreta implica na consequente estruturação inadequada da modelagem a ser desenvolvida para solucioná-la, o que impede que se alcancem resultados satisfatórios, pela inadequação entre meios e fins.

⁷⁵ MUTZ, Diana C. **Impersonal influence: how perceptions of mass collectives affect political attitudes**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 102-103.

⁷⁶ Para ilustrar a problemática posta, a autora faz referência a um levantamento realizado nos Estados Unidos no final da década de 1980 acerca da percepção que uma amostra de eleitores possuía acerca do uso de drogas enquanto um problema “nacional” (afetando a sociedade enquanto uma massa indistinta de indivíduos) e como um problema “pessoal” (afetando tanto o entrevistado quanto seus familiares mais próximos). As respostas – que podem ser encontradas na tabela 4.1. da obra supramencionada (p. 105) – demonstra que o coeficiente daqueles que vislumbram o uso de drogas enquanto um problema nacional é três vezes superior ao coeficiente daqueles que identificaram impactos negativos do uso de drogas em seu círculo familiar, ainda que os entrevistados pudessem responder afirmativamente a ambas as perguntas (não se tratando, pois, de itens mutuamente excludentes). Deste panorama, dúvida não há de que havia uma percepção exagerada da dimensão nacional da utilização de drogas e seu impacto na sociedade estadunidense: para que a percepção se demonstrasse adequada, seria esperada maior proximidade entre ambos os coeficientes; entretanto, os resultados apontam que dois em cada três entrevistados que afirmaram compreender que o uso de drogas é um grave problema nacional nunca vivenciaram, em seu círculo mais íntimo, quaisquer efeitos dessa realidade fática.

E, nessa fórmula, o cidadão comum é duplamente prejudicado e se torna massa de manobra para implementação de determinadas perspectivas de funcionamento do sistema, especialmente no âmbito do direito penal: ao mesmo tempo em que se torna angustiado pela perspectiva de se tornar vítima de novos delitos, é ele também mais vulnerável a ser imputado como autor da prática destes crimes, principalmente na hipótese de pertencimento de grupos sociais mais marginalizados e cuja exclusão social é buscada pela estrutura dominante de poder, tese esta bem asseverada por Andrade⁷⁷.

O sistema criado, assim, tende a constantemente se retroalimentar, sendo de difícil superação, ante o sucessivo influxo de falsas narrativas e a construção de um processo de descrédito sobre aqueles que questionam a veracidade do que é transmitido. Constrói-se uma relação de poder baseada no controle da informação e que se irradia para as políticas públicas adotadas pelo Poder Público – fechando o ciclo de formação da agenda que inicialmente fora mencionado neste capítulo.

Em paralelo, Silva Sanchez⁷⁸ afirma que a sociedade pós-industrial é caracterizada por uma insegurança coletiva, o que inerentemente se associa com a aversão à assunção de riscos, panorama este que decorreria, dentre outras influências externas – como a já apontada maximização da tutela de bens jurídicos -da pluralidade informativa e da ausência de critérios claros para formar claramente uma concepção crítica acerca do conteúdo veiculado.

Nota-se do ensinamento do penalista espanhol que não há como se apartar da análise do direito penal contemporâneo a sensação de insegurança coletiva e o papel dos meios de comunicação neste processo – os quais contribuem significativamente para tornar a violência peça de entretenimento, aproximando os espectadores e “consumidores” da informação das vítimas dos crimes noticiados. E, do ponto de vista subjetivo, este processo de metamorfose do espectador possui uma finalidade específica: maximizar a insegurança e o incômodo de quem recebe a informação para que criar um evento “focalizador” que leve à adoção de melhorias para superar aquele estado pré-determinado de medo e incerteza.

⁷⁷ANDRADE, André Lozano. Populismo penal: o uso do medo para recrudescimento penal. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 202 p., 2019. p. 109.

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del Derecho Penal**, Madrid: BdeF, 2011. p.120.

Esse cenário revela a importância de considerar a sociedade contemporânea enquanto uma “sociedade do risco”, como cunhado por Beck⁷⁹ – isto é, caracterizada pela constante aflição da exposição de seus bens valorizados, ou seja, bens jurídicos, à risco em virtude da ação humana. São duas as suas razões de existência: em primeiro lugar, os avanços tecnológicos na sociedade pós-industrial levaram a sociedade a valorizar economicamente e a tutela juridicamente novos bens, constantemente expostos a danos e perigos⁸⁰; e, em segundo lugar, o aumento da competitividade social pelo topo da pirâmide, fundada na tese de que o sucesso social está atrelado à posse de bens materiais, alardeada pela mídia, o que leva parte da população a recair em zona de marginalidade, tão somente pelo fato de não dispor da mesma capacidade aquisitiva ou mesmo das oportunidades dadas aos demais – ou seja, a busca por maiores riquezas e a tentativa de se afastar dos riscos, inclusive à própria vida, a que mais se sujeitam aqueles na base da pirâmide, como identificado por Jacondino e Eslabão⁸¹ -, o que, não raro, decorre de um processo histórico de oposição e negligência estatal a estes grupos marginalizados.

Paralelamente a esses fatores, a emergência de novas dimensões de direitos humanos, agora transcendentais ao plano individual e permeando a coletividade como um todo, inclusive sob o prisma intergeracional⁸², incrementa o grau de abstração da tutela dos bens jurídicos e possibilita uma expansão horizontal do campo de atuação do Direito Penal, como os crimes cibernéticos e a tutela do meio ambiente. O problema, como melhor se exporá nos capítulos seguintes, está na inadequação finalística do sistema para atender a essa demanda de maneira adequada, para o que contribui o discurso populista penal.

⁷⁹ BECK, Ulrich. **Risk Society: towards a new modernity**. Londres: SAGE Publications Ltda, 1992. p. 19-20.

⁸⁰ A tutela de interesses transindividuais e o aumento da área de atuação do Direito (não apenas o penal) contribui para a criação desse aumento da esfera social de risco. Ao mesmo tempo, os novos riscos que emergem estão usualmente fora do controle dos indivíduos: se antes era possível que se buscasse uma tutela com as próprias forças, pois identificado claramente o bem lesado e o causador do dano, agora isso não é mais possível para uma série de bens e direitos, justamente porque afetados de maneira síncrona por diversos agentes (não sendo possível quantificar com exatidão o dano advindo de cada um – como ocorre com a poluição/degradação ambiental) ou por força de sua difícil percepção, pela ausência de conhecimento técnico pelo público leigo somada à provocação de dano por acumulação (como a utilização de substâncias lesivas à longo prazo a saúde em gêneros alimentícios) Nesse sentido: BECK, Ulrich. **Risk Society: towards a new modernity**. Londres: SAGE Publications Ltda, 1992. p. 54-55.

⁸¹ JACONDINO, Eduardo Nunes e ESLABÃO, Daniel da Rosa. Ulrich Beck e o paradigma sociológico do risco. **Estudos Sociológicos**, v. 20, n. 38, p. 129-143, jan./jun. 2015. p. 137-138.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.38

Diante disso, tem-se a impressão de que a criminalidade adquiriu novos patamares antes não verificados e que a sociedade estaria vulnerada por esta explosão dos índices delitivos. Contudo, o cerne da questão não repousa propriamente no aumento numérico dos crimes praticados, mas na ressignificação da tutela dos bens jurídicos⁸³, que se projetou para áreas que, no passado, não eram sujeitas à abrangência do direito penal, ao mesmo tempo em que não se extirpou totalmente a criminalidade “tradicional”.

Assim, na sociedade do risco, é constante a sensação de insegurança na população, ante a possibilidade de serem praticados crimes que não atingirão apenas indivíduos isolados, suas vítimas diretas, mas que podem reverberar sobre um número indeterminável de pessoas ou bens coletivos. E, para que essa reverberação seja ampla, a abstração do liame causal entre as condutas delitivas e a efetiva lesão ao bem jurídico também deve ser mais ampla do que a tradicionalmente concebida, resultando na preconizada expansão do Direito Penal sobre estes novos riscos preconizada por Callegari e Andrade⁸⁴.

Lira⁸⁵, ao tratar das razões para o hiperinflacionamento penal, afirma que as alterações legislativas promovidas após a mudança de agenda na segurança pública, no sentido de aumentar o rigor da atuação policial do Estado, tendem a atribuir uma falsa sensação de segurança aos cidadãos – contudo, por detrás do pretense aprimoramento das políticas penais, as medidas adotadas corroem lentamente os direitos fundamentais dos indivíduos e retroalimentam o sistema, dando azo a que condutas anteriormente não criminalizadas passem a ser alvo de novas sanções estatais e, assim, garantindo a perpetuidade do ciclo de insegurança.

E, aqui, resta novamente evidente a correlação entre a construção da opinião pública pelos veículos de comunicação e o Direito Penal, tema que Carnelutti⁸⁶ já consignara como uma progressiva tendência da sociedade contemporânea, seja pelo

⁸³ O tema será revisitado adiante no próximo capítulo, contudo, convém tecer breve comentário acerca deste ponto nesse momento. A constitucionalização dos direitos fundamentais de terceira e quarta geração os insere necessariamente na esfera de tutela do Direito Penal, pois convertidos em bens jurídicos – direitos eleitos pelo Constituinte e pelo Legislador enquanto elementos estruturantes da sociedade -, contudo, os mesmos apresentam peculiaridades que impedem a individualização da vítima e do dano causado. Basta pensar no dano ambiental decorrente de poluição: como quantificar o impacto provocado pela conduta lesiva do agente para fins de aplicação proporcional da pena?

⁸⁴ CALLEGARI, André Luis e ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do risco e direito penal. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano 11, n. 26, p. 115-140, jan./jun. 2020. p. 137-138.

⁸⁵ LIRA, Rafael de Souza. **Mídia Sensacionalista: o segredo de justiça como regra**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.17.

⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Leme: EDIJUR, 2017. p. 07-08.

grande interesse e fascínio despertado pela temática polícialasca – pela dramaticidade da matéria -, seja pela existência de interesses econômicos, que posteriormente também se verificam na classe política, todos a justificar a cobertura ostensiva deste tipo de notícia.

A consequência imediata dos processos narrados neste capítulo até o momento – e que constitui premissa para o tópico que se desenvolverá nos capítulos subsequentes – é a de que a construção da opinião pública, tanto acerca dos modos de condução da política criminal como acerca da impressão que se passa sobre os direitos dos réus quando da cobertura midiática sobre os eventos polícialescos, tem o condão de interferir na formação da concepção crítica do público quando defrontado com o resultado “jurídico” – ou seja, o julgamento observado o devido processo legal – daquela situação fática específica.

A opinião ostensivamente formada sobre esses eventos, quando infirmada pelo conjunto probatório ou por violações às garantias constitucionais dos réus – como o contraditório, a ampla defesa, a soberania do tribunal do júri, dentre outros -, leva o público a assumir a falsa percepção de que não se estaria a promover a justiça, ou que o julgamento careceria de tecnicidade. Afinal, a realidade subjetiva transmitida ao público aparentemente fornecia todos os elementos suficientes aos leigos para formar a sua convicção sobre a culpabilidade, ou não, do agente: a eles causa espanto quando o resultado verificado não se coaduna com esta perspectiva.

Em *ultima ratio*, o processo penal se converte em típica arena de combate, em que a apuração dos fatos de maneira racional e crítica dá lugar à externalização de preferências de forma passional e calorosa, resultando na “escola de incivilidades” a que alude Carnelutti⁸⁷.

Diante desse panorama, em que se propaga uma situação de medo constante ao mesmo tempo em que, aparentemente, as soluções legislativas e jurisdicionais são ineficientes para combater a criminalidade – afinal, aqueles ostensivamente apontados como culpados pelos veículos de comunicação, ao final do processo, são reconhecidos como inocentes pelo Poder Judiciário -, abre-se margem para a provocação de alarmismos sociais e consequentes demandas por penas mais rigorosas e pela expansão do objeto do Direito Penal.

⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Leme: EDIJUR, 2017. p. 10.

O sistema de criação de medo e alteração das perspectivas penais, portanto, é constantemente retroalimentado e atende às finalidades econômicas dos agentes midiáticos – que aumentam seus índices de audiência através da veiculação de informações que captam a curiosidade do público pela dramaticidade inerente, tema bem destacado por Sodré⁸⁸ – como dos agentes políticos – que encontram nessas políticas repressivas uma forma de conquistar o eleitorado, atendendo ao clamor para apaziguar forte angústia, mas sem ter de lidar com demanda estrutural de difícil solução.

Por fim, antes de passar à análise das razões do populismo penal, convém sintetizar, com base no exposto até o momento neste capítulo, a correlação entre opinião pública, sociedade do risco, sociedade do espetáculo e o papel exercido pela mídia e demais veículos de comunicação.

A formação da opinião pública é feita de forma maculada, através da constante exploração da criminalidade feita pelos veículos de comunicação e da indução à percepção ilusória de que os índices de insegurança são muito maiores do que os realmente verificados – para o que contribui o fascínio do público por este tipo de informação -, o que leva à assunção, por parte dos receptores das informações, de que seus bens jurídicos estão constantemente ameaçados por estas ondas de criminalidade. O fascínio, assim, dá lugar à repulsa e intranquilidade.

Enquanto o sistema de criação de insegurança e provocação de fascínio se retroalimenta, o enviesamento midiático também contribui para retirar credibilidade do sistema jurídico e do direito penal: com o bombardeio de informações sobre a prática de atos delituosos constantemente noticiada, a população, em geral, passa a demandar por uma reforma do sistema, espaço no qual se aproveitam aqueles que buscam a satisfação de seus interesses pessoais com uma política criminal mais enrijecida.

Entretanto, as alterações sistêmicas buscadas não visam a atacar as causas fundantes da criminalidade ou efetivamente se debruçar sobre mecanismos de revalorização da política criminal. Pelo contrário: tende-se a recair sobre medidas simplistas, como a imposição de penas mais severas, a criminalização indistinta de condutas que possam vulnerar bens jurídicos determinados, independentemente da repercussão a médio e longo prazo destes fatos – como o aumento massivo do

⁸⁸ SODRÉ, Muniz. A sedução dos fatos violentos. **Discursos sediciosos: crime, direto e sociedade**, Rio de Janeiro, v.1., n.1., p. 207-214, jan./jun. 1996. p. 209.

encarceramento e o descaso com os processos de ressocialização – e, mais preocupantemente, a refutação de direitos e garantias fundamentais de índole processual por serem elas potenciais obstáculos à eficácia do direito penal.

A relação entre a mídia e o populismo penal, portanto, é simbiótica. Enquanto a primeira se utiliza do direito penal e do discurso populista para alavancar seus índices de audiência e, conseqüentemente, aumentar seu lucro, os defensores do discurso populista se aproveitam da repercussão trazida pela divulgação dos fatos pela mídia para angariar votos, idolatria e prestígio popular, ao mesmo tempo em que se esquivam de ter de buscar novas modelagens – custosas, tanto em matéria de tempo quanto de recursos, e sujeitas ao risco do fracasso – para combater mazelas sociais identificadas e vivenciadas por seus eleitores.

2.2. O Populismo Penal e a busca por soluções imediatistas

Se de um lado a mídia atua fortemente para criar uma determinada visão na opinião pública que promova a concepção de disseminação ampla da criminalidade, de outro os agentes políticos dominantes agem através do populismo penal para criar a falsa pretensão de solução das mazelas necessárias ao combate desses crimes e, para tal, lançam mão de novos mandamentos de criminalização e de contestação da própria validade da eficácia do sistema jurídico-penal: e mais, enquanto este processo de desagregação ocorre, há diminuição no investimento sobre medidas sociais (saúde, educação, cultura, entre outras) que efetivamente teriam o condão de, a longo prazo, resolver tal problema estrutural.

O fenômeno em questão não é exclusivo do Brasil, se afigurando enquanto uma tendência mundial desde a década de 1980. Contudo, em alguns locais, a adoção destas ideias se faz ainda mais evidente, pelo agravamento natural da criminalidade pela falta de estruturas sociais básicas⁸⁹, cumulado com a espetacularização desse fenômeno já tratada no subitem anterior.

A soma destes dois fatores relegou a política-criminal a um papel secundário, abrindo espaço para que os agentes políticos passassem a buscar o consenso através do apoio popular a medidas repressivas duras e irracionais.

⁸⁹ Segundo dados do delitrômetro do Instituto Avante Brasil, entre 1980 e 2012 ocorreram 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) homicídios no Brasil. Acesso em 13 de julho de 2016.

Essa estratégia decorre da demagogia no discurso, método e técnicas empregados – daí a razão para o uso do termo populismo, o qual Voßkuhle⁹⁰ afirma ser técnica de dominação e conservação do poder político pautada na formação de um pensamento homogêneo - e na consequente expansão do Direito Penal sem bases teóricas que as sustente - razão para a qualificação do fenômeno enquanto “penal” ou “punitivo”.

Analisando as origens do conceito de populismo penal, Paiva⁹¹ a localiza nas obras de Anthony Bottoms enquanto um ponto de virada na normativa aplicável ao direito penal nos países da Europa Ocidental e nos Estados Unidos, na qual a tecnicidade jurídica foi substituída pelo apelo emocional e político do encarceramento. Para tal, se baseavam estes agentes políticos em uma realidade fática que lhes era desfavorável: de um lado, a criminalidade e a insegurança social aumentavam – para o que muito contribuiu a expansão dos bens tuteláveis pelo Direito -, enquanto, de outro, as estratégias de política criminal que até então se adotavam passaram a ser reputadas ineficientes.

Defronte a duas opções possíveis – remodelar a política criminal e se sujeitar ao ônus de um fracasso ou, simplesmente, proceder ao recrudescimento da tutela punitiva do Estado -, optaram os agentes políticos por encampar o segundo modelo, mais palatável a um discurso eleitoral e cujo fracasso seria de explicação menos custosa – afinal, repousaria a continuidade delitiva nos próprios agentes “criminosos”, que continuaram a praticar crimes independentemente do aumento das sanções: em outras palavras, o Estado teria feito a sua parte, mas a sociedade, não.

É por tal razão que Newburn⁹², a seu turno, conceitua o populismo penal enquanto o modo de se enfrentar a criminalidade a partir de um discurso eminentemente político: a tutela do Direito Penal passa a ser politizada e contaminada pela influência da opinião pública, substituindo a Academia enquanto principal agente veiculador de mudanças. Nele, a ação dá lugar à retórica, e a ação coordenada dá lugar a medidas rígidas de combate à criminalidade – ainda que, teoricamente, fosse possível cogitar do oposto, caso os eleitores assim desejassem.

⁹⁰ VOßKUHLE, Andreas. **Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.28

⁹¹ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes. Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984-1990. **Tese** (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 178 p., 2014. p. 46-47.

⁹² NEWBURN, Tim. **Criminology**. 3ª edição. Londres: Routledge, 2013. p. 116.

E a consequência imediata da mudança de perspectiva da criação e aplicação das normas de direito penal, consoante identificado por Garland⁹³, é o declínio da função reabilitadora que se encontra por detrás do processo de encarceramento: em paralelo à pena, dever-se-ia buscar a reabilitação do condenado para que este pudesse se reinserir na sociedade e retomar sua vida cotidiana. No entanto, em substituição a essa linha de raciocínio, passou a sociedade a almejar um Direito Penal recrudescido, em que a condenação deve servir, por si só, de exemplo para que outros eventos semelhantes não aconteçam – para o que contribui tanto a criação de penas em patamares mais elevados e com menor possibilidade de flexibilização como também a estigmatização do acusado (antes mesmo de qualquer julgamento definitivo), mediante o uso de instrumentos coercitivos simbólicos (indumentária prisional, algemas, conduções coercitivas cinematográficas) que, ao mesmo tempo em que atraem o fascínio das massas populacionais, segregam aqueles que sejam acusados da prática de um ilícito.

Miranda Estrampes⁹⁴, acerca do tema, afirma que a classe política, não apenas no Brasil, tem dissimuladamente utilizado o direito penal como ferramenta de correção de problemas sociais tendo em vista a sua repercussão midiática, e não por vislumbrar nestes institutos verdadeira eficácia combativa. E as razões para essa desvirtuação do direito penal, ao ver de autores como Gomes e Almeida⁹⁵, podem ser encontradas em sua simbologia e na imagem que o mesmo tem no imaginário popular – a razão jurídica dá lugar à emoção e ao medo, no intuito de transmitir a perspectiva de que a única maneira de se combater a criminalidade é o aumento da repressão da violência.

No mesmo sentido, Díaz⁹⁶ assevera que há uma apropriação da sensação de insegurança popular por parte dos agentes decisórios para justificar a adoção de medidas de encarceramento e de enrijecimento da legislação penal, as quais possuem um resultado imediato, mas não efetivo, justamente porque os mesmos desejam evitar a exposição da limitação de sua racionalidade decisória para buscar estratégias eficientes no combate a estas mazelas sociais. Deste modo, cria-se uma aparência de preocupação com a repressão à criminalização e o enfrentamento de temas sensíveis à sociedade, sem que tenha o gestor

⁹³ GARLAND, David. **The culture of control: crime and social order in contemporary society**. Chicago: University of Chicago Press, 2011. p. 08-09.

⁹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El Populismo Penal: Analisis crítica del Modelo Penal Securitario. **Jueces para la democracia**, s. l., v. 58, p. 43-72, 2007. p. 45-46.

⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. **Populismo Penal Midiático - Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico**. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 28.

⁹⁶ LANDROVE DIAZ, Gerardo. **El nuevo derecho Penal**, Madrid: Tirant le Blanch, 2010. p.58-59.

de assumir o ônus por eventual insucesso das medidas – o Direito Penal, ao final, tende a se converter em instrumento eleitoral, e não em política sancionatória incidente apenas em *ultima ratio*.

O alerta feito por Landrove Diaz no sentido de que o Direito Penal tende a se converter em instrumento aplicável de plano, e não apenas quando esgotadas medidas alternativas que não importem em redução substancial no plano dos direitos individuais – mormente a liberdade – evidencia que o populismo penal tende a inverter a lógica da política criminal, o que possui consequências relevantes: o caráter excepcional do encarceramento e da aplicação de sanções gravosas, historicamente, decorreram da evolução das garantias fundamentais e da consolidação do Estado de Direito e, posteriormente, do Estado Democrático de Direito. Superar esta lógica, invariavelmente, implicaria em retornar a um modelo Estado que já fora criticado há longa data por Beccaria⁹⁷, no qual a preocupação com a punição, como reflexo de um ato de soberania estatal, era mais importante do que buscar a efetiva solução das causas da criminalidade.

E, diante desse panorama, não é difícil verificar que o populismo penal retira do debate o enfrentamento acerca das verdadeiras causas da criminalidade – os problemas sociais – e prioriza discussões paliativas que priorizam o enrijecimento do sistema, escondendo a incapacidade dos governantes de alcançar soluções mais justas, abrangentes e que produzam efeitos a longo prazo. Ao mesmo tempo, como afirmado por Green⁹⁸, os agentes políticos tendem a se aproximar da opinião pública em matéria penal e convertê-la em atos normativos, conservando, ainda, relação simbiótica com a mídia – ora agindo para obstar que a população detenha os subsídios necessários para que esta passe a refutar a divulgação de informações pela mídia, ora a utilizando como instrumento de interação com os eleitores.

Deste modo, a expansão populista do Direito Penal parte de uma valoração dada à realidade fática pela opinião pública – devidamente enviesada pelos interesses dos grupos midiáticos –, resultando em ganhos políticos rápidos, aptos de serem verificados no curso do mandato daquele agente público – ao contrário das medidas estruturantes, cujos frutos apenas seriam colhidos apenas em um futuro distante.

⁹⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: EDIPRO, 2017. p. 08.

⁹⁸ GREEN, David A. **When Children Kill Children: penal populism and political culture**. Oxford: Oxford University Press, 2008. pp. 19-20.

A tecnicidade, assim, dá lugar à simbologia e ao discurso político, deixando a intervenção jurídico penal de estar fundamentada na tutela dos bens jurídicos considerados essenciais e nos princípios da proporcionalidade e da adequação: em resumo, o Direito Penal deixa de ser de “*ultima ratio*” e passa a ser de “*prima ratio*”.

Em face deste panorama geral acerca do instituto, o populismo penal pode ser classificado como o fenômeno atual de construção do Direito Penal, utilizado por líderes populistas, com vistas a obtenção de vantagens e popularidade, através da expansão indevida das leis penais, do aumento da sua gravidade, do aumento de penas e da intensificação dos instrumentos investigatórios, tendo como fundamento para tanto a comoção gerada por um suposto estado de medo arraigado pelo senso comum.

E, na construção desse modelo indesejável de Direito Penal, são notórias três frentes de atuação do populismo, denominadas “populismo midiático”, “populismo legislativo” e “populismo judicial”. O tema voltará a ser explorado em mais detalhes nos capítulos subsequentes, quando analisadas as implicações práticas destas três figuras, contudo, convém fazer breve exposição de cada um deles.

2.2.1. Populismo penal midiático

A primeira espécie de populismo penal é o populismo penal midiático – cujos contornos gerais já foram trabalhados no subitem anterior. É dele que se desdobram temporalmente as demais espécies de populismo, pois molda a opinião pública a adotar um discurso que eleitoralmente refletirá na escolha de candidatos que defendam políticas similares para o legislativo. E, progressivamente, reverbera na formação dos membros do Poder Judiciário, não raramente integrantes do grupo dominante que forma a opinião pública.

Landrove Díaz⁹⁹, ao estudar o tema, constatou que a percepção da população em geral sobre o sistema penal decorre essencialmente de dois canais principais: o contato direto com a realidade carcerária, na condição de vítima ou acusado, ou através de intermediários, que apenas transmitem à população aquela realidade específica. Os meios de comunicação em massa se enquadram nessa segunda figura, levando ao questionamento que anteriormente já se fizera: se há risco de distorção da realidade transmitida, criando-se uma realidade subjetiva que omite detalhes relevantes da

⁹⁹ LANDROVE DIAZ, Gerardo. **El nuevo derecho Penal**, Madrid: Tirant le Blanch, 2010. pp. 58-59.

realidade objetiva, então decerto aquele que se informar por meio deste intermediário não terá o conhecimento de todos os contornos da imagem apresentada.

Corroborando a doutrina de Díaz, Pratt¹⁰⁰ assevera que há uma explicação social para essa maior busca da sociedade pelos meios de comunicação de massa enquanto transmissores primários de informação: a interação orgânica face a face entre os indivíduos observou um declínio no século XX, tendo sido substituída, especialmente a partir da última década daquele século – e com notório pico no passado recente – por uma interação virtual. Contudo, o aumento do acesso quantitativo não implicou em recíproco acesso qualitativo: pelo contrário, com a percepção pela mídia de que seu produto – a informação – poderia ser lucrativo, consoante apontado por Costa¹⁰¹, o estilo das reportagens buscou cada vez mais uma aproximação com o público, relegando a um segundo plano, ao menos para alguns veículos midiáticos, a abordagem estatística e amparada em dados concretos e alçando a posição de destaque uma abordagem personalista e emocional do crime.

E, tendo em vista que a liberdade de informação e o amplo acesso aos meios de comunicação, conjugados com o fascínio exercido pelo crime na população em geral, criaram um rentável nicho de mercado aos operadores dos meios de comunicação social – a conversão da violência em notícia -, não é de se estranhar que este segmento informativo tenha ganhado tanto espaço na contemporaneidade, levando os cidadãos a terem que tolerar a violência de maneira onipresente no seu meio social¹⁰².

Através do controle das informações, dúvida não há de que é possível mudar as preferências do eleitorado, o que torna os agentes públicos relativamente dependentes dos veículos de comunicação para assegurar a sua continuidade no poder ¹⁰³. Cria-se, portanto, um poder de barganha que interessa aos dois lados da moeda: à mídia é assegurada parcela do poder dominante perante a sociedade, enquanto à classe política é assegurado um instrumento de criação das condições sociais necessárias à adoção de medidas penais mais restritivas, inclusive no que toca aos direitos fundamentais e às garantias processuais.

¹⁰⁰ PRATT, John. **Penal Populism**. Londres: Routledge, 2007. pp. 79-80.

¹⁰¹ COSTA, Lucas Kaiser. Mídia, Estado Democrático de Direito e Construção da Memória. **Derecho y Cambio Social**, ano 11, n. 35, p. 01-30, 2014. p. 11.

¹⁰² HASSEMER, Winfried. **La omnipresente violencia. Estudios Penales y Criminológicos**. Santiago de Compostela: Universidade, XV, 1990-1991, p.181.

¹⁰³ PAGE, Benjamin I. e SHAPIRO, Robert Y. **The rational public: fifty years of trends in American's policy preferences**. Chicago: The University of Chicago Press, 1992. pp. 38.

Não se pode ignorar, dentro do populismo penal midiático, a questão da seletividade na transmissão das informações. Tendo em vista que temas com maior comoção social são aptos a trazer maiores índices de audiência, por aguçarem a opinião do público, explora-se de maneira mais incisiva a criminalidade em massa do que as demais mazelas sociais.

Entretanto, não se trata de uma realidade estanque, sendo possível o direcionamento da cobertura dos fatos para focar crimes específicos, sobretudo quando a ocorrência destes causa repulsa tamanha na sociedade, na tentativa de criar novos eventos focalizadores que permitam uma alteração na perspectiva da agenda governamental – questão que é muito bem ilustrada pela cobertura televisiva da “Operação Lava-Jato” e seus desdobramentos, na segunda metade da última década.

E aqui surge um dos cerne do populismo penal midiático: quanto maior a exploração da criminalidade, maior também é a percepção de risco pela população e a demanda por mudanças do *status quo*. Em havendo descompasso entre os interesses da mídia e do grupo político que se encontra no poder, esta mudança de perspectiva e a indução de pressão popular pode ser fundamental para o reordenamento de forças: para o Direito Penal, contudo, o resultado quase sempre tende a ser simplista e pouco efetivo do ponto de vista estrutural.

Sobre o tema, afirma Zaffaroni¹⁰⁴:

“Dissemos, desde o nosso primeiro encontro, que existe uma criminologia midiática que pouco tem a ver com a acadêmica. Poder-se-ia dizer que, em paralelo às palavras da academia, há uma outra criminologia que atende a uma criação da realidade através da informação, da subinformação ou da desinformação midiática, em convergência com preceitos e crenças, que se baseia em uma etiologia criminal simplista, assentada em uma causalidade mágica”.

Disso, pode-se concluir que o populismo penal midiático tem suas raízes na exploração da violência pelos meios de comunicação em massa, fazendo com que a população em geral viva sob um constante estado de pânico, e que anseie por “respostas” conferidas pelos poderes constituídos – deflagrando o populismo judicial e o legislativo. É por força desse panorama – inalterado desde a década de 1980, como já mostravam os primitivos estudos sobre a temática, como o produzido por Doob e Roberts¹⁰⁵ - que o

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos Mortos**, São Paulo: Saraiva, 2012. p.303.

¹⁰⁵ DOOB, Anthony N. e ROBERTS, Julian V. Social psychology, social attitudes and attitudes towards sentencing. **Canadian Journal of Behavioural Science**, v. 16, n. 4, p. 269-280, 1984. p. 275-276.

público não especializado (não juristas, em geral) tende a adotar concepções inadequadas acerca da eficácia dos provimentos jurisdicionais, das medidas penais não encarceradoras e das próprias finalidades da pena.

A premissa fundante do pensamento desta parcela da população é a de que se o sistema fosse eficiente, então não haveria como se alardear um estágio tão avançado de criminalidade pelos veículos de comunicação. Questiona-se, portanto, se os instrumentos existentes são aptos a enfrentar os problemas postos, e não se estes problemas realmente estão corretamente dimensionados. A combinação entre a falta de informação adequada, tanto sob o ponto de vista fático quanto do ponto de vista técnico, cria um ambiente propício para que se direcionem as críticas para o alvo errado.

Entretanto, se essa dificuldade na compreensão da realidade enquanto um todo – principalmente no que toca às nuances jurídicas – é inerente a parte da sociedade, isso, em tese, não deveria ocorrer perante o público especializado, composto tanto de profissionais do Direito como de outras áreas correlatas. E estudos feitos tomando como referencial esta amostra populacional, como aqueles apontados por Roberts et al¹⁰⁶, demonstram haver nela uma opinião dissonante, se comparada com o traço geral da opinião pública, mais refratária à postura geral de encarceramento e punitivismo penal exacerbado, justamente porque há, aqui, uma compreensão adequada da realidade fenomênica que impede que se chegue a conclusões equivocadas.

E, em se tratando de populismo penal, a sociedade do espetáculo é o ambiente mais propício para a sua existência, uma vez que as relações sociais conflituosas são exploradas pela mídia, que as propaga constantemente, fazendo com que a criminalidade desperte a curiosidade do público, para depois causar repulsa e inquietude, no já mencionado ciclo de retroalimentação. Ademais, tal ambiente também canaliza a opinião pública para uma determinada perspectiva de solução das mazelas enfrentadas pelo Direito Penal, o que, em tempos de populismo penal, implica em reconhecer o uso distorcido dos dados da realidade para impor a concepção de que, para reduzir os índices de criminalidade, é necessário adotar uma postura enrijecida e de máxima criminalização – sem, porém, abordar os pontos negativos a médio e longo prazo da adoção desta linha teórica.

¹⁰⁶ ROBERTS, Julian V et al. **Penal Populism and public opinion**: lessons from five countries. Oxford (UK): Oxford University Press, 2003. pp. 30-31.

Entretanto, este cenário não é inevitável e, tampouco, irreversível. Apesar de abordarem a questão com ares de pessimismo, por vislumbrar as dificuldades no combate ao populismo penal, Roberts et al¹⁰⁷ destacam que tal fenômeno social é limitado e condicionado pela própria estrutura social e pelos reflexos da globalização, quando da disseminação de um ideário de sistema carcerário típico dos Estados Unidos e focado precipuamente na repressão em vez da prevenção dos atos ilícitos. A peça fundamental para reverter o populismo penal em uma determinada sociedade está no fornecimento adequado de elementos que permitam que o cidadão comum compreenda a realidade fática em que vive¹⁰⁸, de modo que possa ele questionar aquilo que é narrado pela mídia em geral e construído na opinião pública.

Tal procedimento, entretanto, não é simples e esbarra na necessidade de se repensarem sistemicamente as estruturas sociais. Justamente por isso, ainda que se entenda relevante o enfrentamento do populismo penal, é necessário considerar que é ele uma realidade que deverá ser enfrentada quando da análise do delito de lavagem de capitais e, principalmente, das estruturas dogmáticas que podem ser utilizadas para evitar que a atividade da advocacia seja erroneamente tipificada enquanto conduta antecedente de tal crime.

E, nesse sentido, também é importante compreender como o populismo penal legislativo – na criação das normas – e judicial – na aplicação das normas – impactam diretamente no panorama que ora se apresenta e como os mesmos se relacionam com o populismo midiático que anteriormente se analisou.

2.2.2. Populismo penal legislativo

Como o próprio nome sugere, o populismo penal legislativo enfoca a incorporação pelos agentes políticos encarregados da estruturação das normas jurídicas de uma perspectiva de Direito Penal mais favorável ao seu enrijecimento do que à rediscussão sobre uma estratégia sistêmica de combate da criminalidade.

A evolução do Direito Penal o conduziu para o caminho de tutelar apenas os bens jurídicos essenciais à manutenção da vida em sociedade, afastando-o da tese primitiva de

¹⁰⁷ ROBERTS, Julian V et al. **Penal Populism and public opinion: lessons from five countries**. Oxford (UK): Oxford University Press, 2003. pp. 152-153.

¹⁰⁸ GREEN, David A. **When Children Kill Children: penal populism and political culture**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 23.

um escopo absoluto desta área do direito¹⁰⁹. Tal circunstância é associada com o conceito de legitimação da aplicação da norma penal, que depende tanto da existência de um suporte estrutural – o dano material ou imaterial – e uma lesão a bem jurídico merecedor da tutela penal: e, como sedimentado desde longa data na doutrina penal, nem todos os bens materialmente considerados serão reputados enquanto bens jurídicos para fins penais.

Assim, dever-se-ia buscar a adoção de mandados de criminalização através de uma perspectiva de fragmentariedade e subsidiariedade, de modo que a ação estatal em natureza penal não poderia ser deflagrada se existentes mecanismos menos invasivos, mas igualmente aptos a aplicar uma punição pela prática do ilícito, existissem¹¹⁰. E daí decorreria a perspectiva adotada pelas teorias mais modernas do Direito Penal, dentre as quais a da *ultima ratio*, segundo a qual a criminalização de uma conduta dependeria de uma justificativa material, sendo insuficiente o mero juízo de subsunção da realidade fática à norma: a validade da aplicação do Direito Penal ficaria condicionada à importância social do bem tutelado e ao grau de lesividade ou perigo proporcionado pela prática em questão.

Ocorre que, se essa é a perspectiva teórica do processo de criação das leis penais, na prática há de se considerar outros fatores de complexidade do sistema, processo no qual o populismo penal exerce influência significativa, seja externamente – por meio da pressão exercida pela opinião pública – seja internamente – por meio do populismo legislativo.

Segundo Ramos e Gloeckner¹¹¹, tal vertente do populismo penal ocorre em decorrência da internalização, por parte dos agentes políticos, da concepção de que a pena, por si só, seria um instrumento apto a controlar os conflitos postos na sociedade, tornando despicienda tanto a adoção de outras medidas – inclusive aquelas menos gravosas – como também desnecessário que se assegure a atenção às demais finalidades da sanção criminal, notadamente, a ressocialização.

Deste modo, em vez de buscar atacar e sanar em definitivos as causas dos delitos e implementar políticas públicas preventivas, o populismo penal legislativo preconiza a

¹⁰⁹ PRADO, Luis Regis. **Bens Jurídicos Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª edição atualizada e ampliada. Curitiba: ICPC, 2014. p. 05.

¹¹¹ RAMOS, Marcelo Butelli e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Os sentidos do Populismo Penal: uma análise para além da condenação ética. **DELICTAE**, v. 2, n. 3, p. 248-298, Jul.-Dez. 2017. p. 249-250.

necessidade de se adorem sanções mais efetivas e normas penais mais rígidas, buscando o desestímulo através da punição. Retorna-se, portanto, a uma concepção punitivista clássica de Direito Penal, abandonando-se os ensinamentos contemporâneos acerca da tutela exclusiva de bens jurídicos e se aproximando de um sistema funcionalista sistêmico, como o preconizado por Jakobs.

Aliás, as ideias de Jakobs¹¹² encontram bastante ressonância na lógica do populismo penal legislativo. Afinal, no sistema preconizado pelo autor alemão, o sistema jurídico penal se funda sobre as bases da prevenção geral positiva, cabendo à sanção penal (a pena) restaurar na sociedade a legítima expectativa de que as normas jurídicas não apenas conservem sua vigência, mas que sejam efetivamente implementadas. Não há, portanto, qualquer pretensão de que o Direito Penal seja secundário/subsidiário, mas sim um ator primário e direto de pacificação social: os indivíduos apenas cumpririam a norma porque sabem que há mecanismos que lhes punirão se vierem a adotar postura contrária, o que se depreende não apenas pela existência da norma jurídica, mas pela sua efetiva aplicação pelos órgãos de controle estatais¹¹³.

Deixando de lado especificamente a análise mais aprofundada da teoria de Jakobs, pois descolada do escopo deste trabalho, convém resgatar tão somente o liame entre a preconização de um Direito Penal enquanto instrumento primário de garantia da efetividade das normas jurídicas e o populismo penal legislativo. Ao Poder Legislativo cabe a atribuição primária de produzir normas jurídicas, segundo os dizeres de José Afonso da Silva¹¹⁴, logo, uma vez que a opinião pública e o próprio legislador incorporam a concepção de que a proliferação de normas penais rígidas é a solução mais adequada para as mazelas sociais de determinada sociedade, logo, se criará um campo fértil para que concepções populistas e simplistas ganhem corpo no parlamento: note-se que nem

¹¹² JAKOBS, Gunther. **Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. pp. 23-27.

¹¹³ O grande problema deste modelo preconizado por Jakobs é o fato de ser ele autopoiético, ou seja, autorreferenciado e imune a intervenções/interferências externas. Ele é o seu próprio parâmetro de validade, o que o torna incompatível com os demais instrumentos de política criminal e, também, impõe certo distanciamento da realidade, o que é de certa forma problemático para o Direito Penal: é necessário vislumbrar, no mínimo, o efetivo risco de lesão ao bem jurídico, não sendo possível afirmar que a mera vulneração da norma jurídica autorizaria a intervenção das normas penais – caso isso fosse possível, despidendo seria a existência do princípio da intervenção mínima ou mesmo da proporcionalidade penal. Acerca do tema, convém destacar: PORTUGAL, Daniela. A autopoiese no Direito e o Funcionalismo Sistêmico de Günther Jakobs na Aplicação da Lei Penal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**, v. 8, n. 2, p. 01-25, 2013. p. 21-22.

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 513.

todo ato de enrijecimento normativo ou de criminalização será, por si só, criticável, mas deve estar ele embasado em critérios técnicos e fundamentado com base nos princípios regentes do Direito Penal. É insuficiente, como ocorre no populismo, que a criação das normas penais se torne um fim em si mesmo, visando a assegurar a repressão à criminalidade sem que outras estratégias sejam simultaneamente adotadas.

Mas há que se considerar, dentro deste cenário, um importante aspecto preliminar: qual o real papel e qual a efetiva importância do legislador nesse processo? A pergunta encontra razão de ser porque, em tese, a incidência do populismo penal sobre a população em geral não necessariamente implicaria na perda de tecnicidade do Poder Legislativo, já que ao legislador não há adstrição absoluta às ideologias partidárias¹¹⁵ e nem a sujeição a um procedimento de *recall* pelo mero descontentamento dos seus eleitores.

Ocorre que a realidade é muito mais complexa do que pretende a teoria. Dúvida não há de que ao legislador, representante eleito pelo povo e que tende a refletir os interesses de sua camada do eleitorado¹¹⁶ cabe escolher quais condutas serão criminalizadas, em um ato de voluntariedade e poder – afinal, a perspectiva positivista, adotada pelo Direito Penal brasileiro, preconiza que serão crimes tão somente aquelas condutas previstas como tal na legislação penal, observada a regra da taxatividade absoluta¹¹⁷.

A escolha dos representantes, ademais, é outro elemento de pressão dentro deste processo. Como identificam Bernabel e Mignozzetti¹¹⁸, é errôneo assumir que o processo legislativo é isento de influências políticas, ou que o mesmo não espelha, ao menos em parte, a vontade da parcela do eleitorado que elegeu os membros do Poder Legislativo: há um determinado plano de ação por parte destes representantes eleitos, que, sabendo que terão de enfrentar novo escrutínio alguns anos depois, conservam sua fidelidade à sua plataforma de campanha.

Ao mesmo tempo em que a escolha dos representantes já é moldada pela opinião pública, também há que se considerar o processo de influência externa que ocorre no

¹¹⁵ AMES, Barry. **Os entraves da democracia no Brasil**. São Paulo: Editora FGV, 2003. p. 338.

¹¹⁶ AMES, Barry. **Os entraves da democracia no Brasil**. São Paulo: Editora FGV, 2003. p. 35.

¹¹⁷ Nesse sentido, é o teor do artigo 1º do Código Penal Brasileiro: Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. O mesmo preceito é repetido no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, consagrando o princípio da legalidade penal, o que também implica na proibição da analogia *in malam partem*.

¹¹⁸ BERNABEL, Rodolpho Talaisys e MIGNOZZETTI, Umberto Guarnier. Grupos de interesse, preferências dos parlamentares e pressão midiática: um modelo formal para o Legislativo sob a influência de grupos de interesse e da mídia. **Paraná Eleitoral**, v. 1, n. 2, p. 147-159, 2012. p. 148.

curso da legislatura e que é promovido pela sociedade civil enquanto um todos. Os agentes políticos não se quedam inertes a esta influência e constantemente observam o movimento da maré de oportunidades políticas e de tensionamento social: salvo aqueles estritamente alinhados com uma pauta ideológica, há grupos parlamentares – principalmente os dotados de caráter fisiológico - que, a despeito de buscar um alinhamento com a Maioria parlamentar, não ignoram a possibilidade de com ela romper e aderir à movimentação da maioria da opinião pública. Por consequência, o processo legislativo também é afetado, não sendo raros os casos¹¹⁹ em que a repentina, mas massiva, pressão social foi apta a desencadear uma reversão da postura do Congresso Nacional acerca de determinadas matérias.

Também não podem ser ignoradas as concepções equivocadas por parte do eleitorado – que também repercutem nos representantes eleitos – no sentido da ineficiência das demais espécies de tutela dos direitos e garantias fundamentais, mormente a civil, a administrativa e a extrapenal. Ao Direito Penal, portanto, resta o caráter de guardião incontestável da pacificação social, não sendo possível cogitar da edição de atos normativos que preconizem mandados de descriminalização ou de abrandamento da tutela penal, sob pena de direcionamento de fortes críticas por parte da opinião pública, que, como destacado, pode reverberar na minimização das chances de continuidade daqueles representantes em seus cargos¹²⁰.

Assim, o populismo penal legislativo subverte por completo a perspectiva contemporânea de direito penal e busca tão somente a satisfação dos ensejos de combate à violência de forma irracional, sem a preocupação com este juízo prévio de proporcionalidade na edição da norma.

A título exemplificativo, convém destacar a alteração promovida no artigo 273 do Código Penal através da Lei nº 9.677/98, a qual, não por acaso, decorreu de um fato

¹¹⁹ Tal situação não se verificou apenas com a já mencionada reforma da lei de crimes hediondos, mas também com a Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011, amplamente refutada no curso das Manifestações de 2013 no Brasil. Sobre o tema: LEMOS, Cláudia R. F. A derrubada da PEC 37, as manifestações de junho de 2013 e as ações de comunicação do Ministério Público. **Anais do VI Congresso COMPOLÍTICA**, PUC-RIO, p. 01-25, 2015. p. 04-08.

¹²⁰ É interessante destacar que, nas últimas eleições gerais brasileiras, em que o Congresso Nacional se encontrava sob fortes ataques da opinião pública – ainda na esteira da opinião Lava Jato -, o índice de renovação dos parlamentares foi superior a 50%, com eleição de diversos parlamentares ligados às bandeiras da segurança pública e do Poder Judiciário. Nesse sentido: COM reeleição abaixo de 50%, Câmara terá renovação recorde. **Folha de S. Paulo**. Publicada em 09 de outubro de 2018, às 02h. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/com-reeleicao-abaixo-de-50-camara-tera-renovacao-recorde.shtml>>. Acesso em 19 out. 2021, às 18h35.

amplamente noticiado pela imprensa e que deflagrou um movimento de pressão sobre os agentes legislativos que promoveram o pronto enrijecimento legislativo¹²¹, sem ponderar sobre a compatibilidade entre esse fato e o restante do sistema.

Na ocasião, fora noticiada a alteração de componentes na fórmula de medicações por parte dos gestores de um laboratório de manipulação e, ante a comoção popular, a pena do delito foi alterada para o intervalo de dez a quinze anos: ocorre que o mesmo dispositivo que trata de fórmulas de medicamentos também trata da alteração dos componentes de produtos de estética e cosméticos, de modo que, para estes últimos, também passou a surtir efeito aquela mudança legislativa¹²².

Não havia dúvidas de que a conduta de alteração, sem autorização dos órgãos competentes, da fórmula de produtos farmacêuticos e cosméticos é apta a causar periculosidade social. Contudo, dentro do amplo rol de condutas narrada no dispositivo, não há um risco uniforme: e mais, o aumento excessivo da sanção para essa conduta, para além de não surtir efeitos naquele caso em concreto – pela inaplicabilidade da lei penal posterior mais gravosa –, tornou o dispositivo sistemicamente incompatível com a tutela de outros bens jurídicos tratada no Código Penal, como o estupro – cuja pena abrange o intervalo de seis a doze anos – e tem periculosidade social substancialmente mais elevada.

O legislador, portanto, sobrepôs a sua vontade – o conceito formal de direito penal – à justificação para a existência do crime – o conceito material de direito penal – em virtude do anseio popular pelo combate à criminalidade. E, até hoje, essa incongruência sistêmica no ordenamento ainda é percebida, restando evidente que a expansão puramente formal do direito penal não é sustentada pelas suas bases dogmáticas e despreza seus aspectos legitimadores – consequentemente, o próprio Direito Penal se torna cada vez mais erodido e vulnerável a críticas.

Explica-se tal fenômeno pelo fato de as estratégias propostas pelos populistas penais serem ineficientes, de todo, a combater as mazelas que pretendem enfrentar. Note-se que, se minimamente eficientes fossem, ou seja, demonstrassem aptidão a reduzir

¹²¹ Não é outro o entendimento que se extrai da própria exposição de motivos do projeto de (PL 4.628/1998) que originou aquela norma jurídica. *Litteris*: “A imprensa de todo o país tem divulgado diariamente a prática de um dos crimes mais covardes, mais perversos, contra a população brasileira: a falsificação de remédios. Pessoas portadoras de câncer estão morrendo devido à ingestão de medicamentos falsos. Estamos diante de uma máfia especializada, que está praticando um verdadeiro genocídio, exterminando todos os nossos doentes. Este Parlamento não pode permanecer inerte diante dessa barbárie, dessa monstruosidade”.

¹²² MIRANDA DA SILVA FILHO, Acacio. **Código Penal Comentado**. Barueri: Manole, 2016, p.711.

os índices de criminalidade e promover a completa pacificação social, então não haveria razão para abandoná-las por completo, senão adaptá-las aos demais princípios norteadores do Direito Penal.

Isso, contudo, não acontece. Gomes e Gazoto¹²³, analisando a temática, destacam que o cerne do populismo penal legislativo está em realizar promessas inexecutáveis, com uma força retórica e simbólica muito maior do que uma força real – para ilustrar esta tese, trazem os autores à baila os dados estatísticos referentes ao número de homicídios praticados contra mulheres por motivos de violência de gênero, antes e após a promulgação da Lei Maria da Penha (2006) e da inclusão do crime de feminicídio no Código Penal (2015), tendo os dados demonstrado não haver diminuição na taxa da prática deste crime: pelo contrário, os dados revelam a manutenção da taxa de crescimento anual, ainda que, tão somente no primeiro ano subsequente à edição de cada uma destas leis, tenha sido verificado leve declínio.

Há, portanto, um problema de inadequação de meios e fins que apenas subsiste mediante a constante reiteração do discurso de que a criminalidade, ao se reinventar, burla as normas já existentes – e, por consequência, novas normas deveriam ser criadas. O utilitarismo que se verifica sobre a sanção penal atua enquanto cortina de fumaça para que a ineficiência do modelo seja constatada e reprimida – e, com o tempo, se torna mais cômoda aos próprios legisladores, já que a modelagem populista penal prevê uma única solução para qualquer dificuldade enfrentada, a saber, o aumento de pena, e torna desnecessário que alternativas mais complexas e, por vezes, ensejadoras de uma articulação entre diferentes instituições e esferas de ação governamental, sejam buscadas, modeladas e implementadas.

Assim, a despeito de seus frutos serem diametralmente opostos à narrativa que veicula, o populismo penal legislativo continua a ser amplamente adotado e verificado nos discursos políticos. Afinal, seus beneficiários diretos são os próprios agentes políticos, como bem esclarece Gazoto¹²⁴:

“Os únicos que obtêm vantagens com o populismo penal são os políticos e aspirantes a políticos. De fato, com as promessas de rigor penal, o povo tem a falsa sensação de que o governo está fazendo sua

¹²³ GOMES, Luiz Flavio e GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo Penal Legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas**. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. pp. 36-39.

¹²⁴ GAZOTO, Luis Wanderley. Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. **Tese** (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 377 p., 2010. p. 295.

parte, quando, em verdade, como vimos, estudos realizados em diversas épocas e lugares demonstram que a pena não possui os efeitos dissuasivos que se lhe atribui. Ao final, tudo o que concretamente o populismo penal geral é um rigor irracional e desproporcional, que acaba por recair sobre os ombros dos acusados. Por tanto, o fenômeno do populismo penal tem um alto custo político e social [...]"

2.2.3. Populismo penal judiciário

Para compreender por completo o quadro do impacto que o populismo impõe à realidade fática atual, deve-se verificar, por derradeiro, o populismo penal judiciário. Afinal, caso não estivesse impregnado por esta tendência, poderia o sistema de justiça simplesmente reputar inconstitucionais as mudanças pretendidas pelos legisladores, tendo em vista a infringência reflexa aos mandamentos constitucionais que norteiam o direito penal – especificamente a proporcionalidade, que atua enquanto fio condutor de todas as sanções aplicadas no Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma que o Poder Legislativo é sujeito às influências da opinião pública, e em caráter mais acentuado, ante a renovação periódica dos mandatos parlamentares, o Poder Judiciário não é completamente blindado de atuações populistas, até pela já mencionada inserção de seus membros dentro da esfera populacional que forma a opinião pública.

Contudo, se o populismo midiático e o legislativo atuam conjuntamente para promover a espetacularização do direito e do processo penal, constantemente retroalimentando o sistema, o populismo penal judiciário se encontra um pouco apartado dessa dinâmica. Nele, não se busca especificamente a criação dos mandados de criminalização, mas a efetivação desse direito penal mais enrijecido: é no Judiciário que desembocam as pressões por um Direito mais eficiente, ainda que, para tal, as garantias fundamentais devam ser suprimidas.

O julgamento penal, portanto, é o capítulo culminante do processo de conversão da realidade fática em um ambiente propício para o populismo penal. E é nesta arena que se cria o discurso do “bem contra o mal” e o desejo de punir como formas de dar efetividade ao sistema jurídico. Caso contrário, há risco de deflagração de um novo processo, pela mídia e pelo Poder Legislativo, de enrijecimento ainda maior do Direito Penal: não basta a existência das leis mais duras para pretensamente combater a criminalidade, é necessário que alguém as aplique.

Em síntese, pode-se afirmar que o populismo penal judicial corresponde à atuação do Poder Judiciário sob o impulso do punitivismo penal, em detrimento da preservação das garantias fundamentais e da observância dos limites de atuação dos órgãos julgadores.

Freiberg¹²⁵ identifica as origens do populismo penal judiciário no início da década de 1960, quando da incorporação, na doutrina processual penal, da importância de se dar voz às vítimas dos crimes e de compreendê-las como uma parte integrante da estrutura processual, na forma de quem fora diretamente afetado pela prática delituosa. Em razão disto, a tradicional concepção tríplice pura do processo penal, composta exclusivamente pelo órgão de acusação, pelo acusado e pelo órgão julgador, passou a ser mais porosa, na medida em que em um de seus elos – na acusação – passou a ecoar – e, no Direito brasileiro, a atuar enquanto assistente de acusação – a voz da vítima e/ou de seus sucessores.

Em paralelo a esse movimento, a admissão de que o Direito Penal busca resguardar bens jurídicos – e não apenas dar azo a um aspecto sancionatório-punitivo do poder estatal para assegurar a ordem social – consolidou a percepção de que qualquer indivíduo poderia se tornar vítima de um crime e, conseqüentemente, se tornar parte do processo. Ainda que, em um primeiro momento, isto pareça típico do populismo penal enquanto um gênero, é importante entender suas projeções específicas para a presente espécie: a progressiva inserção, na estrutura de julgamento, de janelas de oportunidade para que a opinião pública se faça presente pode influenciar comportamentos dos julgadores, afastando a racionalidade e priorizando a subjetividade/emotividade.

Analisando a matéria, Roberts et al¹²⁶ identificam que, a despeito de a população em geral ser constantemente exposta pela mídia a situações que remetem a atuação das Cortes, a mesma pouco conhece acerca das situações reais que são enfrentadas pelos tribunais, assumindo que situações de pouca efetividade das decisões judiciais e de aplicação aparentemente inadequada – ou morosa – da lei decorre tão somente da negligência dos magistrados – e não de exigências do próprio processo em análise¹²⁷.

¹²⁵ FREIBERG, Arie. The Four Pillars of Justice: A Review Essay. *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, v. 36, n. 2, p. 223-230, 2003. p. 226.

¹²⁶ ROBERTS, Julian V et al. **Penal Populism and public opinion**: lessons from five countries. Oxford (UK): Oxford University Press, 2003, p. 21-23.

¹²⁷ É plenamente possível que a morosidade verificada no trâmite de determinada ação penal não decorra de desídia dos magistrados, mas da própria complexidade da matéria e da existência de prazos específicos a serem cumpridos, para assegurar a plena efetividade das garantias processuais penais. Vale dizer: processos com inúmeras testemunhas, documentos em profusão e que exijam a produção de provas complexas não serão julgados na mesma velocidade – espera-se – que processos com menor

Tal panorama produz consequências no Poder Judiciário, as quais, a despeito de mais acentuadas em sistemas como o estadunidense, em que os juízes das instâncias ordinárias são eleitos pela população, não são totalmente ausentes nos demais, por exemplo, naqueles que adotam critérios análogos ao brasileiro, em que há um processo de escolha dos magistrados por concurso público. Ainda que não haja a eleição dos magistrados, não se pode ignorar que, tais quais qualquer ser humano, são eles os julgadores susceptíveis à pressão popular e se submetem ao mesmo processo de influência externa promovida pelos veículos midiáticos – não por outra razão que o fenômeno dos “juízes justiceiros” tende a ser recorrente, mormente quando o sistema de justiça se encontra acometido pelo descrédito popular.

É de se notar que o efeito do populismo penal no Poder Judiciário, portanto, incide tanto indiretamente – na forma de um efeito dominó, atingindo primariamente a população e posteriormente os julgadores, ou afetando o processo de escolha dos magistrados – ou diretamente – quando recaem diretamente sobre a convicção do julgador -, ainda que esta última deva ser reprimida. Ambas estas forças, contudo, produzem o mesmo resultado, no sentido de orientar parte dos provimentos jurisdicionais para uma postura convergente com a opinião pública.

Indermaur¹²⁸, analisando essa influência dúplice, destaca que o populismo penal judiciário representa uma crise de confiança no sistema jurídico, na medida em que se o Poder Judiciário, em tese equidistante das pressões externas e a quem caberia tão somente a aplicação das normas jurídicas, passa a ser cooptado pela pressão popular, então estaria ele, em tese, deixando de cumprir com sua finalidade precípua. Ato contínuo, as decisões proferidas passariam a ser enxergadas enquanto desprovidas de legitimidade, e os julgadores se sujeitariam, cada vez mais, ao escrutínio – ainda que indireto – da opinião pública.

Nota-se que tanto o populismo penal judiciário como o populismo penal legislativo são extremos opostos de um mesmo movimento pendular, o qual tem em seu

grau de complexidade e dificuldade. Ao mesmo tempo, há dificuldades estruturais enfrentadas pelos Tribunais de Justiça – falta de servidores (aqui inclusos agentes e equipe qualificadas e atualizadas para lidar com as modificações legislativas), excesso de processos atribuídos a cada magistrado, problemas operacionais com os sistemas utilizados, dentre outros. Entretanto, quando a questão é endereçada à opinião pública, tende-se a simplificar a morosidade processual enquanto símbolo da ineficiência do Estado.

¹²⁸ INDERMAUR, David. Dealing the public in: challenger for a transparent and accountable sentencing policy. “in” FREIBERG, Arie e GELB, Karen (Org). **Penal Populism, sentencing councils and sentencing policy**. Nova York: Routledge, 2013. pp. 45-67. pp. 45-46.

centro a busca por maior efetividade na aplicação das normas jurídicas, visando a alcançar o fim de pacificação social – ainda que enviesado pela opinião pública. Deste modo, se o Legislativo nada faz para modificar o *status quo*, então caberia ao Judiciário promover uma aplicação mais efetiva das normas jurídicas e enrijecer as punições aplicadas, concretizando uma concepção punitiva de justiça penal; por outro lado, se o Judiciário não pune de maneira eficaz e não é apto a promover esta justiça social penal, então caberia ao Legislativo adotar normas mais rígidas, para limitar o escopo de atuação dos julgadores e impedir atos supostamente apontados enquanto lenientes.

Outra relevante influência do populismo penal sobre o Poder Judiciário, mas que, usualmente, passa ao largo da atenção da doutrina especializada, está na própria definição de competências jurisdicionais – tema que também emerge na esfera do populismo penal legislativo, quando o ato definidor emerge da legislação, em vez de um ato jurisdicional. A título de exemplo, na última década, as Cortes brasileiras foram instadas a se manifestar sobre a competência para julgamento de supostos crimes contra a Administração Pública que guardavam conexão com crimes eleitorais¹²⁹ – o que, muitas vezes, se dava por uma tipificação equivocada dos delitos - com ampla defesa pela opinião pública de que, em virtude de suposta falta de estrutura da Justiça Eleitoral, o que acarretaria em maior morosidade dos julgamentos, seria recomendável que a Justiça Comum o fizesse.

As consequências desse processo de fixação da competência jurisdicional influenciado pela opinião pública podem ser dramáticas, pois afetam todo o trâmite processual e abre margem para que se formem precedentes a serem aplicados em casos futuros, ainda que, para estes, não haja qualquer atenção/pressão popular específica. E a repercussão principal é a clara infringência ao devido processo legal e às garantias processuais constitucionais: deve-se haver segurança jurídica em todas as fases do processo, o que decerto também abrange o órgão competente para julgamento, sendo inviável que quaisquer destas sejam alteradas à mercê da pressão da sociedade.

¹²⁹ O tema foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no julgamento do Inquérito nº 4.435 – no entanto, inexistente óbice para que a matéria venha a ser rediscutida com eventual alteração da composição da Corte, o que certamente acarretará maior insegurança jurídica. Na ocasião, definiu-se que os crimes comuns conexos a crimes eleitorais deveriam ser julgados conjuntamente a estes pela Justiça Eleitoral, resguardando-se a unicidade do julgamento. Especificamente sobre tal situação e suas consequências jurídicas, convém conferir: FISCHER, Douglas. Crimes eleitorais e os eventualmente conexos diante do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande Do Sul**, v. 24, n. 46, p. 95-130, jan./jun. 2019.

E, como se destacará no próximo capítulo, são inúmeros os casos em que as garantias fundamentais são deixadas de lado por juízes que, abraçando a concepção de populismo penal, deixam de aplicar sua especialização técnica e se afastam de sua função social para abraçar a figura de um “justiceiro” ou de um “salvador da pátria”, ainda que isso custe a sua imparcialidade: o julgamento técnico que resulte em absolvição, pela aversão da repercussão negativa que o mesmo poderá ter pela mídia – já que esta ostensivamente noticiou a culpabilidade do réu – é substituído por um julgamento espetacularizado¹³⁰, já devidamente precificado pela classe dominante, e que atenda aos anseios populares.

¹³⁰ CASARA, Rubens.R.R. **Processo Penal do Espetáculo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 27.

3. A inserção da prática da advocacia dentro da esfera de tutela do crime de lavagem de capitais

O discurso punitivista e o conseqüente inflacionamento do direito penal, ambos os temas já tratados no capítulo anterior, convergem para a expansão populista do crime de lavagem de capitais verificado nos últimos trinta anos. Como pontuado naquela ocasião, o fomento ao discurso do ódio e a utilização do Direito Penal como solução para supostas situações de violência que assolam a população fundamentariam a ampliação do escopo de atuação desta área do Direito, a maior abstração dos bens jurídicos tutelados e o recrudescimento da criminalização.

A fórmula buscada pelos populistas penais busca expandir esse fenômeno através da manipulação legislativa, seja editando novas leis ou alterando aquelas já existentes, aumentando o campo de incidência das normas incriminadoras¹³¹, ao mesmo tempo em que também se utiliza da manipulação da jurisprudência para enrijecer a tutela do direito penal, sob o pretexto de evitar a proliferação da criminalidade e a redução do estado de medo social. Há, portanto, um “combate” em duas frentes, mas adotando um eixo comum: o discurso populista penal.

Ainda que se trate de procedimento aparentemente regular do ponto de vista das funções legiferante e julgadora, o mesmo carece de qualidade técnica, decorrente da ausência de participação de especialistas na matéria a ser tratada. Contudo, como relatado por Díaz¹³², a situação ganha contornos de dramaticidade quando considerado que a relegação da posição dos *experts* ao segundo plano não é uma omissão decorrente de

¹³¹ Nesse sentido, convém destacar relevante constatação feita por Abel Souto: “Las “importantes novedades” introducidas mediante las reformas operadas por las leyes orgánicas 5/2010, 1/2015 y 2/2015 en materia de blanqueo de dinero representan una ampliación “desmesurada”, “constante” y “progresiva”, una evidente manifestación expansiva del Derecho penal, preocupante y “criticable fenómeno” de notorio e “incesante” punitivismo que olvida el principio de subsidiariedad y rompe con un “Derecho penal garantista”, “indudable” o “desbocada expansión” que transforma al desbordado tipo del blanqueo en un representante genuino del Derecho penal del enemigo, al castigar con penas desproporcionadas e injustificables, aunque por suerte sin llegar todavía hasta los 20 años de prisión del modelo estadounidense, conductas muy alejadas de la puesta en peligro del bien jurídico y derogar o reducir garantías del imputado, lo transmuta, en el marco de una lógica “de emergencia” o “un discurso securitario”, incompatible con las exigencias de un ius puniendi democrático, en una de las más clamorosas muestras de la “fundamentación sociotecnológica de un Derecho penal, convertido en instrumento político”, con “quiebra de los valores y principios constitucionales”, en una herramienta “para investigar y perseguir situaciones patrimoniales anómalas.” (ABEL SOUTO, Miguel. Las reformas penales de 2015 sobre el blanqueo de dinero. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)**, n. 19, v. 31, 2017, pp. 1-35. p. 02).

¹³² LANDROVE DIAZ, Gerardo. **El nuevo derecho Penal**, Madrid: Tirant le Blanch, 2010. p. 67.

negligência, mas sim um fenômeno consciente, que decorre do prévio descrédito que recai sobre este grupo e que já fora analisado no capítulo anterior.

Especificamente no que toca à incidência do populismo penal sobre o crime de lavagem de capitais, deve-se destacar que não se trata de realidade exclusivamente brasileira, tendo se repetido em outras legislações e apresentado convergência com o que ora se verifica no cenário nacional.

Abel Souto¹³³, tratando das reformas legislativas empreendidas nos últimos vinte anos nas normativas espanholas sobre lavagem de capitais, assim assevera:

A título de exemplo, pode-se destacar o ocorrido na Espanha na forma das legislações anteriores que tratavam das condutas antecedentes: a Lei Orgânica nº 01/1988, de 24 de março, tipificou pela primeira vez o delito de lavagem de dinheiro circunscrito exclusivamente ao narcotráfico, seguida pela perturbadora reforma de 23 de dezembro de 1992, o Código Penal, de 23 de novembro de 1995, ampliou as infrações antecedentes aos delitos graves, pouco depois a Lei Orgânica nº 15/2003, de 25 de novembro, expandiu a normativa prévia para qualquer delito; a reforma de 22 de junho de 2010 criou novos tipos agravados quando os bens fossem procedentes de alguns delitos contra a Administração Pública, à ordenação do território ou ao urbanismo e, por último, atualmente vigente, a Lei Orgânica nº 01/2015, de 30 de março, acaba de expandir o campo das condutas antecedentes do crime de lavagem de capitais às antigas faltas, agora convertidas majoritariamente em delitos leves, com o que se gera um controle econômico e social excessivo”. (Tradução livre).

No mesmo, acerca do cenário legislativo português, Ascensão¹³⁴ destaca que a evolução do crime de lavagem de dinheiro naquele país partiu do combate inicial exclusivamente ao tráfico de drogas (“estupefacientes e substâncias psicotrópicas”, nos termos do Decreto-Lei nº 15/93), projetando-se, logo após, para os atos criminosos atinentes a terrorismo, rapto, extorsão de fundos, lenocínio, tráfico de armas e corrupção

¹³³ ABEL SOUTO, Miguel. Las reformas penales de 2015 sobre el blanqueo de dinero. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)**, n. 19, v. 31, 2017, pp. 1-35. p. 02. No original : “A modo de ejemplo se puede señalar lo ocurrido en España con los hechos previos: la Ley orgánica 1/1988, de 24 de marzo, tipificó por primera vez el delito de blanqueo de dinero circunscrito exclusivamente al narcotráfico, tras la perturbadora reforma de 23 de diciembre de 1992, el Código penal, de 23 de noviembre de 1995, amplió las infracciones antecedentes a los delitos graves, poco después la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, expandió los hechos previos a cualquier delito; luego la reforma de 22 de junio de 2010 creó nuevos tipos agravados cuando los bienes procedan de algunos delitos contra la Administración pública, los relativos a la ordenación del territorio o el urbanismo y, por último, de momento, la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, acaba de expandir el campo de los hechos previos del delito de blanqueo a las antiguas faltas, ahora convertidas mayoritariamente en delitos leves, con lo que se genera un control económico y social excesivo”.

¹³⁴ ASCENSÃO, J. Oliveira. Repressão da Lavagem de Dinheiro em Portugal. **Revista da EMERJ**, v.6, n. 22, 2003, pp. 37-57. p. 37-38.

– conservando, entretanto, a disciplina anteriormente disposta especificamente para o tráfico de drogas.

Era louvável a forma como redigida tal norma jurídica, pois não apenas discriminava de maneira clara tanto os tipos penais antecedentes ao delito de lavagem de capitais como as responsabilidades atinentes aos agentes econômicos que poderiam integrar a cadeia de branqueamento, explicitando como cada qual haveria de proceder nestas situações¹³⁵. Entretanto, teve ela vida curta, ante a reforma empreendida pelas Leis nº 11/2004 e 25/2008 que ampliaram o rol de agentes responsáveis pela prevenção do crime¹³⁶ e que, em descumprindo seu dever de informar, se sujeitariam a sanções legais, podendo tornar-se inclusas naquele delito, representando um claro movimento de expansão do crime de lavagem.

Vale ressaltar ainda que, no passado recente, Portugal empreendeu nova reforma normativa, por meio da Lei nº 83/2017, para incorporar em seu ordenamento jurídico as

¹³⁵ Nesse sentido, os artigos 3º a 10 daquela Lei previam como as entidades financeiras e não financeiras (cassinos, mediação imobiliária, compra/revenda de imóveis, emissão de títulos ao portador, antiquários e comerciantes de veículos, barcos e aeronaves) deveriam proceder perante as transações comerciais operadas em suas atividades econômicas corriqueiras.

¹³⁶ A reforma de 2008 também passou a prever que os profissionais da advocacia se encontravam sujeitos às disposições daquela norma (artigo 4º, “f”) e dava a seguinte disciplina específica a esta atividade profissional, em seu artigo 35: Artigo 35º - Advogados e Solicitadores - 1 - No cumprimento do dever de comunicação previsto no artigo 16.º, os advogados e os solicitadores comunicam as operações suspeitas, respectivamente, ao bastonário da Ordem dos Advogados e ao presidente da Câmara dos Solicitadores, cabendo a estas entidades a comunicação, pronta e sem filtragem, ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira, sem prejuízo do disposto no número seguinte. 2 - Tratando-se de advogados ou solicitadores e estando em causa as operações referidas na alínea f) do artigo 4.º, não são abrangidas pelo dever de comunicação, as informações obtidas no contexto da avaliação da situação jurídica do cliente, no âmbito da consulta jurídica, no exercício da sua missão de defesa ou representação do cliente num processo judicial, ou a respeito de um processo judicial, incluindo o aconselhamento relativo à maneira de propor ou evitar um processo, bem como as informações que sejam obtidas antes, durante ou depois do processo. 3 - O disposto nos números anteriores aplica-se, igualmente, ao exercício pelos advogados e solicitadores dos deveres de abstenção e de colaboração previstos nos artigos 17.º e 18.º, competindo àqueles profissionais, no âmbito do dever de colaboração, logo que lhes seja solicitada assistência pela autoridade judiciária, comunicá-lo ao bastonário da Ordem dos Advogados ou ao presidente da Câmara dos Solicitadores, facultando a estas os elementos solicitados para efeitos do disposto no n.º 1.

Diretivas 2015/849/UE¹³⁷ e 2016/2258/UE¹³⁸, de modo a ampliar o seu escopo de incidência para toda e qualquer atividade criminosa que observasse o patamar mínimo de pena de seis meses ou o patamar máximo não inferior a cinco anos¹³⁹ - fixando a conduta antecedente, portanto, com base na gravidade da conduta e no juízo de proporcionalidade do legislador - e impor deveres legais específicos aos diversos atores sociais que podem integrar elos da cadeia de branqueamento, não se limitando às instituições financeiras, mas se projetando também aos registradores e notários, bem como a demais atividades que possuam a aptidão de realizar qualquer procedimento que possa converter a quantia obtida ilicitamente em montante aparentemente lícito.

Sobre esta última reforma, especificamente acerca do alterado quanto à autoria da conduta antecedente e sua cognoscibilidade, assevera Dias Santos¹⁴⁰ que:

“Ainda nesse sentido, a Lei nº 83/2017 veio por inovar no que diz respeito também a autoria, estabelecendo a possibilidade de punição do crime branqueamento mesmo que não se tenha a identidade dos autores do crime subjacente, lembrando sempre do necessário respeito ao critério da dupla incriminação para a possibilidade de punição. No que

¹³⁷ Tal diretiva, já em seus “considerandos”, expunha preocupação com a atividade praticada por advogados e consultores fiscais e o risco de sua utilização enquanto parte do procedimento de lavagem de capitais, razão pela qual entendia ser necessário incluí-los dentro do rol de profissionais dotados do dever de informar: “(9) Os membros de profissões jurídicas independentes, tal como definidos pelos Estados-Membros, deverão estar sujeitos ao disposto na presente diretiva quando participarem em operações financeiras ou societárias, designadamente quando prestarem serviços de consultoria fiscal, em que existe um risco mais elevado de os seus serviços serem utilizados de forma abusiva para efeitos de branqueamento do produto de atividades criminosas ou para efeitos de financiamento do terrorismo. Deverão, todavia, prever-se isenções da obrigação de comunicar as informações obtidas antes, durante ou após o processo judicial ou durante a apreciação da situação jurídica de um cliente. Assim, a consultoria jurídica deverá continuar a estar sujeita à obrigação de segredo profissional, salvo se o membro de profissão jurídica independente participar em atividades de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, se prestar consulta jurídica para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo ou se o membro de profissão jurídica independente estiver ciente de que o cliente solicita os seus serviços para esses efeitos”.

¹³⁸ Ainda que não tratasse expressamente das condutas antecedentes ou dos sujeitos obrigados a informar as atividades de controle acerca da prática de operações comerciais suspeitas, tal diretiva alterou a regulamentação do acesso às informações por parte das autoridades fiscais no âmbito da União Europeia – assegurando, assim, a maximização da eficiência (ao menos em tese) da cooperação internacional entre os membros do bloco.

¹³⁹ Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram -se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, dos factos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infrações referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, e no artigo 324.º do Código da Propriedade Industrial, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos, assim como os bens que com eles se obtinham

¹⁴⁰ DIAS SANTOS, Caio César. Branqueamento de capitais e/ou lavagem de dinheiro? - Uma análise crítica do modelo de incriminação internacional e a sua respectiva projeção no cenário luso-brasileiro. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra. Coimbra (Portugal), 143 p., 2019. p. 295.

diz respeito ao lugar do cometimento do crime subjacente, se têm a certeza que estes podem sim ter sido praticados até mesmo fora do território português (extraterritorialidade), respeitando sempre os critérios objetivos nos quais estabelecem que tais fatos precedentes não sejam considerados lícitos perante a lei estrangeira, conforme estabelecido no nº 4 do art. 368-A do Código Penal. Ocorre que a Lei nº 83/2017 também inovou no sentido do local da prática do crime subjacente, passando a aceitar a tipificação dos casos de branqueamento de capitais mesmo quando se ignore o local do fato precedente.”

O cenário destes dois países, portanto, mostra uma expansão significativa, mas ainda comedida, do branqueamento de capitais. Não se nega a importância de se adotar um delineamento mais claro para a legislação e nem se critica o procedimento de expansão, desde que acompanhado de critérios técnicos e que permitam assegurar aos jurisdicionados – principalmente os atuantes em atividades econômicas que compõem possíveis elos procedimentais/operacionais da lavagem – maior segurança jurídica em suas práticas cotidianas, observado o resguardo do devido processo legal e de seus direitos fundamentais.

O caso brasileiro, que abaixo se exporá em seus pormenores, possui peculiaridades relevantes em comparação com o panorama europeu, e que não permitem dissociá-la de uma forte influência populista penal – e cujas consequências até hoje são observadas e possuem a aptidão, como visto perfunctoriamente na Operação Lava-Jato, de possuir extensão ainda maior.

Afinal, as origens da mudança legislativa não estavam associadas com a incorporação ao ordenamento jurídico interno de normativas internacionais que davam mais pormenores ao procedimento ou aos contornos legais do crime de lavagem de dinheiro, como fizera Portugal, mas sim diretamente associadas com a realização de Comissão Parlamentar de Inquérito direcionada a apurar as ações do bicheiro Carlinhos Cachoeira¹⁴¹, nos termos, ademais, da recapitulação histórica feita por Oliveira, Castro e Zaganelli¹⁴² à qual foi dada ampla cobertura pela imprensa e imprimiu na opinião pública

¹⁴¹ MIRANDA SILVA FILHO, Acacio. Populismo penal y blanqueo de capitales: expansión legislativa y recrudescimiento jurisprudencial en la era de los juicios mediáticos. “In” cresso, Eduardo Demetrio, CORIA, Dino Carlos Caro e BRAVO, María Eugenia Escobar (Eds). **Problemas y retos actuales del Derecho Penal Económico**. Cuenca: Ediciones de la Universidade de Castilla-La Mancha, 2020. p. 99-109. p. 102.

¹⁴² OLIVEIRA, Andrey Rossi; CASTRO, João Vitor Cruz de e ZAGANELLI, Margareth Vetis. O jogo do bicho como infração penal antecedente ao crime de lavagem de dinheiro: considerações acerca das

uma percepção de ineficiência do sistema jurídico de combate à criminalidade organizada.

Nota-se, portanto, que não se tratou de influência puramente acessória, mas de motivo determinante para que o legislador optasse por uma inflexão no regramento jurídico até então vigente, não podendo ser ignorado o fato de que a norma foi publicada meses antes da realização de eleições municipais no país, nas quais concorriam quinze por cento dos então ocupantes de cadeiras no Congresso¹⁴³. Mesmo após a edição desta mudança legislativa, outros fatos correlatos à matéria penal e que geraram igual comoção popular – notadamente, o julgamento do Mensalão e a Operação Lava Jato – contribuíram para consolidar a nova regulamentação geral e dar ao legislador a clara percepção de que a construção jurídica que empreendera encontrava amparo nos anseios sociais.

3.1. O delito de lavagem de capitais: introdução e breve esboço histórico

O delito de lavagem de capitais possui em sua essência a exigência de que os bens, direitos ou valores introduzidos indevidamente no sistema financeiro brasileiro sejam oriundos de outro delito anterior (denominado como crime antecedente, primário, anterior ou principal) – ou seja, possuam origem ilícita -, independentemente de ter sido ele praticado, ou não, em território nacional¹⁴⁴. Ante a dependência para com a prática de um delito anterior, a lavagem de dinheiro há de ser acessória¹⁴⁵ – afinal, se não há bens ou direitos a serem tornados lícitos, não há como subsistir a imputação delitiva por lavagem.

Como destacado anteriormente, é importante ressaltar que não se critica a existência do instituto jurídico e da tipificação da lavagem de dinheiro, já que é inegável que, se corretamente disciplinado pelo legislador, visa ele resguardar bens jurídicos fundamentais para a conservação da coesão econômica de um Estado.

mudanças promovidas pela Lei nº 12.683/2012. **Derecho y Cambio Social**, n. 63, p. 01-32, jan./mar. 2021. p. 03-04.

¹⁴³ CONGRESSO tem 91 parlamentares candidatos a prefeito. **Portal R7**. Publicada em 03 de agosto de 2012, às 10h40. Atualizada em 03 de agosto de 2012, às 10h46. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/eleicoes-2012/noticias/congresso-tem-91-parlamentares-candidatos-a-prefeito-2/>>. Acesso em 01 nov. 2021, às 09h11.

¹⁴⁴ PEREIRA, Emmanoel Campelo de Souza. **Lavagem de dinheiro e crime organizado transnacional**. São Paulo: LTr, 2016. p. 86-87.

¹⁴⁵ BONACCORSI, Daniela Villani. **Lavagem de dinheiro e imputação: seus limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 130.

Cumpra ressaltar que, desde os primórdios da humanidade, a vida em sociedade está intrinsecamente ligada à utilização da moeda como instrumento dotado de valor econômico para fins de efetivação da atividade mercantil. Foi apenas com o advento deste instituto, substituindo a troca de mercadorias, que se maximizou a potencialidade da formação de redes comerciais ao redor do globo, como destacado por Weber¹⁴⁶.

Ao mesmo tempo em que a atividade econômica floresceu com estas redes econômicas, emergiu para a sociedade a preocupação quanto à ilicitude de certas operações praticadas – as quais, contudo, também acarretavam circulação monetária e a produção de riqueza. E, se em um primeiro momento estas atividades ilícitas podem ser reprimidas e a quantia ilícita ser retirada da posse de quem a detém ao arrepio da lei – através de mecanismos tradicionais de sanção jurídica –, a partir do início do século XX uma segunda fonte de preocupação é trazida com maior intensidade ao sistema jurídico, como aponta Mendroni¹⁴⁷: como impedir que, arditamente, as quantias auferidas ilicitamente sejam “branqueadas” e convertidas em quantias obtidas por modos lícitos? Em outras palavras: como evitar que bens oriundos de atos ilícitos sejam submetidos a operações mercantis/econômicas lícitas e, conseqüentemente, que produzam riqueza aparentemente lícita, mas maculada em sua origem?¹⁴⁸

Barros¹⁴⁹, ao analisar a evolução histórica da questão, destaca que ainda que aquilo que hoje se conhece como “lavagem de capitais” seja uma construção jurídica relativamente recente, suas raízes remontam aos primórdios da civilização, mas com um escopo distinto: se antes pretendia-se tão somente o usufruto material da riqueza,

¹⁴⁶ WEBER, Max. **The History of Commercial Partnerships in the Middle Ages**. Tradução e Introdução de Lutz Haelber. Oxford (Reino Unido): Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2003. pp. 80-82. Partindo-se dessa análise histórica feita por Weber, é possível afirmar que a busca de lucro sempre norteou a atividade produtiva humana, sendo fundamental que se chegasse a denominadores comuns acerca do quantitativo valorativo de cada bem da vida. Enquanto o modelo baseado em trocas era excessivamente subjetivo – cada indivíduo atribuía valor ao bem de acordo com as suas necessidades –, o modelo monetário quantifica *a priori* o valor bem da vida a ser inserido no mercado. Ao mesmo tempo, facilita-se a intercambialidade das trocas: um indivíduo pode se desfazer de um dos seus bens e obter recursos para adquirir um outro bem – enquanto o produto de uma troca pode não ser desejado por todos os mercadores, a moeda em espécie certamente o é.

¹⁴⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 07-08.

¹⁴⁸ O tema ganha contornos ainda mais tênues com o advento da globalização, em que a redução das fronteiras (territoriais, econômicas e jurídicas) entre diferentes Estados facilitou a criação de novos fluxos de capitais, mais fluídos e intensos do que anteriormente verificados, exigindo novas respostas jurídicas. Sobre o tema: BONACCORSI, Daniela Villani. **Lavagem de dinheiro e imputação: seus limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 29-31.

¹⁴⁹ BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 32-33.

convertendo a moeda em bens, agora a este fator deve ser adicionada a dissimulada e manifesta ocultação da origem ilícita do montante original. Esta segunda pretensão, segundo Achim e Borlea¹⁵⁰, ganha força com a consolidação da máfia nos Estados Unidos, que, para ocultar o produto oriundo das atividades ilícitas¹⁵¹, passou a adquirir lavanderias, daí a razão para a cunhagem do termo “lavagem de capitais”, como apontado por Moro¹⁵².

A matéria de fundo e as preocupações dos agentes de repressão estatal, portanto, não são recentes. Entretanto, chama atenção o fato de as primeiras leis criminalizadoras da conduta, consoante destacado por Davin¹⁵³, serem do final da década de 1980¹⁵⁴: foi nesta época que Estados Unidos (em 1986)¹⁵⁵, França (em 1987) e Argentina (em 1989)¹⁵⁶ pioneiramente passaram a criminalizar o delito de lavagem de capitais. E convém destacar o motivo desta mudança de paradigma apenas naquele momento temporal específico: a ascensão e consolidação das redes transnacionais que praticavam o delito de tráfico de

¹⁵⁰ ACHIM, Monica Violeta e BORLEA, Sorin Nicolae. **Economic and financial crime: corruption, sawow economy and money laundering**. Springer: [s.l.], 2020. p. 20. As autoras realizam maior detalhamento no percurso histórico do delito de lavagem de capitais, indicando que, mesmo após a prisão de Al Capone, a máfia continuou a utilizar mecanismos complexos, multioperacionais e transnacionais, para assegurar o branqueamento dos capitais obtidos – procedimento similar ao que Nixon teria feito no curso dos eventos que desencadearam no Escândalo Watergate. Entretanto, à época, inexistia qualquer regulamentação normativa para a matéria, buscando os legisladores locais atacarem tão somente as causas da criminalidade que originou o influxo de capitais (e não a lavagem propriamente dita), por não se tratarem tais problemáticas de questões sistêmicas, estando restritas a condutas pontuais. É possível acrescer ao panorama traçado pelas autoras que, até a década de 1980, o próprio rastreamento dos capitais era bastante dificultado, pela inexistência de mecanismos efetivos de cooperação internacional e pela rudimentariedade das tecnologias informatizadas.

¹⁵¹ Segundo Pereira, a peça-chave da estrutura de branqueamento montada pela máfia nos Estados Unidos foi a formação de uma rede articulada de apoio que contava com agentes políticos e profissionais do Direito (inclusive internos ao próprio sistema de justiça). No entanto, as técnicas de lavagem aplicadas ainda eram bastante rudimentares, se comparadas com aquelas atualmente conhecidas, tendo em vista a prevalência do uso do *loan-back*. (PEREIRA, Emmanoel Campelo de Souza. **Lavagem de dinheiro e crime organizado transnacional**. São Paulo: LTr, 2016. p. 40-42).

¹⁵² MORO, Sergio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.15.

¹⁵³ DAVIN, João. **Direito Penal Econômico**: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. Editora LiberArs: São Paulo, 2013. p. 215.

¹⁵⁴ A rigor, é de se considerar que a legislação italiana (Decreto-Lei n° 59) que regula a figura análoga ao delito de lavagem naquela país é anterior, pois data de 21.01.1978. Contudo, fato é que aquele ato normativo não emprega a terminologia “lavagem de dinheiro”, ainda que venha a disciplinar a mesma conduta típica.

¹⁵⁵ Money Laundering Control Act de 1986, posteriormente convertido na Public Law n° 99-570. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-100/pdf/STATUTE-100-Pg3207.pdf>>. Acesso em 01 nov. 2021, às 13h09.

¹⁵⁶ Especificamente acerca do comparativo histórico sobre as penalidades que se aplicam em diferentes legislações para a lavagem de capitais, convém destacar recente e sucinto artigo sobre a matéria: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: um panorama legislativo internacional. Publicação Eletrônica. **Portal Conjur**. Publicada em 28 de setembro de 2020, às 08h. Disponível em: <

drogas, já na esteira do movimento de Globalização¹⁵⁷, exigia dos diferentes países que buscassem mecanismos efetivos e cooperativos de estrangulamento dos recursos econômicos destes agentes¹⁵⁸, já que se mostrava insuficiente a repressão baseada exclusivamente nos respectivos ordenamentos jurídicos internos¹⁵⁹. Assim, se não era possível reprimir eficazmente nem o comércio de entorpecentes e outras drogas ilícitas e nem se conseguia atacar as redes que estruturavam tal comércio, era imperativo direcionar esforços para erradicar – ou minimizar de maneira suficiente – o lucro advindo de tal atividade.

Entretanto, regular pontualmente a matéria, pelos motivos acima expostos, era insuficiente, razão pela qual optou-se por adotar uma abordagem transnacional, celebrando-se a Convenção de Viena de 1988 (Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas)¹⁶⁰, cujo preâmbulo, para além de ressaltar uma preocupação comum com o crescimento exponencial da magnitude do tráfico de entorpecentes e a insuficiência dos mecanismos normativos existentes, em regra, para combatê-lo, assim dispunha acerca da relevância de se adotar um parâmetro universal para o combate desta forma de criminalidade:

“Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas de ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados,

(...)

Reconhecendo também a importância de fortalecer e intensificar os meios jurídicos efetivos para a cooperação internacional em matéria penal para suprimir as atividades criminosas internacionais do tráfico ilícito,

Interessadas em concluir uma convenção internacional, que seja um instrumento completo, eficaz e operativo, especificamente dirigido contra o tráfico ilícito, levando em conta os diversos aspectos nos tratados vigentes, no âmbito dos entorpecentes e das substâncias psicotrópicas.”

Sendo signatário da Convenção, coube ao Brasil incorporá-la ao seu ordenamento jurídico interno, o que veio a fazer com a edição do Decreto n° 154/1991 e,

¹⁵⁷ MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. Instrumentos jurídicos frente a la globalización de los mercados: em el ejemplo del blanqueo de capitales. “In”: ZUÑICA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DÍAZ-SANTOS, Maria Rosário Diego (Coord.). **El derecho Penal ante la globalización**. Adri: Colex, 2002. p. 88-89.

¹⁵⁸ Sobre o tema: FRANCO, Alberto Silva. Globalização e Criminalidade dos Poderosos. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 102-136, jul./set. 2000. p. 120

¹⁵⁹ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. **O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 173-175.

¹⁶⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm

posteriormente, dar contornos penais específicos por meio da Lei nº 9.613/98 – já que, a despeito de seu caráter recomendatório e da fixação de preceitos orientativos¹⁶¹, a Convenção de Viena não dispunha especificamente sobre a criação de tipos penais – o que, ademais, não poderia ser feito por meio de Decreto, sob pena de inconstitucionalidade formal, por afronta ao princípio da estrita legalidade penal¹⁶².

Desta forma, a matéria foi derradeiramente regulamentada na Lei nº 9.613/98 - que continua vigente até a presente data, ainda que com alterações significativas. Segundo Barros¹⁶³, ainda que o Brasil tenha tardado a regulamentar a matéria, se comparado com o movimento iniciado na década anterior, é fato que foi apenas na segunda metade da década de 1990, com o controle da inflação e a retomada de uma política econômica robusta e eficiente, com o Plano Real, que a questão econômica associada à criminalidade organizada despontou enquanto verdadeira preocupação para a segurança pública brasileira, tendo se verificado a necessidade de criar mecanismos para conter a sua expansão.

A preocupação em questão pode ser vista da própria exposição de motivos daquela Lei, em seus itens 04 a 08:

4. Desta forma, em 1988, o Brasil assumiu, nos termos da Convenção, compromisso de direito internacional, ratificado em 1991, de tipificar penalmente o ilícito praticado com bens, direitos ou valores oriundos do narcotráfico.

5. Posteriormente, com a participação do Brasil, a XXII Assembléia-Geral da OEA, em Bahamas, entre 18 e 23 de maio de 1992, aprovou o "Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos", elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas - CICAD.

6. Em dezembro de 1994, Vossa Excelência, convidado pelo então

¹⁶¹ Acerca da importância da Convenção de Viena na estruturação da primeira modelagem formal para a repressão do delito de lavagem de capitais, Siqueira (Op. Cit., p. 184-185) discorre que foi ela inovadora ao apresentar uma estratégia de criar um mandato internacional de criminalização da conduta por entender um atentado comum à toda a comunidade de nações, ao mesmo tempo em que, para evitar a vulneração à soberania estatal, relegou aos signatários a adoção dos contornos normativos específicos (aqui inclusas as sanções) por meio de atos individuais de cada Estado. Entretanto, aos signatários já era dada uma estrutura básica do delito a ser tipificado – bastava a eles que partissem dessa estrutura primária e a adaptassem para suas realidades específicas. Entende-se interessante a utilização deste modelo, pois, ao menos em tese, reduz (mas não erradica) a margem para a ação populista penal do Estado quanto aos contornos objetivos e subjetivos do tipo penal, afastada apenas a delimitação exata da pena para o seu cometimento, há parâmetros claramente delineados e consensuados internacionalmente. Além disso, reconhece a existência de um problema social grave e propõe objetivamente uma forma de solucioná-lo, considerando, para a criminalização da conduta, aspectos básicos do Direito Penal – a proporcionalidade, a tutela do bem jurídico e a intervenção mínima, calçada na extrema necessidade – tudo exposto de maneira objetiva no preâmbulo do ato convencional.

¹⁶² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª edição; Curitiba: ICPC, 2014. p. 20.

¹⁶³ BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 36.

Presidente Itamar Franco, participou da "Cúpula das Américas", reunião essa integrada pelos Chefes de Estado e de Governo dos Países Americanos, no âmbito da OEA, realizada em Miami. Foi firmado, então, um Plano de Ação prevendo que:

"Os Governos: Ratificarão a Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 e sancionarão como ilícito penal a lavagem dos rendimentos gerados por todos os crimes graves."

7. Finalmente, em 2 de dezembro de 1995, em Conferência Ministerial sobre a Lavagem de Dinheiro e Instrumento do Crime, realizada em Buenos Aires, o Brasil firmou Declaração de Princípios relativa ao tema, inclusive quanto à tipificação do delito e sobre regras processuais especiais.

8. Portanto, o presente projeto se constitui na execução nacional de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a começar pela Convenção de Viena de 1988."

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.613/98, o Direito brasileiro preconizou a taxatividade do rol de condutas que poderiam ser antecedentes ao crime de lavagem de capitais, as quais constavam no art. 1º do referido diploma normativo. O reconhecimento do caráter *numerus clausus* destas condutas importava em uma delimitação precisa do que poderia desencadear a persecução penal, trazendo maior segurança jurídica e impedindo o êxito de pretensões populistas de expansão do escopo normativo pela mera interpretação da norma, ainda que, consoante aponta Siqueira¹⁶⁴, pudessem deixar lacunas que facilitassem a prática do delito. Afinal, por força da aludida taxatividade, qualquer outra conduta, independentemente de seu grau de ofensividade¹⁶⁵, e por mais adstrita que fosse à lógica estrutural do sistema, não desencadeava a configuração do crime consequente de lavagem de dinheiro.

Tal panorama deixou de subsistir com a edição da Lei nº 12.683/12, que promoveu alteração substancial no artigo 1º da Lei nº 9.638/98, alterando o teor do rol de puramente taxativo para exemplificativo. Com isso, passa a vigorar a denominada "terceira geração" de condutas antecedentes – como melhor será explorado adiante -, a qual preconiza que o crime de lavagem de capitais pode decorrer da prática de qualquer ato ilícito, seja ele crime ou contravenção penal¹⁶⁶ – o que importa em consequências jurídicas relevantes,

¹⁶⁴ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. **O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 296-297.

¹⁶⁵ No que tange à ofensividade, deve-se considerá-la como o corolário do princípio que carrega a mesma denominação, e que como sinônimo do princípio da lesividade. Disso, chega-se ao entendimento que para a configuração de um delito faz-se necessária a ocorrência de uma lesão efetiva, ou um perigo de lesão efetivo ao bem jurídico penal tutelado. Referido princípio também é expresso pelo brocardo em latim: "*nullum crimen sine iniuria*".

¹⁶⁶ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. **O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 299-300.

sob o prisma do populismo penal. Afinal, se a tentativa de acobertamento de ilicitude de qualquer conduta para fins de ingresso dos bens ou direitos ao sistema financeiro nacional é suficiente para configurar a lavagem de capitais, então é possível que se expanda excessivamente a área de abrangência deste delito¹⁶⁷, o que pode levar à interpretações como a ora vigente – e que se criticará mais adiante neste trabalho – que prologam a cadeia causal da origem do bem a ser branqueado, atingindo um maior número de potenciais réus.

A edição da Lei nº 12.683/12 decorreu de uma reação legislativa à pressão popular desencadeada pela “Comissão Parlamentar de Inquérito do Cachoeira”, reflexo da deflagração das Operações Vegas e Monte Carlo pela Polícia Federal¹⁶⁸ – que, como notório, foi ostensivamente coberta pelos meios de comunicação e formou a opinião pública no sentido de que a legislação nacional abria margem para a impunidade no branqueamento de capitais – justamente por adotar uma postura de taxatividade das condutas antecedentes – o que poderia ter sido mais simplesmente resolvido pela adoção de medidas preventivas efetivas, para as quais uma estrutura, hoje inexistente no sistema de controle brasileiro, seria imprescindível, como apontado por Bonaccorsi¹⁶⁹.

É especialmente notório que, no período de catorze anos entre a promulgação da Lei nº 9.613/98 e a edição da Lei nº 12.683/12, nenhum projeto de lei destinado a alterar tal proposta legislativa conseguiu efetivamente conseguir seu processo legislativo e ser submetida a sanção: aquele que mais adiante foi fora justamente o PLS nº 209/2003, e já no contexto pós-deflagração da Operação Monte Carlo.

Aliás, foi aproveitando-se do discurso de necessidade de aumento da eficiência da persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro que o legislador e o próprio Poder Judiciário progressivamente trouxeram para a seara dos crimes econômicos alguns institutos penais e processuais penais que não eram protagonistas no ordenamento jurídico nacional, dentre os quais, a adoção da terceira geração dos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro e a admissão do dolo eventual enquanto elemento subjetivo do

¹⁶⁷ BONACCORSI, Daniela Villani. **Lavagem de dinheiro e imputação: seus limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 301-302.

¹⁶⁸ CPMI tentou investigar relações de Cachoeira com políticos e empreiteiras. **Portal da Câmara dos Deputados**. Publicada em 26 de dezembro de 2012, às 16h02. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/393248-cpmi-tentou-investigar-relacoes-de-cachoeira-com-politicos-e-empreiteiras/>>. Acesso em 01 nov. 2021, às 09h44.

¹⁶⁹ BONACCORSI, Daniela Villani. **Lavagem de dinheiro e imputação: seus limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 131-132.

tipo¹⁷⁰ – o que se critica, por não ter sido regularmente acompanhada de mecanismos efetivos de execução da política criminal.

O legislador, então, aproveitou-se de referido evento focalizador para alterar o paradigma normativo vigente e agravar a tipificação da lavagem de capitais. Ainda que inexista óbice teórico – do ponto de vista da técnica legislativa, como se nota das considerações gerais feitas por Diéz Ripollés sobre a construção das normas penais¹⁷¹ – para que isso ocorra, sob a ótica da política criminal e do próprio Direito Penal como um todo é extremamente criticável seguir esta perspectiva de atuação, pois claramente populista, nos termos do já delineado no capítulo anterior. Afinal, para que esta mudança pudesse ser levada a cabo, foi necessário desvirtuar princípios regentes da atuação estatal em matéria penal – a intervenção penal mínima, principalmente, que, se depreende da leitura feita por Carrard¹⁷², não é letra morta no sistema jurídico atual – e provocar uma rediscussão sobre a própria finalidade do instituto – o que causa impactos sistêmicos, como se demonstrará nos itens subsequentes.

Para que melhor se compreenda o delineamento por detrás da conversão do delito de lavagem em um alvo propício para a expansão populista do direito penal, faz-se necessário, antes, compreender qual o bem jurídico tutelado por este ato de criminalização.

3.2. Do conceito de lavagem de capitais a partir da discussão quanto ao bem jurídico penal tutelado

No direito penal contemporâneo, dúvida não há acerca da importância do conceito de bem jurídico, tendo em vista a premente necessidade de se definir qual o critério base para criminalizar determinadas condutas em detrimento de outras, conseqüentemente justificando a tutela de um ou mais aspectos da vida em sociedade pelo direito penal, como preconizado por Baratta¹⁷³.

¹⁷⁰ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. **O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 324-325.

¹⁷¹ DIÉZ RIPOLLÉS, José Luís. **A Racionalidade das leis penais: teoria e prática**. São Paulo: RT, 2005. p. 36-38.

¹⁷² CARRARD, Liliana. **O princípio da insignificância e a mínima intervenção penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 130 p., 2013. p. 18-19.

¹⁷³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1999. p. 204.

Analisando friamente tal ramo do direito, para ele se faz imprescindível que se crie um signo linguístico dotado de significação jurídica que autorize sua intervenção excepcional em detrimento de outras espécies de sanções jurídicas, ou seja, é necessário criar traços distintivos entre situações jurídicas muito próximas e que são tuteladas por outros ramos do Direito, mas com enfoque protetivo distinto¹⁷⁴. Ao mesmo tempo, para o Direito Penal é imperativo haver uma linha de demarcação que permita diferenciar situações jurídicas idênticas, mas nas quais, por força de uma ou outra peculiaridade, o ato praticado em uma delas não se revista da mesma força vulnerativa¹⁷⁵.

O signo linguístico acima mencionado é justamente o “bem jurídico”. Sobre sua importância, Bechara¹⁷⁶ entende que, se o Direito Penal é orientado para a pacificação e a proteção social, um de seus principais modelos de atuação não poderia ser outro que não a tutela dos próprios bens jurídicos, ou seja, aqueles bens que o legislador entende serem os mais relevantes na conservação da ordem e harmonia da vida em sociedade – e, por tal razão, qualquer lesão ou ameaça de lesão a esses bens deve ser juridicamente reprimida, sendo insuficiente, para que realize tal ato de maneira adequada, que se busque abrigo apenas nos conceitos de proporcionalidade (cujo foco repousa nos efeitos da conduta e não na relevância social do bem vulnerado)¹⁷⁷ ou na mera vontade indiscriminada do legislador em editar mandatos de criminalização (o que reflete mero populismo penal)¹⁷⁸.

¹⁷⁴ É o caso, a título de exemplo, da tutela de atos ilícitos cometidos por agentes políticos, que se sujeitam à responsabilidade penal – os crimes contra a administração pública –, à responsabilidade administrativa – a improbidade administrativa – e à responsabilidade política – os crimes de responsabilidade. O mesmo fato pode dar azo às três situações jurídicas acima identificadas, mas que repercutem de forma distinta na esfera do indivíduo. Por outro lado, há também atos praticados por agentes públicos que permitem a inclusão em apenas um destes tipos: o motivo para tal é que o ilícito praticado nem sempre vulnerará um bem jurídico constitucionalmente demarcado enquanto digno de tutela pelo Direito Penal – o que não excluirá de *per se* a ilicitude, que poderá ser sancionada nas esferas civil, administrativa e política, mas impedirá a incidência da tutela penal.

¹⁷⁵ É o caso da diferenciação entre o furto de uma carteira encontrada no passeio público, em cujo interior se encontram documentos que permitam identificar o dono e na qual há quantia pecuniária ou bens de valor, e a subtração de objeto abandonado, sem qualquer valor patrimonial ou jurídico.

¹⁷⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico penal no direito penal atual. **Revista Liberdades**, São Paulo: IBCCRIM, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009. p. 22-23.

¹⁷⁷ AMBOS, Kai. Bien jurídico y Harm Principle: bases teóricas para determinar la “función global” del Derecho Penal Internacional: una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, v. 3, n. 10, pp. 343-378, julho/2013. p. 354.

¹⁷⁸ D’AVILA, Fabio Roberto. Desafios do Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico no Direito Penal Contemporâneo. **Revista Científica do ISCTAC**, v. 1, n. 1, p. 05-25, 2013. p. 06.

Mas o que vem a ser esses bens jurídicos propriamente ditos? Tentando sumarizar a evolução histórica do conceito¹⁷⁹, nota-se que a origem do conceito de bem jurídico remonta à obra de Birnbaum, consoante indicação de Silveira¹⁸⁰, que, a despeito de não cunhar objetivamente a expressão, já asseverava que ao Direito Penal não cabia a tutela tão somente de direitos subjetivos, mas de efetivos bens. E esses bens teriam sua relevância atribuída anteriormente ao surgimento da ordem jurídica, pois derivariam da própria natureza ou das necessidades da vida humana: sua acentuada relevância, associada à concepção de que o Direito possuía uma função de regulamentação e harmonização da vida em sociedade, levou o autor alemão a delimitar a ação delitiva como qualquer exposição à risco, tal como a efetiva ocorrência deste, a um destes bens fundamentais para a sociedade.

A primitiva tutela desses “bens fundamentais” por Birnbaum, entretanto, poderia causar alguns problemas de ordem prática, porque os associava sempre a condutas delitivas sancionadas juridicamente. A teoria falhava ao não identificar um fundamento apto ao sancionamento de novos crimes – isto veio a ser solucionado apenas posteriormente, com a obra de Liszt, reconhecedor da proeminência da tutela penal de interesses que possuam importância atribuída pela sociedade, estando, no mais das vezes, associados com a própria vida humana: cabia ao Direito Penal tão somente sancionar as ações que ameaçassem os bens jurídicos, enquanto à própria sociedade cabia o dever de eleger quais seriam esses bens. Nas palavras do próprio autor¹⁸¹:

“I. — Todo direito existe por amor dos homens |e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito, a ideia finalística a força que o produz.

1.º — Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são Interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público. A necessidade origina a proteção e,

¹⁷⁹ Tendo em vista que o presente trabalho não pretende esgotar a temática da evolução do conceito de bem jurídico, opta-se por não adentrar à matéria em mais pormenores. Entretanto, convém destacar os seguintes estudos, que realizam excelentes, mas sucintos, delineamentos históricos da matéria: ISHIDA, Válder Kenji. **Bem jurídico penal moderno**. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 19-23.; SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, v. 50, n. 197, jan./mar. 2013, p. 65-74.

¹⁸⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 38-41.

¹⁸¹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas: Russell, 2003. v. 1. p. 95-96.

variando os interesses, também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero. Os interesses, porém, surgem das relações dos indivíduos entre si, e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade ou vice-versa. (...)”

A sua estrutura, portanto, é dúplice: ao mesmo tempo em que tutela ofensas praticadas sobre situações da realidade fática e/ou direitos entendido como penalmente tuteláveis, não pode transcender para características daquele que pratica o dano ou para elementos desvinculados da conduta praticada em relação àquele bem/direito específico. Visa-se, assim, na visão de Malarée¹⁸², a assegurar que direito penal não criminalize determinados indivíduos em virtude de suas condutas abstratamente consideradas, mas sim que incida apenas sobre condutas lesivas a situações específicas.

Posteriormente, o avanço da repercussão da teoria constitucional sobre o Direito Penal levou a uma remodelagem do instituto, que ganha contornos de maior materialidade – e, de certa forma, assegura maior segurança jurídica aos cidadãos e limita materialmente, ao menos em tese, o escopo de atuação do direito penal. Essado¹⁸³, analisando essa perspectiva, indica que se desde a origem o conceito de bem jurídico era relacionado a escolhas sociais, não haveria outra razão para deixar de utilizar a Constituição enquanto referencial analítico, já que é dela que o sistema retira sua validade e de onde emana a essência dos direitos fundamentais, ainda que não estejam eles expostos de maneira necessariamente taxativa¹⁸⁴.

Ocorre que as concepções atuais de bem jurídico passam a ser embasadas em preceitos extraídos da ordem constitucional, como destacado por Bianchini¹⁸⁵, no sentido de que o Constituinte Originário, ao fixar os direitos fundamentais de um povo e ao eleger os mecanismos de atuação primordiais do Estado, reflete claramente quais são os principais bens a serem protegidos pelo ordenamento jurídico.

¹⁸² MALARÉE, Hernán H. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal**. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1992. p. 09.

¹⁸³ ESSADO, Tiago. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. Porto Alegre: safE, 2008. p. 15.

¹⁸⁴ Se o sistema constitucional preconiza o conjunto de valores fundantes da ordem social e o bem jurídico representa algo socialmente prestigiado e valorizado a ponto de qualquer lesão a ele importar na incidência das sanções estatais mais gravosas, então é desarrazoado conceber, na contemporaneidade, qualquer concepção de bem jurídico que ignore a relevância e a influência exercida pela ordem constitucional.

¹⁸⁵ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

Prado¹⁸⁶, a seu turno, toma esta perspectiva para cunhar sua concepção própria de bem jurídico, segundo a qual seriam eles apenas aqueles fundamentais para a convivência social pacífica e que representem os valores mais fundamentais da sociedade, justificando-se como mecanismo de coadunação entre a perspectiva punitiva do Estado – fruto da sua soberania – e dos anseios de seu povo, ao mesmo tempo em que possibilita que uma adequada tutela dos direitos fundamentais, em uma característica necessária ao Estado Democrático de Direito – em que a sanção penal é a exceção e opera em *ultima ratio*, e não a regra, em que outros mecanismos de tutela são preferíveis, ou mesmo despidiendos.

E, como destaca Bechara¹⁸⁷, por ser a ordem constitucional frequentemente mutável, os bens jurídicos não podem ser concebidos enquanto modelos estanques e enrijecidos, devendo os operadores do Direito se atentarem tanto para a necessidade de se criminalizarem novas condutas como também para que se proceda ao movimento oposto. O bem jurídico, portanto, não revela por si só algo que sempre deverá ser criminalizado, mas algo que em um momento histórico e para uma dada sociedade pode ser objeto da tutela estatal máxima, daí porque se pode afirmar serem eles dotados de uma textura aberta, tais quais os princípios regentes do Estado Democrático de Direito e os próprios direitos fundamentais¹⁸⁸.

¹⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 16.

¹⁸⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico penal no direito penal atual. **Revista Liberdades**, São Paulo: IBCCRIM, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009. p. 21.

¹⁸⁸ Ainda que pareça simplista, a associação entre os direitos fundamentais e o conceito bem jurídico deve ser considerada enquanto simbiótica, justamente porque este instituto jurídico deriva da concepção que determinada sociedade tem enquanto seu núcleo intangível e que deve a todo custo ser protegido pelo Estado: é por tal razão que, com o advento da sociedade do risco e da emergência de novas gerações de direitos fundamentais, novos mandatos de criminalização se tornaram necessários – basta se cogitar que, quando da edição do Código Penal, na década de 1940, não havia qualquer preocupação acentuada da sociedade com a tutela do meio ambiente ou com discriminações de cunho racial ou sexual, o que, contudo, se tornou uma realidade dos dias atuais, ao contrário do entendimento sobre a necessidade de se criminalizar a prática de adultério. Esse cenário maleável e inconstante influencia não apenas os mandamentos de criminalização, mas também as sanções aplicadas, exigindo constantes atualizações normativas – o que, por si só, não significa uma expansão desmedida ou uma atuação leniente, mas uma evolução natural do Direito Penal. E, já que estas peculiaridades emanam dos Estados individualmente considerados, não existirão na sociedade internacional dois Estados com ordenamentos jurídicos totalmente coincidentes: em situações extremas, quando uma conduta lesiva ameaça a estabilidade dos próprios Estados e exige uma atuação coordenada transnacional – como no terrorismo e na lavagem de capitais – pode-se até buscar uma diretriz principiológica comum, mas as minúcias normativas caberão a cada Estado.

Nesta toada, a autora¹⁸⁹ apresenta a seguinte conceituação possível para o bem jurídico na contemporaneidade:

“Concluir-se-ia, portanto, sob a perspectiva pessoal, que um bem jurídico vinculante existe quando se encontra refletido num valor constitucionalmente reconhecido e que, assim, preexiste ao ordenamento jurídico-penal. Nesta acepção, deve-se considerar os bens jurídicos protegidos pelo direito penal como concretizações dos valores constitucionais relacionados aos direitos fundamentais. E será exatamente por esta via que os bens jurídicos se transformam em bens jurídicos dignos de tutela penal, ou jurídico-penais.”

Ademais, não se pode perder a perspectiva da incorporação do elemento danoso à tutela do bem jurídico¹⁹⁰, mesclando a tese norteadora da intervenção penal no direito norte-americano e anglo-saxônico com aquela do direito penal oriundo da tradição germânica. Não bastaria, para essa linha de pensamento, preconizada dentre outros por Von Hirsch¹⁹¹, prever abstratamente um bem-jurídico tutelável, mas prever que o Direito Penal apenas poderá tutelá-lo se houver dano – ou ameaça de dano – a este bem-jurídico, para o que muito contribui a construção teórica do princípio da insignificância¹⁹².

É certo, contudo, que a tentativa de se quantificar o dano provocado ao bem jurídico por um ato concreto, ou mesmo tentar estimá-la *ex ante* não é uma tarefa das mais fáceis, se não um mero exercício de futurologia, razão pela qual não pode se basear em meros elementos quantitativos, mas também qualitativos, como posto por Truccone¹⁹³ - deve-se identificar se de determinada conduta há vulneração minimamente significativa ao bem jurídico a ser tutelado, esgotando-se aí o papel do legislador na criação da norma

¹⁸⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico penal no direito penal atual. **Revista Liberdades**, São Paulo: IBCCRIM, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009. p. 20.

¹⁹⁰ Juarez Tavares traz perspectiva ligeiramente distinta para a matéria, preconizando que, ainda que o conceito de bem jurídico não deva incorporar em seu núcleo essencial a perspectiva do dano social causado, cabe ao legislador utilizar tal parâmetro como fator acessório para definir a potencial criminalização da conduta e o *quantum* da pena que poderá ser aplicada aos agentes que transgredirem a previsão legal; de igual sorte, ao julgador caberia aferir a quantificação do dano social provocado (e não o dano puramente individual à vítima) – considerando, aqui, uma perspectiva homogênea de sociedade enquanto um conjunto de indivíduos que compartilham de valores em comum - para identificar a necessidade de se punir em concreto o agente. Nesse sentido: TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 1, n. 1, dezembro/1992 São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, número especial de lançamento, p. 75-87, dez. 1992. p. 83-84.

¹⁹¹ VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. “in” HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH, Andrew e WOHLERS, Wolfgang (Ed). **La teoría del bien jurídico**. Marcial Pons: Madrid, 2016. p. 33-48. p. 33-34.

¹⁹² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª edição; Curitiba: ICPC, 2014. p. 26.

¹⁹³ TRUCONE, Santiago. Um concepto de daño y sus consecuencias para la parte general del derecho penal. **Política Criminal**, v. 12, n. 24, p. 1184-1210, dez./2017. p. 1207.

penal; a quantificação e sua delimitação exata competiriam ao julgador, apenas no momento da fixação da pena, já interpretando o ato efetivamente praticado à luz dos princípios penais.

A questão do princípio do dano também foi explorada por Hassemer¹⁹⁴, que, em complementação à teoria de Von Hirsch, acrescenta a importância de se vislumbrar o bem jurídico penal pelas lentes da política criminal. Isso porque não haveria como determinar, puramente *a priori*, as condutas suficientemente danosas para se tornarem crimes e aquelas que poderiam constituir meros ilícitos administrativos – ainda que ambas estivessem direcionadas ao mesmo bem jurídico. Daí porque a teoria do dano não poderia ser uma regra peremptória, mas um elemento argumentativo adicional para auxiliar na compreensão dos bens jurídicos a serem tutelados.

É evidente que não haverá uma tutela absoluta – pois, dentro desse rol de bens, haverá alguns cuja maior preocupação sob o prisma da responsabilidade recairá sobre o direito civil – especialmente no campo da responsabilidade objetiva -, e outros que, dada sua diminuta repercussão social, não serão merecedores de qualquer espécie de tutela – por exemplo, as *res derelicta*. Não é por outra razão que Toledo¹⁹⁵, analisando a problemática da configuração dos bens jurídicos, identifica que por natureza a categoria dos bens civis já implica na existência de um valor inerente que os sujeita a riscos – consequentemente, seria necessário algo além do risco de lesão para justificar a tutela penal, ou seja, a repercussão que a mesma pode causar nas estruturas sociais e nos valores fundantes de uma dada comunidade.

Assim, se fosse possível classificar os bens juridicamente tuteláveis em uma ordem decrescente de importância, não há dúvida de que aqueles localizados no extremo superior da lista seriam aqueles contemplados com a tutela penal. É por tal razão que no capítulo anterior se criticou a banalização da criminalização de alguns comportamentos sociais, já que tal medida erode as fundações do Direito Penal enquanto um direito de *ultima ratio* e o torna um Direito de *prima ratio* – indo, ademais, contra a própria lógica da adoção do critério dos bens jurídicos.

¹⁹⁴ HASSEMER, Winfried. The Harm Principle and the Protection of Legal Goods (Rechtsgüterschutz): a German Perspective. “In” SIMESTER, AP, BOIS-PEDAIN, Antje du e NEUMANN, Ulfrid. **Liberal Criminal Theory: essays for Andreas von Hirsch**. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014. p. 187-204. p. 203-204.

¹⁹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15.

Diante desse panorama, pode-se notar que a adoção de uma perspectiva constitucional para delimitar os bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal aparenta ser a que melhor se amolda aos preceitos do Estado Democrático de Direito e de uma intervenção penal mínima.

Isso, porém, não é isento de controvérsias: como destacado no capítulo anterior, a sociedade contemporânea tem se caracterizado pelos riscos a que constantemente se submete, os quais se mostram cada vez mais abstratos. Bustos Ramírez¹⁹⁶, analisando o início desse movimento de inflexão penal, já havia identificado que a coletivização de algumas tutelas implicaria no sacrifício de alguns parâmetros há muito já estabelecidos no Direito Penal, pela maior dificuldade de se identificar exatamente o bem jurídico lesado, a extensão do prejuízo, aquele que efetivamente leva a êxito esse processo e aquele que é lesado.

Muito deste problema está na tentativa de se identificar *ex ante* quais condutas podem desencadear um risco, que se materialmente configurado importará em grave prejuízo à ordem social, e, conseqüentemente, deflagrar a intervenção penal. Esvazia-se a materialidade do bem jurídico em prol de uma tutela de valores abstratos detidos por toda a coletividade – aproximando-se, de certa forma, da perspectiva primitiva de bem jurídico enquanto tão somente um direito subjetivo, mas agora com escopo horizontal maximizado.

Nesse sentido, afirma Machado¹⁹⁷:

“Em tempos atuais, a gestão do controle social passa a ter o fundamento no risco e o cárcere se converte numa importante arma repressiva nas mãos de um estado poderosos e a consequência pode ser mais um mecanismo de restrição de garantias e ampliação do panóptico estatal como forma de controle.

Assim, concebido originalmente como limitação do poder punitivo do Estado, o bem jurídico se converte como legitimação da ampliação do Direito Penal e da prevenção de riscos, uma forma de funcionalização do Direito Penal que encerra o perigo de não cumpri-las, afetando a opinião pública e desfalecendo o postulado de *ultima ratio*.

Portanto, o ônus da proteção de uma sociedade de riscos e perigo é o rompimento dos ideários iluministas, cujo escopo era a limitação do *ius puniendi*, o que, por consequência lógica, alude à própria expansão do Direito. Por outro lado, mas

¹⁹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Sentido y Función del Sistema de Derecho Penal. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima, n. 14, p. 53-61, 2004. p. 55.

¹⁹⁷ MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. A teoria dos bens jurídico-penais e o Direito Penal Moderno: uma releitura a partir dos Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 2, p. 166-179, jul.-dez. 2016. p. 176.

complementar, os novos tipos penais tendem ao perecimento, porque ao tratar de conflitos particulares com a administração pública, os conceitos de generalidade e abstração são desprezados e conseqüentemente a situação contingente, depois de solucionada, torna-se letra morta.”

E esse escopo máximo traz consigo, como apontado por Hassemer¹⁹⁸ implicações jurídicas, como a perda de transparência e efetividade na política-criminal, na medida em que o excesso de flexibilização – o que leva a criação de novos bens jurídicos com diferentes potenciais de vulneração, alguns bastante minimizados e com finalidade eminentemente populista penal - impede que se direcione tempo e esforço para atender situações de verdadeira lesividade. E, por derradeiro, sujeita-se uma massa muito maior de indivíduos às incursões da legislação penal: um Direito que doutrinariamente é concebido para atuar de forma reduzida e tão somente para apaziguar as tensões sociais em momentos de eminente ruptura passa a ser de máxima intervenção e, paradoxalmente, mais propaga do que reduz a sensação de medo¹⁹⁹.

3.2.1. O caráter pluriofensivo do bem jurídico tutelado pela lavagem de capitais

Feitas estas considerações preambulares acerca do conceito de bem jurídico e de sua desvirtuação no atual estágio da política criminal contemporânea, excessivamente populista, pode-se passar à uma discussão específica sobre a projeção deste instituto para o crime de lavagem de capitais e como a abstração por detrás do bem jurídico tutelado possui implicações significativas na expansão indiscriminada do seu rol de condutas antecedentes.

A atual redação do *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.613/98 dá conta de que a lavagem de capitais consiste na “ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização,

¹⁹⁸ HASSEMER, Winfried. The Harm Principle and the Protection of Legal Goods (Rechtsgüterschutz): a German Perspective. “In” SIMESTER, AP, BOIS-PEDAIN, Antje du e NEUMANN, Ulfrid. **Liberal Criminal Theory: essays for Andreas von Hirsch**. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014. p. 187-204. p. 198.

¹⁹⁹ Do ponto de vista psicológico, não é difícil chegar a essa conclusão. Se um maior número de condutas é criminalizado e se expandem as punições, aumenta-se a probabilidade que uma ação individual seja penalmente sancionada. E mais: com o aumento de tipos penais, torna-se mais complexa a tarefa do legislador (e dos julgadores, por consequência) de adequar a proporcionalidade sob um prisma global, bem como de justificar o motivo pelo qual a pena de um determinado crime é inferior à pena de outro, ainda que ambos sejam igualmente graves, mas afetando bens jurídicos distintos. A impressão que remanesce ao analisar esse cenário é que a expansão populista penal não se limita à superfície do discurso penal, mas possui potencial de afetar seus aspectos nucleares, erodindo suas principais estruturas em prol de uma concepção enrijecida do papel estatal no combate à criminalidade. Entretanto, por força do apontado aumento da situação de medo provocada pelo número crescente de tipos penais (e, reflexamente, de potenciais criminosos) e da constante necessidade de se rever a proporcionalidade das sanções, o modelo nunca alcançará êxito e se retroalimentará, até que nada mais subsista.

disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”. A disposição legal evidencia que há um claro intuito de dar uma aparência de licitude a algo que manifestamente não o é²⁰⁰, ao mesmo tempo em que não haveria sentido de adotar tal procedimento se o seu objetivo fosse desprovido de qualquer finalidade econômica, do que decorre a pacificidade da posição doutrinária acerca de haver neste delito um traço de finalidade protetiva para a economia em geral²⁰¹.

Contudo, a despeito deste aspecto consensual para justificar a criminalização da ação de lavagem, há discordância acerca do aspecto proeminente do bem-jurídico tutelado, o que depende do viés interpretativo adotado. São quatro as correntes dominantes acerca do tema.

Para parte dos doutrinadores²⁰², o delito de lavagem de capitais possui em seu núcleo a tutela da ordem socioeconômica, consagrada no artigo 170 da Constituição Federal²⁰³, de modo que não é desarrazoado apontá-la enquanto bem jurídico protegido por este instituto penal. Fundamentam os defensores desta teoria que a norma penal incriminadora apenas poderá incidir sobre os bens jurídicos penais que possuam tutela constitucional, ao mesmo tempo em que seria necessário distinguir o bem tutelado pela criminalização da conduta antecedente daquele tutelado pela conduta secundária, já que, logicamente, são eles distintos entre si, ainda que guardem nexo de causalidade.

²⁰⁰ PRADO, Luiz Regis. **Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, n. 860, p. 433-455, jun. 2007. p. 439.

²⁰¹ ROCHA NETO, Tapir Tabajara Canto da Rocha. Lavagem de dinheiro: a tutela penal sobre a transparência da ordem econômica. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. São Paulo, 134 p., 2016. p. 124.

²⁰² Para uma análise pormenorizada deste posicionamento teórico, conferir: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **Fenômeno da lavagem de dinheiro e bem jurídico protegido**. Curitiba: Juruá, 2010.

²⁰³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Seria privilegiada, por essa corrente teórica, justamente a natureza econômica do delito de lavagem, pouco importando o *quantum* econômico representado pelo objeto a ser branqueado ou outros aspectos político criminais. E, na defesa desta linha de raciocínio, afirma Pitombo²⁰⁴:

“De qualquer maneira, tanto na ocultação como na dissimulação faz-se a circulação de bens de proveniência ilegal. Circulação que, ao lado da formação e da conservação, emerge como um dos três momentos essenciais da tutela penale della ricchezza, como denominou Francesco Carnelutti. Na visão carneluttiana, resguardam-se com o Direito penal da circulação da riqueza aqueles interesses privados que coincidem com interesses públicos, protegendo-se os contratos, o Direito de crédito, a moeda e os títulos de crédito. A circulação de bens deve ser compreendida, também, como elemento indispensável para o funcionamento do mercado e para economia. Neste sentido, Tullio Ascarelli ensina, ao examinar os títulos de crédito, que a circulação de crédito constitui fator de desenvolvimento da economia. Cuida-se, pois, de interesse público (art. 174 da CF). aquele que legitima os ganhos ilícitos por meio do uso de instrumentos jurídicos que garantam a circulação de bens atinge a confiabilidade nos negócios jurídicos. Em escala crescente, comportamentos dessa espécie afetam a credibilidade das instituições ou pessoas (físicas e/ou jurídicas) intermediárias. Em proporções maiores, podem abalar, num determinado momento, a economia de um país.ora, tais condutas atingem ou põem em risco os interesses de cada um, individualmente, e da sociedade, como um todo, e violam, pois, a ordem econômica.”

Ocorre que, de um lado a introdução de grandes quantias no mercado oriundas de atividades ilícitas poderá provocar um desbalanceamento da equação econômica e promover vantagens indevidas, não há dúvidas de que se a quantia fosse excessivamente pequena, a criminalização do ato de lavagem esbarraria na intervenção penal mínima e, na aplicação da lei penal, no princípio da insignificância²⁰⁵. Ademais, a introdução deste pequeno numerário, por si só, não teria a aptidão de infringir o bem jurídico que se pretende tutelar, já que se concebe a lavagem de capitais enquanto atentatória da ordem socioeconômica apenas por força do desbalanceamento que a mesma provoca pelo influxo de capital dentro de determinado país: se o mesmo deixa de existir, então não há lesão ao bem jurídico, logo, a conduta não poderia ser penalmente tipificada.

²⁰⁴ PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 81-82.

²⁰⁵ Sobre o tema, Conde adverte que é precário o vínculo material entre a lavagem de capitais e a tutela puramente da ordem socioeconômica, a despeito deste ser o entendimento predominante no Direito Penal espanhol, pela inserção topológica do dispositivo. Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal – Parte Especial**. 21ª edição. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 425-426.

É contraditório, portanto, afirmar que qualquer ato destinado a ocultar a origem real de patrimônio ilícito configuraria o crime tipificado no artigo 1º da Lei nº 9.613/98 tão somente pelo fato de causar potencial lesão à ordem econômica, já que, para tal, seria imprescindível tomar por referencial o potencial dano concreto da conduta – o que recai para o já apontado problema da incorporação do princípio do dano na teoria do bem jurídico.

Por outro lado, há entendimento também respeitável no sentido de que o bem-jurídico penal tutelado pela lavagem de capitais é o mesmo bem-jurídico tutelado pelo crime antecedente, posição esta que decorre da simbiose jurídica entre as duas condutas²⁰⁶ – em não havendo como conceber a lavagem de capitais enquanto instituto autônomo, não haveria razão em distinguir os bens jurídicos tutelados.

Tal posicionamento supera parte da problemática apontada para a primeira tese, pois evita adentrar na seara puramente econômica, mas cria um aparente *bis in idem*: seria inviável a tutela síncrona do mesmo bem jurídico por mais de uma vez, sob pena de se imputar a um indivíduo duplamente a responsabilidade pelo mesmo ato, a partir de diferentes núcleos do tipo.

Acerca da matéria, Zaragoza Aguado²⁰⁷ exara que o crime de lavagem nada mais é do que uma etapa adicional do ciclo delitivo, em que o agente que pratica o ilícito busca encontrar meios hábeis a usufruir do proveito de sua atividade. Para evitar que se recaia na infringência ao *bis in idem*, o autor propõe que, ainda que haja identidade do bem jurídico protegido, não se está a criminalizar exatamente a mesma conduta, mas os reflexos posteriores de um elo causal iniciado com uma prática criminosa e que se transmuta em outra a partir da lavagem.

No entanto, não há como eximir essa corrente teórica de críticas, principalmente por estar escudada em uma falsa sensação de maior proteção do bem jurídico²⁰⁸. A única proteção adicional – se é que é possível afirmar que tal fator efetivamente é mais protetivo

²⁰⁶ TAVARES, Juarez e MARTINS, Antonio. **Lavagem de capitais**. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2020. p. 64-65.

²⁰⁷ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto (Org.). **Prevención y represión del blanqueo de capitales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000. p. 113.

²⁰⁸ Especificamente acerca da crítica a postura teórica da equiparação do bem jurídico da conduta antecedente com o bem jurídico tutelado pela lavagem de capitais em si, convém destacar: BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 78-80.

– envolve a atribuição de outra pena pelo branqueamento do ilícito²⁰⁹. Não há qualquer mecanismo que permita a repatriação do bem ao lesado de maneira mais rápida e/ou eficiente, tampouco de que aqueles atos ilícitos deixarão de ser praticados pelos agentes criminosos como um reflexo da criminalização da lavagem.

Deste modo, se pretendia o legislador promover uma medida efetiva de reforço da tutela do bem jurídico tratado na conduta antecedente, melhor seria se reforçasse os mecanismos típicos da política criminal e atacasse o ponto nevrálgico da prática daquele tipo de ilícito. Por evidente, não se pode dizer que a medida é de todo inócua, mas certamente não é a mais efetiva a atender aos fins a que se presta: aparenta ser um paliativo para atenuar os sintomas da criminalidade.

Ilustrativamente, afirma Schorscher²¹⁰:

“Nesse sentido, argumenta-se também que a punição da lavagem de dinheiro constitui um desincentivo adicional ao cometimento dos crimes antecedentes, que seriam cometidos com frequência substancialmente menor diante da maior dificuldade de fruição dos lucros. Isso, contudo, não é evidente, além de depender de uma alegação pouco plausível e improvada. Afinal, os crimes antecedentes, além de já tipificados, uma vez que haja uma condenação, implicam na perda dos lucros auferidos. Qual seria, portanto, o grande diferencial do delito de lavagem de dinheiro, que o tornaria tão mais eficaz? Mais ainda, levando-se em consideração o fato de que a pena prevista para a lavagem de dinheiro é, não raro, inferior à pena prevista para o crime antecedente, não é possível aceitar o argumento de que esta nova tipificação teria um efeito preventivo mais contundente do que a tipificação dos delitos prévios.”

Já para uma terceira corrente teórica²¹¹, o bem jurídico tutelado não seria outro que não a própria Administração da Justiça, na medida em que a finalidade principal da lavagem de capitais seria especificamente evitar a impunidade na satisfação dos proveitos

²⁰⁹ A adoção desta corrente teórica parece refletir parte das críticas que se faz ao populismo penal. Busca a equiparação dos bens jurídicos tutelados para se atribuir pena mais gravosa à sua vulneração, limitando-se a atuação penal apenas a isso: punir lesões. Entretanto, no caso específico da lavagem de capitais, é possível constatar que se busca uma intervenção estatal que vai além da mera punição ao bem jurídico originalmente vulnerado, mas punir um complexo de ações que visa a maximizar os efeitos da conduta ilícita e tentar torná-la impune, ao mesmo tempo em que tenta consolidar os ganhos obtidos com aquela prática.

²¹⁰ SCHORSCHER, Vivian Cristina. A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais. **Tese** (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 76.

²¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 85.

de um delito já cometido, e não, propriamente, aplicar o *jus puniendi* sobre a conduta primária.

Acerca do tema, Podval²¹² destaca que, se o cerne do delito de lavagem é evitar que se descubra a natureza originária de um bem, dinheiro ou valor – com fins a permitir sua natural circulação e usufruto perante a sociedade –, seu impacto sobre a apuração do delito anterior é direta. Afinal, se tal bem nunca for identificado como ilícito, principalmente quando dotado da característica da fungibilidade, muito mais difícil será a conclusão acerca da autoria e da materialidade da conduta antecedente individualmente considerada.

O tema também foi analisado por De Grandis²¹³, para quem a criminalização da lavagem teria a finalidade precípua de evitar a desnaturação de quaisquer dos elos da apuração da ocorrência da conduta ilícita antecedente, aqui inclusa as fases investigatória e sancionatória. E, a bem da verdade, tal concepção é mais palatável do que a admissão de uma natureza eminentemente patrimonial deste delito: a questão patrimonial aparenta estar muito mais ligada à tutela do bem jurídico promovida pela conduta antecedente – já que é através desta conduta que se obtém o bem ou direito dotado de valor econômico –, enquanto à lavagem repousa um caráter instrumental, de possibilitar a fruição efetiva dessa vantagem econômica e extirpar margem de questionamento acerca de sua proveniência.

Mesmo assim, afirmar que há uma tutela proeminente da administração da justiça e ignorar o aspecto econômico da lavagem de capitais também é problemática, já que, pela própria redação do dispositivo legal, não resta dúvidas de que há um escopo econômico implícito ao tipo penal. Não se busca por si só impedir a atuação dos órgãos de controle do Estado: busca-se tal medida com uma finalidade específica, associada ao aspecto financeiro do objeto a ser branqueado.

As três correntes acima destacadas, portanto, pecam ao adotar caminhos excludentes, em vez de buscar a necessária convergência entre todas as perspectivas do delito de lavagem. Justamente por apresentar um caráter simbiótico com a conduta antecedente, parece mais acertado assumir que todos os três aspectos acima mencionados

²¹² PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, nº 24, ano 6, 1998. p. 211.

²¹³ GRANDIS, Rodrigo de. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. In: CARLI, Carla. Veríssimo de (Org). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 2ª edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 121.

são igualmente relevantes e representam, cada qual, uma distinta faceta do bem jurídico a ser tutelado.

Assim, entende-se ser mais acertada a quarta linha de pensamento existente na doutrina contemporânea, exarada, dentre outros, por Conserino²¹⁴, ao buscar o equilíbrio entre as três perspectivas anteriormente mencionadas, preconizando a pluriofensividade da lavagem de capitais: tanto a ordem socioeconômica (sob o prisma de evitar o influxo de capitais oriundo de atividades ilícitas no mercado), como a administração da justiça (evitar que o agente que pratique ilícitos possa usufruir do capital obtido nesta atividade) e o próprio bem-jurídico tutelado pela conduta antecedente seriam de igual peso na equação protetiva do delito de lavagem, não havendo quaisquer deles que se destacasse a ponto de ser imputado enquanto o bem-jurídico com tutela proeminente.

Sobre o tema, assevera Oliveira²¹⁵ que a lavagem de capitais não poderia tutelar um único bem jurídico, mas uma amálgama de interesses político-criminais, sendo, ainda, certo que a ausência de um delineamento claro para essa figura jurídica não pode constituir óbice de qualquer natureza à sua existência, senão indicativo de uma incompatibilidade apenas pontual entre a teoria e a prática, ainda que, a depender da perspectiva analisada, possa predominar um ou outro bem jurídico²¹⁶.

E a discussão acerca da pluriofensividade do delito de lavagem de capitais ganha ainda mais relevância quando considerada a perspectiva acima posta, uma vez que resta evidente que os bens tutelados pela Lei de Lavagem de Dinheiro podem ser facilmente inseridos na ordem socioeconômica – na medida em que se permite o desbalanceamento das relações econômicas por mecanismos contrários ao Direito –, na Administração da Justiça – porque a conduta impede a aplicação do *jus puniendi* a quem tenha cometido o crime antecedente –, e, conseqüentemente, à própria tutela dos mesmos bens jurídicos que a conduta antecedente – já que a ocultação ou dissimulação dos bens de origem ilícita serve como forma de perpetuação da impunidade daquela conduta.

²¹⁴ CONSERINO, Cassio Roberto. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2011. p.17.

²¹⁵ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de Dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 163.

²¹⁶ Situação distinta seria verificada se não houvesse nenhum bem jurídico apto a ser tutelado pelo crime de lavagem de capitais – situação na qual não haveria dúvida acerca da inconstitucionalidade do tipo. Contudo, em havendo múltiplos bens jurídicos tutelados, cada qual sob seu prisma peculiar, não há desvirtuamento da teoria do bem jurídico: vale ressaltar que a teoria nunca preconizou que para cada conduta haverá um único bem jurídico tutelado, mas apenas que deve haver liame com ao menos um bem jurídico (sendo o unitarismo a regra geral, que, por evidente, comporta exceções).

3.2.2. A delimitação atual do conceito de lavagem de capitais e suas influências dentro do Direito Penal Econômico

Analisando a questão sobre o prisma da tutela da ordem econômica, não é de se espantar que a lavagem de capitais integre o que se denomina de “Direito Penal Econômico” – área de especialização do Direito Penal que possui como escopo principal a criação de novos tipos penais que possam eliminar algumas condutas que afetem a estrutura econômica de um país²¹⁷. É importante ressaltar que, segundo Callegari²¹⁸, a tutela da economia em sentido amplo pelo Direito Penal não significa, por si só, uma expansão populista penal, mas uma consequência natural da existência de novos bens a serem protegidos por força de um imperativo ético de solidariedade que funda o Estado Social.

A partir dessa constatação, verifica-se que o combate à lavagem de dinheiro serve como instrumento para impedir o avanço das novas modalidades criminosas, decorrentes do atual estágio de evolução da sociedade, principalmente aquelas que ludibriam o controle da atividade econômica exercido pelo Estado, através de poderes e instrumentos regularmente instituídos, tais quais o Poder Judiciário, a Polícia Judiciária, o Banco Central do Brasil, a Unidade de Inteligência Financeira (UIF – antigo COAF), entre outros²¹⁹.

Como destacado anteriormente, o que se pretende é o efetivo estrangulamento das fontes de financiamento destes grupos, que, em tese, seriam desestimulados a agir caso não tivessem qualquer vantagem econômica que justificasse a assunção de um risco – entretanto, certo é que a mera previsão normativa, desacompanhada de outras estruturas aptas a dar efetividade a esses preceitos, de nada adiantará, sendo mero exercício de retórica política.

E, para melhor compreender a matéria, ainda é indispensável que se tenha clara qual a conceituação que se adota para o intuito primevo da ampliação do escopo da “lavagem de dinheiro”, ao que se remete, inicialmente, aos critérios trazidos por

²¹⁷ BERRUEZO, Rafael. **Derecho Penal Econômico**. “in” BERRUEZO, Rafael et al. *Derecho Penal Econômico*. Montevideo: B de F, 2010. p. 01-76. p. 05.

²¹⁸ CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 17 e 18.

²¹⁹ BONACCORSI, Daniela Villani. **Lavagem de dinheiro e imputação: seus limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 131.

Sutherland²²⁰ para os crimes de “colarinho branco”, a saber: ser uma conduta penalmente reprovável, cometida por pessoa respeitável que integre a alta classe da sociedade, vindo a praticá-la no exercício de suas funções e, para tal, viole a confiança que lhe foi depositada pelos demais.

Também se remete, previamente à conceituação do ilícito propriamente dito, à concepção de Bajo Fernandez²²¹ para a criminalidade econômica, a qual viria a ser qualquer infração lesiva à ordem econômica cometida por qualquer membro do alto escalão da sociedade, desde que no exercício de suas atividades, sejam elas públicas ou privadas.

Conjugando essas perspectivas, nota-se que o legislador brasileiro veio a preconizar a expansão da lavagem de dinheiro para qualquer conduta antecedente justamente por antever este ato secundário como a atividade de purificação ou reabilitação de bens, direitos ou valores que se encontravam em desconformidade com a ordem jurídica – ou seja, algo “sujo” ou “obscuro” -, com a finalidade última de dar a eles a aparência de licitude. Repete-se, portanto, a mesma lógica adotada no Direito Espanhol, nos termos do qual afirma Blanco Cordero²²² ter preconizado o delito ora em estudo como um processo de integração aparentemente lícita ao sistema econômico de bens obtidos ilicitamente. E, mais do que apenas promover uma expansão, o fez com uma finalidade claramente delimitada: atingir a criminalidade econômica em sentido amplo, a qual estava em voga pela pressão midiática decorrente da CPI do Cachoeira.

Todos estes fatores devem ser considerados não apenas na compreensão das razões para a expansão do delito de lavagem de dinheiro para toda e qualquer conduta ilícita antecedente, mas também para compreender o que vem a ser o delito de lavagem propriamente dito.

Vale ressaltar, nesse sentido, que a doutrina pátria reflete essa perspectiva teórica e trilha postura uníssona ao delinear o conceito de lavagem de dinheiro – superando, portanto, as dicotomias existentes quanto ao bem jurídico tutelado.

²²⁰ SUTHERLAND, Edwin H. **White Collar Crime**. Em tradução de J.F.Faria Costa e M.Costa Andrade. Criminologia Comparada, v.II, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s.d. p. 738.

²²¹ BAJO FERNANDEZ, Miguel. **Manual de Derecho Penal**. Parte Especial. Editora Ceura: Madrid, 1987. p. 399.

²²² BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. Navarra: Arazandi, 2002. p. 93.

Rezende²²³ afirma ser a lavagem de dinheiro a conduta secundária que visa a atribuir um escudo de aparente legalidade a bens obtidos ilicitamente, de modo a ocultar a sua verdadeira origem, evitando que haja tanto a sua apreensão pelos órgãos de controle estatais como a identificação de quem fora o verdadeiro autor e beneficiário da infração penal antecedente.

Já Mendroni²²⁴ conceitua a prática enquanto um método de processamento de ganhos ilícitos, buscando convertê-los em proveitos lícitos, realizado por um indivíduo isolado ou por uma organização criminosa, ainda que possam contar com o apoio de terceiros para a concretização de seus objetivos.

Por fim, Barros²²⁵ afirma que a lavagem de capitais é conjunto de operações – um processo, portanto – de natureza econômica que incorporam ao sistema financeiro nacional bens e valores obtidos ilicitamente para lhes dar uma aparência de legalidade, permitindo sua livre circulação sem que haja a possibilidade de imposição de entraves pelos órgãos estatais.

Em uma análise perfunctória, o crime de lavagem de capitais, portanto, aparenta ser bastante simples. Afinal, constitui processo de conversão do ilícito em lícito, estando intimamente ligando a finalidade de impedir a perpetuação da impunidade do crime antecedente e a utilização do sistema socioeconômico como instrumento para manipulação indevida da ordem jurídica.

Também não há dúvidas de que o delito de lavagem não se esgota necessariamente em um ato, se revestindo, usualmente, de um procedimento sequencial e que envolve uma sequência de distintos atores e procedimentos econômicos/contábeis, o que dificulta a diferenciação *a priori* do que consistiriam as transações lícitas – mas remuneradas com quantias obtidas licitamente, sem qualquer finalidade de ocultação de numerário - das transações ilícitas – aquelas orientadas precipuamente para ocultação da ilicitude do capital.

Entretanto, decorre deste caráter de aparente simplicidade, combinado com a possibilidade de ampliação de seu escopo – o que decorre da tríplice natureza do bem jurídico tutelado –, a abertura de uma margem para a fertilidade da influência do

²²³ REZENDE, Bruno Tizt de. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 40.

²²⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 07.

²²⁵ BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 48.

populismo penal sobre a matéria. Notadamente, se uma das finalidades da criminalização dos atos de lavagem é assegurar a Administração da Justiça ao mesmo tempo em que se reforça a proteção sobre o bem jurídico indicado na conduta antecedente, razão não haveria para limitar o escopo de aplicação da norma a alguns poucos crimes: partindo-se da mesma lógica fundamental do discurso populista, qualquer medida apta a combater a impunidade penal e atacar o cerne da criminalidade organizada, resultando na impossibilidade material de se usufruir do provento econômico de uma atividade ilícita, deveria ser projetado para o maior número possível de condutas penais.

Contudo, como bem identificado por Cruz Amorós²²⁶, não se pode ignorar que no crime de lavagem, mais do que a mera criminalização, há uma expectativa social de que haja efetiva criação de mecanismos informativos suficientes para reprimir a criminalidade: dito de outra forma, quando concebido aquele instituto jurídico-penal deveria o legislador ter se atentado para o fato de serem insuficientes os meios ordinários de repressão à criminalidade violenta. O grau de sofisticação da criminalidade econômica é muito maior e envolve um número maior de atos que devem ser sincronicamente identificados para que, analisando a conduta como um todo, se perceba pela ilicitude: não bastaria olhar para cada transação, mas para todo o seu somatório.

Afinal, os próprios agentes que praticam a lavagem de dinheiro pulverizam os atos conversores do ilícito em lícito, utilizando-se tanto de mecanismos transnacionais (depósito em *off-shores*, por exemplo) como nacionais (aquisição de imóveis, compra de obras de arte) para dificultar o rastreamento e a criação de um vínculo entre o agente, a vantagem desproporcional por ele recebida e a prática do ilícito anterior. Teorizar o combate à lavagem como uma série de atos isolados e que ignore tanto a sua complexidade como aquela que recai sobre os bens jurídicos que tutela é deveras perigoso e se aproxima de uma política puramente populista.

Exemplificando a complexidade por detrás dos atos de lavagem e a progressiva inovação dos agentes na ocultação do patrimônio, Estellita²²⁷ destaca o uso das criptomoedas – atividade *a priori* lícita, mas que pode ser utilizada para ocultar ilícitos prévios, e que possui rastreamento de extrema complexidade, o que evidentemente denotaria

²²⁶ CRUZ AMORÓS, Miguel. El intercambio de información y el Fraude Fiscal. **Revista de Economía**, n. 825, pp. 173-188, 2005. p. 174.

²²⁷ ESTELLITA, Heloisa. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 1, pp. 01-13. p. 7.

um preparo prévio dos agentes estatais – para o que a simples existência do tipo penal é insuficiente. Sobre isso, afirma a autora:

“Na fase da colocação, pode-se pensar na inserção de valores patrimoniais no sistema de BTC, ou seja, a obtenção de BTCs com valores provenientes da prática de crime anterior. Isso pode ser feito por meio da aquisição em exchanges; em caixas automáticos de compra de BTCs com valores em espécie; em plataformas que conectam usuários para transações diretas; por meio da venda direta de bens obtidos com a prática de crimes e do recebimento do pagamento diretamente em BTC; pela aquisição direta de BTCs com o produto de crime, quando, por exemplo, a venda de drogas é remunerada em BTCs; ou pela transferência de BTCs de um para outro endereço de BTC (GRZYWOTZ, 2019, p. 101-103). A dissimulação pode ser diferenciada em simples e complexa. A simples se dá ante a possibilidade de que uma mesma pessoa possa gerar infinitas chaves públicas, mudando o endereço dos BTCs sem que o usuário perca o controle sobre eles. Também se pode usar os endereços de BTCs de terceiros ou mesmo de agentes financeiros. Em qualquer desses casos, porém, o caminho e o rastro das transações serão facilmente identificáveis, dada a transparência do blockchain. A identidade dos usuários, ou seja, dos titulares dos endereços de BTC, contudo, não é passível de conhecimento a partir dos dados do sistema (GRZYWOTZ, 2019, p. 104). É essa combinação entre alta rastreabilidade e não identificação do titular do endereço que permite falar em pseudoanonimidade, e não em uma anonimidade total.”

Reconhecida a dificuldade que recai para a identificação do bem jurídico tutelado e a relevância de se ter mecanismos efetivos de controle para assegurar a efetivação desta finalidade do tipo penal, pode-se passar a outro questionamento: como associar a conduta de lavagem com a sua infração penal antecedente? E qual a repercussão que a primeira apresenta para a segunda (caso não se adote a teoria da tutela simultânea do mesmo bem jurídico pelos dois tipos penais)?

A Lavagem de Dinheiro, conforme já destacado anteriormente neste capítulo, é modalidade delitiva classificada como parasitária, acessória, secundária ou derivada – todas as denominações a indicar de que é indispensável que exista uma infração penal anterior, da qual decorra a ilícita dos bens, direitos ou valores submetidos ao processo de ocultação ou dissimulação. Assim, a conduta antecedente será classificada enquanto conduta principal, primária, anterior ou antecedente²²⁸.

Independentemente da denominação que se adote – o que é irrelevante, pois todas são sinônimas –, deve-se ter em mente que, se ausente conduta antecedente, o crime

²²⁸ PEREIRA, Emmanoel Campelo de Souza. **Lavagem de dinheiro e crime organizado transnacional**. São Paulo: LTr, 2016. p. 81.

consequente de Lavagem de Dinheiro não estará configurado²²⁹. E, de certa forma, tal constatação possui natureza jurídica, na medida em que a conceituação do delito de lavagem feita no tópico anterior evidencia que esta busca tornar um bem obtido ilicitamente em algo com a aparência de licitude: se não há ilicitude, então será inócua qualquer tentativa de se promover a lavagem, pois não há blindagem alguma a se apor ao bem.

Por outro lado, deve se reconhecer que também não estará configurada a lavagem se o ato anteriormente praticado não configurar infração penal, ainda que represente ilícito de outra natureza (ex: civil). Deste modo, a título meramente exemplificativo, o agente em processo de divórcio civil que tenta ocultar seu patrimônio para evitar que parte dele seja atingido pela meação não estará praticando lavagem de capitais – o mesmo também se aplica a quem tenta ocultar a real natureza da transmissão de um bem para evitar a incidência de determinada espécie tributária sobre ele.

O cerne da conduta antecedente, portanto, é o seu caráter enquanto uma infração penal de qualquer natureza, desprezada a sua gravidade e efetiva repercussão econômica materialmente quantificável, ainda que esta inegavelmente venha a ocorrer²³⁰. Basta que decorra de infração à legislação penal pátria.

E aqui já repousa uma das polêmicas da alteração normativa promovida pela Lei nº 12.683/2012 no art. 2º, §1º, da Lei nº 9.613/98, na medida em que, se anteriormente²³¹ se verificava uma relação simbiótica plena – ou seja, deveria ela constituir crime e ser o autor igualmente passível de culpabilidade -, agora²³² se tem por suficiente uma acessoriedade relativa, bastando a tipicidade e antijuridicidade da conduta, independentemente de qualquer traço de culpabilidade do autor da infração penal anterior.

Ao mesmo tempo, não é mais necessário que a conduta seja crime em sentido estrito, podendo, também, ser mera contravenção penal – ainda que isto aparente irrelevância, não se pode perder de vista, como melhor esclarecido adiante, que condutas

²²⁹ FERNANDES, Fernando Andrade. Lavagem de dinheiro: a questão do fato penalmente relevante antecedente. *Ars Iuris Salmanticensis*, v. 02, p. 107-136, junho/2014. p. 108.

²³⁰ BONACCORSI, Daniela Villani. **Lavagem de dinheiro e imputação: seus limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 148.

²³¹ “§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime”.

²³² “§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente”.

como a exploração de jogos azar em geral (art. 50 da Lei de Contravenções Penais)²³³ e do “jogo do bicho” são contravenções penais (art. 58 da Lei de Contravenções Penais)²³⁴, tendo ambas clara finalidades econômicas.

Consoante destacado por Pitombo²³⁵, em posição hoje prevalecente na doutrina e na jurisprudência, decorre da acessoriedade limitada o entendimento de que a existência de meros indícios de ocorrência da conduta antecedente, independentemente de um juízo de certeza²³⁶ quanto à ocorrência desta última – dispensando, portanto, o trânsito em julgado²³⁷ de sentença condenatória quanto a tal conduta, e permitindo o processamento de ação destinada a imputar a prática de lavagem de capitais mesmo se inexistente ação penal ou inquérito policial atinente à conduta antecedente -, sendo suficiente tão somente que o membro do *parquet*, quando do oferecimento da denúncia, apresente elementos que demonstrem a existência de um crime antecedente.

A autonomia relativa entre as condutas, ao ver de De Carli²³⁸, também se projeta sobre o prisma material e processual do delito de lavagem de capitais. Afinal, haveria autonomia processual na medida em que, no artigo 2º, II²³⁹, o legislador teria optado por um sistema jurídico que torna meramente facultativa a reunião de eventuais ações, referente à conduta antecedente e à conduta secundária, para julgamento em conjunto, ressaltando que sequer é necessária a existência desta sincronicidade entre ações para

²³³ Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

Pena – prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis e objetos de decoração do local.

²³⁴ Art. 58. Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração:

Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, aquele que participa da loteria, visando a obtenção de prêmio, para si ou para terceiro.

²³⁵ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Lavagem de Dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 128.

²³⁶ Também sobre o tema, convém destacar: MORO, Sérgio Fernando. O processo penal no crime de lavagem. “In” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo e MORO, Sérgio Fernando (Orgs). **Lavagem de Dinheiro – Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas. Homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007. p. 118-122.

²³⁷ Há, porém, posicionamento contrário à adoção de mero juízo de possibilidade/probabilidade em detrimento do juízo de certeza. Nesse sentido: GARCIA, Emerson. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 79, p. 39-56. jan./mar. 2021. p. 43-44.

²³⁸ DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de Capitais e Sistemas Penais**: contribuições hispano-brasileiras a questões controversas. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 80.

²³⁹ “II - **independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes**, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento”. (Grifei).

deflagrar a persecução penal. De outro turno, a autonomia material restaria evidenciada no art. 2º, §1º²⁴⁰, nos termos já destacados anteriormente.

Já acerca da natureza jurídica da infração penal antecedente do delito de lavagem de capitais, Barros²⁴¹ e Bonfim²⁴² entendem se tratar de elemento normativo do tipo, de modo a exigir um juízo de valoração por parte do intérprete da norma jurídica, tese esta que se adota no presente trabalho. Consequentemente, quando da apreciação de situação fática envolvendo suposta prática de delito de lavagem de capitais, cabe ao operador do direito avaliar se os elementos comprobatórios existentes permitem inferir pela tipicidade e antijuridicidade da conduta antecedente, realizando juízo de valoração para constatar se aquela conduta é apta a inserir na ordem socioeconômica bens, direitos ou numerário de origem ilícita com uma aparência minimamente lícita.

A bem da verdade, a edição da Lei nº 12.683/12 expandiu o rol de condutas antecedentes ao crime de Lavagem de Dinheiro sob o pretexto de que não seria possível acompanhar normativamente o mesmo grau de inventividade da criminalidade organizada, no que toca às condutas antecedentes que se sujeitaram a potencial crime de lavagem. Isso decorre tanto do fato de ser um crime em expansão horizontal – fruto de um regime global de proibição, verificado em diversos ordenamentos jurídicos globais – como em expansão vertical – o que aprofundou o âmbito de aplicação das legislações repressivas, tomando como base o conteúdo da infração penal antecedente.

Tal processo expansivo das condutas antecedentes dá origem à classificação do crime de lavagem de dinheiro enquanto às suas etapas ou gerações – as quais dizem respeito aos momentos de expansão da malha de condutas antecedentes sujeitas ao branqueamento de capitais.

No que diz respeito à primeira geração dos crimes de lavagem de dinheiro, havia um único crime considerado como antecedente, aquele de tráfico de entorpecentes, nos termos da Convenção de Viena de 1988 (Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas)²⁴³ - cujos signatários se

²⁴⁰ “§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da **infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente**”. (Grifei).

²⁴¹ BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 53-55.

²⁴² BONFIM, Edilson Mougnot, BONFIM, Marcia. M.M. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.58.

²⁴³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm

comprometeram a tipificar enquanto infração penal a ocultação, dissimulação ou conversão dos bens provenientes do tráfico, na clara tentativa de obter, pela comunhão de esforços, resultados melhores do que estavam obtendo através de suas ações individuais. E, em seus “considerandos”, já constava expressamente da redação daquela Convenção a finalidade precípua de estrangulamento econômico das redes criminosas²⁴⁴ que praticavam este ilícito:

“[...] Reconhecendo também que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional, cuja supressão exige atenção urgente e a mais alta prioridade,

Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.

Decididas a privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade,

Interessadas em eliminar as causas profundas do problema do uso indevido de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, compreendendo a demanda ilícita de tais drogas e substâncias e os enormes ganhos derivados do tráfico ilícito,

Considerando que são necessárias medidas para o controle de determinadas substâncias, tais como precursores, produtos químicos e solventes que são utilizados na fabricação de entorpecentes e substâncias psicotrópicas e que, pela facilidade com que são obtidas, têm provocado um aumento da fabricação clandestina dessas drogas e substâncias, [...]”

Esta era a realidade que as legislações pioneiras no combate à lavagem de dinheiro, editadas na década de 1980 e já apontadas anteriormente, visavam a combater: ainda que a legislação tenha aparência simplista, é necessário evitar anacronismos, considerando-se que, naquela época, a estruturação das redes criminosas não se equiparava com a verificada hoje²⁴⁵, com a notória exceção do tráfico de drogas, já mais

²⁴⁴ No mesmo sentido: CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. 3ª ed. Navarra: Aranzadi, 2012. p. 102.

²⁴⁵ Por tal razão, não havia motivo algum para que se antecipasse a essa possibilidade fática e se criasse um mandamento de criminalização. Afinal, não cabe ao Direito Penal atuar *ex ante* à existência de uma realidade fática que o autorize a fazê-lo – o princípio da intervenção penal mínima permite que o

organizado em decorrência da necessidade de organização logística e de comercialização a ela inerente.

A maior sofisticação das redes de tráfico de drogas e o influxo econômico oriundo desta atividade ilícita justificava a sua escolha como primeiro alvo da repressão ao branqueamento de capitais, como afirmado por Mayor²⁴⁶ quando da análise do tema. Contudo, a alteração do panorama fático nos anos subsequentes ensejou a expansão do rol de condutas antecedentes, já que a mesma estrutura organizada de operação começou a ser igualmente projetada para outros segmentos da criminalidade, tanto em âmbito nacional como transnacional.

Pode-se, daí, inclusive já extrair crítica preambular ao fato de ser a legislação repressora da lavagem um mecanismo por si só insuficiente para combater a prática deste ilícito ou mesmo para reprimir a conduta antecedente – ponto no qual vale retomar a crítica feita por Bonaccorsi²⁴⁷ -, justamente por não se tratar de delito de fácil investigação e constatação, sendo ainda certo que o transcurso do tempo prolonga os elos da cadeia e do procedimento de elisão da verdadeira origem do numerário/bens/direitos.

Por força dessa realidade, resta evidente que a percepção da necessidade de se expandir o âmbito da proteção estatal sobre a esfera socioeconômica não se deu exclusivamente no âmbito interno a cada Estado que anteriormente celebrara a Convenção de Viena. Passou-se a admitir a necessidade de expandir o escopo da norma jurídica para abarcar outros atos ilícitos que poderiam ser correlatos aos tráfico de entorpecentes ou que também propiciassem o mesmo potencial lucrativo: afinal, se o objetivo era suprimir a possibilidade das redes organizadas obterem financiamento para continuar as suas atividades (e posteriormente usufruir dessas benesses econômica), irrelevante, para esses agentes, seria o meio pelo qual isto ocorreria – era suficiente que se encontrasse uma fonte de riqueza a ser explorada.

Assim, ciente desse novo panorama, e paralelamente aos movimentos internos de cada Estado, a Organização das Nações Unidas editou uma nova Convenção dispo

legislador apenas crie novas normas penais quando há um efetivo atentado a um bem jurídico e que já não se encontre anteriormente regrado e sancionado pelo Direito. No mesmo sentido, insta consignar que os ordenamentos jurídicos nacionais já previam figuras jurídicas para sancionar a ação de grupos/associações criminosas – v.g. o delito de “quadilha ou bando” adotado na legislação brasileira.

²⁴⁶ MAYOR, Pedro Juan. Concepción criminológica de la criminalidade organizada contemporanea. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 25, p. 216-225, jan./mar. 1999. p. 218.

²⁴⁷ BONACCORSI, Daniela Villani. **Lavagem de dinheiro e imputação: seus limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 301-302.

sobre o crime organizado transnacional, asseverando que as condutas antecedentes do branqueamento de capitais não poderiam se limitar ao tráfico de drogas, mas a todos os crimes com pena máxima igual ou superior a quatro anos – a chamada “Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional” ou “Convenção de Palermo”, incorporada pelo Brasil na forma do Decreto nº 5.015/04.

A Convenção²⁴⁸ assim dispunha em seu artigo 6º, no que toca aos parâmetros penais a serem observados na criminalização da lavagem de capitais:

“1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente:

a) i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às conseqüências jurídicas dos seus atos;

ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime;

b) e, sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico:

i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime;

ii) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática.”

Embasando-se nesta normativa, houve movimentação por parte de alguns países para criar um rol de delitos antecedentes que atendiam aos requisitos elencados pela Convenção. Aqui, bastava o aspecto da taxatividade, sendo a natureza ou lesividade do crime, ou a quantidade de capital direcionada para a economia nacional, irrelevantes para a punição efetiva, ainda que se prestassem a mitigar ou a impedir o sancionamento penal, por força dos princípios orientativos da aplicação da pena.

O Brasil adotou este entendimento na redação original do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, partindo-se das tratativas que antecederam a ratificação em definitiva do

²⁴⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm

Decreto nº 5.014/04: apenas os crimes indicados nos sete incisos²⁴⁹ do artigo 1º se prestavam a representar condutas antecedentes para a posterior configuração da lavagem de inteira, sendo vedada a interpretação extensiva ou analógica. Assim dispunha a redação original da Lei nº 9.613/98:

“Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:
 I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
 II - de terrorismo;
 III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;
 IV - de extorsão mediante seqüestro;
 V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;
 VI - contra o sistema financeiro nacional;
 VII - praticado por organização criminosa.”

Tebet²⁵⁰, sobre o tema, identifica que a opção legislativa decorreu de critérios políticos-criminais, buscando o ponto de equilíbrio entre o combate ao branqueamento de capitais promovido pela criminalidade organizada, ao mesmo tempo em que se impedia a massificação da criminalização dos antecedentes do tipo de lavagem.

A bem da verdade, analisando a questão, tem-se que o governo brasileiro realizou uma opção de política criminal e buscou preservar a intervenção penal mínima na medida do possível, restringindo o âmbito de aplicação da norma a condutas efetivamente gravosas e que possuíam a aptidão a não apenas provocar dano à ordem econômica nacional, mas também expor a risco de colapso a estrutura da Justiça – nota-se daquele rol que as ações ali praticadas dificilmente seriam restritas a indivíduos isolados, mas exigiram uma ação conjunta de uma organização estabelecida e estruturada, para a qual o financiamento se fazia indispensável.

Nesse sentido, consta da exposição de motivos da lei²⁵¹ que:

“**21.** Embora o narcotráfico seja a fonte principal das operações de lavagem de dinheiro, não é a sua única vertente. Existem outros ilícitos,

²⁴⁹ Em 2002, foi incluído um oitavo inciso, que previa a conduta antecedente consistente em crime “particularizado por particular contra a Administração Pública estrangeira (artigos 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal)”.

²⁵⁰ TEBET, Diogo. Lei de lavagem de dinheiro e a extinção do rol dos crimes antecedentes. **Boletim Ibccrim**, n. 237, agosto de 2012. Publicação eletrônica. p. 02.

²⁵¹ Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/legislacao/norma/53>

também de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, direitos e valores. São eles o terrorismo, o contrabando e o tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, a extorsão mediante seqüestro, os crimes praticados por organização criminosa, contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional. Algumas dessas categorias típicas, pela sua própria natureza, pelas circunstâncias de sua execução e por caracterizarem formas evoluídas de uma delinqüência internacional ou por manifestarem-se no panorama das graves ofensas ao direito penal doméstico, compõem a vasta gama da criminalidade dos respeitáveis. Em relação a esses tipos de autores, a lavagem de dinheiro constitui não apenas a etapa de reprodução dos circuitos de ilicitudes como também, e principalmente, um meio para conservar o status social de muitos de seus agentes.

22. Assim, o projeto reserva o novo tipo penal a condutas relativas a bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais.

23. O projeto, desta forma, mantém sob a égide do art. 180 do Código Penal, que define o crime de receptação, as condutas que tenham por objeto a aquisição, o recebimento ou a ocultação, em proveito próprio ou alheio, de "coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte". Fica, portanto, sob o comando desse dispositivo a grande variedade de ilícitos parasitários de crimes contra o patrimônio.

24. Sem esse critério de interpretação, o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação. Assim, o autor do furto de pequeno valor estaria realizando um dos tipos previstos no projeto se ocultasse o valor ou o convertesse em outro bem, como a compra de um relógio, por exemplo.”

Nota-se que, na concepção dominante à época, a tutela da matéria por um rol taxativo seria suficiente²⁵² para assegurar a proteção dos bens jurídicos anteriormente destacados, ao mesmo tempo em que se obstava que crimes de menor gravidade ou de pequena ofensividade – como o furto simples – fossem utilizados como condutas antecedentes para o reconhecimento da lavagem de capitais. Afinal, seria o tipo de lavagem de capitais idealmente restrito aos crimes de difícil detecção – já que, para os

²⁵² Especificamente acerca da redação originária do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, convém destacar o ensinamento de Siqueira, segundo o qual tal previsão seria *sui generis*, pois não se limitava a prever um rol delimitado de condutas antecedentes, mas uma mistura de tipos penais específicos, gêneros delitivos e meios de organização da atividade delitiva (este último, ao fazer menção ao crime organizado, que não era estritamente tipificado enquanto tal). Para maiores detalhes, conferir: SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. **O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 297.

demais, os mecanismos tradicionais de tutela penal já seriam suficientes para evitar a perenidade da lesão ao bem jurídico protegido pela conduta antecedente.

Contudo, foi em decorrência da constatação do impacto econômico real e da migração das redes de criminalidade organizada para além do tráfico de drogas que muitos países reviram suas legislações e avançaram para outro movimento de expansão da lavagem de capitais²⁵³, definindo enquanto conduta antecedente qualquer ilícito que pudesse apresentar dimensão econômica, observado, contudo, alguns parâmetros, mormente quanto à gravidade do delito. Assim, nesta terceira geração, caracterizada pela amplitude das condutas antecedentes, qualquer infração penal (crime ou contravenção) com repercussão econômica poderá caracterizar conduta apta a dar ensejo à ocorrência do crime consequente de lavagem de dinheiro. Não há distinção, portanto, quanto à natureza da modalidade criminosa, mas apenas quanto às suas projeções para a realidade socioeconômica.

O ordenamento jurídico incorporou essa perspectiva jurídica na Lei n° 12.683/12, tornando qualquer infração penal sujeita ao branqueamento de capitais, independentemente da sua gravidade ou lesividade – o que traz problemas doutrinários sensíveis, notadamente, a desproporcionalidade entre o preceito penal secundário da infração penal antecedente e o da posterior lavagem de dinheiro.

A exploração de jogos de azar, tal qual a obtenção de lucros a partir do “jogo do bicho”, típica contravenção penal, era anteriormente apartada da incidência da Lei n° 9.613/98²⁵⁴. Contudo, se para esta conduta a pena é tão somente de multa, sem qualquer restrição da liberdade, a conduta consequente – o branqueamento – impõe reclusão de três a dez anos, além de nova aplicação de multa: é de se questionar as razões pelas quais o legislador trilhou este caminho, na medida em que, sob o prisma lógico, a conduta antecedente sempre há que ser reputada mais gravosa que a consequente²⁵⁵.

Remanesce a impressão de que o legislador, para não ampliar individualmente cada uma das condutas primárias, optou por impor pena mais elevada e ampliar o escopo

²⁵³ PEREIRA, Emmanoel Campelo de Souza. **Lavagem de dinheiro e crime organizado transnacional**. São Paulo: LTr, 2016. p. 64.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Andrey Rossi; CASTRO, João Vitor Cruz de e ZAGANELLI, Margareth Vetis. O jogo do bicho como infração penal antecedente ao crime de lavagem de dinheiro: considerações acerca das mudanças promovidas pela Lei n° 12.683/2012. **Derecho y Cambio Social**, n. 63, p. 01-32, jan./mar. 2021. p. 26.

²⁵⁵ BONACCORSI, Daniela Villani. **Lavagem de dinheiro e imputação: seus limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 137.

horizontal do branqueamento de capitais em si, entendendo que a medida, reflexamente, satisfaria a necessidade de proteção de ambos os bens jurídicos – ainda que a própria legislação ressalve a inexistência de comunicação/vinculação entre a apreciação jurídica de cada conduta.

Nesse sentido, afirma Sánchez Rios²⁵⁶:

“Das principais consequências negativas apontadas, “o risco de vulgarização” é o mais preocupante, em decorrência da possibilidade do apenamento pelo tipo de lavagem ser superior àquele previsto para o delito antecedente, denotando injustificada desproporção. Exemplificativamente, tem se apontado: “ainda que bem intencionada, a norma é desproporcional, pois punirá com a mesma pena mínima de 3 anos o traficante de drogas que dissimula seu capital ilícito e o organizador de rifa ou bingo em quermesse que oculta seus rendimentos”. No mesmo sentido, poderá ocorrer que um investidor receba valores provenientes de aluguel e, ao não declarar citados rendimentos ao Fisco, aplicando-os posteriormente na construção comercial, venha a ser formalmente acusado da prática de lavagem de dinheiro”.

Analisando o processo legislativo por detrás da edição da Lei nº 12.683/13, também não remanescem dúvidas de que se buscou alargar excessivamente as hipóteses de imputação da prática de lavagem de dinheiro. Afinal, o próprio projeto de lei que originou a mudança legislativa – o PLS 209/2003 – tinha por objetivo somente inserir o jogo do bicho como conduta antecedente à lavagem de dinheiro, sob a seguinte justificativa²⁵⁷:

“Considerando o bem jurídico penal tutelado por nossa lei de lavagem de dinheiro – o sistema econômico – financeiro do país -, mais precisamente a estabilidade e a normalidade do mercado, podemos identificar várias deficiências, grande parte geradora de problemas práticos, o que acaba por tornar a lei inexecutável ou menos eficaz do que poderia ser. Em primeiro lugar, o art. 1º excluía as contravenções penais. O jogo do bicho, por exemplo, uma das maiores chagas da criminalidade nacional, é amplamente usado para a lavagem de dinheiro e não é infração antecedente. Assim, se um bicheiro introduz proventos do jogo no sistema financeiro para ocultar ou dissimular a origem, não está praticando crime nenhum, por maior que seja o montante. Portanto,

²⁵⁶ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Alterações na lei de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos. **Boletim IBCCRIM**, número 237, agosto/2012. Publicação Eletrônica.

²⁵⁷ BRASIL. **Senado Federal**. Projeto de Lei nº 209, de 29 de maio de 2003. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, objetivando tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3691278&ts=1630434951159&disposition=inline>>. Acesso em 31 out. 2021, às 23h43.

a presente proposta inclui no rol de infrações antecedentes as contravenções passíveis de serem usadas como meio para a lavagem de dinheiro, como, além das citadas, loterias não autorizadas e o comércio clandestino de obras de arte”.

A despeito da inexistência de discussão acerca da elevada lucratividade decorrente da prática do jogo do bicho e a sua associação com a criminalidade organizada²⁵⁸, não havia entendido o legislador brasileiro, quando da edição da Lei nº 9.613/98, ser necessária a sua inclusão no rol de condutas antecedentes. Isto decorreu pelo fato de ser a prática mera contravenção penal – e não crime -, o que desatendia o preceito legal – decerto seria mais simples ter optado pela inclusão expressa desta previsão em um dos incisos do art. 1º da Lei nº 9.613/98, sem prejudicar o restante da sistemática da política criminal e conservando o rol enquanto exaustivo.

Ademais, deixou-se de observar o compromisso assumido anteriormente na redação original Convenção de Palermo, que fixara que os crimes antecedentes deveriam ser tão somente aqueles com pena máxima igual ou superior a 04 anos – assim denominados de “infrações graves”²⁵⁹ -, afastando-se os demais deste rol.

Ainda que se pudesse afirmar a adoção desta medida com base em uma suposta evolução internacional dos paradigmas penais sobre o combate à criminalidade organizada – considerando o transcurso de tempo entre as discussões que fomentaram a celebração da Convenção e a mudança legislativa promovida no Brasil em 2012 -, não há elementos concretos, mesmo no embasamento técnico para o projeto de reforma da legislação, que justificassem a relegação do princípio da intervenção mínima para o segundo plano²⁶⁰: sequer constam nos pareceres aos projetos de lei qualquer prova indene de dúvidas de que eventuais projetos similares adotados em outros países tenham logrado

²⁵⁸ OLIVEIRA, Andrey Rossi; CASTRO, João Vitor Cruz de e ZAGANELLI, Margareth Vetis. O jogo do bicho como infração penal antecedente ao crime de lavagem de dinheiro: considerações acerca das mudanças promovidas pela Lei nº 12.683/2012. **Derecho y Cambio Social**, n. 63, p. 01-32, jan./mar. 2021. p. 11-12.

²⁵⁹ “Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;”.

²⁶⁰ No mais, convém ressaltar que a própria doutrina especializada continua a entender que o princípio da insignificância continua a reger a matéria e deve ser aplicado para apuração da prática ou não do delito de lavagem de capitais. Nesse sentido: SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. **O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 318-319; BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 123.

êxito em efetivamente reprimir outras formas de criminalidade organizada econômica que se aproveitasse da estrutura da lavagem para ocultar suas condutas antecedentes.

E o motivo é bastante evidente. Partindo-se do princípio da razoabilidade e ciente de que a pena deve refletir a gravidade da conduta que sanciona, em tese, os crimes econômicos e aqueles praticados por organizações criminosas de maior vulto – que possuem condições materiais de se utilizar fartamente da lavagem de capitais – teriam penas necessariamente elevadas, superando o patamar mínimo fixado na Convenção de Palermo.

Isso, porém, não ocorre na legislação brasileira quando analisada especificamente as contravenções envolvendo a exploração dos jogos de azar, um dos alvos da reforma legislativa: seria preferível o legislador ter adotado por completo os critérios de Palermo, fixando o referencial geral de quatro anos, seguindo-se de um aumento da pena para a prática de referida contravenção, ou tão somente incluído tal delito no rol taxativo constante da redação original da Lei n° 9.613/98.

E havia, na legislação brasileira após a reforma de 2012, desde o seu nascedouro, uma preocupação excessiva com a atenção ao clamor público, reflexo do populismo legislativo. Outro não é o entendimento que se deduz do próprio relatório do projeto aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal²⁶¹:

“A rapidez com que o crime organizado se sofisticava e se estende em ramificações internacionais faz com que os Estados nacionais tenham que se aparelhar muito rapidamente, também no campo normativo, para lhe dar combate efetivo. Nesse sentido, a proposição em análise absorve avanços que foram sendo incorporados recentemente nas legislações de vários países para dar mais eficácia ao combate aos crimes de lavagem de dinheiro e conexos.

O projeto procura tornar mais céleres os procedimentos processuais, o que é de extrema relevância para a real coercividade da norma, uma vez que a rapidez de movimentos do crime organizado e das redes de corrupção, aliada ao grande poderio econômico que detêm e à grande capacidade que têm de transformar rapidamente sua riqueza ilícita nos mais diversos tipos de ativos, cruzando as fronteiras nacionais, exige como resposta do ordenamento jurídico que sejam criadas regras

²⁶¹ BRASIL. Senado Federal. **Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos acerca do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n° 209, de 2003**. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em:

<<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3529084&ts=1630442096096&disposition=inline>>. Acesso em 31 out. 2021, às 10h39.

processuais céleres e que não abram flancos para a ação estratégica dessas organizações, que detêm exércitos de especialistas voltados para explorar cada fresta deixada pela legislação.

O crime organizado só pode existir se for capaz de criar formas de circular, acumular e distribuir patrimônios e rendas. Enfim, o crime organizado só sobrevive se for dada a ele, de alguma maneira, a oportunidade de legitimar e legalizar seus fluxos e estoques de recursos. Assim, o combate à lavagem de dinheiro é uma das formas mais eficientes de enfrentar crimes graves, tais como tráfico de drogas e de armas, sonegação tributária e corrupção, que reduzem a segurança de nossa população ou os recursos disponíveis para investimentos sociais do Estado.”

E é de se ressaltar a celeridade na tramitação desta versão final do projeto, dissonante com a morosidade verificada na versão original do PLS 209/2003. Enquanto esta foi apresentada em maio de 2003, recebendo parecer da Comissão de Assuntos Econômicos em março de 2007 e da Comissão de Constituição e Justiça em abril do mesmo ano, com aprovação do Plenário do Senado Federal em maio de 2008, com apreciação e aprovação de substitutivo, pela Câmara dos Deputados, em outubro de 2011 – em um total de oito anos e meio -, o texto final do substitutivo teve sua tramitação iniciada no Senado Federal em novembro de 2011 e aprovação derradeira em junho de 2012 – pouco mais de sete meses, portanto.

A influência dos meios de comunicação em todo esse processo, foi notória²⁶², aproveitando-se dos holofotes da CPMI do Cachoeira – que tinha como principal investigado um contraventor -, iniciada em abril de 2012 – concomitante com a aprovação do parecer favorável à aprovação do substitutivo pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal²⁶³, e com as acusações de leniência com a prática de atos ilícitos

²⁶² A título de exemplo: PUBLICADA lei que reforça combate à lavagem de dinheiro. **Portal G1 – Política**. Publicada em 10 de julho de 2012, às 08h04. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/07/publicada-lei-que-reforca-combate-lavagem-de-dinheiro.html>>. Acesso em 17 de outubro de 2021, às 08h12; LIMA, Paola. Aprovada lei mais dura contra lavagem de dinheiro. **Senado Notícias**. Publicada em 05 de junho de 2012, às 19h25. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/06/05/aprovada-lei-mais-dura-contra-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em 20 de outubro de 2021, à 01h04.

²⁶³ PARREIRA, Marcelo e PASSARINHO, Natalia. Congresso Nacional oficializa criação da CPI do Cachoeira. **Portal G1**. Publicada em 19 de abril de 2012, às 10h54. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/congresso-le-requerimento-que-oficializa-criacao-da-cpi-do-cachoeira.html>>. Acesso em 20 de outubro de 2021, à 00h54.; RACY, Sonia e DÉCIMO, Tiago. “CPMI do Cachoeira vai ser Explosiva”, diz Marco Maia. **Estadão**. Publicada em 29 de abril de 2012, às 18h01. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cpmi-do-cachoeira-vai-ser-explosiva-diz-marco-maia,866929>>. Acesso em 20 de outubro de 2021, à 00h48.

apontados naquele procedimento de investigação²⁶⁴. Não fosse o caso, dificilmente seria empreendida tal celeridade à tramitação desta norma, ainda mais se considerado que o próprio processo legislativo que deflagrou na alteração do projeto de lei original para o seu substitutivo já estava impregnado pela pressão da opinião pública decorrente da Operação Monte Carlo.

Assim, independentemente do posicionamento que se adote quanto ao mérito das mudanças perpetradas por esta legislação, cabe a reflexão acerca do meio como estas ocorreram e se a celeridade empreendida foi benéfica, ou não, para a necessária atenção à política criminal. Não há dúvidas que se utilizou o discurso do medo como meio para obter vantagens econômicas e eleitorais, ao mesmo tempo em que se banalizou institutos de natureza penal e se desvirtuou a lógica da política criminal.

Cabe, dentro desse cenário, fazer uma ponderação: quais as razões pelas quais o delito de lavagem de capitais foi alçado a tamanho protagonismo na última década?

Silva Sanchez²⁶⁵, analisando a questão, entende que o problema repousa na expansão penal sobre a novas áreas do direito e da vida em sociedade, principalmente aquelas que não eram alcançadas por um sistema jurídico penal arcaico. Ao mesmo tempo, não se pode perder de vista o entendimento de que a dinâmica do concurso de agentes prevista pelo Código Penal não possibilita, de maneira satisfatória, a punição pelos resultados dos crimes praticados por alguns agentes que atuam em posições de comando, mas se distanciam dos atos executórios propriamente ditos e buscam tão somente usufruir dos resultados do ato delitivo.

Afinal, para o concurso de agentes é indispensável que haja o desígnio prévio de vontades, o que deixa de abranger aquele que atua posteriormente ao cometimento do crime apenas para tirar proveito de seu resultado material.

Tal premissa parte da ideia de que alguns crimes são motivados pela possibilidade de fácil obtenção de vantagens econômicas, de modo que aos órgãos de controle caberia

²⁶⁴ COSTA, Breno. CPI do Cachoeira é a mais lenta em 20 anos. **Folha de S. Paulo**. Publicada em 20 de maio de 2012, às 05h35. Disponível em: < <https://m.folha.uol.com.br/poder/2012/05/1092893-cpi-do-cachoeira-e-a-mais-lenta-em-20-anos.shtml>>. Acesso em 20 de outubro de 2021, à 01h06.; SILVIO Costa critica voto em separado na CPI do cachoeira. **Senado Notícias**. Publicada em 03 de julho de 2012, às 12h05. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/07/03/silvio-costa-critica-voto-em-separado-na-cpi-do-cachoeira/>>. Acesso em 20 de outubro de 2021, à 01h32.

²⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del Derecho Penal**, Madrid: BdeF, 2011. p. 120-121.

desmotivar tais práticas, punindo as condutas acessórias de forma contundente. Segundo Salvador Neto²⁶⁶:

“Afim, se ninguém estivesse disposto, seja por razões éticas ou jurídicas, a adquirir o relógio de proveniência criminosa, menor seria o ímpeto na subtração deste tipo de bem. A lavagem de dinheiro, febre mundial de criminalização desde o final dos anos 80 do século passado, traz consigo raciocínio similar. Caso não exista aquele desejoso de ocultar ou beneficiar-se de algum modo de valores provenientes do tráfico de drogas ou de corrupção, naturalmente minguaram as práticas delitivas destas espécies”.

O aqodamento do legislador conduziu ao recrudescimento legislativo e à punição excessiva de réus por crimes instrumentais, fazendo-os superar até mesmo a sanção aplicada pela conduta principal. Tal inversão evidencia a crítica que se faz ao protagonismo da lavagem de capitais: a inoperância do Estado no combate aos crimes principais – por demandarem atuação investigatória profissional e contundente – leva a uma predileção pela punição por via simplificada, atingindo tão somente o acessório, de modo que, em vez de se atacar a doença, atacam-se somente seus sintomas. E tal perspectiva se coaduna perfeitamente com os ensejos do populismo penal, como já destacado no capítulo 2 desta tese.

A corroborar este entendimento, vale destacar o ensinamento de Rodríguez²⁶⁷, especificamente acerca do julgamento da Ação Penal 470/STF:

“E, com um salto perigoso, porém essencial para ser conciso, o julgamento do Mensalão tem comprovado efeito análogo, mas em relação à corrupção: o essencial, e, portanto, difícil, é produzir prova contra o corrupto, não contra quem maneje o seu dinheiro. Em outras palavras, a efetividade da lavagem como instrumento para repressão dos grandes crimes, maior argumento a seu favor, é bastante duvidosa [...] O risco maior, e isso não sou só eu quem noto, é que se utilize o agente financeiro como instrumento” de repressão ao verdadeiro criminoso, com o conseqüente “desvio” da gravidade da conduta para alguém que não fez mais, às vezes, que deixar de denunciar à autoridade alguma movimentação de capital, em nome de uma obrigação de não delação que é inerente (ou lhe parecia inerente) ao dever de sigilo de

²⁶⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Lavagem de Dinheiro e o seu Protagonismo Penal**, “in” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crônicas Franciscanas do Mensalão*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 88.

²⁶⁷ RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Lendas e Equívocos do Crime de Lavagem de Dinheiro** “in” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crônicas Franciscanas do Mensalão*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 78.

seu cargo. Agindo como lhe figura mais correto, um operador de instituição financeira pode, aos olhos da lei, ser o único punido, em um encantamento de ações originado de narcotraficante que fez uma grande venda, ou de um político que roubara mais do que conseguiu carregar”.

E, diante deste cenário, transportando já mencionada crítica feita por Hassemer²⁶⁸ à aplicação do princípio do dano na teoria do bem jurídico à conduta específica de lavagem de capitais, resta evidente a preocupação para a expansão populista. Como, em abstrato, a conduta antecedente praticada por prestadores de serviços que integram os elos da cadeia da lavagem pode representar instrumento de branqueamento de capitais – havendo, portanto, um potencial dano vulnerador do bem jurídico – então necessariamente haveria que advir sanção para a prática da conduta, a qual poderia ser elidida em concreto caso se provasse o contrário. Entretanto, ao adotar tal postura, o legislador propaga insegurança jurídica, em vez de promover seu oposto: ainda que se entenda ser necessário o desenvolvimento de instrumentos efetivos de prevenção e repressão à lavagem de capitais, não se pode banalizar a prática profissional e exigir daquele que labora lícitamente que comprove estar agindo desta forma, o que, ademais, é pouquíssimo eficiente – faz mais sentido fixar parâmetros apenas para situações lindeiras, excepcionais, e entender a licitude enquanto regra²⁶⁹.

De tudo isto, resta evidente que a atual legislação brasileira é insuficiente para combater a criminalidade e tampouco para atender as diretrizes internacionais sobre a lavagem de capitais. E, em vez de um resultado benéfico, traz consigo moléstias que afetam o cerne da política criminal, para além de apenas uma mera aparência (que não se convola em efetividade) de combate ao crime antecedente.

²⁶⁸ HASSEMER, Winfried. The Harm Principle and the Protection of Legal Goods (Rechtsgüterschutz): a German Perspective. “In” SIMESTER, AP, BOIS-PEDAIN, Antje du e NEUMANN, Ulfrid. **Liberal Criminal Theory: essays for Andreas von Hirsch**. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014. p. 187-204. p. 203-204.

²⁶⁹ Não é de todo irrelevante considerar que o sistema jurídico se rege pela presunção de boa-fé nas transações econômicas. Presume-se que a atividade do prestador de serviços (advogados, consultores fiscais, contadores, etc.) é lícita, mas pode-se exigir que sejam prestadas contas e observadas normas específicas de regularidade do procedimento (v.g. expedição de nota fiscal), para que, caso se suspeite de irregularidade, haja mecanismos de realizar o rastreo da operação.

3.3. A criminalização da advocacia e as diversas formas de atuação do advogado: da específica contestação ao recebimento de honorários advocatícios pelos advogados criminalistas - a tese dos “honorários maculados”

Dentro desse cenário de enrijecimento da legislação voltada ao combate da lavagem de capitais, sobressai a tentativa de nele serem inseridas novas exigências de *compliance* para profissões que se sujeitam a lidar com influxo de capitais ou que podem ser utilizadas para dar a aparência de licitude a operações ilícitas: caso dos agentes financeiros (bancos, corretoras mobiliárias, etc.), contadores e dos profissionais de advocacia – tanto consultiva quanto contenciosa -, dentre outros, como se nota da advertência feita por Rodrigo de Grandis²⁷⁰:

“Quanto mais complexa a operação contábil e mais sofisticada a engenharia financeira, maiores as chances de impunidade. Daí a utilização, na maioria dos casos, do sistema financeiro internacional e dos serviços de profissionais provenientes das mais diversas áreas de conhecimento, os quais empregarão suas habilidades e conhecimentos técnicos à causa criminosas. Economistas, contadores, gerentes de instituições financeiras, notários e advogados têm sido utilizados por diversos grupos criminosos para conferir aparência de legalidade a condutas que, em verdade, embutem um ou mais delitos”.

Tendo em vista que o tema específico deste trabalho atine ao uso da Lei de Lavagem de Capitais para enquadramento da atividade típica da advocacia como um possível elo intermediário do delito de branqueamento de capitais, a análise que se fará neste item e no capítulo subsequente será limitada a esta atividade profissional, ainda que, como indicado no parágrafo acima, não se ignore similitude fática em relação a outras profissões.

Antes de se adentrar especificamente no tópico das formas como se dá a criminalização da advocacia, é necessário fazer algumas considerações preliminares sobre as formas de atuação do advogado.

Em essência, a atividade privativa do advogado – ou seja, aquela que apenas por ele pode ser realizada - é subdividida em dois grandes grupos: a contenciosa e a

²⁷⁰ GRANDIS, Rodrigo de. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p.115-116.

consultiva, como especifica o art. 1º da Lei nº 8.906/94 - Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB):

“Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

§ 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal.

§ 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.

§ 3º É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade.”

Ainda que em *ultima ratio* ambas as atividades envolvam a aplicação de conhecimentos jurídicos diante de uma realidade fática posta, não se olvida que há diferenças sensíveis entre as atividades consultiva e contenciosa.

A atividade consultiva e/ou de assessoria é direcionada a uma atuação *ex ante*, visando a evitar que seja necessária a instauração de uma demanda judicial e precipuamente fundada na tentativa de enquadrar uma conduta dentro da moldura legal, evitando que aquele que lhe contratara sofra prejuízos (majore seus custos de transação) ou permitindo que o mesmo aufera lucros ainda maiores (minore seus custos de transação), como destacado por Ronald Gilson²⁷¹.

É justamente por essa atuação desvinculada de processos e/ou operações específicas que há na advocacia consultiva a necessidade de uma distinção quanto à advocacia contenciosa, ao menos no que atine ao dever de informar previsto na legislação pátria para fins de evitar a prática de lavagem de capitais, como destaca Sánches Rios²⁷² - ainda que, como bem pontuado pelo autor, não se possa reputar ilícita e sujeita à comunicação toda e qualquer informação recebida no bojo de uma consulta judicial, sob pena de esvaziamento do sigilo profissional.

Assim, quando se preconiza uma potencial distinção entre esta área e aquela que se analisará a seguir, defende-se a posição de que, se existente mecanismo de *compliance* para os advogados, este deve incidir de maneira mais efusiva sobre os advogados que

²⁷¹ GILSON, Ronald. Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 94, n. 2, pp. 239-313, Dec. 1984. p. 241-243.

²⁷² SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 273-274.

atuam na área consultiva, sendo inviável a exigência da prestação de informações e o reporte acerca de operações praticadas por clientes quando atuante o advogado na esfera contenciosa.

Se de um lado a advocacia contenciosa, analisada anteriormente, está atrelada a uma intervenção pré-judicial e com fulcro a dar contornos de legalidade a uma operação que se deseja praticar, de outro a atividade contenciosa está atrelada a assegurar os direitos de seu cliente quando do manejo de ações junto ao Poder Judiciário ou dentro de uma esfera contenciosa administrativa: já há um ato previamente praticado que tem sua legalidade contestada, seja pelo cliente que contratou pelo profissional da advocacia, seja por um terceiro que imputa a este cliente a prática do ato ou de omissão em desconformidade com a ordem jurídica. Independentemente do *locus*, entretanto, é de se destacar que esta forma de atuação do advogado está intimamente atrelada a preservação de direitos que se encontram já vulnerados ou estão na iminência de sê-lo.

Nota-se, portanto, que a indispensabilidade do advogado para a atuação da justiça preconizada no artigo 133 da Constituição Federal não é um comando normativo desprovido de sentido. Sobre o tema, impende destacar o preconizado por Álvaro Gonzaga²⁷³ acerca do teor de tal dispositivo constitucional:

“É justamente nesse panorama de ressurgimento da democracia e de defesa das liberdades que se propõe a análise do artigo 133. Dispõe que o advogado é indispensável à administração da Justiça. Via de regra, em virtude da indispensabilidade, sabemos que é por intermédio dele, do advogado, que se exercem o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, conforme preceitua o artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

(...)

A arquitetura sinfônica do trabalho do Advogado e da Ordem dos Advogados é o garantidor da beleza de qualquer resultado útil do processo, da existência do Estado Democrático e Social de Direito, do brilho do Direito sempre que violado ou sempre que praticado (preventivamente nas consultorias). Somente através desse trabalho indispensável e dedicado, incansável e delicado, é que se garante, mais do que o processo, toda a ordem política democrática. A jurisdição é inerte, mas o advogado não – este é ativo. É concretizador, é condutor de luz e de esperanças de minorias, é o prudente conselheiro dos direitos das maiorias. É

²⁷³ GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Comentário ao artigo 133 da Constituição Federal de 1988. “in” MORAES, Alexandre de et al. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1139-1140.

ele, o advogado, que possui a capacidade postulatória para “fazer falar nos autos” as pretensões das partes, levando-as ao conhecimento do Estado-juiz.”

Há, portanto, um vínculo intrínseco e indissociável entre a atividade do advogado e a proteção dos direitos fundamentais, não havendo como conceber a ordem jurídica no Estado Democrático de Direito sem a atuação deste profissional. Trata-se de medida necessária para garantir o devido processo legal em sua máxima extensão e para impedir a consolidação do arbítrio e autoritarismo do Estado.

A atividade de proteção de direitos fundamentais é ainda mais acentuada para os advogados criminalistas, que lidam diretamente com a ameaça de restrição do direito à liberdade de seus clientes. E a sua atuação ainda deve ser analisada sob a ótica de um segundo complicador: a remuneração recebida por estes profissionais, ao menos em abstrato, sempre poderia ser colocada em xeque caso se admitisse a ilegalidade do pagamento caso os recursos originários que foram utilizados para bancar os honorários advocatícios fossem provenientes de atividade criminosa. Afinal, bastaria qualquer condenação por crime econômico ou com repercussões patrimoniais para se eivar de mácula os honorários pagos.

Para compatibilizar o escopo amplo de atuação do advogado preconizado na Constituição Federal com a tutela dos demais bens jurídicos – sem se ignorar os direitos à segurança e à justiça, ambos elencados desde o preâmbulo da Constituição Federal –, o próprio artigo 133 prevê a necessidade de regulamentação legal da inviolabilidade do advogado. Daí que o próprio texto constitucional evidencia, desde o primeiro momento, se tratar este dispositivo de uma norma de eficácia contida, na proposição de José Afonso da Silva²⁷⁴, o que autoriza a intervenção legislativa, desde que pautada em um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, para restringir excepcionalmente esta garantia fundamental, o que é possível mesmo em se tratando de norma atinente à proteção de direitos fundamentais, como preconizado por Virgílio Afonso da Silva²⁷⁵.

Esse é o cenário que se põe ao legislador quando da estipulação das prerrogativas profissionais dos advogados, dos contornos legais a ela incidentes e de suas limitações.

²⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 82-83.

²⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 23-51, 2006. p. 47.

De um lado, se estava ciente que, por se tratar de atividade profissional intrinsecamente relacionada a preservação de direitos fundamentais, era essencial que fosse ela dotada de algumas características excepcionais que lhe permitam maior liberdade atuacional, inclusive para evitar o temor de cerceamento praticado pelos agentes estatais e pelos órgãos de persecução; de outro, havia a cognoscibilidade da importância de se criar exceções a essas hipóteses de intangibilidade da atividade do advogado, para evitar que ela, em vez de garantidora do Estado Democrático de Direito, fosse utilizada para lhe provocar erosão e fragilidade.

É nesse sentido que o artigo 7º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil preconiza uma série de direitos e prerrogativas profissionais de que gozam os advogados, as quais, em síntese, e na parte que interessa ao presente trabalho, se transcreve a seguir:

Art. 7º São direitos do advogado:

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

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;

V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar;

VI - ingressar livremente:

a) nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados;

b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares;

c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado;

d) em qualquer assembléia ou reunião de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais;

(...)

X - usar da palavra, pela ordem, em qualquer tribunal judicial ou administrativo, órgão de deliberação coletiva da administração pública ou comissão parlamentar de inquérito, mediante intervenção pontual e sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, a documentos ou afirmações que influam na decisão;

XI - reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento;

(...)

XVII - ser publicamente desagradado, quando ofendido no exercício da profissão ou em razão dela;

(...)

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;

(...)

§ 3º O advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo.

(...)

§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente 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 representante 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.

§ 7º A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.

A fixação de prerrogativas em favor dos advogados, portanto, é medida que decorre de comando legal e não se reveste de caráter absoluto, como sucede a qualquer direito fundamental, como afirma Branco²⁷⁶. Há exceções legais – tais quais as constantes

²⁷⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 230.

dos §2º, §3º e §6º do dispositivo supramencionado – que autorizam que se excepcionem as prerrogativas para fazer valer outras garantias e direitos fundamentais postos na Constituição Federal. Atuar como advogado, portanto, não significa estar na posse de uma “carta branca” que autorize o desrespeito ao ordenamento jurídico; pelo contrário, são válidas as suas prerrogativas tão somente como força de impedir o arbítrio do Estado, não podendo as mesmas ser usadas como escudo para a prática de atividades ilícitas, sob pena de, para além de se desvirtuar o escopo finalístico da garantia, se macular a própria profissão exercida, nos termos do art. 31 a 33 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil:

“Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§ 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

§ 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.”

Tentativas de criminalização da advocacia, feitas em caráter genérico, assim, se revelam indiciárias de cerceamento da tutela de direitos fundamentais. Isto, por evidente, não significa que medidas de *compliance* não possam ser adotadas ou sejam absolutamente rechaçadas, sem que incida alguma forma de controle sobre os advogados, argumento comumente adotado por aqueles que afirmam haver leniência em excesso com advogados, como Magalhães²⁷⁷: tal tese é deveras absurda, tanto que já existe controle sobre a atividade profissional, desempenhado pela Ordem dos Advogados do Brasil,

²⁷⁷ MAGALHÃES, Vlamir. Breves notas sobre lavagem de dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, p. 164- 186, jan. - abr. 2014. p. 184-185.

havendo ainda campo para que novas modalidades de *compliance* surjam, especialmente sobre a advocacia consultiva.

Neste primeiro momento de análise, portanto, é imprescindível se ter clara a divisão entre as duas categorias de atuação profissional do advogado diante de sua relação para com a preservação de direitos fundamentais. Não se questiona em momento algum que possa incidir regramento mais rigoroso para o *compliance* sobre a advocacia consultiva, até porque é nela que podem surgir eventuais usos indevidos da profissão - direcionados para a prática de ilícitos ou para conferir a ilícitos a aparência de licitude -, entretanto, o mesmo não pode ser dito da advocacia contenciosa, em que a acentuação do dever de sigilo e das prerrogativas profissionais deve ser feito de maneira acentuada, por colocar em xeque a preservação de direitos e garantias fundamentais dos assistidos pelos advogados.

Assentada esta premissa norteadora do trabalho, pode-se passar ao recorte específico feito dentro do universo de teses utilizadas para tentar criminalizar a atividade da advocacia.

O suposto recebimento de honorários advocatícios maculados não é a única hipótese que encontram aqueles que criticam a atividade da advocacia para tentar modificar a legislação. Dentre a miríade de teses existentes, destacam-se, ainda, a vulneração da segurança estatal pelo direito ao pleno e reservado contato entre o advogado e seu cliente, ainda que preso²⁷⁸, e a utilização de escritórios de advocacia como ambientes supostamente utilizados para a perpetração de delitos.

No entanto, das teses aventadas pelos defensores do maior enrijecimento da legislação sobre os profissionais da advocacia, selecionou-se para fins de apreciação no

²⁷⁸ Esta hipótese é objeto do Projeto de Lei nº 291/2003, em trâmite na Câmara dos Deputados, com a finalidade de alteração do art. 41 da Lei nº 7.210/84 e do art. 7º, III, da Lei nº 8.906/94. Da justificativa do projeto consta que “Tal alteração legislativa teve como ponto de partida a situação de emergência na qual se encontra parte da sociedade brasileira, quando narcotraficantes comandam, do interior de presídios, verdadeiras ações de guerrilha nas cidades. Exemplos recentes temos a rebelião simultânea ocorrida em vários presídios no estado de São Paulo e os ataques a civis, ônibus e prédios públicos ocorridos no mês de fevereiro na cidade do Rio de Janeiro. É importante ressaltar que, nestes episódios, há fortes indícios de que as ordens emanadas do interior do cárcere tiveram como principais instrumentos a entrevista reservada com advogados e a visita de parentes. Assim, apesar da suspensão do direito de ir e vir e do isolamento eletrônico que, bloqueia o uso de aparelhos telefônicos móveis, os líderes do narcotráfico fazem a sociedade de refém.” (BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 291/2003. Altera o art. 41 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 e o artigo 7º, inciso III da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105934>>. Acesso em 02 fev. 2022.).

presente trabalho apenas a hipótese de recebimento de honorários advocatícios “maculados” pelos causídicos que atuam na área contenciosa criminal. A justificativa para tal estava na necessidade de se realizar um recorte factível para a pesquisa, considerando-se o fator temporal, e a maior adequação com a temática da inserção da advocacia dentro dos ditames da Lei nº 9.613/98: as demais hipóteses envolvem alterações em outros diplomas normativos, como o Estatuto da Advocacia e a Lei de Execuções Penais, mas não revelam propriamente a tentativa de imputar às sociedades de advogados e aos advogados individualmente considerados a utilização de sua atividade profissional como elo do branqueamento de capitais. Ademais, utilizar recorte mais amplo impediria a realização de uma análise legística adequada dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, o que se fez no item subsequente.

Apresentada a justificativa para o recorte feito neste trabalho, cabe passar à análise específica da teoria dos honorários maculados e de como a mesma se correlaciona com as modificações na Lei nº 9.613/98 – o que se fará, por ora, apenas sob a perspectiva abstrata-doutrinária, cabendo a dimensão concreta, fruto da verificação das proposições legislativas hoje em curso no Congresso Nacional, apenas no Capítulo 04 deste trabalho.

Consistem os honorários maculados em hipótese de recebimento de honorários advocatícios oriundos, ainda que indiretamente, de proventos de atividade criminosa, como enunciado por Greco²⁷⁹. Tratar-se-ia, portanto, de suposto mecanismo utilizado pelos agentes delinquentes para tentar conferir a aparência de licitude ao provento de sua atividade criminosa e, ao final, dela poder usufruir em termos práticos – através da obtenção de melhores defensores.

O conceito, em si, é bastante simples. Bastaria que entre houvesse qualquer mácula na origem ou no ato de pagamento dos honorários advocatícios para que o advogado que soubesse ou devesse saber de tal vício se sujeitasse às penalidades legais – que poderiam variar, a depender da proposição legislativa enunciada, de incursão na prática de ato ilícito, como receptação e/ou lavagem de capitais, a mero ilícito disciplinar, punível no âmbito da ética profissional, como se verá no próximo capítulo em maiores detalhes.

²⁷⁹ GRECO, Luís. **Cumplicidade através de Ações Neutras: A imputação objetiva na participação**, Ed. Renovar, 2004. p. 109-110.

Na doutrina, verifica-se a existência de autores que defendem a criminalização do recebimento dos honorários maculados em sua máxima extinção – ou seja, sempre que identificado o contorno fático acima delineado -, como é o caso de Vlamir Magalhães²⁸⁰, que apresenta, para tal, os seguintes argumentos:

“São incontáveis os casos diariamente noticiados nos quais delinquentes contumazes ou de alto poder político-econômico, mesmo desprovidos muitas das vezes de profissão ou fonte de renda lícita, investem o patrimônio obtido ilegalmente em grandes instituições financeiras e, quando investigados, contratam os mais renomados advogados e escritórios de advocacia sob valores de montante e origem convenientemente acobertados por manto argumentativo de suposto viés constitucional. O mesmo se diga em relação a alguns agentes públicos que, quando investigados pelos mais rumorosos escândalos de corrupção e desvio de recursos do erário, conseguem, sabe-se lá como, idêntica proeza financeira, mesmo tendo limitada remuneração de conhecimento coletivo e insípido patrimônio declarado ao fisco.

Ainda não se conseguiu explicar no que exatamente estaria o direito de defesa cerceado com a mera explicitação da origem do custeio do serviço advocatício ou onde a livre circulação de riqueza (lícita) seria impedida pela simples imposição de cautelas e deveres aos agentes econômico-financeiros.”

Os argumentos trazidos pelo autor acima destacado – e que se revestem muito mais de caráter retórico do que propriamente de natureza técnica, pois desprovidos de maiores dados que corroborem a tese pretendida – sintetizam muito bem o que os defensores da criminalização do recebimento de honorários ditos “maculados” afirmam em favor de seu posicionamento.

Em primeiro lugar, a contratação de grandes escritórios de advocacia por aqueles que praticam a lavagem de capitais desbalancearia em favor destes o sistema de justiça, pois se utilizaria parte do produto do crime para se proteger da persecução criminal.

Em segundo lugar, não haveria qualquer violação ao direito de defesa e às prerrogativas profissionais, tendo em vista que não se afetaria a atividade finalística da advocacia, mas apenas seriam criados mecanismos de *compliance* capazes de conferir maior transparência no que toca à origem dos recursos.

²⁸⁰ MAGALHÃES, Vlamir. Breves notas sobre lavagem de dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, p. 164- 186, jan. - abr. 2014. p. 185.

Os defensores desta tese, contudo, ignoram aspectos atinentes à legitimidade do recebimento de contraprestação pelo serviço efetivamente realizado e, também, a forma como o cerceamento do recebimento dos honorários poderia afetar reflexamente o direito de defesa. Afinal, ainda que não haja uma restrição nas possibilidades de atuação do advogado de forma direta, ocorre uma tentativa de coibir esta atuação de maneira indireta, pelo desestímulo à assunção das causas – justamente por haver risco de não receber contraprestação, ou, em hipótese ainda pior, ser o causídico alvo de persecução penal por ter sido pago pelo serviço prestado²⁸¹.

Diante desse quadro, toda conduta ou proposição normativa tendente a restringir ou impedir a percepção de honorários advocatícios pelos advogados deve ser vista como atentatória ao pleno desempenho desta atividade profissional. E, no âmbito da advocacia criminal, há o agravante já supramencionado: é preciso assegurar a existência de mecanismos que, mesmo diante da eventual condenação do cliente pela prática de um ilícito – ou seja, mesmo que mal-sucedido, ainda que em parte, o advogado na defesa da causa -, seja possibilitado o pagamento da remuneração devida ao causídico.

Admitir que o profissional da advocacia que labore nestas condições seja penalizado implica, portanto, em enfraquecimento da prerrogativa de livre exercício da atividade profissional. Ainda que se alegue que o profissional deva saber – ou que efetivamente já tenha conhecimento - da origem ilícita dos recursos, tendo em vista o que lhe foi confidenciado pelo cliente quando da montagem da estratégia defensiva, criminalizar a conduta com base no mero ato de recebimento é temerário. Em primeiro lugar, pois parte da teoria que o advogado está assumindo risco ao atuar profissionalmente na defesa das garantias fundamentais de seu cliente, o que levaria aos absurdos jurídicos de relegar a defesa criminal de todos aqueles que praticam delitos econômicos à Defensoria Pública ou de sujeitar os advogados criminais a não receber contraprestação sempre que de sua atuação não resultar a absolvição do cliente, quando no bojo do processo restar demonstrada a obtenção de recursos mediante a prática de crimes. Quaisquer dessas hipóteses revela cerceamento à livre atuação profissional e ao próprio

²⁸¹ Mesmo não correspondendo ao objeto do presente estudo, vale indicar que o primeiro grande problema que se verifica à tese da maculação dos honorários está em seu caráter de verba alimentícia, reconhecida tanto pela redação do art. 85, §14, do Código de Processo Civil²⁸¹ como pela Súmula Vinculante n° 47, redigida pelo Supremo Tribunal Federal²⁸¹. Ou seja, se os serviços foram efetivamente prestados, o pagamento da verba honorária é devido, sob pena de aviltamento da profissão e de imputação de labor gratuito ao advogado – o que é vedado pelo próprio Código de Ética e Disciplina²⁸¹, com exceções pontuais para o labor *pro bono*, nos termos do Provimento n° 166/2015 do Conselho Federal.

direito de defesa, pois impediria que o réu em uma ação penal fundada em crime patrimonial pudesse escolher livremente seu defensor – infringindo, ainda, a premissa da existência de um vínculo de confiança entre advogado e cliente. E, em segundo lugar, por ser de extrema dificuldade a comprovação específica de que os recursos utilizados para remunerar o advogado foram provenientes de ato ilícito, e não provenientes de quantia lícita previamente existente em posse de seu cliente.

Sobre o tema, afirma Estellita²⁸²:

“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, 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 âmbito da tipicidade objetiva, âmbito da tipicidade objetiva, as duas modalidades típicas acima indicadas.”

É fato que os defensores do maior rigor penal para a apuração da proveniência dos recursos utilizados para remunerar os advogados se apoiam na premissa de que, em outros países, já há mecanismos regulatórios desde longa data. Entretanto, não há na legislação estrangeira esta ampla tentativa de repressão da atuação do advogado, mormente no prisma contencioso. O que existe é a possibilidade de persecução quando a prestação do serviço não ocorreu ou quando existem fundados indícios de que, por detrás de um pretexto de prestação de serviço, em que o causídico tinha pleno conhecimento da origem ilícita dos recursos, o advogado agiu de má-fé ao perceber a verba honorária.

Sobre o tema, vale destacar a ponderação feita por Ferrari²⁸³, analisando especificamente o caso alemão:

“É imperativo reconhecer que a decisão do Tribunal Constitucional, proferida em março de 2004, adotou a tipicidade subjetiva para resolver a questão, mediante o dolo direto. Assim, entendeu que, no caso em análise, a conduta dos advogados caracterizou o crime de branqueamento de capitais pelo fato de que os arguidos conheciam de forma segura a sua origem delitiva

²⁸² ESTELLITA, Heloísa. 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. p. 180-181.

²⁸³ FERRARI, Bárbara Dorati. O recebimento de honorários maculados e o branqueamento de capitais. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 82, out./dez. 2021, p. 19-46. p. 24-25.

e, portanto, teriam atuado com dolo direto. Para tanto, consideraram como indícios do efetivo conhecimento da origem ilícita dos honorários e a respectiva má-fé do advogado os seguintes fatores: desproporcionalidade do valor de honorários recebidos (quantia extraordinária, comparado à tabela) e o fato da verba honorária ter sido paga em dinheiro.

Em sua sentença, o BVerfG afirmou que o tipo penal do § 261, II, nº 1, do Código Penal Alemão pode ser objeto de uma interpretação restritiva conforme a Constituição, de modo que somente poderá ser condenado por recebimento de honorários maculados aqueles advogados que sabem, de forma segura, a origem ilícita destes, excluindo-se o dolo eventual ou a negligência.

Para chegar a esta solução, o Tribunal Constitucional constatou, no âmbito da tipicidade objetiva, e em sintonia com o decisório do OLG de Hamburgo, que criminalizar a conduta de recebimento de honorários implicaria, ainda que de forma reflexa, a violação de direitos fundamentais de extrema importância, como o direito à ampla defesa, o direito ao livre exercício da profissão e o direito à livre escolha do defensor. Com efeito, colocar em perigo o direito do defensor penal de explorar – e de um modo razoável – os seus serviços profissionais interfere diretamente na relação de confiança advogado-cliente, a qual se mostra indispensável a uma defesa efetiva e, portanto, afeta diretamente a administração da justiça, uma vez que, para tanto, é indispensável que lhe seja garantido o exercício de seu trabalho de forma livre e independente, sem temor de que, ao aceitar a defesa de um cliente, possa sofrer o risco de uma persecução penal.”

Não se ignora também a existência de uma suposta segunda categoria de honorários maculados, consistente na alegada contraprestação por serviços de advocacia não prestados. Nesta hipótese, são maculados os honorários não apenas em virtude da origem dos proventos que serão usados para remuneração dos advogados, mas principalmente por não ter ocorrido qualquer atividade típica de advocacia que justificasse o pagamento feito, como bem analisa Sánchez Rios²⁸⁴.

Quanto a essa segunda hipótese, que não será analisada exaustivamente neste trabalho, não há dúvida quanto à potencial configuração do delito de lavagem de capitais. Afinal, como apontado por Estellita²⁸⁵, em análise aos artigos 35 a 38 do Código de Ética e Disciplina da OAB, a licitude do recebimento dos honorários advocatícios decorre da existência de um serviço prestado, devidamente formalizado na forma de contrato

²⁸⁴ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 218-220.

²⁸⁵ ESTELLITA, Heloísa. 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. p. 180-181.

escrito²⁸⁶ ²⁸⁷A inexistência de serviço torna indevida qualquer remuneração contraprestacional, afinal, não há prestação/obrigação que justifique o pagamento – tratar-se-ia de típico negócio jurídico simulado, sendo dissimulada, na melhor das hipóteses, uma doação de recursos ao causídico.

E, a bem da verdade, o recebimento destes recursos não correspondentes a um serviço prestado nada mais revela que um típico artifício de branqueamento de capitais, sendo inviável ao profissional da advocacia alegar em sua defesa a adoção de providências possíveis pelo homem médio para o desconhecimento da proveniência ilícita daqueles recursos, consoante proposição feita por Choclan Montalvo²⁸⁸. Afinal, em não laborando, nada haveria que receber de um terceiro, evidenciando ao menos a imprudência de sua conduta.

Delimitadas as duas grandes hipóteses doutrinárias acerca do recebimento de honorários advocatícios maculados, e estabelecendo, desde o presente momento, que o foco de análise desta tese – consoante se analisará no próximo capítulo – é o recebimento de honorários advocatícios “maculados” por advogados criminalistas contenciosos em decorrência de serviços efetivamente prestados (ou seja, cuja causa da mácula é tão somente a proveniência dos recursos), pode-se, então, avançar para um segundo momento de análise, no que atine especificamente às potenciais consequências da adoção deste modelo – o que se faz apenas a título de antecipação do que será analisado no capítulo subsequente em mais detalhes.

²⁸⁶ 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 do serviço profissional, contendo todas as especificações e forma de pagamento, inclusive no caso de acordo.

§ 1º Os honorários da sucumbência não excluem os contratados, porém devem ser levados em conta no acerto final com o cliente ou constituinte, tendo sempre presente o que foi ajustado na aceitação da causa.

§ 2º A compensação ou o desconto dos honorários contratados e de valores que devam ser entregues ao constituinte ou cliente só podem ocorrer se houver prévia autorização ou previsão contratual.

§ 3º A forma e as condições de resgate dos encargos gerais, judiciais e extrajudiciais, inclusive eventual remuneração de outro profissional, advogado ou não, para desempenho de serviço auxiliar ou complementar técnico e especializado, ou com incumbência pertinente fora da Comarca, devem integrar as condições gerais do contrato.

²⁸⁷ Apesar da indicação feita, vale frisar que a Lei 14.365/2022 estabeleceu em seu artigo 5º, parágrafo 4º, que nas atividades de consultoria e assessoria jurídica é admitida a prestação verbal ou por escrito, independente da outorga de mandato ou da formalização de contrato de honorários. Importa ressaltar que o objeto do presente estudo é a análise dos honorários pagos aos advogados criminalistas onde haja o efetivo exercício do direito de defesa. Contudo, há evidente contradição entre o disposto na legislação e o consagrado pelo Código de Conduta da entidade.

²⁸⁸ CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. 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. p. 43-44.

Não há uma lesão direta ao direito de defesa pelo simples fato de se criarem mecanismos atinentes a dar suposta transparência à origem dos honorários advocatícios recebidos pelos causídicos ou pela proposição de persecução penal àqueles que recebam honorários cujos recursos utilizados ao seu custeio sejam provenientes da prática de ato ilícito. Não se modifica a estrutura da persecução penal e nem se cria um obstáculo direto e manifesto à atividade da advocacia: sobre o prisma da incidência direta da norma, as prerrogativas seguem inatingíveis.

O problema está no âmbito dos reflexos indiretos de qualquer proposição que busque a criação de tais mandados de criminalização, tendo em vista que os mesmos, a depender da forma como estruturados, possuem a aptidão de desestimular os profissionais da advocacia a assumir causas contenciosas criminais, como já destacado anteriormente: não haverá interesse em labor sem a devida contraprestação ou sob a temeridade de persecução caso não se logre êxito no final.

Ao mesmo tempo, é inviável que se restrinja a defesa de investigados e réus pela prática de delitos patrimoniais às Defensorias Públicas. Não se critica a atuação deste órgão, igualmente vital à manutenção do Estado Democrático de Direito, mas não se ignora as dificuldades estruturais e organizacionais que possui a Defensoria Pública, que até hoje lança mão de convênios com advogados particulares para atender a sua demanda de clientes, tendo em vista a carência de pessoal, o excesso de trabalho e a própria falta de estrutura organizacional robusta, como apontado por Rodriguez²⁸⁹. Deixar sob a égide da Defensoria Pública toda uma nova massa de assistidos – e tão somente pelo fato de terem sido criados entraves à remuneração dos advogados – não apenas pode levar a uma defesa menos eficiente, pela impossibilidade material de enfoque centralizado do Defensor Público apenas naquele caso (ou em um número de casos que seja materialmente viável de análise), mas a um próprio colapso sistêmico da Defensoria Pública. Assim, no momento atual e considerada a realidade institucional dos dias atuais da Defensoria Pública – o que se espera que, em um futuro próximo, seja alterada, infirmando a proposição que ora se faz -, é de se reputar que a atribuição de novas competências ao órgão, resultando em um número expressivo de novas causas, sem que haja devida adequação estrutural, implicará em prejuízo indireto ao exercício do direito

²⁸⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.). **Advocacia de interesse público no Brasil: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013. p. 97-98.

de defesa dos assistidos (tanto criminais quanto não criminais, já que o impacto se dará globalmente na instituição), ao menos sob o prisma qualitativo.

Quanto às prerrogativas profissionais em si, a margem de comprometimento decorrente de eventual tentativa de criminalização do recebimento dos honorários maculados é deveras ampla, a depender da proposição legislativa analisada. Assim, deixando de lado as peculiaridades de cada um desses textos, sobre os quais se debruçará no próximo capítulo, é certo que o primeiro risco “genérico” sobre as prerrogativas profissionais atine ao direito de livre exercício da atividade profissional, consequência imediata do cerceamento ao recebimento de honorários pelo serviço prestado, já destacado anteriormente.

Há outra violação igualmente relevante, constituinte do segundo risco genérico: a lesão ao dever de sigilo do advogado e da inviolabilidade das informações em sua posse. Caso seja o advogado obrigado a comunicar as autoridades competentes a notícia da prática de operação potencialmente ilícita de seu cliente, visando a evitar que seja responsabilizado (civil, penal e administrativamente) por participação no delito de branqueamento de capitais, ou mesmo como forma de tentar dar licitude a honorários que porventura sejam pagos, terá o advogado que quebrar o pacto de confiança junto ao seu cliente.

O mesmo se aplica à situação em que deva o advogado exigir de seu cliente documentação que comprove a origem lícita dos recursos utilizados para o seu pagamento, para fins de informação aos órgãos competentes. Dúvida não há que, uma vez reportadas as informações às autoridades, poderá o cliente ser sancionado caso as tenha prestado em dissonância com a realidade. Nessa hipótese, não apenas é certo que ele não prestará as informações fornecidas, como será vulnerado o vínculo entre advogado e cliente, afetando, ainda, o direito à não-incriminação.

Diante desse quadro, é possível tecer algumas conclusões preliminares, a serem analisadas detidamente no próximo capítulo, quando do contraste destas considerações teóricas com o conteúdo os projetos de lei em curso no Congresso Nacional.

Não se ignora que, na ordem jurídica contemporânea, não pode haver atividade profissional completamente imune ao controle jurisdicional e cuja blindagem jurídica a ela conferida lhe permita transgredir a legislação, seja ela civil, administrativa ou criminal. Os advogados, entretanto, gozam de proteção especial por possuírem atividade

intrinsecamente ligada à preservação de direitos fundamentais que se encontram sujeitos a uma arbitrariedade praticada por um terceiro – seja ele um particular ou o próprio Estado. Tal proteção especial, entretanto, pode ser limitada pela legislação vigente, desde que de caráter proporcional e com a finalidade de assegurar a preservação de outras garantias constitucionais.

A criação de mecanismos de *compliance* para os advogados é juridicamente possível, mas depende de uma modelagem compatível com a Constituição Federal. De fato, à míngua de um regramento específico ao tema no Brasil, criar uma estrutura que permita ao advogado demonstrar a licitude por detrás de suas atividades profissionais – ou seja, que efetivamente está prestando um serviço e, por isso, faz jus a uma contraprestação pecuniária – pode ser uma medida relevante para conferir mais transparência à atividade profissional e evitar que a atividade fim da advocacia seja utilizada como falso pretexto para a prática de ilícitos, o que ocorre, a título de exemplo, quando se simula a prestação de serviços de advocacia consultiva para o fim tão somente de recebimento de recursos advindos de prática ilícita.

Entretanto, qualquer proposta atinente a criar tal mecanismo deve levar em consideração as prerrogativas hoje existentes – que não podem ser vulneradas – e também potenciais prejuízos ao direito de defesa que possam surgir, sejam eles diretos (por modificarem garantias processuais hoje postas) ou indiretos (pelo comprometimento qualitativo das possibilidades de exercício do direito de defesa).

E, mesmo que criado um mecanismo ou regulamentada a prestação de contas para fins de *compliance*, é certo que seria imprescindível diferenciar a advocacia consultiva da contenciosa, mormente para fins de informação e prestação de contas. Ainda que inseridas dentro do bojo das atividades privativas do advogado, cada qual possui uma repercussão distinta sobre as garantias fundamentais. Ainda que se possa discutir possível vulneração do sigilo e a responsabilização do advogado na advocacia consultiva – temas em relação aos quais este autor é veementemente contrário –, a mesma conclusão não se pode chegar quanto à advocacia contenciosa: lá, as prerrogativas da atividade profissional devem ser absolutas, sob pena de vulneração do próprio Estado Democrático de Direito.

4. As tentativas legislativas de se inserir a advocacia dentro na esfera de tutela da lei de lavagem de capitais e a qualidade desta legislação: análise dos Projetos de Lei apresentados ao Congresso Nacional entre 2012 e 2020

O presente capítulo deste trabalho busca, na esteira do analisado anteriormente, verificar como o Poder Legislativo buscou incorporar no ordenamento jurídico brasileiro mecanismos e propostas normativas aptas a, a partir dos pontos fracos da Lei de Lavagem de Capitais, explicitar finalidades de criminalização da advocacia e potencialmente vulnerar direitos fundamentais atrelados a esta atividade profissional.

Destaca-se desde já que o recorte aqui feito decorre da constatação de que inexistente projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional que realize o percurso inverso, ou seja, tente resguardar explicitamente esta atividade profissional dentro da Lei de Lavagem de Capitais. É oportuno ressaltar que isto não implica na inexistência da possibilidade de, no curso do processo legislativo, quaisquer dos projetos de lei ora em trâmite incorporarem propostas que realizem este resguardo necessário.

Mais do que tão somente indicar quais são os aludidos projetos de lei e verificar qual o seu teor, tentando estimar seus impactos para o macrosistema tutelado pela lei de lavagem de capitais, é necessário também compreender qual a qualidade da legislação produzida, utilizando a metodologia de análise da Legística (ou Legisprudência). Afinal, certo é que, como apontado por Carlos Blanco de Moraes²⁹⁰, a mera existência de ato normativo dentro do ordenamento jurídico não implica de *per se* que os objetivos que motivaram a sua criação serão efetivamente alcançados: é necessário que a norma seja qualitativamente alinhada com o que se pretende.

4.1. Conceitos básicos de Legística

Antes de esclarecer quais os critérios metodológicos escolhidos para a triagem dos projetos de lei referentes às potenciais alterações da legislação incidente sobre o delito de lavagem de dinheiro, convém tecer breves noções introdutórias acerca do ferramental teórico que será utilizado para analisar tais projetos.

Na linha do que já foi proposto anteriormente, quando analisada a temática da sociedade do espetáculo, Cyrul²⁹¹ é assertivo ao indicar que o superdimensionamento das

²⁹⁰ MORAIS, Carlos Blanco. **Manual de Legística**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 54.

²⁹¹ CYRUL, Wojciech. **Lawmaking**: between discourse and legal text. “in” WINTGENS, Luc J. (Ed.). *Legislation in context: essays in Legisprudence*. Ashgate: Farnham (Reino Unido), 2007. p.43-54. p 43-44.

regulações normativas é reflexo da influência que o discurso – tanto parlamentar quanto midiático – pode provocar sobre o processo legislativo. Dentre as consequências normativas que são trazidas por esse fenômeno, aponta o autor que se de um lado basta a inteligibilidade para que se compreenda o discurso, o mesmo não ocorre com o texto normativo, que deve ser adequado à realidade de todo o sistema jurídico e observar uma estrutura preferencialmente fechada, concisa e coerente, que não abra margens para eventuais divergências interpretativas sobre o que está ali posto.

Na esteira do proposto por Cyrul, entende-se que é preciso, no que toca aos projetos de lei que enfocam propõem modificações na Lei de Lavagem de Capitais, analisar qualitativamente a produção normativa, verificando se o que hoje se propõe para alterar a Lei nº 9.613/98 terá a potencialidade de trazer mais benefícios do que malefícios ou se o caminho que ora se encontra delineado é justamente o inverso.

Deste modo, se faz necessário emprestar da teoria econômica e aplicar por analogia ao processo legislativo a concepção de “custos de transação”. Para economistas como Nooteboom²⁹², os custos de transação são definidos como variáveis econômicas negativas que se contrapõem aos benefícios gerados por uma transação e que podem desestimular os agentes econômicos a concretizarem uma avença. Ou seja: a equação econômica só resultará positiva quando as vantagens obtidas com o produto ou o resultado da atividade produtiva superarem os custos do processo realizado para a sua obtenção.

Coase²⁹³, detalhando especificamente as origens destes custos de transação, asseverava que são eles uma modalidade de custo inerente a todas as operações mercantis que não decorre de seu objeto, mas de seus sujeitos e da forma de organização que se revestem os contratantes. Ainda que não seja necessariamente quantificável pecuniariamente, esse custo implícito decorreria das múltiplas etapas do ciclo contratual – a cogitação (ponderação entre o desejo e a real necessidade de contratar), a negociação (pactuação do preço e elaboração do contrato), a execução e a fiscalização do contrato, e, por fim, as obrigações pós-contratuais -, sempre tendo como objetivo último a mitigação de possíveis danos.

²⁹² NOOTEBOOM, Bart. Firm Size Effects on Transaction Costs. **Small Business Economics**, v. 5, n. 4, pp. 283-295, 1993. p.284.

²⁹³ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, Vol. 3, pp. 1-44, Oct. 1960. p. 15.

Williamson²⁹⁴, aprimorando a teoria proposta por Coase, adicionou novo elemento de compreensão dos custos de transação. Para ele, seriam estes custos uma decorrência da realidade organizacional das empresas e do mercado, de modo que a maior sofisticação no processo produtivo e das estruturas de governança poderiam reduzir estes custos através da fiscalização do ciclo de formação e execução das transações.

Assim, a ideia a ser trazida para a seara do processo legislativo é a de que qualquer texto normativo que se pretende produzir deve acarretar mais benefícios ao ordenamento jurídico do que traz a norma a ser modificada; ao mesmo tempo, os custos intrínsecos do processo legislativo não podem exceder essas vantagens qualitativas.

E a razão para existirem tais custos no processo legislativo repousa na racionalidade limitada dos agentes políticos. Hugo Soares²⁹⁵ destaca que a produção legislativa ideal seria aquela em que disporiam os agentes políticos de tempo suficiente, toda a habilidade e os recursos necessários para compreender toda a situação fática e produzir um texto capaz de mudá-la com perfeição. Contudo, como bem destacado pelo autor, isto não ocorre na prática: o legislador possui tempo, habilidade e recursos limitados para fazê-lo, estando, ainda, sujeitos a um contexto de intensa pressão externa, se inserindo uma arena política na qual há interesses conflitantes e que, por vezes, não permitem que se chegue a um consenso sobre a medida ideal a ser tomada, como aponta Trindade²⁹⁶.

É importante delinear que, para os fins do presente estudo, se adotará enquanto custos de transação do processo legislativo aqueles eminentemente intrínsecos e que podem exceder eventuais vantagens qualitativas, ou seja, os custos decorrentes de vícios e/ou inadequações no processo de elaboração da norma jurídica, enfocando-se, aqui, nos aspectos formais e procedimentais do processo legislativo. Por outro lado, define-se enquanto “custo de transação global” aquele decorrente da implementação de uma norma jurídica cujos benefícios trazidos ao ordenamento jurídico não supera os seus impactos negativos.

²⁹⁴ WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. **American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, pp. 548-577, Novembro/1981. P.574

²⁹⁵ SOARES, Hugo Henry Martins de Assis. **Sobre a (ir)racionalidade decisória: reflexões críticas para uma revalorização do legislar**. “in” SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva e PRETE, Esther Kùlkamp Eyng (Org). Estudos em Legística. Florianópolis: Tribo Ilha, 2019. p. 93-120. p. 101.

²⁹⁶ TRINDADE, João. **Processo Legislativo Constitucional**. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 32.

Tendo em vista o objetivo de identificação dos custos de transação legislativos e apurar se a produção legislativa atinente às modificações na Lei nº 9.613/98 implicará em um custo global de transação para o ordenamento jurídico, faz-se necessário lançar mão de uma metodologia específica de análise da qualidade da legislação e que possa simultaneamente aferir aspectos formais, procedimentais e materiais da elaboração e constituição da norma jurídica.

Contudo, para tal, é necessário utilizar ferramental distinto daquele que se usa quando apreciada a qualidade da jurisprudência, afinal, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo são regidos por princípios que, embora por vezes convirjam, em sua essência são dissonantes²⁹⁷, como bem aponta Trindade²⁹⁸: exemplo patente disto é a falta de imparcialidade que caracteriza as atividades do segundo e que é inconcebível junto ao primeiro. Deste modo, na linha do proposto pelo autor supra indicado²⁹⁹, é necessário que se utilize uma metodologia apropriada para lidar com a realidade específica do Poder Legislativo, com seus princípios de ordem política - separação de poderes, não convalidação das nulidades, controlabilidade, simetria, democracia e bicameralismo -, suas demandas e seu *modus operandi* próprio.

Optou-se, no presente trabalho, por lançar mão da Legística, a qual, segundo ensinamento de Carlos Blanco de Moraes³⁰⁰, consiste no estudo sobre as técnicas, métodos e conhecimentos utilizados para avaliar, dentre outros fatores, a qualidade e as implicações práticas dos atos normativos, sejam eles leis em sentido estrito ou em sentido amplo. É evidente, a partir da definição proposta pelo autor, que se pode utilizar a Legística como um importante instrumento para ponderar se a produção legislativa é

²⁹⁷ A dissonância entre os princípios processuais “judiciais” e “legislativos” decorre do fato de que, embora ambos sejam espécies do gênero “direito processual”, estejam inseridos em *loci* deliberativos completamente distintos. Nota-se claramente haver semelhança entre o princípio da revisibilidade jurisdicional (duplo grau de jurisdição) com a ideia de revisão bicameral no processo legislativo federal, do mesmo modo que há algum grau de aderência entre as ideias de instrumentalidade das formas no Poder Judiciário e no Poder Legislativo – neste último, evidenciado pela prevalência de regras informais de deliberação e debate (sobre o tema, HELMKE, Gretchen e LEVISTKY, Steven. *Informal Institutions and Comparative Politics: a Research Agenda. Perspectives on Politics*, v. 2, n.4, p. 725-740, dez./2004. p. 725-726). Entretanto, doutro lado, não há como se assumir possível a imparcialidade no processo legislativo (ou a parcialidade no processo judicial) ou a prevalência no Judiciário de um “princípio da supremacia da maioria” quando da apreciação de uma decisão. Há, assim, que se distinguir os processos regentes de cada uma destas espécies processuais e, mesmo quando houver alguma convergência, analisá-la sob a ótica da esfera de inserção específica daquela espécie processual.

²⁹⁸ TRINDADE, João. **Processo Legislativo Constitucional**. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 28.

²⁹⁹ TRINDADE, João. **Processo Legislativo Constitucional**. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 28-36.

³⁰⁰ MORAIS, Carlos Blanco. **Manual de Legística**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 70.

deficitária ou não sob o prisma qualitativo, tanto quanto à forma como no tocante à matéria.

Kildare Gonçalves Carvalho³⁰¹, a seu turno, identifica na Legística uma metodologia apta a aferir a adequação entre a expectativa dos cidadãos sobre o teor material das leis e sua duração e aquilo que os textos normativos são efetivamente capazes de oferecer. Prestaria esta ciência, portanto, a permitir que se avalie a qualidade da legislação e identificar a necessidade de substituição desta por outra ou, simplesmente, notar aspectos pontuais dignos de alteração para aprimoramento do texto legal.

Para alcançar suas finalidades, a Legística se subdivide em oito áreas de atuação principais, ainda que, por vezes, possam elas se sobrepor em alguns aspectos, segundo Mader³⁰²: a técnica legislativa (Legística Formal), a metodologia legislativa (Legística Material), a redação legislativa, a comunicação legislativa, o procedimento legislativo, a gestão de projetos legislativos, a sociologia jurídica empírica e a teoria da legislação.

Considera-se, assim, Legística formal (ou técnica legislativa), o prisma da ciência da legislação que enfoca a escolha da forma jurídica mais adequada para a edição de determinado ato normativo – isto é, selecionando tanto a proposição³⁰³ mais adequada (lei ordinária, lei complementar, decreto legislativo, etc.) como balizando os limites específicos do processo legislativo que será deflagrado - sem avançar propriamente para o conteúdo bruto da lei, devendo precipuamente garantir que o texto da norma seja compreensível e linguisticamente correto, como assevera Kildare Gonçalves Carvalho³⁰⁴.

Por sua vez, a Legística material se distancia dos aspectos inerentes ao processo legislativo em sentido estrito e avança para a própria qualidade da legislação, preocupando-se em adequar às finalidades do Estado o teor dos atos normativos

³⁰¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica Legislativa: Legística Formal**. 6ª edição. Belo Horizonte: DelRey, 2014. p. 177.

³⁰² MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. **Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação**, Oeiras, Portugal, n. 1, p. 39-49, abr.-jun. 1991. p. 46-49.

³⁰³ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

³⁰⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica Legislativa: Legística Formal**. 6ª edição. Belo Horizonte: DelRey, 2014. p. 179

produzidos pelo parlamento, como destacado por Caggiano³⁰⁵. A importância desta subespécie, como pontua Carlos Blanco de Moraes³⁰⁶, está na estruturação de um modelo de aferição qualitativa da intervenção estatal através da lei, o qual permite que se note se a norma criada possui ou não uma função “anexa”, ou seja, distinta da simples edição do texto normativo bruto.

Daí porque Carvalho³⁰⁷ afirma que a Legística material é típica política de legislação, estando inserida em um contexto em que se busca uma resposta às exigências de eficácia, eficiência e efetividade da produção do Poder Legislativo. Não basta a mera existência do texto legal, mas é fundamental que este se alinhe ao que a sociedade espera do Parlamento e, principalmente, que não se mostre dissonante a direitos e garantias fundamentais já alcançados e consagrados no Texto Constitucional – sob pena da norma ser posteriormente reputada inconstitucional.

Ademais, segundo Mader³⁰⁸, ainda que não se esteja a analisar a forma do texto legal, a Legística material não implica em desviar o foco do processo legislativo, mas sim em adentrar ao que foi produzido em cada uma das suas etapas, cada qual dotada de regras próprias e sujeita à influência de atores diferentes³⁰⁹.

³⁰⁵ CAGGIANO, Monica Herman. **A crise da lei, a ciência da legislação – Legística**. “In” BARBOSA, Maria Nazaré Lins; MARINS, Camila Moraes Cajaiba Garcez; PIRES, Ieda Maria Ferreira. *Legística: estudos em homenagem ao professor Carlos Blanco de Moraes*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 299

³⁰⁶ MORAIS, Carlos Blanco. **Introdução**. In *Legística: estudos em homenagem ao professor Carlos Blanco de Moraes/coordenadores Maria Nazaré Lins Barbosa, Camila Moraes Cajaiba, Garcez Martins, Ieda Maria Ferreira Pires* – 1. Ed – São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 19- 35. p. 19-20.

³⁰⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica Legislativa: Legística Formal**. 6ª edição. Belo Horizonte: DelRey, 2014. p. 179.

³⁰⁸ MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, Volume 22, nº 2, 2001, p. 119-131. p. 120.

³⁰⁹ O fato de o processo legislativo não seguir um rito uniforme para todas as proposições – e diante da possibilidade do rito a que se submete uma proposição poder ser abreviado, por meio de institutos como o regime de urgência parlamentar e a concentração deliberativa em uma comissão especial – o torna particularmente sujeito à influência de diferentes atores políticos em cada uma de suas etapas. Duas matérias com idêntico teor e que tramitem no Congresso Nacional simultaneamente, caso atribuídas a elas diferentes ritos de tramitação, há elevado risco de diferença quanto ao resultado qualitativo da produção normativa e quanto à duração total de seu processo legislativo. Exemplificativamente: na Câmara dos Deputados, projetos de lei ordinária que versem sobre a matéria de mais de três comissões de mérito devem ser apreciados por uma comissão especial criada tão somente para aquele fim, que reunirá a competência deliberativa das comissões permanentes (art. 34, II, RICD). No entanto, a instalação dos trabalhos da comissão especial apenas é possível após a indicação de seus membros pelas bancadas, o que não sucede com as comissões permanentes, que já possuem membros “fixos”: para retardar o início da atividade da comissão especial, mormente por não haver vontade política na deliberação da matéria, basta que os líderes não indiquem membros para compô-la – sendo exemplar a situação ocorrida com a comissão destinada a apreciar o mérito do PL 7.419/06 que, até a presente data, sequer chegou a apresentar relatório final.

A redação legislativa, a seu turno, deriva da Legística Formal, mas se debruça especificamente sobre a redação do texto normativo e sobre a forma com a qual o legislador opta por tornar escrito um comando normativo: o tema, inclusive, é regulamentado no Brasil pela Lei Complementar nº 95/1998, que fixa padronização para a redação de textos normativos, além de também ser materializada no Manual de Redação da Presidência da República.

Trata-se, portanto, de área muito mais ligada à redação normativa e aos aspectos gramaticais e morfosintáticos das escolhas do legislador, cabendo a ela a seleção dos signos linguísticos mais adequados para concretizar as finalidades de clareza e coesão normativa impostas na própria Legística Formal.

A Comunicação Legislativa se associa ao princípio da transparência dos atos legislativos, o que, no direito brasileiro, encontra amparo no princípio da publicidade dos atos administrativos. No entanto, é insuficiente que o texto final da lei seja publicado para que se dê efetiva publicidade a todo o processo legislativo: é fundamental que todo o processo legislativo, incluindo suas etapas mais burocráticas, seja efetivamente publicizado e tornado acessível aos atores sociais interessados, nos termos do proposto por Cattoni de Oliveira³¹⁰.

Em uma análise superficial, pode-se ter a impressão de que a publicidade não teria o impacto de afetar materialmente a produção legislativa, já que ela apenas notificaria aos interessados – e à opinião pública em geral – sobre os trabalhos parlamentares em andamento. Entretanto, segundo Zahariadis³¹¹, a publicidade dos atos parlamentares é crucial para que se permita a modificação da agenda de discussões e a inclusão das perspectivas de novos *players* e grupos de pressão, a saber, atores da sociedade civil com incursão no Legislativo e que podem, pela influência que lhes é característica, trazer novos elementos de discussão ao processo deliberativo.

O enfoque da Legística sobre o procedimento – assim como o processo legislativo³¹² - a seu turno, engloba a avaliação das regras utilizadas para a produção dos

³¹⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 44.

³¹¹ ZAHARIADIS, Nikolaos. Setting the agenda on agenda setting: definitions, concepts and controversies. “in” ZAHARIADIS, Nikolaos (Org.). **Handbook of Public Policy Agenda Setting**. Cheltenham: Edward Elgar, 2016. p. 01-22. p. 13.

³¹² A diferença central entre o “procedimento legislativo” e o “processo legislativo” está no fato de o primeiro representar um ato processual legislativo isolado – ou seja, apenas um dos elos da cadeia – enquanto o segundo se refere ao conjunto concatenado e organizado de atos processuais legislativos

atos normativos em busca da qualificação do resultado produzido, como apontado por Mader³¹³. Entretanto, ao contrário do que ocorre com a técnica legislativa, não se preocupa aqui com as regras adotadas para escolher a forma dos atos jurídicos, mas sim com as regras regentes especificamente do procedimento: busca-se verificar se entre duas ou mais regras processuais legislativas cabíveis para o mesmo caso concreto há alguma que resulte em maior qualidade à produção normativa.

No que toca ao enfoque processual, deve-se ressaltar que o resultado qualitativo buscado não necessariamente será aquele que se apresenta de maneira mais célere ou aquele que, em sentido contrário, tenha passado por um exaustivo processo de tramitação. Deve-se, portanto, adequar a necessidade temporal da produção da norma com as exigências qualitativas da Legística material.

Vale, neste ponto, rememorar que o devido processo legislativo - decorrente da incidência do art. 5º, LIV, da Constituição Federal³¹⁴ às atividades parlamentares, como explicitado por Luiz Gustavo Bambini de Assis³¹⁵ - não se limita às garantias do contraditório e à ampla defesa, mas também à garantia da duração razoável do processo legislativo, sendo, segundo Chevitarese³¹⁶, uma garantia coletiva dos cidadãos, e não apenas dos parlamentares – logo, têm os cidadãos o direito de ver as normas jurídicas necessárias à consecução das finalidades estatais e aos anseios sociais serem formadas em tempo hábil para a maximização qualitativa de seus efeitos. Não se exige, portanto, nem o processo demasiadamente curto, sem discussão e que atrole as normas processuais, e nem o demasiadamente longo, em que o excesso de zelo na técnica e na discussão da matéria colocam em risco a própria efetividade da norma.

A dimensão da Legística que recai sobre a gestão de projetos legislativos corresponde aos aspectos administrativos necessários para, simultaneamente à tramitação de uma proposição legislativa, assegurar que o produto final seja adequado às

observado pelos agentes parlamentares nas suas atividades legislativas, considerados de forma sistêmica – ou seja, a cadeia como um todo. Nesse sentido: SOUZA, Hilda Regina Silveira Albandes de. **Processo Legislativo: linhas jurídicas essenciais**. Porto Alegre: Sulina, 1998. p. 43-44.

³¹³ MADER, Luzius. Legislação e Jurisprudência. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 9. Belo Horizonte, jan-dez. 2007, p. 193-206. p. 195.

³¹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

³¹⁵ ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **Processo Legislativo e Orçamento Público: função de controle do Parlamento**. São Paulo: Saraiva, 2012.

³¹⁶ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. **Controle jurisdicional do processo legislativo: natureza e limitações do Mandado de Segurança**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 145-148.

expectativas que se tem da norma criada, encontre aderência parlamentar e social e possua custos de transação que não superem os proveitos a serem tirados da modificação do ordenamento jurídico. Segundo Mader³¹⁷, transpõe-se à produção normativa os mesmos princípios e regras cogentes aplicáveis às demais atividades burocráticas da Administração Pública gerencial, notadamente, aquelas destinadas a assegurar efetividade e transparência, com fulcro a reduzir potenciais ruídos que interfiram na qualidade final da norma – constituindo estes ruídos os já mencionados “custos de transação legislativos”.

O prisma da sociologia jurídica empírica – ou sociologia legislativa -, a seu turno, se dedica a analisar o processo político por si só: deixando as normativas aplicáveis em segundo plano, tenta-se identificar pontos de aprimoramento qualitativo na gestão política das atividades parlamentares, enfocando-se nos agentes responsáveis pela produção normativa – não necessariamente os parlamentares, mas todos aqueles que possuam algum grau de influência no processo decisório.

Acerca deste ponto, Mader³¹⁸ inclui importante advertência sobre a necessidade de se incluírem os servidores de apoio aos parlamentares e ao Parlamento enquanto instituição dentro da ótica de estudo da Legística. Isso porque é pouco prudente assumir que toda a atividade legisferante será construída exclusivamente pelos agentes políticos, como asseveram Huffington e Brunning³¹⁹, na medida em que tais agentes, ainda que possuam prevalência no momento decisório, invariavelmente recorrerão às suas equipes de apoio na preparação dos textos que serão redigidos, debatidos e votados. A qualidade da produção legislativa, também passa pela atuação destes técnicos que se mantêm longe do escrutínio da opinião pública e do dever de prestação de contas perante o eleitorado; portanto, é inegável que estes quadros podem contribuir com maior tecnicidade material ao processo legislativo, complementando a qualidade trazida, ao menos em tese, pelo debate político.

Por fim, o último prisma de análise da Legística é a teoria da legislação, que se aproxima da perspectiva de análise da matéria trazida pela teoria constitucional e pela

³¹⁷ MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, Volume 22, nº 2, 2001, p. 119-131. p. 125

³¹⁸ MADER, Luzius. Legislação e Jurisprudência. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 9. Belo Horizonte, jan-dez. 2007, p. 193-206. p. 200.

³¹⁹ HUFFINGTON, Clare; BRUNNING, Halina. **Internal consultancy in the public sector: case studies**. London: Karnac Books, 1994. p. 85.

Teoria do Estado: para além de se preocupar com o microcosmo da produção legislativa e com as leis individualmente consideradas, cabe à Legística aprimorar sistemicamente a legislação e identificar nas mudanças sociais e de finalidade estatal possíveis janelas de oportunidade para o aprimoramento do sistema legislativo-normativo. Não é por outra razão que Mader³²⁰ entende ser essa uma perspectiva crítica da produção normativa e que se resguarda dentro de um ambiente teórico – ao contrário das repercussões diretamente práticas das perspectivas anteriores da Legística -, mas que, em *ultima ratio*, é fundamental para que o sistema se conserve em constante evolução.

Verifica-se, assim, que o estudo qualitativo da legislação a partir da metodologia proposta pela Legística permite que se enfoquem diferentes aspectos da produção normativa – do que decorre ser ela um ferramental bastante completo ao jurista que pretende se debruçar sobre este campo de estudo. E, da mesma forma que são bem definidos seus campos de atuação, existem certos parâmetros e princípios que são usualmente apontados pela doutrina para padronizar a análise feita: por se tratar de um instrumental puramente teórico e que não depende de uma normativa prévia para sua criação, a padronização do estudo da legislação permite inclusive que se compare a qualidade de normas produzidas em contextos temporais distintos, sob a égide de realidades normativas (e Constituições) distintas, e mesmo em países que adotem regramentos completamente díspares entre si.

Sem prejuízo do reconhecimento de outros autores que reconhecem princípios outros, destaca-se ser convergente na doutrina, como apontado por Carlos Blanco de Moraes³²¹, a existência de seis princípios regentes da Legística: necessidade, proporcionalidade, inteligibilidade, simplicidade, responsabilidade e transparência.

Os princípios da necessidade e da proporcionalidade atuam de maneira binomial, não sendo possível segregá-los. Se de um lado a necessidade impõe que a produção normativa deva ser restrita a casos em que há uma exigência fática e/ou social para a produção da lei – ou seja, quando a concretização de uma política pública ou o cumprimento de uma demanda da população apenas for possível de execução mediante tal instrumento -, de outro a proporcionalidade exige a ponderação sobre a relação custo-benefício dos atos normativos.

³²⁰ MADER, Luzius. Legislação e Jurisprudência. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 9. Belo Horizonte, jan-dez. 2007, p. 193-206. p. 200.

³²¹ MORAIS, Carlos Blanco. **Manual de Legística**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 32.

Também são binomiais os princípios da inteligibilidade e da simplicidade, estes diretamente focados à possibilidade de conhecimento efetivo da norma produzida e a coerência da norma dentro do ordenamento jurídico. Qualquer ato normativo deve guardar compatibilidade com o restante do sistema jurídico e suas finalidades, para o que sua adequada compreensão por toda a população – e não apenas por estudiosos do Direito – deve ser tomada como norte ao momento da redação do texto legal.

O princípio da responsabilidade, a seu turno, projeta-se para o momento da concretização dos efeitos dos atos normativos, enunciando que todo ato normativo produzido deve ter seus efeitos conhecidos, ou ao menos estimados, *a priori* – cabendo ainda ao próprio legislador tomar medidas para remediar consequências negativas da legislação produzida o quanto antes, ou, se necessário, agir desde a edição do ato para mitigar tais repercussões. É por força desse que mecanismos como a avaliação de impacto legislativo se tornaram peças-chaves no controle interno do processo legislativo.

Por fim, o princípio da transparência impõe que os cidadãos – o povo – tenham a possibilidade de conhecer os atos normativos, tomar ciência de seu processo de elaboração e, na medida do possível, dele participar. A bem da verdade, tal princípio não se limita a uma recomendação de boa prática legislativa, mas, no ordenamento jurídico brasileiro, decorre de mandamento constitucional³²². A publicidade dos atos processuais legislativos é a regra geral, cabendo o sigilo tão somente em situações excepcionalíssimas, incidindo tal disposição tanto sobre os aspectos formais da produção normativa – devendo ser dada ampla divulgação nos portais eletrônicos das Casas Legislativas a todos os estudos e textos referentes às proposições em discussão - como sobre seus aspectos processuais – com publicização das sessões deliberativas, inclusive nas comissões, e disponibilização da transcrição dos debates em atas taquigráficas.

Se de um lado há aludidos princípios que regem a atividade legisferante, há, de outro, deveres intrínsecos ao legislador que devem ser compreendidos enquanto

³²² É o que dispõe a Constituição Federal ao antever o princípio da publicidade como regente da atividade da administração pública: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...). O regimento interno do Senado Federal também indica expressamente a necessidade de se observar aludido princípio em seu artigo 412, XII: Art. 412. A legitimidade na elaboração de norma legal é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, mediante os seguintes princípios básicos: XII – publicidade das decisões tomadas, exceção feita aos casos específicos previstos neste Regimento.

mecanismos de concretização dos princípios. Kaitel e Prete³²³ os resumem em seis grandes deveres: a identificação dos fatos relevantes, a formulação do problema, a ponderação das alternativas, a prospecção, a retrospectiva e a correção.

A identificação dos fatos relevantes consiste na exigência de se iniciar o processo legislativo a partir da análise da situação fática posta e da detecção da existência de uma demanda social que exija a deflagração do processo normativo. Wintgens³²⁴ entende que este primeiro dever se insere na ótica de superação da racionalidade limitada do legislador: se o papel da legislação é representar uma solução para um problema existente, é fundamental que se conheça exatamente seus contornos, para evitar tanto que se proponha algo não aderente com o discurso racional – ou seja, se crie uma norma com base tão somente em um falso pretexto fático.

É por força desse dever que ao processo legislativo deve ser incorporada a participação popular em suas diversas formas – iniciativa popular de projetos de lei, audiências públicas, possibilidades de participação da sociedade civil através da Comissão de Legislação Participativa, etc. -, ao mesmo tempo em que se permite questionar a extrema celeridade dada a algumas proposições, emergentes, por vezes, de situações fáticas complexas e que não se encontram suficientemente amadurecidas pela sociedade – como fora o caso da reforma da Lei de Crimes Hediondos que seguiu ao assassinato da atriz Daniela Perez.

Deste modo, o primeiro dos deveres do legislador atrela-se ao conhecimento da realidade fática a ser enfrentada como um todo, e não apenas de maneira enviesada e restrita a um fragmento analítico. Isso, contudo, não implica em fixar o início do processo legislativo apenas quando conhecido todo esse panorama: é possível que o delineamento fático se construa ao longo do processo – justamente pelos supramencionados mecanismos de participação da sociedade civil -, entretanto, deve estar tal quadro bem-posto quando da construção do mérito da norma jurídica, ou seja, quando da apresentação de relatório de mérito na comissão competente.

O dever de formulação do problema, por sua vez, parte da demanda social acima identificada e impõe ao legislador que esmiuce sua análise para perceber genericamente

³²³ KAITEL, Cristiane Silva e PRETE, Esther Kulkamp Eyng. **Bases teóricas da legística: a legisprudência**. “in” SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva e PRETE, Esther Kulkamp Eyng (Org). Estudos em Legística. Florianópolis: Editora Tribo Ilha, 2019. pp. 58-92. p.91

³²⁴ WINTGENS, Luc J. **Legisprudence: practical reason in Legislation**. Farnham (Reino Unido): Ashgate, 2012. p. 295.

qual o mecanismo de solução – o leque de alternativas possíveis - a ser buscado. Trata-se de típica subsunção de possibilidades normativas à realidade concreta, buscando selecionar todas aquelas que mostrem aderência entre fins e meios. Tal dever, como analisa Wintgens³²⁵, implica na construção de uma moldura em torno dos fatos relevantes destacados e a delimitação do objeto da prestação legislativa, conjugando os aspectos objetivos e subjetivos da legislação a ser criada.

O “problema” cuja solução se dará pela norma jurídica a ser criada não necessariamente será inédito e pode exigir uma pluralidade de atos normativos – de diferentes competências, inclusive – para ser adequadamente solucionado. É possível até mesmo que não haja resposta definitiva, mas apenas definitiva a ele. Contudo, deve ser ele suficientemente claro, pois configura o objetivo último que a norma jurídica a ser introduzida no ordenamento pretende alcançar. Daí porque, em estágio anterior, se exige do legislador o conhecimento da realidade fática: não poderá ele delimitar um problema se não conhecer dos fatos que lhe são postos.

O dever de ponderar as alternativas implica na persecução pelo instrumento legislativo mais adequado dentre o rol de possibilidades aventadas, traduzindo o princípio processual legislativo da proporcionalidade - o que é materializado, ao menos idealmente, pela realização de análises de impacto legislativo. Este mecanismo processual visa a aferir qual o impacto que uma nova norma jurídica, se criada, provocará junto à sociedade, como preconizado por Carolina Costa Ferreira³²⁶, e que, a despeito de não se encontrar formalmente institucionalizado no Brasil, ao contrário do que ocorre na Europa³²⁷, pode ser aplicado enquanto estratégia de aprimoramento do processo legislativo.

Consequentemente, caso se adote o estudo de impacto legislativo no curso do processo de criação da legislação, torna-se possível partir de ferramentas que hoje já se encontram consolidadas nesse processo – a elaboração de pareceres e estudos técnicos pelas Casas Legislativas – e se dá a eles maior densidade decisória, permitindo que, a partir de uma análise global, possa-se chegar a um resultado mais eficiente e de maior

³²⁵ WINTGENS, Luc J. **Legisprudence: practical reason in Legislation**. Farnham (Reino Unido): Ashgate, 2012. p. 299

³²⁶ FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal. 2016. 182 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 107.

³²⁷ Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/impact-assessments_en>. Acesso em 14 mar. 2022.

qualidade: afinal, como destaca Meneguín³²⁸, a avaliação de impacto legislativo por si só não produzirá uma norma de maior qualidade, mas fornece subsídios para que os legisladores, em querendo, assim procedam.

Cabe ao legislador escolher a opção que seja ao mesmo tempo menos onerosa do ponto de vista pecuniário como do ponto de vista temporal, já que a tramitação legislativa não é necessariamente célere e, a depender do ferramental escolhido, pode observar ritos especiais mais morosos – a título de exemplo, basta a comparação entre os prazos regimentais, no Regimento da Câmara dos Deputados para o trâmite de uma Lei Ordinária a partir do rito sobre ela incidente³²⁹, variando de cinco a quarenta sessões na fase de trâmite em comissões.

Ao analisar esse dever do legislador, Wintgens³³⁰ assevera ser ele também um desdobramento do postulado da racionalidade e da economia processual legislativa, incidindo tanto sobre a escolha da forma como da matéria do ato normativo. Entretanto, como destaca Atienza³³¹, por ser tal racionalidade limitada, não será possível um balanceamento exauriente de todas as opções existentes: mesmo assim, tal etapa se faz essencial para descartar situações em que a criação da norma despicienda - pois possível a regulação da matéria por mecanismos infralegais - ou inadequada - ante, por exemplo, temas que exijam modificação/atualização constante, como ocorre na regulamentação de matéria tributária – e evitar que se deflagre desnecessariamente o processo legislativo; ao mesmo tempo, se evita a escolha de mecanismos insuficientes, que necessitem de complementação por novos atos normativos posteriores.

O dever de prospecção – aquele que mais interessa ao presente trabalho, como se destacará adiante quando da análise dos projetos de lei – exige que o legislador tome ciência previamente dos potenciais efeitos nocivos do ato normativo que se encontra em vias de ser criado. Trata-se de uma tentativa de avaliar *ex ante* não apenas se a opção por ele feita é a mais benéfica sistemicamente para o conjunto da população – afastando-se,

³²⁸ MENEGUÍN, Fernando. **Avaliação de impacto legislativo no Brasil**. Textos para discussão n. 20. Brasília, Senado Federal, 2010. p. 17-18.

³²⁹ Art. 52. Excetuados os casos em que este Regimento determine de forma diversa, as Comissões deverão obedecer aos seguintes prazos para examinar as proposições e sobre elas decidir:

I - cinco sessões, quando se tratar de matéria em regime de urgência;

II - dez sessões, quando se tratar de matéria em regime de prioridade;

III - quarenta sessões, quando se tratar de matéria em regime de tramitação ordinária.

³³⁰ WINTGENS, Luc J. **Legisprudence: practical reason in Legislation**. Farnham (Reino Unido): Ashgate, 2012, p. 299

³³¹ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madri: Civitas, 1997. p. 98

no ponto, de uma análise restrita à solução do problema anteriormente formulado -, mas também se a proposta de resolução do problema encontrará aderência na realidade e terá aplicabilidade a curto, médio e longo prazo.

Sobre este dever, Wintgens³³² alerta que os efeitos da produção normativa não são estanques e nem cabe ao legislador, dentro de sua racionalidade limitada, antever todas as possíveis consequências dentro da norma – até mesmo porque eventuais alterações legislativas em outras normas podem influir no sistema como um todo, desnaturando as projeções que anteriormente se tinha sobre determinado tema. Cabe ao legislador, porém, avaliar os efeitos da norma a ser criada dentro da realidade normativa vigente naquele momento, encerrando o processo legislativo, pela rejeição da matéria, quando identificado que os custos de transação da criação da norma são superiores aos ganhos que potencialmente serão auferidos.

É por força do dever de prospecção que foram desenvolvidos mecanismos como a “avaliação de impacto legislativo”, a qual permite aferir se determinada norma jurídica inserida no ordenamento a partir da atuação do Parlamento foi orientada com base no interesse social, com base em interesses particulares ou mesmo com finalidade exclusivamente simbólica, como destaca Gomes Lopes³³³.

Enquanto os quatro deveres anteriores se inserem na fase de produção normativa – dentro do processo legislativo, portanto, os dois últimos deveres se inserem em uma atividade *ex post* do legislador. Após a edição do ato normativo, é imperativo que se acompanhe a produção dos seus feitos e sua repercussão perante a sociedade, visando a evitar a permanência por tempo demasiado de uma incursão normativa maléfica – mitigando, assim, potenciais danos.

O dever de retrospectão, deste modo, se insere no contexto de avaliação legislativa posterior e enfoca especificamente no contraste entre aquilo que a norma realmente acarretou para a sociedade e aquilo que se esperara quando da atividade de prospecção. Como bem assevera Wintgens³³⁴, trata-se de uma atividade complementar ao dever de prognose, mas sem a limitação imposta pela imprevisibilidade da realidade

³³² WINTGENS, Luc J. **Legisprudence: practical reason in Legislation**. Farnham (Reino Unido): Ashgate, 2012. p. 301

³³³ LOPES, Victor Hugo Gomes. Desempenho e avaliação de impacto legislativo na Assembleia Legislativa do estado de Goiás (2014-2019). 2020. 189 f. **Dissertação** (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2020. p. 74.

³³⁴ WINTGENS, Luc J. **Legisprudence: practical reason in Legislation**. Farnham (Reino Unido): Ashgate, 2012. P. 202-203

externa: neste momento, o legislador já conhece os efeitos da norma criada e os contornos do ordenamento jurídico então vigente. Ademais, não há, ao contrário do que sucede com a prospecção, mecanismo próprio para realização da atividade retrospectiva do legislador – o que tampouco se faz necessário, já que basta a aferição da realidade fática.

Sobre o tema da retrospectiva, vale destacar que Scalcon³³⁵ já identificou na produção legislativa nacional uma tímida tentativa de implementação da avaliação de impacto legislativo, o que entende ser apenas possível de evolução quando deixar de ser uma fase referencial e facultativa do processo legislativo e se tornar um mecanismo de cunho obrigatório, da mesma forma que já se vislumbra na Europa. Ao ver da autora, cujas conclusões se subscrevem, a obrigatoriedade desta fase do processo legislativo é fundamental para o incremento qualitativo da norma, na medida em que se permite acompanhar os resultados efetivamente produzidos pela norma jurídica e se a finalidade anunciada quando de sua criação é a mesma que se concretizou com a sua implementação.

Por fim, ciente do que efetivamente ocorreu após a edição de seu ato normativo, cabe ao legislador fazer uso de seu dever de correção para sanar eventuais vícios e/ou falhas normativas que tenham sido verificadas. Aqui, não se está diante de uma remediação apenas dos efeitos nocivos, mas também do dever de aprimorar o texto normativo que se mostre de interpretação controvertida e/ou lacunosa – deve-se ter em mente que, como apontado anteriormente, um dos nortes da atividade legisferante é justamente a coerência do texto tanto individualmente considerado como também dentro do sistema jurídico.

Sobre este último dever, Wintgens³³⁶ é claro ao indicar que, mais do que propriamente uma atribuição do legislador enquanto parte do processo legislativo, corresponde o dever de correção a uma peça cíclica do processo de criação de normas. Se identificada a necessidade de corrigir um texto deficiente, é necessário novamente identificar a realidade fática, delinear o problema – a deficiência do texto – e proceder novamente a todo o ciclo legisferante.

É claro que, se em uma perspectiva teórica, em que as etapas são pensadas isoladamente e não há uma constante modificação da realidade – e nem a imposição de

³³⁵ SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília (DF), v. 54, n. 214, pp. 113-130, abr./jun. 2017. p. 128.

³³⁶ WINTGENS, Luc J. *Legisprudence: practical reason in Legislation*. Farnham (Reino Unido): Ashgate, 2012. p. 303-304

pautas governamentais, sujeitando-se aos influxos políticos -, é possível vislumbrar cada um destes deveres enquanto partes autônomas do processo legislativo, na prática, nem sempre todos estes deveres serão rigorosa e automaticamente cumpridos.

É justamente por força dessa dificuldade de aderência à realidade fática – para o que a constante vigilância do Parlamento se faz necessária – que a Legística e a Legisprudência se aproximam de metodologias analíticas da legislação do que propriamente de um conjunto normativo apto a sancionar o legislador na hipótese de descumprimento. Conseqüentemente, textos normativos deficitários – e também aqueles de natureza apenas simbólica, afrontando por completo qualquer postulado de economia normativa – continuam a ser aprovados pelo Parlamento, provocando repercussões em todo o ordenamento jurídico.

4.2. Metodologia de seleção e análise dos projetos de lei

Para selecionar os projetos de lei que seriam objetos de análise neste estudo, o primeiro recorte escolhido foi de, por evidente, limitar a pesquisa às proposições que buscavam modificar a Lei nº 9.613/98 para nela incluir, aperfeiçoar ou suprimir comandos normativos que poderiam dar ensejo – ou afastar por definitivo – à criminalização de atividades fins típicas dos profissionais da advocacia, seja ela contenciosa ou consultiva.

Justifica-se a escolha pelo fato de que, procedendo à busca apenas por palavras-chaves correlatas nos sistemas eletrônicos da Câmara dos Deputados³³⁷ e do Senado Federal³³⁸, encontram-se proposições que não guardavam relação direta com o tema em estudo: a título de exemplo, a inserção dos vocábulos “advocacia” e “lavagem de capitais” no sistema eletrônico de busca da Câmara dos Deputados retorna, dentre os projetos, o PL 2.873/19, que versa sobre “medidas de governança e aperfeiçoamento do controle no âmbito das parcerias entre a administração pública e as organizações sociais”, e o PL 3.161/21, que regulamenta a profissão de detetive profissional.

Ato contínuo, foram feitas buscas com os seguintes conjuntos vocabulares, combinados em conjuntos ordenados entre si: “advocacia”, “lavagem”, “lavagem de capitais”, “lavagem de dinheiro”, “9.613”, “serviços de advocacia”, “advocacia

³³⁷ <https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>

³³⁸ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias>

consultiva”, “dever de informar”, “recursos lícitos”, “recursos ilícitos” e “honorários advocatícios”.

As buscas consideraram apenas projetos de lei em trâmite ou arquivados, desprezando-se outros tipos de proposição (mensagens, pareceres, indicações, projetos de decreto legislativo, etc.).

A escolha das palavras-chave se deu por representarem elas os elementos nucleares da tese deste trabalho, direcionada à análise das proposições normativas que visavam a incluir na Lei de Lavagem de Capitais (daí a escolha de “lavagem”, “lavagem de capitais”, “lavagem de dinheiro” e “9.613”, constituindo o “Bloco I” de análise) as atividades inerentes à prática da advocacia (daí a escolha de “advocacia”, “advocacia consultiva”, “serviços de advocacia” e “honorários advocatícios”, compondo o “Bloco II” de análise) por força do recebimento de honorários supostamente maculados (justificando a escolha dos vocábulos “recursos lícitos” e “recursos ilícitos”, representando o “Bloco III” de análise). A expressão “dever de informar” foi incluída na pesquisa por revelar uma potencial violação ao sigilo profissional, já que, *a priori*, a informação aos órgãos de controle dos dados fornecidos pelos clientes é incompatível com o sigilo exigido pela atividade profissional do advogado.

As buscas foram realizadas considerando, em um primeiro momento, palavras de dois dos três blocos, acrescidas da expressão “dever de informar” (combinações entre Bloco I e Bloco II; Bloco I e Bloco III; Bloco II e Bloco III). Depois, foi feito o mesmo levantamento, mas considerando palavras dos três blocos, desprezando-se a expressão “dever de informar”, com o fito de verificar se a inclusão ou não dessa expressão afetaria o resultado da seleção pretendida, do que se concluiu não ter havido qualquer influência no resultado, provavelmente pelo escopo amplo da pesquisa feita, já contemplando a essência daquela expressão.

Feita a busca para cada um dos conjuntos acima, os resultados foram compilados em tabelas, indicando o quantitativo de projetos de lei identificados em cada par ordenado e discriminando nominalmente cada um desses projetos. Uma vez compilados, foram descartados os projetos de lei que não figuravam enquanto proposições principais – ou seja, estavam pensados a outros textos -, tendo em vista que não são eles dotados de tramitação autônoma.

Estando selecionados os projetos de lei em trâmite como proposições principais para cada uma das buscas feitas, os dados das tabelas foram cruzados, selecionando-se para análise apenas as proposições localizadas em ao menos noventa por cento das telas de busca.

Após se proceder ao levantamento de todos os projetos de lei correlatos ao objeto do presente estudo com base na busca por palavras-chave, independentemente de seu estágio de tramitação, estes foram agrupados de acordo com o projeto principal em tramitação, tendo em vista a evitar a repetição analítica de feitos em situação de apensamento – ou seja, cujo conteúdo poderia ser aproveitado na redação do substitutivo da proposição principal.

O levantamento resultou em quatro proposições principais, três em trâmite na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 442/2019, Projeto de Lei nº 4.341/2012, este com apensamento do Projeto de Lei nº 5.668/2016, e o Projeto de Lei nº 1.065/2019³³⁹, este com apensamento dos Projetos de Lei nº 1.194/2019, 3.787/2019, 5.060/2020, 5.144/2020, 6.051/2019 e 1.195/2019) e um em trâmite no Senado Federal (Projeto de Lei nº 4.516/2020).

Uma vez selecionadas as proposições, foi possível proceder à sua análise individualizada – o que será feito no item 4.3. do presente capítulo – e, em seguida, à sua análise sistêmica – matéria a ser exposta no item 4.4. -, visando aferir como a má-qualidade de tais proposições legislativas, longe de contribuir positivamente para o debate sobre o papel da advocacia dentro do contexto da repressão à lavagem de capitais, pode enviesar o debate e lesar direitos e garantias fundamentais associadas a essa atividade profissional.

Convém antecipar que a análise individual de cada um dos projetos de lei considerou, para fins de aferição de sua qualidade, a produção legislativa e seu processo enquanto um todo, não enfocando apenas no texto inicial e/ou final produzido. Foram verificadas (i) a duração do trâmite processual; (ii) a realização ou não de audiências públicas e a oportunização à sociedade civil para que participasse do processo; (iii) a possível influência de eventos externos, como fases da Operação Lava-Jato, no processo

³³⁹ O texto deste Projeto de Lei consiste na reapresentação do Projeto de Lei do Senado Federal nº 500/2015, cujo autor, José Medeiros, apresentara na legislatura 2015-2018 enquanto no exercício de mandato junto ao Senado Federal. Por tal razão, a análise da proposição do Senado, que sequer chegou a ser apreciada por sua Comissão de Constituição e Justiça, será feita em conjunto com o texto ora em trâmite na Câmara dos Deputados.

decisório legislativo – o que se aferiu com base na expressa menção a tais eventos em notas taquigráficas das Comissões e nos requerimentos formulados; (iv) a utilização ou não de mecanismos de análise de impacto legislativo para aferir potenciais efeitos negativos futuros da proposição em discussão; (v) o acolhimento, no texto final ou nos pareceres intermediários das Comissões, de propostas de aperfeiçoamento do texto feitas nas audiências públicas com especialistas (se ocorrentes) e nos pareceres técnicos formulados pelas Consultorias Legislativas de cada uma das casas do Congresso Nacional; (vi) a identificação de que as etapas do percurso lógico proposto pela Legística foram regularmente cumpridas.

4.3. Análise individualizada dos projetos de lei

4.3.1. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.341/2012 e seus apensos e Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 442/2019

O primeiro projeto de lei apresentado na Câmara dos Deputados com fito específico de modificação da Lei nº 9.613/98 para incluir a figura equiparada de recebimento de honorários advocatícios com origem ilícita foi o Projeto de Lei nº 4.341/2012, de autoria do então Deputado Federal Chico Alencar (PSOL-RJ).

A proposição³⁴⁰ previa a inclusão do seguinte dispositivo na legislação de regência:

“Art. 1º. Acrescenta-se o seguinte inciso III ao Parágrafo 2º do art. 1º Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998:

“III – receba honorários advocatícios, tendo conhecimento ou sendo possível saber a origem ilícita dos recursos com os quais será remunerado.”

Art. 2º. - Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.”

A proposição também apresentava a seguinte justificativa³⁴¹ para a alteração normativa pretendida na Lei de Lavagem de Capitais:

³⁴⁰ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 4.341/2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553838>>. Acesso em 05 mar. 2022.

³⁴¹ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 4.341/2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de

“O Projeto de Lei em justificção visa alterar a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para que incorra na mesma pena fixada para o crime de lavagem de dinheiro o advogado que receba honorários advocatícios fruto da atividade criminosa do seu cliente.

Para tanto, será necessário que o advogado tenha conhecimento prévio dessa origem ilícita ou que lhe fosse possível ter esse conhecimento.

Na verdade, o pagamento de honorários advocatícios por criminoso, com recursos da atividade criminosa tem ao final o condão de lavar o dinheiro, que entra no mercado sem quaisquer vestígios de sua origem.

O Projeto ora apresentado não se debruça sobre a participação do advogado da quadrilha criminosa, ou sobre a possibilidade de o mesmo ser um mero laranja para a lavagem do dinheiro.

A intenção é, de forma objetiva, punir o recebimento de honorários oriundos da atividade criminosa.

Essas são as razões pelas quais, apresentamos o presente Projeto de Lei e pedimos o apoio dos ilustres Pares.”

A tramitação da proposição observou o rito ordinário, tendo sido ela arquivada em 31/01/2019, por força do fim da legislatura³⁴² iniciada em 2015. Ao longo de seu trâmite, foram registradas as seguintes movimentações legislativas na matéria:

Tabela 01 – Etapas do processo legislativo do Projeto de Lei nº 4.341/2012	
Data	Andamento registrado
22/08/2012	Apresentação e publicação da proposição
13/09/2012	Recebimento da proposição na CCJ

Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553838>>. Acesso em 05 mar. 2022.

³⁴² Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

- I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões;
- II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;
- III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;
- IV - de iniciativa popular;
- V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

27/06/2014	Designação de Relator na CCJ (Dep. José Mentor – PT/SP)
31/01/2015	Primeiro arquivamento por força do fim da legislatura 2011-2014
04/02/2015	Apresentação de requerimento de desarquivamento
10/02/2015	Desarquivamento
29/06/2016	Apensamento do PL 5.668/2016
18/12/2018	Devolução da proposição pelo Relator sem apresentação de parecer
20/12/2018	Designação de novo Relator na CCJ (Dep. Fábio Trad – PSD/MS)
31/01/2019	Segundo arquivamento da proposição por força do encerramento da legislatura 2015-2018

À proposição também se encontrava apensado o Projeto de Lei³⁴³ n° 5.668/2016, de autoria do Deputado Federal Alberto Fraga (DEM-DF), igualmente referente à temática do recebimento de honorários advocatícios maculados em virtude de ilegalidade na proveniência dos recursos, o qual possuía o seguinte conteúdo:

“Art. 1º Esta lei acrescenta artigo à Lei n° 9.613, de 3 de março de 1998, obrigando a comprovação da origem lícita de valores pagos a título de honorários advocatícios, e dá outras providências.

Art. 2º A Lei n° 9.613, de 3 de março de 1998, passa vigorar acrescida do seguinte artigo:

“Art. 6º-A. 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”. (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

³⁴³ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei n° 5.668/2016. Acrescenta artigo à Lei n° 9.613, de 3 de março de 1998, obrigando a comprovação da origem lícita de valores pagos a título de honorários advocatícios, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2089326>>. Acesso em 05 mar. 2022.

Ao projeto de lei apensado, foi apresentada a seguinte justificativa³⁴⁴:

“O objetivo desta proposição é reapresentar projeto de lei proposto em 2003.

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 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”

A despeito de seu arquivamento ao final da legislatura em 2018, sendo inviável o procedimento de desarquivamento por força da não reeleição de seu autor, o texto foi reapresentado sob a forma do Projeto de Lei nº 442/2019, de idêntico teor, de autoria do Deputado Rubens Bueno. A justificativa³⁴⁵ apresentada para o texto evidencia o desejo de reapresentar a proposição anteriormente arquivada:

³⁴⁴ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 5.668/2016. Acrescenta artigo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, obrigando a comprovação da origem lícita de valores pagos a título de honorários advocatícios, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2089326>>. Acesso em 05 mar. 2022.

³⁴⁵ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 442/2019. Altera a Lei 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores;

“O presente Projeto de Lei, apresentado na 54ª legislatura pelo ex-Deputado Chico Alencar, visa alterar a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para que incorra na mesma pena fixada para o crime de lavagem de dinheiro o advogado que receba honorários advocatícios fruto da atividade criminosa do seu cliente. Para tanto, será necessário que o advogado tenha conhecimento prévio dessa origem ilícita ou que lhe fosse possível ter esse conhecimento. Na verdade, o pagamento de honorários advocatícios por criminoso, com recursos da atividade criminosa, tem o condão de lavar o dinheiro, que entra no mercado sem quaisquer vestígios de sua origem. O Projeto ora apresentado não se debruça sobre a participação do advogado da quadrilha criminosa, ou sobre a possibilidade de ele ser um mero “laranja” para a lavagem do dinheiro, que constituem outros tipos penais. A intenção é, de forma objetiva, punir o recebimento de honorários oriundos da atividade criminosa. Ante o exposto, reapresentamos a presente proposição, motivados também pela sugestão por nós recebida do Sr. Joares Pereira, cidadão do Paraná, pela importância da matéria, contando com o apoio dos nobres pares para a sua aprovação.”

A Tabela 02, abaixo indicada, mostra as etapas de tramitação da proposição ora em análise:

Tabela 02 – Etapas do processo legislativo do Projeto de Lei nº 442/2019	
Data	Andamento registrado

a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191114>>. Acesso em 06 mar. 2022.

05/02/2019	Apresentação e publicação da proposição
19/02/2019	Encaminhamento da proposição à CCJ
14/05/2019	Apresentação de requerimento de apensamento da proposição ao PL 10.372/2018
03/06/2019	Indeferimento do requerimento de apensamento
14/06/2019	Designação de Relator na CCJ (Dep. Fábio Trad – PSD/MS)
01/10/2019	Apresentação de parecer pelo Relator pela inconstitucionalidade, injuridicidade, má-técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição da proposição

E enquanto a proposição original não foi objeto de parecer algum por parte das comissões da Câmara dos Deputados, esta segunda proposição, fruto da reapresentação da primeira, recebeu parecer de rejeição, no mérito, o qual, como indicado acima, ainda pende de votação definitiva. O Relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça, Deputado Fábio Trad (PSD-MS) – que, como se verá mais adiante, também foi o responsável pela relatoria dos demais projetos de lei sobre o tema que tramitam na Casa – assim consignou em seu parecer³⁴⁶:

“No entanto, o projeto apresenta patente vício de inconstitucionalidade material, porquanto viola preceitos inculpidos em nossa Carta Magna. Com efeito, a Constituição Federal estatui, em seu art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (grifou-se) A ampla defesa é um direito fundamental do indivíduo, sendo assegurada a utilização de todos os instrumentos legais admitidos para que o acusado se defenda em juízo, independentemente do crime cometido. No entendimento do Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Carta Política, esse direito deve ser exercido sem a ocorrência de quaisquer restrições ou obstáculos que possam afetar o citado

³⁴⁶ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça ao Projeto de Lei nº 442/2019. Parecer do Relator, Dep. Fábio Trad (PSD-MS), pela inconstitucionalidade, injuridicidade, má técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2222621>>. Acesso em 06 mar. 2022.

mandamento constitucional¹. Doutrina e jurisprudência subdividem a ampla defesa em defesa técnica e autodefesa. A primeira é obrigatoriamente exercida por profissional da advocacia e se apresenta no processo penal como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva². A plenitude da defesa técnica abrange, ainda, o direito de livre escolha do defensor, ou seja, o direito que o acusado tem de escolher seu próprio advogado, por se tratar de relação baseada na confiança. Conforme dispõe o art. 133 da Constituição Federal, “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão”. Nota-se, portanto, a relevância da advocacia para a manutenção do Estado democrático de direito. O advogado desempenha papel fundamental no processo penal, na medida em que sua atuação se destina à garantia de direitos e liberdades da pessoa acusada da prática de crime e assegura a paridade de armas entre acusação e defesa. Desse modo, nota-se que a proposta em análise, ao criminalizar o recebimento de honorários advocatícios nos casos em que o profissional tenha conhecimento ou quando lhe seja possível saber a origem ilícita dos recursos com os quais será remunerado, viola o direito de defesa e de livre escolha do advogado e, por consequência, embaraça a justiça do processo penal. A tipificação dessa conduta certamente prejudicará os acusados que desejam pagar pela assistência de um advogado especializado, pois a impossibilidade de se rastrear a origem dos recursos utilizados para pagamento dos honorários irá desestimular a contratação desses serviços. Outrossim, não se mostra razoável impor ao causídico a obrigação de investigar a origem dos valores que lhe são oferecidos a título de honorários advocatícios. Tal incumbência, além de se revelar discriminatória – uma vez que não seria exigida para outras categorias profissionais –, configura obstáculo ao livre exercício da advocacia. Da inconstitucionalidade material decorre, por óbvio, a injuridicidade da proposta, que, como visto, não se conforma com os princípios e fundamentos que informam nosso ordenamento jurídico.”

Feita a exposição acerca das proposições acima, de seu inteiro teor, justificativa e pareceres apresentados sobre as mesmas, pode-se proceder à sua análise legística. Destaca-se que, neste caso, é possível proceder ao estudo conjunto dos textos pela repetição integral do texto e pela exposição, no Projeto de Lei nº 442/2019, de finalidade tão somente de reapresentação do Projeto de Lei nº 4.341/2012 para superar o fenômeno do arquivamento.

Considerando o aspecto temporal da tramitação legislativa, a matéria em questão se encontra posta à apreciação da Câmara dos Deputados desde o ano de 2012 – há dez

anos, portanto -, o que, contudo, não se traduziu no aprofundamento da discussão meritória. A bem da verdade, foram necessários sete anos para que finalmente se produzisse um parecer sobre a matéria, já na proposição reapresentada, recomendando a sua rejeição, o qual sequer chegou a ser votado até a data de elaboração desta tese.

A mora no processo legislativo, associada com a escassez de movimentações substanciais no andamento processual, evidencia a falta de maturação do tema para debate dentro da Câmara dos Deputados, bem como a menor relevância da questão dentro da agenda parlamentar, como se nota das conclusões extraídas, analisando cenário análogo, por Cifali³⁴⁷. Fosse distinto o cenário, a matéria certamente teria avançado, ao menos se procedendo à votação do parecer que asseverava a necessidade de se rejeitar a proposição: por evidente, a não votação da matéria também pode traduzir interesse em evitar a incidência da regra do art. 110 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados³⁴⁸, permitindo a continuidade da apresentação de novos projetos de lei análogos, o que encontra respaldo no fato de que foram apresentados ao longo da legislatura outros projetos de lei que também versavam sobre a tentativa de se exigir a comprovação da licitude dos honorários pagos a profissionais da advocacia, seja contenciosa, seja consultiva – os quais serão analisados nos tópicos subsequentes.

A ausência de maiores avanços quanto ao mérito da matéria, tendo este se circunscrito à produção de parecer pela sua rejeição na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, também prejudicou a possibilidade de realização de audiências públicas sobre o tema. Afinal, sequer foi realizada reunião de tal Comissão com a finalidade de se debater os projetos de lei ora em análise: há, portanto, clara dissonância com preceito básico da legística que recomenda a participação popular e a oitiva de especialistas antes da apresentação de parecer legislativo sobre o mérito da proposição.

Nota-se quem ao avançar diretamente para a produção de parecer sobre o mérito, ainda que acerca dele concorde este autor, prejudica-se a atividade de prospecção legislativa e perde o legislador uma janela de oportunidade para regradar a matéria e dirimir quaisquer dúvidas que parem sobre ela. De fato, poderia ter sido apresentado substitutivo

³⁴⁷ CIFALI, Ana Cláudia. **A política criminal brasileira no Governo Lula (2003-2010): diretrizes, reformas legais e o impacto carcerário**. São Paulo: IBCCRIM, 2016. p. 121-129.

³⁴⁸ Art. 110. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros da Câmara, ou, nos casos dos incisos III a VIII do § 1º do artigo anterior, por iniciativa do Autor, aprovada pela maioria absoluta dos Deputados.

que esclarecesse as hipóteses em que os profissionais de advocacia se sujeitassem ao dever de prestação de contas junto às autoridades públicas por força das quantias por eles recebidas (v.g. através da apresentação da nota fiscal dos serviços prestados) e diferenciasse a percepção de valores oriundos da advocacia consultiva e da advocacia contenciosa – seguindo a linha do que já se fizera na Europa -; contudo, a escolha por não fazê-lo e se limitar a recomendar a rejeição do mérito do texto principal deve ser entendida também como uma opção legítima do legislador.

Já no que toca à influência de eventos externos na tramitação legislativa, é fato que a propositura do PL 4.341/2012 teve influência, ainda que indireta, do contexto provocado pela instauração da CPMI do Cachoeira, em 2012: para além da conexão de fatos tratados naquela Comissão Parlamentar de Inquérito com o que se buscava reprimir por meio deste projeto de lei, enrijecendo-se ainda mais a Lei de Lavagem de Capitais, há inegável proximidade temporal: enquanto a CPMI fora instalada em abril de 2012³⁴⁹, o projeto de lei foi apresentado em agosto do mesmo ano, quando ainda estava a CPMI em funcionamento.

Não se vislumbra diretamente a influência de eventos externos na propositura do PL 442/2019, já que, como destacado anteriormente, se trata de proposição com fito meramente de reapresentação de outra que fora arquivada e em relação à qual era incabível o desarquivamento. Entretanto, deve-se ter em mente que o autor deste Projeto de Lei, Deputado Rubens Bueno, integra a Frente Parlamentar Mista de Combate à Corrupção e integrou, enquanto existente, a Frente Parlamentar pela Aprovação das Dez Medidas contra a Corrupção³⁵⁰, para além de ser deputado com atuação muito forte, no passado recente, em defesa da Operação Lava-Jato³⁵¹: é pouco crível, portanto, que tais circunstâncias não foram levadas em conta pelo parlamentar quando da apresentação do PL 442/2019, eis que inseridas no rol de bandeiras por ele defendidas.

Por sua vez, restou prejudicada a avaliação sobre o uso de mecanismos de análise de impacto legislativo para aferir potenciais efeitos negativos da proposição em

³⁴⁹ SENADO FEDERAL. **Confira linha do tempo da CPI do Cachoeira e do Conselho de Ética do Senado**. Disponível em: < https://www.senado.gov.br/noticias/agencia/quadros/qd_391.html>. Acesso em 12 mar. 2022.

³⁵⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Perfil do parlamentar Rubens Bueno. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/deputados/73466>>. Acesso em 20 mar. 2022.

³⁵¹ MOURA, Rafael Moraes et al. “Demorou, mas chefe da quadrilha caiu”, diz Rubens Bueno sobre condenação. **O Estado de S. Paulo**. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,demorou-mas-chefe-da-quadrilha-caiu-diz-rubens-bueno-sobre-condenacao,70001887709>>. Acesso em 16 mar. 2022.

discussão, já que o parecer apresentado no mérito fora pela sua rejeição e a incorporação ao texto de propostas de aperfeiçoamento, já que estas sequer chegaram a ser formuladas.

Por fim, resta analisar se as etapas do percurso lógico proposto pela Legística foram regularmente cumpridas no que toca aos Projetos de Lei nº 4.341/2012 e 442/2019, ao que se responde ter ocorrido parcial atenção aos requisitos fixados pela doutrina.

O cerne da desatenção aos requisitos da legística está na identificação dos fatos relevantes e na formulação do problema: não se verifica nas justificativas dos projetos de lei qualquer embasamento teórico consistente que levasse à conclusão da necessidade de se modificar a Lei nº 9.613/98 para prever a hipótese de recebimento de honorários advocatícios “maculados” – e em caráter extremamente genérico, sem qualquer detalhamento sobre o tema - como um fato típico, ilícito e culpável que autorizasse a incidência da norma penal.

As justificativas apresentadas para as duas proposições principais e para aquela apensada ao PL 4.341/2012 são, a bem da verdade, deveras genéricas e se limitam a indicar a finalidade da lei: criminalizar o recebimento de honorários provenientes de atividades ilícitas. Entretanto, se o escopo finalístico é bem delimitado, o mesmo não sucede à definição do problema fático a ser solucionado pela legislação: não há qualquer indicativo, nas proposições, de que este fenômeno seja uma realidade fática consolidada – e que, portanto, enseja a pronta atividade do legislador – ou que os institutos jurídicos hoje existentes já não são suficientes para coibir essa prática.

Consequentemente, em não tendo sido bem delimitados os fatos e nem formulado adequadamente o problema a ser resolvido, não foi possível buscar as alternativas legislativas corretas: tal vício fora apontado no parecer do Deputado Fábio Trad pela inconstitucionalidade da matéria e pela rejeição de seu mérito, tendo em vista que ao optar por se criminalizar o recebimento de honorários advocatícios, ainda que em feitos contenciosos, nos quais a origem dos recursos tenha origem ilícita, se infringe o direito de defesa e ao devido processo legal: basta considerar que, em sendo a criminalização oriunda do conhecimento ou do dever de conhecimento da proveniência de recursos, muito certamente seria penalizado o advogado que assumisse causa contenciosa em que seu cliente fosse acusado de lavagem de capitais, caso ao final se confirmasse a condenação deste último. Caberia ao causídico demonstrar que os honorários que lhe foram pagos não se originaram da quantia ilícita branqueada pelo seu cliente o que dificilmente se afastaria de uma *probatio diabolica*.

O dever de prospecção também se encontrou violado – ao menos em parte, no que atine à apresentação da proposição – pelo fato de que a leitura superficial dos textos apresentados e de suas justificativas permitiria concluiria pelo acerto das modificações legislativas. Contudo, basta que se debruce sobre os potenciais efeitos nocivos da norma a ser criada – o que efetivamente fez o relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça – para que se verifique que o aspecto de benevolência da norma, em verdade, se traveste de maledicência: não há qualquer indicativo de que, se convertida em lei a proposição, será reduzido o branqueamento de capitais supostamente proveniente do recebimento de honorários advocatícios maculados – já que, como destacado, sequer há como se afirmar, a partir do apresentado nas proposições, que a prática ocorre e enseja a intervenção do direito penal.

Se de um lado as proposições infringiram de sobremaneira as normas da legística, nota-se a atenção, ao menos do dever de prospecção, no parecer apresentado pelo relator da matéria. Entretanto, afirmar que a legística foi observada tão somente com base em um único documento é bastante precário: o prejuízo fático, no caso desta proposição, é mínimo pelo fato de haver recomendação pela rejeição, não havendo na presente data quaisquer indícios de que será revertido o parecer de rejeição exarado pela CCJ – mesmo assim, a fraca observância dos preceitos legísticos mostra que, ao menos nesta matéria, houve descaso com a boa qualidade da produção normativa, principalmente por parte de seus autores.

4.3.2. Projeto de Lei do Senado Federal n° 500/2015 e Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n° 1.065/2019 e seus apensos

Prosseguindo com a análise das proposições legislativas destinadas a alterar a Lei n° 9.613/98 para tratar da temática do recebimento de honorários advocatícios maculados, impende ser destacado o Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) n° 500/2015, reapresentado, posteriormente, sob a forma do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n° 1.065/2019 – ambos de autoria do congressista José Medeiros, que atuara no Senado Federal entre 2015 e 2018 e na Câmara dos Deputados a partir de 2019.

A proposição³⁵² previa a inclusão dos seguintes dispositivos na legislação de regência:

³⁵² BRASIL. **Senado Federal**. Projeto de Lei n° 500/2015. Altera a Lei n° 8.479, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código

“Art. 1º A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigor acrescida do seguinte art. 17-A: “Art. 17-A. Nas ações de que trata a presente Lei, o réu deverá comprovar a origem lícita dos recursos utilizados no pagamento dos respectivos honorários advocatícios.”

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigor acrescido do seguinte art. 337-E: “Disposição comum Art. 337-E. Nos crimes previstos nos Capítulos I, II e II-A deste Título, o acusado deverá comprovar a origem lícita dos recursos utilizados no pagamento dos respectivos honorários advocatícios.”

Art. 3º A Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, passa a vigor acrescida do seguinte art. 33-A: “Art. 33-A. Nos crimes previstos nesta Lei, o acusado deverá comprovar a origem lícita dos recursos utilizados no pagamento dos respectivos honorários advocatícios.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Já a título de justificativa³⁵³, ambos os projetos de lei se sustentavam com base nas seguintes teses:

“O presente projeto de lei propõe que em ações de improbidade administrativa e naquelas que apuram crimes contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional, o réu comprove a origem lícita dos recursos utilizados no pagamento de honorários advocatícios.

Investigados e réus nas referidas ações desviam, recebem ou auferem vultosos montantes de recursos de origem ilícita. Não obstante, utilizam esses valores no pagamento dos melhores advogados, já que nem sempre é possível a localização de todo o produto ou proveito auferido em razão da prática de atos de improbidade ou infrações penais.

Não se pode olvidar que o pagamento de verdadeiras fortunas a título de honorários advocatícios pode servir para a lavagem de dinheiro, e o pior, sob a proteção do sigilo profissional assegurado pelos arts. 7º, XIX, e 34, VII, ambos da Lei nº 8.906, de 1990 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB) e do

Penal), e a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei do Colarinho Branco), para determinar que, em ações de improbidade administrativa e ações penais por crimes contra a administração pública e o sistema financeiro, o réu comprove a origem lícita dos recursos utilizados no pagamento de honorários advocatícios. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122511>>. Acesso em 01 mar. 2022.

³⁵³ BRASIL. **Senado Federal**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 500/2015. Altera a Lei nº 8.479, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei do Colarinho Branco), para determinar que, em ações de improbidade administrativa e ações penais por crimes contra a administração pública e o sistema financeiro, o réu comprove a origem lícita dos recursos utilizados no pagamento de honorários advocatícios. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122511>>. Acesso em 01 mar. 2022.

próprio direito à ampla defesa (que inclui a escolha do advogado), garantido pela Constituição Federal (CF).

É preciso que haja transparência!

O advogado é indispensável à administração da justiça e inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (art. 131, CF). Assim, sobre ele deve prevalecer a presunção de boa-fé. No caso do investigado ou do réu, no entanto, como já existem indícios da prática de ato de improbidade ou de crime, é preciso que sobre ele recaia a obrigação de provar a origem lícita dos recursos utilizados para o pagamento de sua defesa.

Dessa forma, nos processos de improbidade administrativa e nos que apurem crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, propomos que o réu comprove a origem lícita do dinheiro utilizado no pagamento de advogado. Pode-se dizer que essa regra será benéfica para os próprios réus, que, comprovando que não se valem de valores ilícitos, já anteciparão, em certa medida, que não praticaram qualquer ato ilícito.

Considerando tratar-se de alteração que aperfeiçoa nossa legislação, peço o apoio dos nobres pares para sua aprovação.”

As tabelas abaixo indicam as etapas do processo legislativo para a aprovação de ambos os projetos de lei ora em análise:

Tabela 03 – Etapas do processo legislativo do Projeto de Lei do Senado Federal nº 500/2015	
Data	Andamento registrado
03/08/2015	Apresentação e publicação da proposição
03/08/2015	Encaminhamento da proposição à CCJ
18/03/2016	Juntada de parecer do Instituto dos Advogados Brasileiros com manifestação sobre a matéria
21/12/2018	Arquivamento da proposição por força do encerramento da legislatura 2015-2018

Tabela 04 – Etapas do processo legislativo do Projeto de Lei nº 1.065/2019	
Data	Andamento registrado
22/02/2019	Apresentação e publicação da proposição
27/03/2019	Encaminhamento da proposição à CCJ

27/03/2019	Apensamento dos Projetos de Lei n° 1.194/2019 e 1.195/2019
17/06/2019	Designação de Relator na CCJ (Dep. Fábio Trad – PSD/MS)
03/06/2019	Indeferimento do requerimento de apensamento
14/06/2019	Designação de Relator na CCJ (Dep. Fábio Trad – PSD/MS)
15/10/2019	Apresentação de parecer pelo Relator pela inconstitucionalidade, injuridicidade, má-técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição da proposição e seus apensos
02/12/2019	Apensamento do PL 6.051/2019 ao PL 1.194/2019, apensado a esta proposição principal
04/12/2019	Devolução do texto ao Relator por força da apensação do PL 6.051/2019 ao PL 1.194/2019

A despeito do teor de ambos os projetos de lei ser idêntico – justamente pelo fato de terem sido apresentados pelo mesmo parlamentar, mas em legislaturas distintas, quando do exercício do mandato em Casas distintas do Congresso Nacional – é fato que a proposição apresentada junto à Câmara dos Deputados apresentou mais avanços em sua tramitação legislativa. Sobre ela também deve ser considerado outro elemento de complexidade, a saber, a existência de apensos que foram apreciados conjuntamente à proposição principal, alguns deles, inclusive, que também receberam apensos próprios.

O primeiro Projeto de Lei³⁵⁴ apensado ao PL 1.065/2019 é o Projeto de Lei n° 1.195/2019, de autoria do Deputado Luiz Philippe de Orleans e Bragança (PSL-SP), com o seguinte escopo de alterações da legislação hoje vigente:

³⁵⁴ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei n° 1.195/2019. Altera o §2° do artigo 105 da Lei 13.105 de 16 de março de 2015; altera e acresce dispositivos à Lei 8.906, de 04 de julho de 1994.. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2193320>>. Acesso em 02 mar. 2022.

“Art. 1º. Esta Lei altera o §2º do artigo 105 da Lei 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil); altera o §7º do artigo 7º da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil); e acresce parágrafo ao artigo 22 e inciso ao artigo 34 deste Estatuto.

Art. 2º. O §2º do artigo 105 da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.105
 § 2º A procuração deverá conter o nome do advogado, seu número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, endereço completo e declaração de licitude da origem dos valores percebidos como honorários.” (NR)

Art. 3º. O §7º do artigo 7º da Lei 8.906 de 04 de julho de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.7º.....
 §7º. A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado quando houver relação de causalidade com o fato típico praticado pelo advogado e com os que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.” (NR)

Art. 4º. Acresce o §8º ao artigo 22 da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994:

“Art. 22
 § 8º- Ao estipular os honorários o advogado deverá exigir prévia verificação da Receita Federal e apresentação de documentos quanto à origem desses recursos, sob pena de responder disciplinarmente nos termos do art. 34 desta Lei.

Art. 5º. Acresce o inciso XXX ao artigo 34 da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994: XXX- receber honorários sem prévia verificação da Receita Federal e apresentação ao advogado de documentos que verifiquem origem destes recursos.

.....
” (NR)

Art. 6º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

A justificativa³⁵⁵ apresentada ao projeto de lei se calcava tão somente na suposta infringência ao princípio da moralidade e na necessidade de estabelecer um limite entre o exercício lícito do direito de defesa da malversação da prática da advocacia:

“A sociedade brasileira está cada vez mais atenta a causas defendidas por advogados que minimamente esbarram em

³⁵⁵ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 1.195/2019. Altera o §2º do artigo 105 da Lei 13.105 de 16 de março de 2015; altera e acresce dispositivos à Lei 8.906, de 04 de julho de 1994.. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2193320>>. Acesso em 02 mar. 2022.

princípios como a moralidade. Bem sabemos que a advocacia é um direito e um dever, e o direito à ampla defesa deve ser garantido a todos os cidadãos. O que não parece muito claro hoje em dia é o limite entre a defesa e o envolvimento das práticas advocatícias com o crime em si.

Neste sentido, entendendo que o recebimento de recursos ilícitos como honorários é de fato mais que imoral, é ilícito e em verdade materializa uma forma de lavagem de dinheiro de tal sorte que não pode estar à margem da regra, aquele que exerça a atividade profissional de consultoria, assessoria e direção jurídica que é o advogado.

É inconcebível atribuir a esse chamado ao dever de cautela acerca da origem dos próprios honorários como forma de obstrução ao acesso à Justiça, vez que longe dos honorários astronômicos há sempre a defensoria pública para defender aquele que somente contrataria um advogado se o pudesse custear com recursos ilícitos.

É inadmissível que criminosos garantam melhores e milionárias defesas com o produto do crime, permitindo assim que dinheiro ilícito circule como se lícito fosse atendendo à engrenagem das organizações criminosas.

Trata-se, portanto, de medida necessária ao aperfeiçoamento da legislação, razão pela qual conto com o apoio dos Nobres Pares para a aprovação deste Projeto de Lei.”

Outro desses apensos é o Projeto de Lei nº 1.194/2019, de autoria do mesmo parlamentar, cujo escopo era mais amplo do que a mera alteração da Lei nº 9.613/98, avançando também sobre a tipificação do crime de receptação. Através desta proposição³⁵⁶, propunham-se as seguintes modificações normativas:

“Art. 1º Esta Lei inclui, no crime de receptação qualificada, o exercício de atividade profissional; bem como insere as pessoas físicas ou jurídicas que promovam postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário, bem como as que exerçam as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, no rol do art. 9º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro).
Art. 2º O § 1º do art. 180 do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 180 -
.....

³⁵⁶ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 1.194/2019. Inclui, no crime de receptação qualificada, o exercício de atividade profissional; bem como insere as pessoas físicas ou jurídicas que promovam postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário, bem como as que exerçam as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, no rol do art. 9º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro). Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2193319>>. Acesso em 02 mar. 2022.

§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade profissional, comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime:”. (NR)

Art. 3º O art. 9º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 9º
.....
§1º

XIX - as pessoas físicas ou jurídicas que promovam postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário, bem como as que exerçam as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, nos seguintes termos:

a) em atos postulatorios deverá incluir na procuração declaração de verificação da licitude da origem dos seus honorários, sob pena do valor percebido corresponder ao crime previsto no §1º do artigo 180 do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

b) Não se aplicam as obrigações contidas no artigo 11 desta Lei em respeito ao dever de confidencialidade e sigilo profissional, devendo esta ser substituída pelo fiel cumprimento de ato normativo que impõe o dever de prestar à receita Federal Declaração de Informações sobre Atividade Advocatícia.....

.....”. (NR)

§ 2º As pessoas a que se refere o inciso XIX, além das obrigações previstas no caput, deverão firmar declaração de verificação da licitude da origem dos seus honorários, sob as penas da lei.” (NR)

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.”

A este projeto de lei se encontra apensado o PL 6.051/2019³⁵⁷, de autoria do Deputado Sargento Fahur (PSD/PR) cujas alterações normativas propostas são muito semelhantes ao texto principal:

“Art. 1º Esta Lei tem o objetivo de propor como medida de prevenção e repressão à “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, a necessidade de o advogado comprovar o recebimento de recurso lícito à título de honorários advocatícios.

³⁵⁷ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 6.051/2019. Estabelece como medida de prevenção e repressão à "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, a obrigatoriedade do advogado comprovar o recebimento de recurso lícito à título de honorários advocatícios e dá outras providências.. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229840>>. Acesso em 02 mar. 2022.

Art. 2º Os artigos 1º, 9º e 10 da Lei nº 9.613, de 1998, passam a vigorar: “Art.

1º.....

 §2º.....

III – receba a título de honorários advocatícios recursos financeiros que tenha conhecimento ou sendo possível saber sua origem ilícita, com o fim de dissimular ou ocultar a origem ilícita do bem, direito ou valor.”

(NR)

“Art.9º

Parágrafo único.....

XIV –as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, inclusive de cunho técnico-jurídico, em operações:

.....” (NR)

“Art.10

II – manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, assim como, recebimento de honorários advocatícios, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;

.....” (NR)

Art. 3º Acrescente-se ao art. 6º-A à Lei nº Lei nº 9.613, de 1998, com a seguinte redação:

Art. 6º-A. Caso o juiz, durante o processo, verificar grave suspeita quanto à licitude dos recursos recebidos a título de honorários advocatícios, deverá comunicar a Ordem dos Advogados do Brasil e ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, para procederem as medidas administrativas cabíveis.

Art. 4º. O artigo 180 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dezembro, de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.180.....

§2ºA- Incorre na mesma pena do §1º o recebimento a título de honorários advocatícios que saiba ser de origem ilícita, proveniente de crime, ou que receba por meio de terceiros.

..... (NR)

Art. 5º Esta Lei entre em vigor na data da sua publicação.”

A justificativa³⁵⁸ a ele apresentada, entretanto, se limitou a trazer dados genéricos sobre supostos ilícitos penais praticados por advogados – sem sequer indicar fontes que corroborassem os dados trazidos -, pouco se afastando do senso comum:

“Infelizmente, nos dias de hoje, constantemente os noticiários mostram que vem crescendo o número de ilícitos praticados pelos maus advogados, dentre os quais podemos citar o envio de produto e informações a clientes presos, estelionatos, fraudes processuais e até crimes financeiros e econômicos envolvendo a constituição de offshore companies no exterior como forma de evasão de divisas e crimes tributários. O esquema consiste em utilizar o sigilo profissional do advogado como forma de lavagem de dinheiro. Por exemplo: um advogado que geralmente costuma cobrar R\$ 10 mil de honorários combina com um cliente criminoso que irá emitir uma nota de serviço superfaturada no valor de R\$100 mil. Dessa forma, o cliente efetua o depósito de R\$ 100 mil e posteriormente o advogado lhe devolve a diferença de R\$ 90 mil, transformando o dinheiro ilícito em lícito, sem a necessidade de informar aos órgãos estatais a procedência dos valores, alegando tratar-se de honorários livremente pactuado entre as partes. Sem dúvidas, neste exemplo, houve manifesto conluio entre advogado e cliente, configurando crime de lavagem de dinheiro. Portanto, a presente proposição objetiva – em última análise – proteger a boa advocacia, os profissionais que honram sua atividade, pois o que a realidade está nos mostrando é que trata de um grupo de profissionais que estão muito suscetíveis em receber recursos financeiros oriundos de atividades ilícitas. É preocupante que um pequeno número de advogados use de suas prerrogativas de defensor para lavar dinheiro oriundo de atividade criminosa.”

Também apensado ao PL 1.194/2019, estava o PL 3.787/2019, com a seguinte finalidade normativa³⁵⁹:

“Art. 1º A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

³⁵⁸ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 6.051/2019. Estabelece como medida de prevenção e repressão à "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, a obrigatoriedade do advogado comprovar o recebimento de recurso lícito à título de honorários advocatícios e dá outras providências.. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229840>>. Acesso em 02 mar. 2022.

³⁵⁹ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 3.787/2019. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro), para incluir no rol de seu art. 9º os prestadores de serviços de advocacia, bem como altera o Código Penal, introduzindo o § 3º-A em seu art. 180, e altera o Código de Processo Penal, introduzindo o § 3º em seu art. 330. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2209991>>. Acesso em 04 mar. 2022.

Art.9º.....

.....

Parágrafo único. XIX - a prestação de serviços de advocacia.

Art.10.....

..

II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, recebimento de honorários advocatícios, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente, nos termos de instruções por esta expedidas;

Art.

11.....

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

Art.

12.

.....

§ 5º Sem prejuízo de sofrerem as sanções anteriores, as pessoas referidas no inciso XIX do parágrafo único do art. 9º responderão pelo crime de receptação qualificada, nos termos do Decreto-Lei nº 2.878, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Art. 3º. O art. 180 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) passa a vigorar acrescido do § 7º, com a seguinte redação:

Art.

180.

.....

§ 7º. Equipara-se à receptação qualificada, prevista neste artigo, o recebimento de honorários advocatícios que sabe ser proveniente de produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, os receba. Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Art. 4º O art. 330 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) passa a vigorar acrescido do § 3º, com a seguinte redação: Art. 330.

.....

§ 3º Em quaisquer das hipóteses anteriores, deverá haver a comprovação da origem lícita dos recursos, ativos e bens oferecidos em depósito para fins de fiança, sob pena de indeferimento.

Art.5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

A tal projeto de lei ainda foi apresentada a seguinte justificativa³⁶⁰, no que toca especificamente à atuação dos profissionais da advocacia e a necessidade de revisão da legislação ora vigente:

“Importante lembrar que sempre que esse assunto foi discutido no Congresso Nacional, poderoso lobby de entidades de classe, como a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, atuaram decididamente para a rejeição ou arquivamento dos projetos de lei apresentados. As desculpas, capciosas, são inúmeras e risíveis. Vão desde o “cerceamento do direito de defesa” até a “obstrução do exercício profissional” – como se os advogados brasileiros fossem privilegiados em relação aos advogados norte-americanos. Urge que o Brasil acabe, de uma vez por todas, com essa farra vergonhosa – e porque não dizer, CRIMINOSA - de recursos ilícitos sendo escancaradamente lavados na forma de honorários advocatícios, inclusive utilizados para fins de fiança – o que se proíbe neste projeto de lei - que, na prática, redundam em outra forma de “lavar” recursos ilícitos.”

Apensado ao Projeto de Lei nº 3.787/2019 se encontrava o Projeto de Lei nº 5.060/2020, que, na essência, buscava a inclusão na legislação de combate ao delito de lavagem de capitais de dispositivos muito semelhantes aos que o projeto original já propunha. Confirmam-se, na íntegra, as alterações propostas:

“Art. 1º Esta lei prevê a obrigação das pessoas físicas e jurídicas que exercem atividades privativas de advocacia de se sujeitarem à lei que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e à prevenção da utilização do sistema financeiro para as respectivas infrações penais.

Art. 2º A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9ºA:

“Art. 9ºA. Sujeitam-se, ainda, às obrigações previstas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades privativas de advocacia, observados o regime de inviolabilidade e o sigilo nas relações entre o advogado e o cliente. “

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

A justificativa para as alterações propostas, assim como verificado nos demais projetos de lei apensados ao PL 1.065/2019, também se assentava na premissa de que

³⁶⁰ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 3.787/2019. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro), para incluir no rol de seu art. 9º os prestadores de serviços de advocacia, bem como altera o Código Penal, introduzindo o § 3º-A em seu art. 180, e altera o Código de Processo Penal, introduzindo o § 3º em seu art. 330. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2209991>>. Acesso em 04 mar. 2022.

seria necessário separar a atividade advocatícia tida como lícita daquela que pudesse ser utilizada como mero artifício para camuflar verdadeira lavagem de capitais. O diferencial, acerca deste último projeto de lei, está na abordagem pela justificativa³⁶¹ de medidas elencadas pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro como essenciais para a mudança do paradigma hoje vigente no país – o que mostra que, ao menos para este projeto de lei, em comparação aos demais, buscou-se substrato mais técnico, afastando-se do senso comum que norteava as justificativas dos demais, ainda que com conclusões juridicamente criticáveis:

“Em que pese a correção e a honestidade com que exercem essas atividades, é fato que os advogados, nos seus misteres, podem se deparar, não raro, com ações que envolvem lavagem de dinheiro, dentre as quais, inclusive, infrações penais que se ligam ao financiamento do terrorismo.

No ano passado, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) aprovou onze ações a serem implementadas em 2020 para combater esses crimes. Em nota, a entidade disse que "reconhece que aprimoramentos de medidas de 'compliance' são necessários" e garantiu que "as regras em discussão devem necessariamente proteger o sigilo da relação com o cliente, que é privada, e não pode ser violada", lembrando que as prerrogativas para o pleno exercício da advocacia são garantidas pela Constituição.

Entre as ações propostas pelo ENCCLA, a recomendação III é específica para a classe: “Considerando que, dentre as atividades profissionais previstas no artigo 9º da Lei nº 9.613, de 1998, os advogados ainda não possuem uma regulamentação quanto às obrigações previstas na mesma lei; Considerando que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é o órgão que tem a competência de regular e fiscalizar os advogados; Considerando a necessidade de compor a obrigação legal com o princípio da inviolabilidade das comunicações entre cliente e advogado; A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA recomenda ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que edite regulamentação aos advogados para o cumprimento das obrigações previstas na Lei nº 9.613, de 1998, observado o regime de inviolabilidade e o sigilo nas relações entre o advogado

³⁶¹ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 5.060/2020. Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que “Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. ”. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2264877>>. Acesso em 04 mar. 2022.

e o cliente nos termos da Lei n. 8906 de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB). “ (grifamos)

Em face disso, propomos, por intermédio deste projeto, uma atualização da Lei nº 9.613/98, para que as atividades privativas de advocacia sejam nela contempladas, endurecendo ainda mais o combate à lavagem de dinheiro e às infrações penais correlatas, inclusive o terrorismo e seu financiamento.”

O Projeto de Lei nº 3.787/2019 também possui um apenso, a saber, o Projeto de Lei nº 5.124/2020³⁶², que, a despeito de propor modificações na Lei nº 9.613/98, possui como cerne a criminalização do recebimento de honorários advocatícios maculados, incluindo previsão específica sobre o tema no Código Penal:

“Art. 1º Esta lei dispõe sobre o dever do advogado e de seu cliente quanto à declaração de origem lícita dos valores utilizados para o pagamento de honorários advocatícios e sobre os mecanismos de controle de cumprimento de tal dever, alterando o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, e a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

Art. 2º O art. 180 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“Art. 180.

.....
 § 2º-A. Incorre nas mesmas penas do § 1º, o advogado que recebe honorários advocatícios cujos valores sabe terem origem ilícita, bem como na hipótese em que, assumindo o risco, deixa de exigir a comprovação de origem lícita de tais valores, se o fato não constitui crime mais grave.
 (NR)”

Art. 3º O art. 330 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“Art. 330.

.....
 § 3º Para a efetivação do depósito é necessária a comprovação da origem lícita de seu objeto. (NR)”.

³⁶² BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 5.124/2020. Dispõe sobre o dever do advogado e de seu cliente quanto à declaração de origem lícita dos valores utilizados para o pagamento de honorários advocatícios e da fiança na persecução penal, e sobre os mecanismos de controle de cumprimento de tal dever, alterando o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, e a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.”. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2265093>>. Acesso em 07 mar. 2022.

Art. 4º O art. 5º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“Art. 5º

 § 2º-A. O instrumento de mandato conterà declaração de licitude e da procedência dos recursos empregados para o pagamento dos honorários.
”

Art. 5º O art. 22 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

“Art. 22.
 § 8º O recebimento dos honorários pressupõe a demonstração pelo cliente de que os valores possuem origem lícita, mediante assinatura de declaração e fornecimento de comprovante.
 § 9º Cópias da declaração e comprovante mencionados no parágrafo anterior serão encaminhados à seccional da OAB, que promoverá a fiscalização da licitude dos valores.
 § 10. Nas hipóteses em que o patrocínio da causa envolver apuração de organização criminosa, crime hediondo ou equiparado, crime contra o patrimônio, contra a Administração Pública, contra o Sistema Financeiro Nacional, e de lavagem de dinheiro, ou improbidade administrativa, cópias da declaração e documentos mencionados no § 7º serão encaminhados também ao Conselho de Atividades Financeiras, Coaf, e à Secretaria da Receita Federal.”

Art. 6º O caput do art. 34 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“Art. 34.

 XXX - receber honorários sem a apresentação de declaração e comprovante do cliente que demonstrem a origem lícita dos respectivos valores, ou deixar de encaminhar tais documentos para a fiscalização conforme previsto no art. 22.”

Art. 7º O § 2º do art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“Art. 1º

 §2º

III - recebe a título de honorários advocatícios bens, direitos ou valores, provenientes de infração penal, com o fim de dissimular ou ocultar tal origem.
”

Art. 8º O § 1º do art. 9º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“Art. 9º
 §1º

XIX - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam a advocacia.”
 Art. 9º O inciso II do art. 10 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.10

.....

 II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, incluída a de recebimento de honorários advocatícios, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;
 (NR)”

Art. 10º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

A despeito de não ter sido votado pela Comissão de Constituição de Justiça, verifica-se na movimentação do PL 1.065/2019 a existência de parecer, de autoria do Deputado Fábio Trad (PSD-MS), pela rejeição de seu mérito e pelo reconhecimento de sua antijuridicidade, má-técnica legislativa e inconstitucionalidade. Em essência, destacou o autor do parecer³⁶³ que:

“O PL nº 1.065, de 2019, apresenta falhas de técnica legislativa. Na ementa consta menção equívoca ao número da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), como sendo a Lei nº 8.479. Não bastasse, o primeiro artigo do projeto, em vez de enunciar o objeto da lei, diretamente já prevê alteração na Lei de Improbidade Administrativa, o que representa desrespeito ao art. 7º da LC nº 95/1998. Igualmente, o PL nº 1.194, de 2019 resente-se da adequada técnica legislativa, pois encontra-se na contramão do disposto no art. 11, I, a, da LC nº 95/98, dada a ausência de clareza e precisão. Assim, não é apropriado prever-se que a lei “inclui, no crime de receptação, o exercício da atividade profissional”, a rigor de técnica, o certo seria a previsão de inclusão “no tipo penal” de receptação. Ademais, no art. 3º, pretende-se a renumeração interna, com a inserção, no cogitado § 1º do art. 9º da Lei de Lavagem de Capitais, do inciso XIX, em que há erro de concordância, em sua alínea a. No texto do PL, então, haveria a seguinte frase “as pessoas físicas ou jurídicas”... “deverá incluir na procuração”. Por seu turno, o PL nº 3.787, de 2019, mostra-se inadequado em termos de técnica legislativa, visto que o primeiro artigo do projeto, em vez de enunciar o objeto da lei, diretamente, já prevê a alteração na Lei nº 9.613, de

³⁶³ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça ao Projeto de Lei nº 1.065/2019. Parecer do Relator, Dep. Fábio Trad (PSD-MS), pela inconstitucionalidade, injuridicidade e má técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição deste e dos Projetos de Lei nºs 1.194/2019, 1.195/2019 e 3.787/2019, apensados.. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2225216>>. Acesso em 07 mar. 2022.

1998, o que representa desrespeito ao art. 7º da LC nº 95/1998. A redação também se mostra desatualizada, pois menciona o Coaf, que, atualmente, passou a chamar-se UIF (Unidade de Inteligência Financeira). A pretendida inserção do § 7º no art. 180 do Código Penal não se mostra tecnicamente adequada, pois, ao estabelecer figura equiparada, não seria necessária, novamente, a previsão de pena; de mais a mais, há atecnia redacional, porquanto a pena cominada é muito inferior àquela estabelecida para a receptação qualificada, malgrado falar-se em equiparação. No tocante ao PL nº 1.195, de 2019, também, há inadequada técnica legislativa. A proposição está na contramão do art. 5º da LC nº 95, de 1998, pois a ementa não apresenta, devidamente, o objeto da idealizada lei. Não bastasse, há indevido emprego de aspas no art. 5º do projeto.

(...)

De saída, consigno que todas as proposições são inconstitucionais. Trata-se de alterações que colidem com os princípios da isonomia (paridade de armas), da presunção de inocência e da ampla defesa. No atinente à isonomia (CRFB, art. 5º, caput), a imposição do dever de demonstração da licitude dos recursos faz com que o advogado do réu atue, praticamente, como um parceiro da acusação, pendendo o prato da Justiça para um dos lados na persecução, quebrando o equilíbrio entre as partes. Em relação à presunção de inocência (CRFB, art. 5º, LVII), observa-se que todos os réus com boa condição econômica que, nos termos da idealizada disciplina, vierem a ser defendidos pela Defensoria Pública, ipso facto, ipso iuris, já terão um juízo antecipado de culpa. E, no pertinente à ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), as cogitadas normas em tela são inconstitucionais, pois implicam a impossibilidade de escolha de advogado de preferência do imputado. A aporia é tamanha que redireciona ao advogado, que deveria ser o destinatário da irrestrita confiança do cidadão, dever de flexibilizar o sigilo profissional.”

Nota-se, de início, que a redação original dos projetos de lei reconhecidos como principais – apresentados pelo parlamentar José Medeiros – não propunha especificamente a inclusão de dispositivo na Lei nº 9.613/98 versando sobre os honorários advocatícios maculados. As modificações por ele propostas afetavam dispositivos do Código Penal, da Lei nº 7.492/86 e da Lei de Improbidade Administrativa – transbordando, portanto, da esfera puramente penal.

As modificações por ele propostas afetavam dispositivos do Código de Processo Civil, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e a Lei de Improbidade Administrativa. O único fundamento apresentado na justificativa, já transcrita acima, versa sobre a transparência no exercício da atividade profissional pelo advogado, a qual

também afasta o potencial efeito negativo da norma sob a alegação de que “a regra será benéfica para os próprios réus, que, comprovando que não se valem de valores ilícitos, já anteciparão, em certa medida, que não praticaram qualquer ato ilícito”.

Os projetos de lei apensados, a seu turno, propunham modificações em outros diplomas normativos, como (i) o Código de Processo Civil, para incluir a necessidade de constatação, na procuração dada pelo cliente ao advogado, da declaração de licitude da origem dos valores utilizados para pagamento da verba honorária; (ii) o Estatuto da Advocacia, para prever a possibilidade de quebra do sigilo profissional caso haja causalidade entre o fato típico praticado pelo advogado (recebimento de honorários maculados) e o praticado por seus clientes e exigir, do advogado, a verificação prévia da Receita Federal acerca da origem dos recursos utilizados para custear seus honorários; e (iii) a Lei de Lavagem de Capitais, para, em síntese, impor que qualquer pessoa jurídica que promova postulação a órgãos jurisdicionais e/ou atuem com consultoria, assessoria e direção jurídica deva verificar a licitude dos honorários recebidos, sob pena de incursão no art. 180 do Código Penal, e tipificar o recebimento de honorários advocatícios oriundos de recursos de origem ilícita conhecida ou potencialmente cognoscível como modalidade de lavagem de dinheiro, determinando ainda regras específicas de comunicação às autoridades acerca de transações ou operações que ultrapassem limite financeiro fixado pela autoridade competente.

A diferença que se nota nas proposições principais e nos textos a elas apensados é a tratativa a qual se dá à figura do sigilo profissional. Enquanto algumas delas tratam expressamente de resguardar o sigilo da relação advogado-cliente (PL 5.060/2020), outras expressamente o refutam em suas justificativas (PL 3.787/2019 e PL 1.195/2019), tecendo, ainda, críticas ao uso supostamente camuflado do direito de defesa como pretexto para a prática de atos ilícitos.

Não é à toa, assim, que a única proposição que apresente justificativa minimamente baseada em dados técnicos e amparada em uma estratégia de combate à corrupção, ainda que se possa criticar seu mérito, é o PL 5.060/2020. Este texto se afasta dos demais no aspecto da tecnicidade, ainda que não adentre ao mérito da questão lá discutida com a profundidade necessária, enviesando a análise ao que fora definido pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).

Daí que, se considerada a proposição de maneira global, tomando como referencial o texto principal e todos os seus apensos – que constituiriam a base para

formação de eventual texto substitutivo e para redação dos pareceres meritórios pelas Casas Legislativas -, é possível afirmar que ao menos a primeira etapa lógica da legística – a identificação dos fatos relevantes – foi minimamente observada, o que não se sucedeu aos projetos de lei analisados no item anterior e nem ao projeto que se analisará no item subsequente. Pela primeira vez – e tão somente em um único projeto apensado – se nota algum embasamento de ordem técnico que expõe a realidade fática e justifica, ao menos aos defensores da tese lá exposta, a intervenção do direito penal: ainda que se discorde do mérito da ENCCLA, trata-se de estratégia construída de maneira técnica pelo Governo Federal e à qual se pode recorrer na busca de subsídios para construção da norma jurídica que se buscava positivar.

O fato relevante identificado, portanto, consiste na inexistência de uma regulamentação específica, nos dias atuais, sobre a inclusão ou não dos profissionais da advocacia dentro do rol de sujeitos que deve prestar informações às autoridades competentes acerca de movimentações financeiras suspeitas. Ao mesmo tempo, a justificativa daquele projeto de lei também reconhece haver outro fato relevante: a necessidade de compatibilizar a tutela do bem jurídico com as garantias constitucionais da ampla defesa e do sigilo profissional entre advogado e cliente.

Enfocando-se exclusivamente neste primeiro aspecto do percurso legístico lógico, já se verifica que a correta identificação da realidade fática permitiu ao autor da proposição que constrísse uma alternativa normativa que contemplasse a necessidade fático-jurídica de dificultar o branqueamento de capitais realizado supostamente por intermédio de escritórios de advocacia com as garantias constitucionais por eles gozadas.

Ato contínuo, uma vez delimitada a realidade fática a ser enfrentada, foi possível formular adequadamente o problema a ser solucionado pela norma jurídica proposta: a possibilidade de se usarem escritórios de advocacia para a prática de branqueamento de capitais com o falso pretexto de desempenho de atividades profissionais, resguardando-se aqueles que atuam de maneira lícita. Isto não ocorreu satisfatoriamente nos demais projetos de lei apensados, que se limitaram a tecer considerações genéricas sobre o assunto, lançando mão de teses sem indicação de sua proveniência ou de substrato jurídico mínimo.

No entanto, ao mesmo tempo em que os dois primeiros aspectos legísticos foram atingidos, o mesmo não se pode dizer do restante. O texto do PL 5.060/20, no que é acompanhado pelos demais, não pondera quaisquer alternativas não-penais ao combate a

essa prática e nem propõe mecanismos que permitam assegurar o sigilo profissional e as demais garantias inerentes à advocacia de maneira eficaz. A ausência dessas alternativas decorre de falhas no substrato teórico do texto, que fora erigido tão somente com base nas estratégias do ENCCLA e ignorara os modelos internacionais de enfrentamento à lavagem de capitais e o que já havia sido discorrido sobre o tema na doutrina nacional.

Tal vício poderia ter sido sanado – em prol da construção de um substitutivo mais eficaz, caso se entendesse pela constitucionalidade da matéria – pela própria Casa Legislativa, ao fazer uso de audiências públicas e de pareceres produzidos pela sua equipe técnica. Contudo, não há notícia de que tais mecanismos de aprimoramento da qualidade legislativa foram utilizados, sendo produzido diretamente o parecer de rejeição meritória do texto pelo relator designado na Comissão de Constituição e Justiça.

É de se estranhar, ainda, o fato de ter sido completamente ignorado, inclusive pelo autor da proposição principal, o parecer produzido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros sobre a matéria, e que poderia ter sido aproveitado na maturação do texto. A despeito do texto ser referente ao Projeto de Lei apresentado ao Senado Federal – e que sequer recebeu qualquer parecer meritório -, seu teor material poderia ter sido reaproveitado pelos Deputados, inclusive pelo Relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça.

A atividade prospectiva, que não foi realizada pelo autor da proposição principal ou pelos autores dos apensos, restou prejudicada ante o parecer de rejeição da matéria. Entretanto, desse fato pode ser tirada a percepção de que, ao menos para o Relator³⁶⁴, se ao final o texto proposto fosse convertido em norma jurídica, haveria impacto jurídico significativo, afetando as garantias da advocacia, mormente a isonomia, a presunção de inocência e a ampla defesa.

Não cabe neste trabalho discutir se a observância dos critérios legísticos pela proposição principal e pelos demais apensos, nos moldes do feito parcialmente no PL 5.060/20, resultariam em conclusão distinta pelo Relator da matéria – inclusive diante das observações atinentes à inconstitucionalidade material das proposições. Entretanto, tem-se a percepção de que ao adotar uma metodologia alinhada aos princípios da legística, poderiam os autores das proposições buscar alternativas juridicamente viáveis que

³⁶⁴ É inviável afirmar a percepção do restante dos membros da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, bem como dos demais parlamentares, uma vez que o parecer produzido pelo Deputado Fábio Trad sequer chegou a ser votado, até a data de elaboração deste texto.

pudessem satisfazer o interesse de tutelar o uso indevido da advocacia para fins de lavagem de dinheiro e proteger as garantias inerentes à profissão – como já destacada, a apresentação de documentação escritural às autoridades competentes atestando a prestação de serviços consultivos e/ou de atuação contenciosa àquele cliente poderia ser uma alternativa.

A busca por estas alternativas e o detalhamento do modo que as informações seriam prestadas, evitando a violação dos preceitos constitucionais destacados acima – procedimentos não feitos em nenhum dos projetos de lei – eram tarefas imprescindíveis à construção de qualquer proposição que versasse sobre o tema, sem as quais não havia como prosperar o texto.

Feitas estas considerações gerais sobre a matéria atinente ao percurso lógico da legística em si, passa-se a verificar se foram ou não observados os demais itens elencados para aferição da qualidade da produção normativa.

O trâmite processual não trouxe qualquer resultado positivo ao texto, já que em momento algum se utilizou este tempo de tramitação para buscar a maturação qualitativa da norma a ser gestada. Os andamentos verificados no projeto de lei tinham natureza meramente burocrática e de impulso oficial, o que demonstram aparente desinteresse da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em discutir o texto. A título de exemplo, aponta-se que, após a juntada de parecer do Instituto dos Advogados Brasileiros sobre o PL 500/2015 do Senado Federal, sequer foi realizada sessão destinada a discutir tal documento, ou realizada audiência pública que permitisse trazer à lume as considerações feitas pelos autores do parecer.

Ainda que ao final a Casa Legislativa entendesse pela rejeição do mérito do texto, como propôs o relator da matéria na Câmara dos Deputados, discutir publicamente a questão e embasada em argumentos de ordem técnica era importante para construir um debate qualificado e aprimorar a legislação brasileira – ou para encerrar de vez a discussão do cenário legislativo.

O critério referente à realização de audiências públicas e de utilização de mecanismos de análise de impacto legislativo, a seu turno, restaram prejudicados pela não realização das mesmas, provavelmente pela rejeição liminar da matéria na Comissão de Constituição e Justiça, tornando desinteressante a dilação de seu andamento aos parlamentares.

As justificativas propostas aos projetos de lei também não aludem diretamente para a influência de eventos externos específicos que tenham motivado a propositura dos projetos, exceto pela criação da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, no já mencionado Projeto de Lei nº 5.060/20. A consequência, em termos legísticos, foi a ausência de definição clara da realidade fática a ser enfrentada e dos problemas a serem combatidos pelas proposições formuladas, como já exposto acima: de certa forma, tal constatação causa espanto, já que os autores das proposições afirmam enfaticamente a existência de uma “farra vergonhosa” (PL 3.787/19) e de “constantes notícias de ilícitos práticos por maus advogados” (PL 6.015/19).

Igualmente prejudicado estava o ponto de acolhimento de propostas de aperfeiçoamento do texto, já que não houve oportunidade para que eventuais interessados analisassem o mérito do texto e propusessem alterações. Contudo, ante a proposta de rejeição do mérito, em vingando tal conclusão, o prejuízo ao processo legislativo, sob o prisma da qualidade, será mínimo. Era esperado, entretanto, que ao menos o parecer do Relator fundamentando a inconstitucionalidade da matéria trouxesse substrato jurídico mais robusto – embasando-se, por exemplo, em parecer da consultoria legislativa da Câmara dos Deputados -, uma vez que se estava a proferir decisão meritória sobre a proposição. Ainda que se concorde com a conclusão e ciente da atenção ao postulado da economicidade processual, o modo como se chegou a tal resultado, desprezando os princípios legísticos e a utilização de mecanismos de aprimoramento da qualidade legislativa, não pode ser reputado adequado.

4.3.3. Projeto de Lei do Senado Federal nº 4.516/2020

Por fim, o último projeto de lei a ser analisado neste trabalho é o Projeto de Lei do Senado Federal nº 4.516/2020, de autoria do Senador Arolde de Oliveira, ainda em tramitação no Senado Federal.

Tabela 05 – Etapas do processo legislativo do Projeto de Lei do Senado Federal nº 4.516/2020	
Data	Andamento registrado
09/09/2020	Apresentação e publicação da proposição
13/12/2021	Encaminhamento da proposição à Comissão de Segurança Pública

A proposição³⁶⁵ preconiza a alteração singela do parágrafo único do artigo 9º da Lei nº 9.613/98, para nela acrescentar disposição atinente às pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços de advocacia ou consultoria jurídica:

“Art. 1º O parágrafo único do art. 9º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigor acrescido do seguinte inciso XIX:
 “Art.9º

 Parágrafo único.

 XIX – as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de advocacia ou de consultoria jurídica.
 ” (NR)
 Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

A justificativa³⁶⁶ proposta também é pouco convincente, na esteira daquelas verificadas nos projetos de lei anteriormente analisados, deixando de trazer fontes robustas que corroborem a necessidade de alteração da Lei nº 9.613/98:

“Há não muito tempo atrás, uma advogada do Rio de Janeiro, que defende notórios traficantes brasileiros, declarou publicamente que “não interessa saber [de] onde [o cliente] está tirando o dinheiro, se é ilegal ou não”. Essa é a realidade brasileira, onde advogados ou sociedades de advogados se enriquecem com dinheiro ilícito, proveniente da prática de crime praticado por seus clientes. Não raras vezes, esse dinheiro provém dos cofres públicos, o que acaba prejudicando, indiretamente, toda a sociedade brasileira. Por óbvio, mesmo que o cliente possua dinheiro lícito, ele acaba inevitavelmente se misturando com o dinheiro ilícito, proveniente da prática do crime. No nosso entendimento, o recebimento de honorários advocatícios contaminados por capital ilícito pode constituir, além do crime de receptação qualificado (art. 180, § 1º, Código Penal), crime de lavagem de dinheiro. (...) Ademais, entendemos que o sigilo e a confidencialidade entre o advogado e o seu cliente se referem apenas às informações fornecidas para a preparação da ação ou da defesa ou ainda para a elaboração de qualquer outra manifestação jurídica, e não ao pagamento do serviço de

³⁶⁵ BRASIL. **Senado Federal**. Projeto de Lei nº 4.516/2020. “Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para sujeitar as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços de advocacia ou de consultoria jurídica ao mecanismo de controle e prevenção à lavagem de dinheiro.”. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144619>>. Acesso em 04 mar. 2022.

³⁶⁶ BRASIL. **Senado Federal**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 4.516/2020. “Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para sujeitar as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços de advocacia ou de consultoria jurídica ao mecanismo de controle e prevenção à lavagem de dinheiro.”. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144619>>. Acesso em 04 mar. 2022.

advocacia prestado. Assim, eles não podem servir como salvaguarda para a prática de atos ilícitos, sob pena de se criar uma imunidade absoluta para que advogados e seus clientes não possam ser investigados pelo crime de lavagem de dinheiro. Diante do exposto, pretendemos, por meio do presente projeto de lei, incluir as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de advocacia ou de consultoria jurídica no mecanismo de controle e prevenção à lavagem de dinheiro previsto nos Capítulos VI e VII da Lei nº 9.613, de 1998. Ressalte-se que não se pretende que o advogado verifique a licitude da origem de bens ou valores utilizados para o pagamento de honorários advocatícios. Essa é uma atribuição do COAF e de outros órgãos investigatórios (como a Polícia Federal e o Ministério Público). O importante é que os advogados ou sociedades de advogados forneçam informações sobre pagamentos que porventura possam constituir indícios de lavagem de dinheiro. Ademais, com esse projeto, não pretendemos retirar a prerrogativa da OAB de regular o exercício da advocacia e, muito menos, de atribuir ao advogado a tarefa de verificar a licitude dos bens, valores ou direitos recebidos a título de honorários advocatícios. O nosso objetivo é simplesmente permitir que o COAF, no âmbito de suas atribuições, possa identificar operações que constituam indícios da prática do crime de lavagem de dinheiro.”

Tendo em vista inexistir qualquer andamento processual quanto ao mérito da matéria – sequer tendo sido designado, até a data da elaboração desta tese, relator para o projeto na Comissão de Segurança Pública do Senado Federal, a análise legística se pautará tão somente sobre o texto original apresentado pelo então Senador Arolde de Oliveira.

Entretanto, ao contrário do que fora feito nos dois tópicos anteriores, em que já houve a apresentação de parecer pela rejeição da matéria, tanto em aspectos de constitucionalidade como no mérito propriamente dito, como neste caso a tramitação processual ainda se encontra insipiente, deixar-se-á de tecer considerações sobre a realização de audiências públicas e a formulação de mecanismos de análise de impacto legislativo, eis que estes ainda podem vir a ocorrer no curso da tramitação da matéria.

Como sucede às proposições anteriormente analisadas, o texto padece de graves falhas legísticas, a começar por não analisar adequadamente a situação fática: repetindo vícios das proposições anteriores, não há embasamento técnico para justificar a propositura da mudança na Lei nº 9.613/98, limitando-se o autor a lançar mão de afirmação genérica e desprovida de corroboração, no sentido de que já houve uma

advogada que, “há muito tempo”, declarou ser pouco relevante saber a origem do recurso recebido: não há fonte alguma para a afirmação feita e, ainda que houvesse, não há como asseverar que representa tal constatação uma realidade sistêmica ou um fato meramente isolado – e, a bem da verdade, sequer é possível constatar a veracidade do narrado.

O caráter genérico da narrativa segue com a afirmação de que os escritórios de advocacia nacionais se enriquecem através do pagamento de honorários advocatícios cuja fonte recursal é proveniente de atividades ilícitas: também não há dados estatísticos ou doutrinários que corroborem a tese trazida pelo autor, a qual se critica com base no argumento já lançado anteriormente acerca da premente lesão ao direito de defesa caso se impeça que, na advocacia criminal contenciosa, se remunere o advogado de qualquer forma caso os recursos de seu cliente tenham sido obtidos ilicitamente.

É de se destacar ainda que não há nenhum documento que embase a apresentação do texto normativo: o autor não lança mão de jurisprudência, pareceres prévios, dados da consultoria legislativa, estudos acadêmicos, dentre outros, o que torna impossível que se confirme a veracidade do que é por ele narrado, senão que se tratam de fatos obtidos através de “experiência prática” – o que, em matéria legística, é inaceitável.

Pelo comprometimento do conhecimento da realidade fática, não se esperava resultado outro que não a atecnicidade na formulação do problema e na identificação dos mecanismos de solução mais adequados. Não é delimitado claramente, na norma proposta, qual o limite do dever da prestação de informações pelos profissionais da advocacia e de que forma isto não infringiria o dever de sigilo: a despeito da justificativa afirmar que não há mácula ao sigilo profissional, cabia ao legislador, sob pena da norma padecer de vício de inconstitucionalidade – ou ensejar a realização de interpretação conforme à Constituição pelo Supremo Tribunal Federal – esclarecer quais informações deveriam ou não ser fornecidas às autoridades competentes e a forma através da qual este procedimento se daria para evitar prejuízos ao sigilo profissional.

Não só tais esclarecimentos não foram feitos na redação principal da norma como também não são eles deduzíveis da justificativa apresentada que, de maneira singela, indica apenas a pretensão de que deve ser dado acesso ao COAF (atual UIF) para identificar as operações que possam constituir lavagem de dinheiro. Tal ponto poderia ter sido melhor abordado caso o problema estivesse adequadamente delimitado: não resta claro como que a simples inclusão dos advogados no rol de agentes sujeitos à prestação de informações à UIF reduziria a margem de utilização da advocacia como mecanismo

de lavagem de capitais, ou mesmo como coibir que tais informações sejam utilizadas em desfavor dos clientes assistidos por estes advogados, especialmente na modalidade contenciosa.

O dever de prospecção, como se nota da problemática acima exposta, também não foi adequadamente observado. Ao deixar de ignorar a potencial violação do dever de sigilo profissional e abrir margem para que as autoridades públicas tenham conhecimento de algumas informações acerca da situação financeira dos clientes assistidos – afinal, o pagamento de verba honorária contratual desproporcional aos rendimentos declarados pelo cliente pode levar dúvidas sobre a eventual existência de patrimônio ilícito e/ou não declarado -, o autor da proposição ignorou efeito nocivo da proposição por ele formulada que colide com o texto constitucional e, portanto, torna seu projeto de lei natimorto.

Feitas estas considerações, pode-se, na esteira do que já se fizera com as proposições anteriores, afirmar que individualmente considerado, o presente projeto de lei fora formulado em dissonância com o que preconiza a boa técnica legislativa.

4.4. Análise sistêmica das propostas de alteração legislativa da Lei de Lavagem de Capitais e os riscos à criminalização da advocacia

Feitas as considerações individuais acerca dos projetos de lei que pretendem alterar a Lei de Lavagem de Capitais para incluir nela dispositivos que podem ensejar eventual criminalização da atividade da advocacia, é possível tecer considerações sistêmicas sobre as alterações propostas.

Em primeiro lugar, é de se destacar que as proposições normativas em questão foram editadas em um contexto histórico específico: o apogeu da Operação Lava-Jato e de outras investigações policiais que colocavam no centro dos holofotes criminais não apenas os agentes políticos, mas também os seus causídicos. Isso pode ser verificado da seguinte relação entre a realização de operações policiais – seja no âmbito da Operação Lava-Jato ou como investigações distintas e não correlatas a ela, mas relativas ao branqueamento de capitais com suposta participação ativa de advogados – e a deflagração do processo legislativo dessas proposições:

Tabela 6 – Operações policiais ocorridas no período de edição dos projetos de lei analisados		
Nome da Operação	Data	Objeto da operação
Operação Monte Carlo	29/02/2012	Branqueamento de capitais por contraventores ³⁶⁷
Operação Pixuleco II	13/08/2015	Desvio de recursos para pagamento de propina no Ministério do Planejamento ³⁶⁸
Operação Appius (Lava Toga ou Lava Beca)	07/11/2019	Branqueamento de capitais por escritórios de advocacia ³⁶⁹
Operação E\$quema S	09/09/2020	Tráfico de influência praticado por advogados visando ao desvio de recursos do Sistema S
Prisão de Nythymar Dias Ferreira Filho	23/10/2020	Tráfico de influência ³⁷⁰

Também se faz necessário reiterar a perspectiva da legística, anotando-se que em momento algum os preceitos básicos de legística foram observados nas proposições legislativas analisadas.

³⁶⁷ <https://g1.globo.com/goias/noticia/2013/03/operacao-monte-carlo-faz-1-ano-com-todos-os-condenados-em-liberdade.html>

³⁶⁸ <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/513832/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>

³⁶⁹ <https://saibamais.jor.br/2019/11/escritorios-de-advocacia-sao-alvo-da-operacao-lava-jato/>

³⁷⁰ <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/pf-realiza-no-rj-operacao-contrum-dos-mais-famosos-criminalistas-da-lava-jato/>

Retomando o ensinamento de Carvalho³⁷¹, já destacado anteriormente, a produção qualitativa de uma norma jurídica passa pela observância da metodologia proposta pela Legística. Por evidente, o legislador não pode ser obrigado a observar, em todas as situações em que é instado a produzir novos textos normativos, o regramento proposto naquela metodologia em minúcia: deve ele ponderar se os custos necessários para implementar a metodologia são compensados e superados pela produção de resultado da norma a ser criada.

A situação ora posta, referente à positivação da inserção de uma atividade profissional dentre aquelas que possui deveres para com o Poder Público, sob pena de potencial incursão no delito tipificado na Lei nº 9.613/98, tão somente por lidar com matéria afeta ao direito penal e, portanto, poder comprometer o direito à liberdade de um determinado grupo de cidadãos, já justificaria *a priori* a observância estrita da Legística, especialmente no que toca à avaliação de impactos.

E indo além, é possível afirmar que, especificamente no que toca à lavagem de capitais, há uma preocupação adicional que deveria ter o legislador quando da formulação de novas proposições: trata-se de legislação que sofreu profunda alteração conceitual ao longo de sua vigência – pela abolição de um rol taxativo de delitos antecedentes em prol de um conceito aberto e não especificado, como destaca Siqueira³⁷² – e que, ao menos na advocacia contenciosa, esbarra em um significativo entrave, já identificado nos tópicos anteriores: o cliente assistido pelo profissional de advocacia criminal está sendo, em regra, investigado ou processado pela suposta prática de um delito; em sendo este delito patrimonial, pela incorporação indevida a seu patrimônio de bens ou valores, toda a cadeia causal de pagamentos por ele promovida estará potencialmente maculada e, em sobrevivendo condenação em seu desfavor, então seu próprio advogado poderá responder pelo recebimento de valores – a título de honorários advocatícios – de origem não lícita e com potencial interesse de branqueamento, questão essa bem identificada por Braga³⁷³.

Faz-se essa consideração preliminar acerca dos efeitos prospectivos da norma para destacar que o legislador, *ab initio*, já deveria ter considerado tal efeito nocivo quando da

³⁷¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica Legislativa: Legística Formal**. 6ª edição. Belo Horizonte: DelRey, 2014. p. 179

³⁷² SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. **O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 295-300.

³⁷³ BRAGA, Andrea da Costa. O recebimento de honorários advocatícios maculados e o direito ao livre exercício de profissão. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 29, n. 124, p. 13-33, mar./abr. 2021. p. 14-15.

proposição dos projetos de lei analisados nos tópicos anteriores. Era este o ponto de partida que deveria ter sido observado, mas que deixou de sê-lo, e que culminou com a apresentação de pareceres rejeitando o mérito de dois dos quatro projetos analisados (observando-se que um deles é fruto da mera reapresentação de outro, anteriormente arquivado por não ter sido deliberado até o fim da legislatura).

O pano de fundo para edição dos projetos de lei também não restou suficientemente esclarecido, eis que escudado em justificativas deveras genéricas e que não se preocupavam com a apresentação de dados estatísticos ou de informações confirmáveis por terceiros. Como destacado quando da análise individual de cada texto, havia na justificativa dos projetos de lei uma preocupação muito mais acentuada em destacar uma problemática – a possibilidade, em abstrato, de uso da advocacia para recebimento de valores indevidos a partir de pagamentos promovidos pelos clientes assistidos por estes patronos – do que em destacar os fatos que mostravam a ocorrência reiterada de tal situação – ou, ao menos, de uma quantificação do impacto que esta prática acarretava sobre o bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem de dinheiro.

Assim, se a fixação do panorama fático foi equivocada, obstando que se identificasse com precisão quais os fatos relevantes a serem enfrentados pelo legislador na edição das proposições destacadas, então certamente também o foi a formulação do problema que norteava a justificativa de cada uma das proposições. Em momento algum se identificou com clareza qual o embasamento teórico que permitia reconhecer a existência de uma lacuna legislativa suficientemente gravosa que ensejava a inclusão de novos dispositivos normativos para tipificar, de maneira expressa, o recebimento de honorários advocatícios supostamente maculados como uma espécie de lavagem de dinheiro – ou como crime análogo a outra espécie penal, como receptação.

O cerne da falha metodológica destas proposições não está propriamente na não identificação de um “problema” (ou seja, de uma situação que enseja atuação do legislador) – isto, de fato, é feito -, mas na não verificação, ainda que em caráter genérico, dos mecanismos de solução a serem buscados e que fossem juridicamente adequados – afrontando, portanto, a lógica básica de planejamento legislativo que dele se esperava, consoante assevera Soares³⁷⁴. O legislador não discriminou os motivos pelo qual a

³⁷⁴ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Cadernos da Escola do legislativo**, Belo Horizonte, v.9, n.14, p. 7-34, jan./dez. 2007. p. 24.

persecução na esfera penal era preferível – ainda que seja ela apenas de *ultima ratio*, como destaca Mir Puig³⁷⁵, na forma do princípio da subsidiariedade – em detrimento da adoção de outros mecanismos administrativos de combate a essa prática. Ademais, também não se verificou, em nenhum dos textos normativos, explanação acerca da impossibilidade de a norma hoje vigente atender a essa expectativa de tutela do bem jurídico, tarefa que também cabia aos autores das proposições, para justificar a movimentação da máquina legisferante.

O cenário legislativo posto, portanto, evidencia que em momento algum houve preocupação em utilizar a metodologia preconizada pela Legística na elaboração de quaisquer das proposições acima. Daí que, deixando de lado o mérito das proposições em si, pode-se verificar que a construção dos textos resultou em produção legislativa de baixa qualidade técnica, a justificar a proposta de rejeição destas, inclusive sob o prisma constitucional. Por óbvio, como já destacado antes, não é o fato de uma norma ter observado ou não os critérios legísticos que definirá sua aprovação ou não e tampouco sua qualidade: entretanto, observar tais parâmetros, em situações de maior complexidade, é fundamental para diminuir a margem de erro existente, minimizando os potenciais efeitos colaterais da legislação e, principalmente, a probabilidade de um texto natimorto, manifestamente inconstitucional, – como são as proposições em análise – vir a deflagrar o processo legislativo e dispende tempo e recursos do Poder Legislativo.

A ótica dos custos de transação legislativos, que não se circunscrevem à esfera pecuniária, abordados anteriormente neste capítulo, também ilustra os motivos do fracasso das proposições em discussão. Supondo que tais proposições se tornassem lei e sua constitucionalidade fosse reconhecida, o legislador, ao abandonar seu dever de prognose, abriria margem para que lesões significativas ao direito de defesa fossem acarretadas, mormente na esfera do direito penal. Ainda que a legislação acarretasse uma redução da prática de um suposto crime, simultaneamente ela abriria margem para que um dos pilares do sistema criminal – a defesa – fosse desestruturada e tornada essencialmente baseada na Defensoria Pública e na advocacia *pro bono* – já que o recebimento de honorários advocatícios por qualquer patrono que defendesse réu acusado de crime patrimonial ou que importara na percepção de vantagens ilícitas estaria necessariamente maculado, pelo comprometimento da cadeia causal de recebimento.

³⁷⁵ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases de del Derecho Penal: concepto y método**. Boscit: Barcelona, 1975. p. 125.

Logo, ainda que se repute existente um ganho ao sistema jurídico – o aparente reforço à tutela de um bem jurídico -, para que se alcance esse ganho será necessário proceder a um prejuízo que supera as vantagens potenciais a serem obtidas. O processo legislativo que enseja a produção desta norma, portanto, sob o prisma de seu impacto, não é recompensador e contraindica que se proceda à aprovação da proposição.

Em nenhuma das proposições se narra ganhos subjacentes ou a inexistência de aludidos custos transacionais – tema que, aparentemente, prefere o legislador se manter silente. Ainda que a questão, em termos práticos, tenha restado prejudicada pela rejeição de todas as proposições, teria sido relevante se, ao menos quando da elaboração do parecer na Comissão de Constituição e Justiça, tivesse sido buscada a identificação precisa de como a aprovação de quaisquer destas matérias teria um impacto negativo muito maior do que seus ganhos. Afinal, o fato destas proposições terem, por ora, não logrado êxito em sua aprovação não necessariamente implica na obtenção da mesma conclusão no futuro, se apresentados novos projetos com mesma temática. A produção de ao menos uma avaliação de impacto legislativo permitiria, se nela restasse demonstrado o exposto acima, que a criminalização do recebimento de honorários advocatícios de maneira indiscriminada e/ou a criação de exigências sequenciais que desestimulassem ou inviabilizassem, em termos práticos, a advocacia contenciosa criminal, fosse uma tese sepultada em definitivo em nosso sistema jurídico.

Assim, se a observância das normas da legística implica no aprimoramento qualitativo da norma, reduzindo seus custos de transação legislativos, a prosperar o mérito de qualquer uma das proposições hoje em trâmite, é possível afirmar que tais custos serão significados, mas impossíveis de quantificação exata justamente por não terem sido aplicados quaisquer mecanismos de avaliação de impacto legislativo, seja por seus autores, seja pelas Casas Legislativas no curso da tramitação.

4.4.1. Da Incompatibilidade dos projetos de lei em trâmite com as reais finalidades do tipo penal, sob a perspectiva do (s) bem (ns) jurídico (s) e dos verbos núcleos do tipo

Em capítulo anterior, já foram analisadas as reais finalidades do tipo penal de lavagem de capitais, ocasião na qual se teve a oportunidade de delimitar que o tipo possui como verbos nucleares “ocultar” e “dissimular”. Como visto, a escolha pelo legislador destes vocábulos ao prever o delito de branqueamento não fora desarrazoada: fora buscada a exclusão, do âmbito de incidência da norma jurídica, daquelas condutas em que

não havia, por parte do agente, conhecimento manifesto da ilegalidade da proveniência dos valores.

Ao mesmo tempo, em que pese a celeuma doutrinária acerca do bem jurídico protegido, é certo que há, no bojo da Lei n° 9.613/98, o aspecto de proteção da economia nacional, de modo que não poderiam estar incluídas no âmbito de incidência da norma aquelas situações em que se está diante do legítimo exercício de atividade profissional lícita ou nas quais a tipificação da conduta de recebimento de valores inviabilizaria que aquela atividade viesse a se desenvolver de maneira adequada.

A identificação de uma situação fática que enseje a criminalização com base na Lei n° 9.613/98 deve, por força do aspecto econômico inerente à tutela promovida por este tipo penal e visando a afastar aquilo que é penalmente relevante daquilo que não o é, considerar a realidade econômica específica por detrás da conduta que potencialmente se tornará criminosa. Deve-se, ademais, verificar se a conduta praticada pelo agente, em abstrato, seria potencialmente impregnada pela intenção em promover uma ocultação ou dissimulação de patrimônio recebido.

O cerne da questão, assim, estaria em dissociar o mero recebimento de valores oriundos de infração penal como contraprestação a atividade lícitamente prestada – e sem a finalidade específica de iludir o sistema de justiça – da hipótese de recebimento de tal numerário com o fito de ocultá-los ou dá-los a aparência de licitude – problema este já identificado na doutrina por Mendroni³⁷⁶ -, e que, independentemente da corrente teórica adotada, sempre estará no cerne da lavagem de capitais, como destacado por Braga³⁷⁷.

Afinal, se aquele que pratica o delito de lavagem de capitais o faz com o intuito de tornar lícito quantias que anteriormente não o eram, visando a usufruir deste patrimônio, então não estaria enquadrada pela norma a hipótese em que não há qualquer usufruto do patrimônio ou mesmo a tentativa de tornar lícito o numerário, mas tão somente ocorre a utilização do valor para remuneração de um terceiro prestador de serviço, tentando garantir, especificamente no que toca à advocacia, que se possa gozar na maior plenitude possível de direitos fundamentais – no caso, o devido processo legal e a ampla defesa, em sua modalidade de defesa técnica.

³⁷⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 65-66.

³⁷⁷ BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **Fenômeno da lavagem de dinheiro e bem jurídico protegido**. Curitiba: Juruá, 2010.

Destas considerações preliminares pode-se notar que pecam as proposições legislativas que visavam a alterar a Lei nº 9.613/98 para nela incluir previsões atinentes ao recebimento de honorários supostamente maculados pelos profissionais da advocacia por dois motivos principais: a ignorância de quais são os núcleos do tipo e o bem jurídico tutelado e a previsão generalista de medidas para combater o delito de lavagem de capitais supostamente praticado por advogados, sem que delas, contudo, se possa extrair qualquer solução efetiva ao problema – em outras palavras, são propostas medidas genéricas e inócuas. Ou seja: enquanto o tipo penal da Lei nº 9.613/98 é orientado a uma finalidade, o que propõem os legisladores brasileiros é a persecução, com base neste tipo penal, de hipótese que não se amolda à finalidade primeva da lei.

4.4.1.1. Ocultar e Dissimular não são sinônimos de receber

Dos pontos críticos apontados acima, o primeiro deles está na confusão entre os verbos nucleares do tipo penal – “ocultar” e “dissimular” – do verbo que norteia as proposições legislativas ora em curso no Congresso Nacional – “receber”.

Os dois projetos de lei que efetivamente tratam da criação de uma figura específica para os honorários maculados – ou seja, incluem no artigo 1º da Lei nº 9.613/98 nova hipótese de delito equiparado à lavagem de capitais -, a saber, os Projetos de Lei nº 4.341/12 (e sua rerepresentação na forma do PL 442/2019) e o Projeto de Lei nº 3.787/19 (integrante da árvore de apensados no Projeto de Lei nº 1.065/19), são taxativos ao adotar o verbo nuclear “receber”, ainda que o complementem com a delimitação específica da necessidade de o profissional da advocacia conhecer ou ter o dever de conhecimento da origem ilícita dos recursos, para fins de incidência da norma penal no caso concreto.

E a diferença entre o sentido destes vocábulos fica evidente quando comparado o significado a eles atribuído na língua portuguesa. Veja-se, de início, a definição do Dicionário Michaelis³⁷⁸ para o vocábulo “ocultar”:

“1. Não (se) deixar ver ou encontrar; encobrir(-se), esconder(-se): Ocultou o rosto para que não a reconhecessem. “Estevão, disse ele, vais saber a verdade toda; não poderia ocultar-te o que se há passado” (MA1). “Seixas, embora não pensasse em ocultar-se, desejava, para não despertar a curiosidade, que em casa se não apercebessem de sua volta” (SEN).

³⁷⁸ OCULTAR. In: **DICIONÁRIO Brasileiro da Língua Portuguesa – Michaelis**. s/d. Página eletrônica. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ocultar/>>. Acesso em 12 abr. 2022.

2. Esconder ou encobrir, com o fim de enganar ou ludibriar; guardar, não receber: Ocultar lucros. Ocultava da Receita grande parte de suas rendas para não pagar o respectivo imposto.
3. Esconder algo, dissimulando ou fingindo; disfarçar, dissimular: “Aurélia não podia ocultar sua irritação” (SEN). Ocultava do noivo o seu enorme rancor.
4. JUR Subtrair algo para tentar impedir que se cumpra a lei: Ocultar todas as provas que incriminariam sua amante. Ocultou do processo algumas provas.”

Também se transcreve a definição do mesmo veículo³⁷⁹ para “dissimular”:

- “2. Não deixar aparecer; disfarçar, ocultar.
3. Aparentar o contrário do que realmente ocorre; fingir, simular.
(...)
5. Agir reservada e discretamente, com dissimulação.”

E, por fim, a definição dada para “receber” pelo dicionário³⁸⁰ em questão:

- “1. Aceitar alguma coisa que lhe é dado, enviado, dirigido etc.: A criança recebia cada presente com um agradecimento gentil. Receberá juros sobre o seu capital. Recebeu uma ligação telefônica da irmã que vive na Europa.
(...)
4. JUR Entrar na posse de ou adquirir algo por sucessão hereditária, por concessão legal ou por vontade própria de quem doa: Recebeu uma fazenda como herança.
5. Obter por comunicação, remessa ou transmissão: Recebeu a incumbência e a cumpriu imediatamente. O soldado recebe ordens dos seus superiores hierárquicos.
(...)
7. Conseguir ou obter os frutos de: Receberam esmerada educação.
(...)
17. Sofrer a ação ou a influência de: Ali receberam o impulso do progresso. (...)”

Nota-se, portanto, que não há coincidência semântica entre o par de vocábulos eleitos previamente pelo legislador como núcleos do tipo penal de lavagem de capitais – “ocultar” e “dissimular” – com o novo vocábulo que parte dos projetos de lei pretende inserir no bojo da tipificação penal – “receber”. Afinal, não é do significado deste último

³⁷⁹ DISSIMULAR. In: **DICIONÁRIO Brasileiro da Língua Portuguesa – Michaelis**. s/d. Página eletrônica. Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/dissimular/>>. Acesso em 12 abr. 2022.

³⁸⁰ RECEBER. In: **DICIONÁRIO Brasileiro da Língua Portuguesa – Michaelis**. s/d. Página eletrônica. Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/receber/>>. Acesso em 12 abr. 2022.

vocábulo a ideia de que se faz algo com o intuito de transmitir uma realidade diferente daquela que realmente existe, ao contrário do que sucede com os dois primeiros.

Ocorre que, como destacado na análise de cada um dos projetos de lei, a carência de precisão técnica na identificação da situação fática e na delimitação do problema a ser enfrentado pela atividade legisferante levou à construção de um tipo penal que dificilmente teria como subsistir a um teste de constitucionalidade. E mais: mesma dificuldade recairia se analisado o aspecto da tutela da lavagem de capitais e o aspecto da hipótese equiparada tratada.

Deixando de lado neste momento a discussão sobre o comprometimento do direito de defesa e o papel exercido pelo profissional da advocacia neste processo – tema relegado ao item 4.4.2. abaixo -, a impressão transmitida pelo legislador é que não se conhece a efetiva realidade da prática da advocacia. Se o profissional da advocacia opta por realizar a defesa de determinado indivíduo, é indispensável que ele conheça a realidade fática por detrás dos atos praticados por seu potencial cliente: é preciso que ele se cientifique da verdade dos fatos, em sua maior extensão possível. E, em um juízo de probabilidade, não é difícil que este profissional perceba que potencialmente poderá ser remunerado com numerário oriundo da prática de atividade criminosa – o que, contudo, não pode impedir sua atuação profissional.

Deste cenário inerente à prática profissional já se extrai a conclusão de que é incompatível com a própria lógica da advocacia a criminalização do recebimento de honorários advocatícios. O mero recebimento do numerário, sem que haja a intenção de “ocultar” ou “dissimular” a natureza, origem, disposição, movimentação ou propriedade da quantia paga a título de honorários, não encontra amparo nos verbos típicos do tipo. E ainda que não se ignore a inclusão da espécie no rol de situações equiparadas (art. 1º, §3º, da Lei nº 9.613/98), é fato que a lógica por detrás delas, como já apontado anteriormente nesta tese, está em evitar que se tenha efetivo conhecimento da origem ilícita dos bens/numerários e, mesmo ciente dessa ilicitude, se dê continuidade à sua utilização econômica, ainda que pudesse não o fazer – o que não ocorre com a advocacia, já que, se acolhida esta tese, a advocacia criminal haveria de ser reduzida à atuação da Defensoria Pública ou de patronos que atuem gratuitamente (*pro bono*).

Indo além, verifica-se que os vocábulos “ocultar” e “dissimular” já possuem ínsitos a si uma carga valorativa negativa, na qual o agente previamente tem ciência de uma realidade específica e age para camuflá-la perante terceiros e/ou o restante da

sociedade. Situação diametralmente oposta se verifica com o vocábulo “receber”, que, ainda que possa se dar em situações da aludida obscuridade apontada, não a tem como condição necessária. Logo, ainda que seja possível que o recebimento de quantia monetária ou de bens seja usado como pretexto para ocultar e/ou dissimular a sua natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade, não há adstrição absoluta entre o ato de recebimento e a finalidade de iludir outrem sobre a aparência de licitude do que fora recebido.

Bastaria que o legislador tivesse realizados estudos prévios sobre a matéria e se amparado em maior suporte jurídico sobre o tipo penal hoje existente para que pudesse ele se atentar para a incompatibilidade entre a finalidade da “ocultação” e da “dissimulação” e a previsão singela de uma criminalização pautada no ato de “recebimento”. Não se afirma que o ato de recebimento, por profissional de advocacia, de quantia supostamente referente a honorários advocatícios não possa ser enquadrado dentro do tipo penal de lavagem de capitais: a bem da verdade, isso se torna possível quando o recebimento é feito com fins a ocultar e/ou dissimular a origem dos recursos – por exemplo, quando se afirma o pagamento de verba honorária, mas não fora prestado serviço algum. E, para tal, sequer seria necessária a criação de uma nova espécie equiparada dentro da Lei nº 9.613/98, bastando a mera interpretação do *caput* de seu artigo 1º.

Ao se constatar que o legislador pretende a criação de uma norma desnecessária – e que, se implementada, poderá causar lesão a direitos fundamentais -, conclui-se que o mesmo infringe os princípios legísticos binomiais da necessidade e da proporcionalidade: afinal, a boa técnica legislativa recomenda que a edição de novos atos normativos se dê apenas quando existente uma situação fática que enseje a mudança da legislação por não haver regulamentação suficiente sobre o tema, como destaca Moraes³⁸¹ – ou seja, nas hipóteses de inexistência ou insuficiência regulamentar -, devendo fazê-lo sem que os custos de transação legislativos excedam os proveitos que da nova regulamentação poderão ser usufruídos.

Diante deste panorama, ao analisar exclusivamente a questão semântica por detrás da eleição de um novo verbo nuclear, pode-se afirmar que as proposições que buscam modificar a Lei nº 9.613/98 para nela incluir a previsão de atos de “recebimento” de

³⁸¹ MORAIS, Carlos Blanco. **Manual de Legística**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 32.

honorários advocatícios supostamente maculados criam uma nova espécie nuclear de ato tipificado enquanto lavagem de capitais, o qual se difere dos demais por não exigir, necessariamente, a presença do elemento de alteração consciente e deliberada da realidade fática.

Daí que a finalidade pretendida pelas alterações normativas, orientada a supostamente cobrir lacuna da atual legislação, não seria alcançada, em detrimento de uma finalidade secundária: abrir margem para a expansão da criminalização com base em atos de lavagem de capitais, mediante o acréscimo de novo verbo nuclear da conduta e que não possui coincidência semântica com os hoje existentes. Assim, em vez de simplesmente aprimorar pontos em que a legislação é falha, as proposições ora em análise criam uma nova tipificação penal sem qualquer justificativa expressa para o *discrimen* feito sobre a desnecessidade de haver uma finalidade de manifesta ocultação da realidade no que toca ao recebimento de honorários advocatícios.

4.4.1.2. Do caráter genérico das normas

Ao mesmo tempo em que ignora a finalidade do delito previsto na Lei n° 9.613/98, prevendo conduta nuclear que não necessariamente será ocultatória ou dissimulatória, o legislador, nos projetos de lei analisados no item 4.3., também se equivoca na previsão de normas que são excessivamente genéricas e em hipótese alguma conduziram à solução do problema fático apontado.

Fica claro nas justificativas apresentadas para cada um dos projetos de lei, ainda que nelas não haja elementos substanciais que corroborem que a moldura fática delimitada seja realmente correta, que se pretende criar um tipo penal que impeça que os profissionais de advocacia utilizem de sua profissão para, através de serviços supostamente prestados, tornar lícitos valores obtidos de maneira incompatível com a legislação por seus clientes.

De fato, tal situação poderia até mesma ser considerada ilícita, se demonstrado que o serviço não foi prestado pelo profissional de advocacia e que a quantia fora posteriormente devolvida àquele que o contratara (por exemplo, mediante a alegação de que o contrato celebrado fora rompido e, conseqüentemente, os valores pagos estariam sendo estornados). Neste cenário, em não havendo efetivo exercício de advocacia contenciosa e/ou consultiva, não haveria dúvida de que se utilizara de uma suposta contratação de serviços com a finalidade específica de ocultar e/ou dissimular a origem

dos valores, o que, como defendido no item anterior, já se encontra suficientemente tutelado pela legislação pátria, dispensando a criação de uma nova espécie penal pelo legislador.

O problema, que hoje já existe, está na operacionalização da ação dos agentes públicos para identificar e coibir essa prática. Era esperado, quando do início deste trabalho, que as proposições legislativas em trâmite no Congresso Nacional ao menos buscassem uma solução efetiva para operacionalizar os mecanismos de controle e permitir que se separasse a atividade advocatícia lícita daquela apenas aparente e atentatória à legislação de branqueamento de capitais.

Isso, contudo, não ocorreu: em vez de serem propostos modelos eficazes de identificação e combate ao branqueamento de capitais praticado, ao menos enquanto um dos elos da cadeia de lavagem, por escritórios de advocacia, todas as proposições optaram pela enunciação de medidas genéricas, sem enunciar, seja no texto final da norma ou nas justificativas apresentadas, como que a adoção singela das mesmas contribuiria para solucionar o problema posto.

A tabela abaixo indica as medidas propostas por cada um dos projetos de lei analisados neste trabalho e a quem se dirige a medida, bem como a respectiva sanção cominada a quem deixasse de fazê-la ou a fizesse em desconformidade com o proposto:

Tabela 07 – Modelagens normativas e sanções a serem aplicadas			
Projeto de Lei	Medida	A quem se direciona a medida	Sanção
PL 5.668/2016	Comprovação da origem lícita dos valores pagos a título de honorários	Réu do processo (cliente do advogado contratado)	Comunicação do fato à OAB e à UIF, sem prejuízo da abertura de ação penal
PLS 500/2015 e PL 1.065/2019	Comprovação da origem lícita dos valores pagos a título de honorários	Réu do processo (cliente do advogado contratado)	Não há.
PL 1.065/2019 e PL 5.124/2020	Inclusão, na procuração, da declaração de licitude da origem dos valores pagos como honorários	Cliente contratado pelo advogado	Não há.

PL 1.065/2019	Exigência de verificação da Receita Federal e apresentação de documentos sobre a licitude dos honorários	Profissional da advocacia	Sanção disciplinar, nos termos do art. 34 da Lei nº 8.906/94
PL 1.194/2019, PL 6.051/2019, PL 3.787/2019, PL 5.060/2020, PL 5.124/2020 e PLS 4.516/2020	Inclusão no rol de obrigados a cumprir o disposto nos artigos 10 e 11 da Lei nº 9.613/98	Pessoas físicas e jurídicas que promovam postulação em órgãos judiciais ou exercer atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas	Responsabilidade administrativa do art. 12 da Lei nº 9.613/98
PL 1.194/2019	Exigência de inclusão na procuração de declaração de verificação da licitude da origem dos honorários	Advogados em geral	Incursão em crime de receptação
PL 5.124/2020	Exigência de comprovação da origem lícita dos valores recebidos a título de honorários	Advogados em geral	Incursão em crime de receptação
PL 6.051/2019	Procedimento para casos em que haja grave suspeita de ilicitude de recursos recebidos a título de honorários em processos atinentes a Lavagem de Capitais	Advogados em geral	Comunicação à OAB e ao COAF (atual UIF)
PL 3.787/2019 e PL 5.124/2020	Necessidade de comprovação da origem lícita dos recursos oferecidos em depósito para fins de fiança	Réu	Indeferimento da fiança
PL 5.124/2020	Encaminhamento à OAB de cópias da declaração de licitude dos valores recebidos e comprovantes de pagamento e à UIF e à Receita Federal, caso o patrocínio da causa envolva organização criminosa, crime hediondo ou equiparado, crime contra o patrimônio, contra a Administração Pública, o Sistema Financeiro Nacional, lavagem de dinheiro ou improbidade administrativa	Advogado	Sanção disciplinar, nos termos do art. 34 da Lei nº 8.906/94

As alterações normativas propostas, portanto, se mostram genéricas e dependeriam, se aprovadas, de regulamentação complementar, a nível infralegal, para que se tornassem operacionais. Mesmo naquelas normas que preveem simplesmente a inclusão dos advogados no rol de obrigados a prestar informações aos órgãos competentes, não há detalhamento de como fazê-lo sem que isto vulnere o sigilo profissional ou garantindo que os dados fornecidos não sejam utilizados em desfavor do cliente contratante.

Tomando como referencial o Projeto de Lei nº 5.124/2020, que exige a comprovação da licitude dos honorários recebidos³⁸², nota-se não haver nele nenhum indicativo de como esse ato comprobatório deveria se dar e a quem as informações deveriam ser prestadas: ademais, como o tipo penal passa a ser o “recebimento”³⁸³ da quantia, o profissional da advocacia que por ventura recebesse honorários pagos com proventos de atividade criminosa estaria sujeito à persecução penal, podendo desestimular indiretamente que seguisse nesse ramo do direito.

Há ainda medidas genéricas e que dificilmente resultariam em uma medida eficaz para a atenção à finalidade primeira da norma – o “combate” ao uso da advocacia como mecanismo de branqueamento de capitais e recebimento de quantias ilícitas -, como aquela veiculada, exemplificativamente, no Projeto de Lei nº 1.194/2019. Incluir na procuração subscrita pelo cliente uma declaração acerca da licitude dos honorários pagos ao advogado dificilmente reduziria a prática de atos ilícitos, pois não seria acompanhada de qualquer ato comprobatório. Aos órgãos de controle continuaria a atribuição de ter de

³⁸² Art. 9º O inciso II do art. 10 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.10.....
.....

II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, incluída a de recebimento de honorários advocatícios, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; (NR)”

³⁸³ Art. 7º O § 2º do art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“Art.1º.....
.....

§2º.....
.....

III - recebe a título de honorários advocatícios bens, direitos ou valores, provenientes de infração penal, com o fim de dissimular ou ocultar tal origem.
.....”.

infirmar a veracidade do declarado na procuração, ou seja, tratar-se-ia de medida inócua e de caráter populista penal.

O mesmo pode ser dito do Projeto de Lei nº 5.124/2020, no que toca ao envio³⁸⁴, aos órgãos competentes, de declarações de licitude dos honorários recebidos, procedimento este que, na legislação, não está compassado com a exigência, constante do próprio projeto de lei, de comprovação da origem lícita da quantia paga a título de honorários. O texto ora preconiza a necessidade de se comprovar a origem dos recursos, para evitar incursão em crime de receptação, mas também sugere ser necessária a mera apresentação de declarações, desacompanhadas de provas, para evitar possível sanção disciplinar.

Verifica-se da tabela, ainda, que há medidas direcionadas tanto aos clientes contratados (consulentes, réus, investigados, etc.) como aos próprios advogados, com sugestões à criação de sanções completamente díspares para a mesma conduta, variando de sanção disciplinar à possibilidade de incursão nos crimes de receptação e branqueamento de capitais. Tal situação, considerada em abstrato, não seria um problema: não há óbice para que diferentes projetos de lei proponham diferentes regulamentações para uma mesma realidade fática, desde que o façam de maneira justificada, por antever diferentes gradações e/ou realizar diferentes juízos de proporcionalidade sobre a conduta e a sanção cabível. É certo, porém, que as proposições ora analisadas apresentam a mesma justificativa, em essência, mas divergem em suas conclusões quanto à sanção cabível, o que denota uma falha no procedimento de elaboração do texto normativo, por inobservância da coerência legislativa, nos termos de Kaitel e Prete³⁸⁵.

Assim, da mesma forma que as normas propostas são excessivamente genéricas e não detalham qualquer tipo de procedimento, também o são as justificativas apresentadas às proposições. Reiterando o que já se afirmou anteriormente, não houve preocupação,

³⁸⁴ Art. 5º O art. 22 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

“Art. 22.

§ 10. Nas hipóteses em que o patrocínio da causa envolver apuração de organização criminosa, crime hediondo ou equiparado, crime contra o patrimônio, contra a Administração Pública, contra o Sistema Financeiro Nacional, e de lavagem de dinheiro, ou improbidade administrativa, cópias da declaração e documentos mencionados no § 7º serão encaminhados também ao Conselho de Atividades Financeiras, Coaf, e à Secretaria da Receita Federal.”

³⁸⁵ KAITEL, Cristiane Silva e PRETE, Esther Kulkamp Eyng. **Bases teóricas da legística: a legisprudência**. “in” SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva e PRETE, Esther Kulkamp Eyng (Org). Estudos em Legística. Florianópolis: Editora Tribo Ilha, 2019. pp. 58-92. p.84-86.

pelo legislador, de embasar a produção normativa em estudos de impacto legislativo ou, minimamente, em doutrina penal que indicasse que a solução por eles traçada era justa, adequada e proporcional ao combate da problemática apontada. Os textos das justificativas, em verdade, refletem a concepção populista legislativa abordada anteriormente neste trabalho: em vez de buscar soluções efetivas a uma moléstia social, o legislador se preocupa em atender um anseio populacional não necessariamente fundado em evidências, traçando a estratégia que lhe angarie mais apoio público, ou seja, lançando mão de sua retórica política em vez da tecnicidade jurídica, na linha do advertido por Newburn³⁸⁶.

Rememora-se trecho da justificativa³⁸⁷ apresentada ao PLS 4.516/2020, que se toma como exemplo para ilustrar a afirmação feita acima:

“Há não muito tempo atrás, uma advogada do Rio de Janeiro, que defende notórios traficantes brasileiros, declarou publicamente que “não interessa saber [de] onde [o cliente] está tirando o dinheiro, se é ilegal ou não”. Essa é a realidade brasileira, onde advogados ou sociedades de advogados se enriquecem com dinheiro ilícito, proveniente da prática de crime praticado por seus clientes.”

A justificativa a essa proposição já se inicia com o uso de jargões e de senso comum. Sequer se preocupa em delinear adequadamente a situação fática: não se sabe quando a pretensa afirmação foi feita, quem o fez, em qual contexto a fala foi veiculada e, principalmente, se é ela verídica ou não. Ademais, parte-se de uma suposta afirmação, referente a uma realidade específica, e dela se extrapola, generalizando a atuação dos profissionais de advocacia como necessariamente autores de enriquecimento ilícito. A manifestação do populismo legislativo neste texto é evidente, ante a sua sobreposição às técnicas legísticas de produção da norma.

O mesmo pode ser dito da justificativa³⁸⁸ apresentada ao Projeto de Lei nº 3.787/2019, já transcrita anteriormente, e cujo trecho se repete no presente momento para facilitação da análise:

³⁸⁶ NEWBURN, Tim. **Criminology**. 3ª edição. Londres: Routledge, 2013. p. 116-117.

³⁸⁷ BRASIL. **Senado Federal**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 4.516/2020. “Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para sujeitar as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços de advocacia ou de consultoria jurídica ao mecanismo de controle e prevenção à lavagem de dinheiro.”. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144619>>. Acesso em 04 mar. 2022.

³⁸⁸ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 3.787/2019. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro), para incluir no rol de seu art. 9º os prestadores de serviços de advocacia, bem como altera o Código Penal, introduzindo o § 3º-A em seu

“Importante lembrar que sempre que esse assunto foi discutido no Congresso Nacional, poderoso lobby de entidades de classe, como a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, atuaram decididamente para a rejeição ou arquivamento dos projetos de lei apresentados. As desculpas, capciosas, são inúmeras e risíveis. Vão desde o “cerceamento do direito de defesa” até a “obstrução do exercício profissional” – como se os advogados brasileiros fossem privilegiados em relação aos advogados norte-americanos. Urge que o Brasil acabe, de uma vez por todas, com essa farra vergonhosa – e porque não dizer, CRIMINOSA - de recursos ilícitos sendo escancaradamente lavados na forma de honorários advocatícios, inclusive utilizados para fins de fiança – o que se proíbe neste projeto de lei - que, na prática, redunde em outra forma de “lavar” recursos ilícitos.”

Nesta justificativa, duas afirmações sem corroboração documental são feitas: a primeira, de que há um *lobby* da Ordem dos Advogados do Brasil para barrar qualquer projeto de lei que busque dar mais transparência aos honorários advocatícios recebidos por advogados; a segunda, de que existiria uma suposta “farra criminosa” de recebimento de honorários maculados pelos advogados. E o argumento central apresentado estaria no fato de haver regulamentação em outro país que assegura tal transparência, enquanto no Brasil ainda se estaria a carecer de tal norma.

Não se nega, como já exposto anteriormente neste trabalho, que a existência de uma regulamentação para dar mais transparência e adequar a atividade da advocacia, principalmente a consultiva, à legislação penal brasileira é medida importante e que teria muito a contribuir para revalorizar a própria advocacia, afastando-a dos estigmas que os próprios legisladores impõem sobre ela – na linha do que já existe na União Europeia, tema a ser enfrentado no próximo sub-tópico. O fato posto, portanto, é incontroverso. O que se controverte é a forma como se daria essa transparência, o que não se faz, mesmo neste projeto de lei que tanto critica a falta de regulamentação da norma no Brasil. Sequer é indicado, no texto da justificativa, como os Estados Unidos regulamentaram a questão, ainda que o modelo deste país tenha sido utilizado como comparativo ao nosso.

O caráter populista penal-legislativo da norma, aqui, se faz presente por não trazer dados que permitam ao leitor da proposição realizar adequadamente o juízo de ponderação sobre a comparação feita entre os sistemas brasileiro e americano e por trazer

art. 180, e altera o Código de Processo Penal, introduzindo o § 3º em seu art. 330. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2209991>>. Acesso em 04 mar. 2022.

generalização negativa à prática da advocacia, também desprovida de qualquer embasamento teórico. Se há, como apontado, uma situação fática em ampla proliferação – uma “farra” -, então há estudos que a identifiquem, o que, contudo, não especifica o legislador, que prefere, na linha do asseverado por Gomes e Almeida³⁸⁹, utilizar a simbologia do discurso do medo e da criminalização “genérica” para criar na sociedade a impressão de que há um problema que enseja solução imediata e vigorosa.

E chega a ser risível o argumento de que as medidas de transparência propostas não acarretariam cerceamento do direito de defesa e nem obstrução do exercício profissional. Afinal, o projeto de lei em questão propõe como medidas a serem adotadas a incursão do profissional de advocacia em crime de receptação caso saiba que está sendo remunerado com recursos provenientes da atividade criminosa: ora, se ele defende cliente que lhe contratou no bojo de um processo criminal patrimonial, será muito difícil afastar posterior persecução do causídico caso o cliente seja condenado pela prática de delito patrimonial.

Ao mesmo tempo, por ser a advocacia uma atividade baseada em vínculos de confiança, caso seja o advogado obrigado a relatar movimentações financeiras suspeitas de seus clientes à UIF e à Receita Federal, haverá desinteresse do cliente que efetivamente pratique branqueamento de capitais ou esteja envolvido com atividade criminosa em relatar a completude da realidade fática ao seu advogado, pois desconfiará ele que sua narrativa e os documentos eventualmente apresentados ao seu defensor possam eventualmente ser remetidos às autoridades persecutórias. E, sem conhecer a veracidade dos fatos – ou a maior extensão possível destes -, não será possível exercer o direito de defesa em sua plenitude, prejudicando, ainda, o próprio sigilo profissional.

Diante do exposto, quando se critica o caráter genérico das normas propostas e das justificativas apresentadas, busca-se constatar que o legislador buscou o caminho da produção normativa orientada a atender uma finalidade populista do que propriamente a atender uma finalidade técnica, ao que teria que ter feito uso das técnicas da legística, inobservadas em todas as proposições analisadas, ressalvado, em parte, o PL 5.060/2020, que buscou mínima orientação naqueles parâmetros. E, em consequência desse cenário populista de criação das proposições analisadas, em nenhuma delas se vislumbrou a criação de meios que permitissem atingir os fins enunciados – que, por sua vez, sequer

³⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. **Populismo Penal Midiático - Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico**. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 27-28.

foram enunciados de maneira técnica e precisa, fruto da opção pelo populismo legislativo -, o que permite questionar se estes fins da norma são reais ou se prestam apenas a dissimular uma finalidade secundária, a saber, a criação de entraves ao exercício da própria advocacia.

4.4.2. Potenciais prejuízos ao Direito de Defesa e às prerrogativas profissionais decorrentes das alterações propostas

Para averiguar se há ou não a aludida finalidade secundária das proposições em trâmite no Congresso Nacional, é necessário, primeiro, passar pela análise dos prejuízos ao Direito de Defesa e às prerrogativas profissionais decorrentes das alterações propostas.

O direito de defesa e as prerrogativas profissionais da advocacia estão no centro do bombardeio provocado pelos projetos de lei que pretendem incluir a advocacia dentro do rol de atividades sujeitas à informação de movimentações financeiras suspeitas aos órgãos competentes.

Averiguar os prejuízos ao Direito de Defesa, em um primeiro momento, é tarefa mais simples e passa pelo descrédito que os profissionais da advocacia podem ter junto a seus clientes. Parte substancial desse direito é assegurada pelo dever de sigilo de que possuem os advogados, o que dá a seus clientes a segurança de que informações que venham a ser reveladas a seus patronos não serão em momento algum reveladas, tema reputado como o cerne da controvérsia para qualquer implementação de *compliance* sobre a advocacia, como destacado por Rodrigues dos Santos³⁹⁰. Especialmente na advocacia contenciosa criminal, resguardar esse sigilo é fundamental para evitar que a produção de provas em desfavor do acusado parta justamente daquele que tem o dever legal de lhe defender no curso do processo e para assegurar ao cliente que ele possa contar a verdade dos fatos ao seu patrono, sem o temor de que isto venha a resultar em prejuízo a si próprio.

Ainda que se repita à exaustão tal informação, ela se torna de suma importância pelo fato de nenhum dos projetos de lei apresentados sobre o tema em análise propor uma distinção mínima entre a advocacia contenciosa e a advocacia consultiva, e nem por estabelecer claramente limites entre os dados que podem ser informados e aqueles que não podem sê-lo.

³⁹⁰ SANTOS, José Carlos Rodrigues. **Da advocacia frente ao branqueamento de capitais na União Europeia: conflito entre deveres de sigilo e de compliance**. Jundiaí: Paco Editorial, 2022. pp. 56-59.

Distinções como essa, em verdade, são feitas pelos países que adotam legislação que preveja o dever de prestação de contas da advocacia, como se nota do modelo europeu, ante o disposto na Diretiva³⁹¹ 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa de 26 de Outubro de 2005:

“(20) Enquanto membros independentes de profissões que prestam consulta jurídica legalmente reconhecidas e controladas, tais como os advogados, estiverem a determinar a situação jurídica de clientes ou a representá-los em juízo, não seria adequado impor-lhes, ao abrigo da presente directiva, a obrigação de comunicarem, em relação a essas actividades, suspeitas relativas a operações de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Devem estar isentas de qualquer obrigação de comunicação as informações obtidas antes, durante ou após um processo judicial ou aquando da apreciação da situação jurídica do cliente. Por conseguinte, a consultoria jurídica continua a estar sujeita à obrigação de segredo profissional, salvo se o consultor jurídico participar em actividades de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, se prestar consulta jurídica para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo ou se o advogado estiver ciente de que o cliente solicita os seus serviços para esses efeitos.

(21) É necessário tratar de forma idêntica serviços directamente comparáveis prestados por qualquer dos profissionais abrangidos pela presente directiva. Por forma a assegurar o respeito dos direitos consagrados na Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e no Tratado da União Europeia, no caso dos auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais que, em certos Estados-Membros, possam defender ou representar um cliente em juízo ou determinar a sua situação jurídica, as informações por eles obtidas no desempenho dessas funções não deverão estar sujeitas à obrigação de comunicação nos termos da presente directiva.”

A Diretiva³⁹² UE 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa, que também repete os mesmos considerando de sua matriz antecessora, também faz outras considerações acerca da necessidade de se assegurar o sigilo profissional e compatibilizá-lo com o dever de informar às autoridades competentes o conhecimento de ilícitos:

³⁹¹ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva n° 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/directiva-200560ce-parlamento-europeu.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2022.

³⁹² UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva n° EU 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=PT>>. Acesso em 04 abr. 2022.

“(9) Os membros de profissões jurídicas independentes, tal como definidos pelos Estados-Membros, deverão estar sujeitos ao disposto na presente diretiva quando participarem em operações financeiras ou societárias, designadamente quando prestarem serviços de consultoria fiscal, em que existe um risco mais elevado de os seus serviços serem utilizados de forma abusiva para efeitos de branqueamento do produto de atividades criminosas ou para efeitos de financiamento do terrorismo. Deverão, todavia, prever-se isenções da obrigação de comunicar as informações obtidas antes, durante ou após o processo judicial ou durante a apreciação da situação jurídica de um cliente. Assim, a consultoria jurídica deverá continuar a estar sujeita à obrigação de segredo profissional, salvo se o membro de profissão jurídica independente participar em atividades de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, se prestar consulta jurídica para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo ou se o membro de profissão jurídica independente estiver ciente de que o cliente solicita os seus serviços para esses efeitos.

(10) Os serviços diretamente comparáveis deverão ser tratados de forma idêntica, quando prestados por qualquer dos profissionais abrangidos pela presente diretiva. A fim de assegurar o respeito dos direitos garantidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a «Carta»), no caso dos auditores e revisores oficiais de contas, técnicos de contas externos e consultores fiscais que, em certos Estados-Membros, estejam habilitados a defender ou representar um cliente em juízo ou a apreciar a sua situação jurídica, as informações por eles obtidas no desempenho dessas funções não deverão estar sujeitas às obrigações de comunicação previstas na presente diretiva.

(39) Para certas entidades obrigadas, os Estados-Membros deverão ter a possibilidade de designar um organismo de autorregulação adequado, como autoridade a informar em primeira instância, em vez da UIF. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, um sistema de notificação em primeira instância a um organismo de autorregulação constitui uma salvaguarda importante de proteção dos direitos fundamentais no que diz respeito às obrigações de comunicação aplicáveis aos advogados. Os Estados-Membros deverão providenciar os meios e a forma de garantir a proteção do segredo profissional, da confidencialidade e da privacidade.”

Destaca-se ainda, no campo da regulamentação europeia, o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos acerca da compatibilidade jurídica entre as prerrogativas profissionais da advocacia e o dever de informar a prática de ilícitos atinentes ao

branqueamento de capitais, tese fixada no paradigmático julgamento *Michaud v. França*³⁹³:

“128. L’obligation de déclaration de soupçon ne touche donc pas à l’essence même de la mission de défense qui, comme indiqué précédemment, constitue le fondement du secret professionnel des avocats.

129. Il s’agit ensuite du fait que la loi met en place un filtre protecteur du secret professionnel : les avocats ne communiquent pas les déclarations directement à Tracfin mais, selon le cas, au président de l’ordre des avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation ou au bâtonnier de l’ordre auprès duquel ils sont inscrits. Il peut être considéré qu’à ce stade, partagé avec un professionnel non seulement soumis aux mêmes règles déontologiques mais aussi élu par ses pairs pour en assurer le respect, le secret professionnel n’est pas altéré. Le président de l’ordre des avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation ou le bâtonnier, plus à même que quiconque d’apprécier ce qui est couvert ou non par le secret professionnel, ne transmettent ensuite la déclaration de soupçon à Tracfin qu’après s’être assurés que les conditions fixées par l’article L. 561-3 du code monétaire et financier sont remplies (article L. 561-17 du même code ; paragraphe 38 ci-dessus). Le Gouvernement précise à cet égard qu’ils ne procèdent pas à cette transmission s’ils considèrent qu’il n’existe pas de soupçon de blanchiment de capitaux ou s’il apparaît que l’avocat concerné a cru à tort devoir transmettre des informations reçues à l’occasion d’activités exclues du champ de l’obligation de déclaration de soupçon.”

Verifica-se, assim, que a legislação da União Europeia busca diferenciar a atividade da advocacia contenciosa – blindada na íntegra do dever de informar, tendo em vista que, nela, já se está a exercer a defesa de um cliente, havendo o acobertamento das informações pelo sigilo – da advocacia consultiva – que possui blindagem relativa, conservando-se o dever de informar caso o advogado, previamente à contratação pelo cliente, tome conhecimento de que está ele envolvido na prática de atos ilícitos tendentes ao branqueamento de capitais.

O que a legislação europeia logra êxito em fazer, como destaca Ferrari³⁹⁴, é justamente criar uma diretriz clara que permite harmonizar as finalidades do sigilo

³⁹³ UNIÃO EUROPEIA. **Corte Europeia de Direitos Humanos**. *Affaire Michaud v. France* (Requête n° 12.323/11). Estrasburgo, 06 de dezembro de 2012. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-corte-europeia-direitos-humanos78.pdf>>. Acesso em 04 abr. 2022.

³⁹⁴ FERRARI, Bárbara Dorati. Branqueamento de capitais e advocacia: os deveres de *compliance* e a responsabilização por seu descumprimento. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 81, jul./set. 2021, p. 69-102. p. 96-97.

profissional com o dever estatal de coibir a prática da lavagem de dinheiro. Através da criação de uma blindagem relativa, que conta com a criação de mecanismos de autorregulação que podem, ao vislumbrar potencial violação do dever de sigilo profissional no fornecimento de informações, deixar de repassá-las aos órgãos competentes da União Europeia, a legislação europeia desenvolveu um sofisticado mecanismo de combate à lavagem de capitais que contempla os profissionais da advocacia, mas não vulnera suas prerrogativas.

Em essência, tal mecanismo de autorregulação – que, se adotado no Brasil em caráter análogo, poderia ser instalado dentro da própria Ordem dos Advogados do Brasil – se presta a realizar um filtro de admissibilidade das informações prestadas, principalmente nas hipóteses em que há dúvida se a situação fática enseja, ou não, o dever de informação às autoridades. Assim, em vez de informar diretamente à autoridade competente – que poderia repassar de pronto a informação aos órgãos de persecução civil e criminal -, o consultor jurídico a informa ao órgão autorregulador, que procederá a uma análise do teor do narrado e da circunstância fática em que a informação foi obtida. Caso se verifique que a sua procedência decorre, ainda que apenas potencialmente, de uma violação de prerrogativa profissional ou de ato tendente a vulnerar o sigilo profissional, o órgão tem o dever de deixar de repassar essa informação às autoridades competentes, sem que essa “omissão” no repasse de informações acarrete qualquer consequência ao advogado. Caso contrário, em não havendo óbices, o órgão encaminhará a informação prestada às autoridades administrativas.

Verifica-se, assim, que a distinção criada entre as categorias profissionais dentro dos serviços de advocacia e o mecanismo de triagem adotado para selecionar as informações que podem – e que não podem – ser levadas adiante às autoridades administrativas se presta a assegurar que o direito de defesa e as prerrogativas típicas dos advogados serão conservados na maior integralidade possível.

Entretanto, tal modelo sequer é de adoção cogitada nas proposições em curso no Congresso Nacional – a bem da verdade, sequer se verifica um esboço de algo remotamente próximo dessa modelagem. As proposições, para além do caráter extremamente genérico e pouco efetivo, como destacado no item anterior, sequer justificam como compatibilizar sua finalidade primeva – o combate ao branqueamento de capitais – com as garantias profissionais da advocacia.

A tabela abaixo demonstra, sinteticamente, como as alterações propostas podem, em tese, afetar o exercício do Direito de Defesa e as garantias profissionais:

Tabela 08 – Modelagens normativas e consequências para o Direito de Defesa e para as garantias profissionais da advocacia			
Projeto de Lei	Medida	Possível vulneração ao Direito de Defesa	Possível vulneração às garantias profissionais
PL 5.668/2016	Comprovação da origem lícita dos valores pagos a título de honorários	Risco de utilização da comprovação fornecida (ou da falta dela) como prova em desfavor do cliente Falta de comprovação da origem dos recursos como potencial desestímulo à assunção da causa pelos advogados	A falta de comprovação da origem dos recursos poderia acarretar em aplicação de sanção disciplinar ao advogado Possível vulneração do dever de sigilo, caso o advogado efetivamente saiba da origem ilícita dos recursos.
PLS 500/2015 e PL 1.065/2019	Comprovação da origem lícita dos valores pagos a título de honorários	Risco de utilização da comprovação fornecida (ou da falta dela) como prova em desfavor do cliente Falta de comprovação da origem dos recursos como potencial desestímulo à assunção da causa pelos advogados	A falta de comprovação da origem dos recursos poderia acarretar em aplicação de sanção disciplinar ao advogado. Possível vulneração do dever de sigilo, caso o advogado efetivamente saiba da origem ilícita dos recursos.
PL 1.065/2019 e PL 5.124/2020	Inclusão, na procuração, da declaração de licitude da origem dos valores pagos como honorários	Em tese, não há. Contudo, eventual comprovação posterior da origem ilícita dos recursos (e da falsidade do alegado na procuração) poderia ser utilizado como prova em desfavor do réu.	Não há.
PL 1.065/2019	Exigência de verificação da Receita Federal e apresentação de documentos sobre a licitude dos honorários	Utilização dos documentos em desfavor do cliente no curso do processo.	A falta de comprovação da origem dos recursos poderia acarretar em aplicação de sanção disciplinar ao advogado.

			Possível vulneração do dever de sigilo, caso o advogado efetivamente saiba da origem ilícita dos recursos.
PL 1.194/2019, PL 6.051/2019, PL 3.787/2019, PL 5.060/2020, PL 5.124/2020 e PLS 4.516/2020	Inclusão no rol de obrigados a cumprir o disposto nos artigos 10 e 11 da Lei nº 9.613/98	Insegurança do cliente quanto à preservação do direito de sigilo e do uso das informações por ele fornecidas em seu desfavor	Insegurança do cliente quanto à preservação do direito de sigilo e do uso das informações por ele fornecidas em seu desfavor
PL 1.194/2019	Exigência de inclusão na procuração de declaração de verificação da licitude da origem dos honorários	Em tese, não há. Contudo, eventual comprovação posterior da origem ilícita dos recursos (e da falsidade do alegado na procuração) poderia ser utilizado como prova em desfavor do réu.	A falta de comprovação da origem dos recursos poderia acarretar em aplicação de sanção disciplinar ao advogado.
PL 5.124/2020	Exigência de comprovação da origem lícita dos valores recebidos a título de honorários	Possível utilização dos documentos comprobatórios em desfavor do cliente/réu.	Comprometimento do dever de sigilo.
PL 6.051/2019	Procedimento para casos em que haja grave suspeita de ilicitude de recursos recebidos a título de honorários em processos atinentes a Lavagem de Capitais	Possível utilização dos documentos comprobatórios em desfavor do cliente/réu.	Comprometimento do dever de sigilo.
PL 3.787/2019 e PL 5.124/2020	Necessidade de comprovação da origem lícita dos recursos oferecidos em depósito para fins de fiança	Indeferimento da fiança, caso se repute de origem ilícita os recursos. Risco de auto-incriminação do cliente, uma vez que, se não demonstrada a origem lícita dos recursos, poder-se-á presumir a sua ilicitude.	Comprometimento do dever de sigilo.
PL 5.124/2020	Encaminhamento à OAB de cópias da declaração de licitude dos valores recebidos e comprovantes de pagamento e à UIF e à Receita Federal, caso o patrocínio da causa envolva	Risco de auto-incriminação do cliente, uma vez que, se não demonstrada a origem lícita dos recursos, poder-se-á presumir a sua ilicitude.	Comprometimento do dever de sigilo.

	organização criminosa, crime hediondo ou equiparado, crime contra o patrimônio, contra a Administração Pública, o Sistema Financeiro Nacional, lavagem de dinheiro ou improbidade administrativa		
--	--	--	--

O primeiro ponto a ser destacado, no que toca às proposições analisadas, está na falta de distinção entre a advocacia consultiva e a contenciosa. Analisando detalhadamente o texto de cada uma delas e as soluções propostas – especificamente aquelas de exigir comprovação da licitude dos recursos pagos para fins de fiança e declarar a licitude dos honorários pagos nas procurações acostadas nos autos -, resta claro que a preocupação do legislador é essencialmente voltada à advocacia contenciosa, em detrimento da consultiva – cuja inserção enquanto agente obrigado a informar aparece tão somente de caráter genérico, quando tratada da inserção dos advogados e consultores jurídicos no rol de agentes obrigados a informar fatos suspeitos, consoante o disposto na Lei nº 9.613/98.

Há, deste modo, finalidade distinta daquela que se verificou quando regulamentada a mesma matéria na União Europeia: se na Europa a regulamentação afastou, desde logo, a advocacia contenciosa e criou hipóteses específicas do dever de informar apenas para a advocacia consultiva, o legislador brasileiro aparenta ter ignorado a relevância desta segunda atividade jurídica e centrado seus esforços apenas na primeira, em claro arripio às garantias constitucionais inerentes aos advogados.

Não há resposta assertiva para o motivo deste equívoco, se decorrente de uma finalidade secundária da legislação – que, ao ver deste autor, parece ter sido o caso, como se exporá no item subsequente – ou se foi fruto tão somente de um defeito de técnica legislativa. Equívoco metodológico na formulação das proposições certamente ocorreu, como destacado na análise individualizada, já que os critérios da Legística foram deixados de lado, de sorte que, ao formular o problema a ser enfrentando, focaram os autores das proposições na imagem que mais tipicamente é associada aos advogados – a da atividade contenciosa – em detrimento de outra função tão relevante quanto – a consultoria e assessoria jurídicas -, que, não raramente, caminha em paralelo à primeira.

Deixar de lado esta diferenciação já seria um óbice intransponível, por si só, à todas as proposições em curso, o que ensejaria, caso se entendesse pela constitucionalidade e se adentrasse ao mérito do texto, a redação de um substitutivo às proposições que pormenorizasse tal questão.

Superado este ponto, e tendo em vista que os textos focam essencialmente na advocacia contenciosa, pode-se avançar nas críticas para verificar o que exatamente seria vulnerado e como essa vulneração ocorria – o que, sinteticamente, já consta da tabela anteriormente reproduzida.

A proposta de criação deste novo dever de fornecer informações para a advocacia contenciosa vai na contramão do que a própria Constituição Federal preconiza quanto à indispensabilidade do advogado para a administração da justiça e a inviolabilidade por seus atos no exercício da profissão (art. 133 da Constituição Federal)³⁹⁵. É claro que o texto constitucional ressalva a inviolabilidade a limites legais, autorizativo de que se aproveitam os autores das proposições para tentar mitigar o sigilo profissional e vulnerar as garantias do direito de defesa.

O argumento central trazido nas proposições, como anteriormente destacado, é o de que a atividade advocatícia poderia servir como atividade-meio do branqueamento de capitais, mediante o pagamento de honorários advocatícios originários de recursos provenientes de atividade criminosa. Não há nas proposições, contudo, qualquer consideração sobre a própria natureza destes honorários dentro da atividade profissional e nem como distinguir a proveniência dos recursos de uma base lícita daqueles que são oriundos de bases ilícitas.

O recebimento de honorários advocatícios contratuais, fruto do trabalho por ele desenvolvido, nada mais é do que uma mera consequência do exercício da profissão, como defende Cahali³⁹⁶: ainda que tenha o advogado ciência de que seu cliente praticara ato ilícito que lhe importara enriquecimento patrimonial e anua com o pagamento de honorários em seu favor – o que lhe é de direito -, não poderia ele expor o fato às autoridades competentes, e tampouco recusar o pagamento, sob pena de laborar sem a devida contraprestação.

³⁹⁵ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

³⁹⁶ CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios**. 4a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 19-20.

É claro que, no âmbito consultivo, algumas ressalvas poderiam ser feitas, principalmente se o papel desempenhado pelo advogado for determinante no desenvolvimento da lavagem de capitais – ou seja, quando sua atividade se desvia da advocacia propriamente dita e se torna uma atividade criminosa, seja mediante a emissão de documentação falsa (recibos atestado a realização de serviços que nunca foram prestados) ou pelo engendramento de mecanismos utilizados para o branqueamento em si. Nestas hipóteses, seria indesejável a manutenção de um sigilo absoluto sobre os advogados, enquadrando-se a mitigação dentro do autorizativo constitucional – até porque não há atividade profissional sendo desenvolvida que justificasse a existência de sigilo.

Por outro lado, no âmbito contencioso, não cabe qualquer ressalva no que toca às garantias de sigilo profissional e resguardo absoluto do direito de defesa. Neste caso, se está defronte do direito de defesa em sua máxima extensão, pois o cliente que contratou o advogado está em vias de sofrer persecução civil ou criminal ou já a sofre. O conhecimento da máxima extensão da realidade fática é indispensável para a criação de uma sólida defesa, principalmente quando se está defronte de um caso em que o acusado já tem um estigma delineado pela sociedade, como destacado por Bonjardim³⁹⁷, cabendo ao advogado transmitir ao seu cliente a garantia de que os fatos por ele narrados não poderão ser usados em seu desfavor.

Exigir do cliente que apresente provas da licitude da origem dos recursos utilizados para bancar os honorários advocatícios de seu causídico é claramente uma tentativa de forçar o cliente a produzir provas contra si mesmo ou de obrigá-lo a optar pela advocacia *pro bono* (ou pela Defensoria Pública). Afinal, caso não demonstre a origem lícita dos recursos – ou caso reste demonstrado que os recursos tenham proveniência ilícita -, não apenas estará impossibilitado o advogado contratado de assumir a causa – sob pena de incursão nas penas previstas nas proposições normativas -, mas haverá fundado risco de nova persecução ser instalada contra o cliente, para apurar a origem ilícita dos recursos, ou, se já houver persecução penal em curso, a documentação fornecida pelo cliente será utilizada contra ele próprio. Assim, ambas as conclusões acerca da finalidade da proposição esbarram em sua manifesta inconstitucionalidade, por violação de cláusulas inerentes ao devido processo legal.

³⁹⁷ BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002. pp. 37-39.

Ademais, nas proposições analisadas, a garantia do sigilo profissional, que permeia a atividade da advocacia, apenas não é diretamente vulnerada nos Projetos de Lei nº 1.194/19, 1.065/19 e 5.124/19, mas por motivos distintos. Enquanto no primeiro não há vulneração direta por prever aquela proposição tão somente a declaração de licitude, desacompanhada de qualquer comprovação, no instrumento de procuração, deixando ainda de prever sanções, nos dois projetos de lei remanescentes a única sanção cabível ao advogado é a aplicação de penalidade disciplinar. Não há, portanto, qualquer dever de informar ou de produção de provas contrárias ao cliente que justifique a alegação de vulneração ao sigilo profissional.

Contudo, mesmo nestes casos, chama a atenção a possibilidade de ser instalada persecução penal posterior caso se comprove que a declaração acostada na procuração é eivada de falsidade, com prejuízos ao próprio causídico. A medida, embora simples, pode resultar temerária caso não haja um regramento específico da isenção de responsabilidade do advogado quanto à falta de veracidade das informações lá constantes. Ademais, na linha do que anteriormente já se defendera, tal medida parece inócua, já que em momento algum o simples acostamento de uma declaração de veracidade permitirá que se combata eficazmente o branqueamento de capitais – trata-se de medida de cunho eminentemente populista, direcionada à impressionar a população de que algo está sendo feito enquanto, na verdade, medidas efetivas sequer são cogitadas.

Ao mesmo tempo, para que atue com higidez e sem o temor de consequências por parte das autoridades competentes, é indispensável que o advogado possua o resguardo de não sofrer persecução penal em decorrência da remuneração por ele recebida caso, ao final, seja seu cliente condenado criminalmente pela prática de ilícito patrimonial – o que pode ocorrer em feito no qual aquele advogado sequer era o patrono da causa, mas, por estar defendendo o cliente em outro feito (ou por tê-lo defendido anteriormente), também recebeu honorários advocatícios de origem potencialmente ilícita.

Cabe ainda fazer advertência sobre o afastamento do argumento de que seria possível proceder à triagem da origem dos recursos, diferenciando aqueles obtidos de origem lícita daqueles provenientes de origem ilícita – de modo que alguém investigado ou processado pela prática de ilícito penal de cunho patrimonial poderia continuar a contratar regularmente um causídico, sem que inexistisse qualquer óbice. Note-se que é ilusório pensar na possibilidade de se assumido que determinado indivíduo tenha incorporado ao seu patrimônio valores indevidos, rastrear exatamente a proveniência do

valor utilizado para se efetuar um determinado pagamento, como aponta Maderson da Silva³⁹⁸, tendo em vista a *commingling* (mescla) de valores de origens distintas. Para o autor, é ilusório pensar na possibilidade de uma homogeneidade da proveniência dos valores, devendo haver uma análise da matéria sob o prisma da proporcionalidade:

“No crime de lavagem de dinheiro – ou em qualquer outro –, ainda que a ânsia pelo combate à criminalidade seja até aprazível, ela não se dá a todo custo, não deve sobrepor aquilo que é constitucionalmente adequado. É dizer: não se deve esquecer o espírito do jogo para ganhar a partida. O duelo travado entre as instituições democráticas, principalmente o judiciário, contra a criminalidade, deve observar aquilo que as torna diferentes do que combatem (a criminalidade), que é a observância das regras, dos princípios, é isso que faz de uma Suprema Corte o refúgio do bom direito. Trocando em miúdos e a partir do que foi exposto aqui, no campo constitucional e de seus postulados, não é constitucional combater a lavagem de dinheiro sem que se separe capital sujo de capital limpo, sem que se observe os postulados da proporcionalidade e vedação ao excesso. Noutras palavras, não seguir essas diretrizes é dizer que o fim justifica os meios, e isso é totalmente avesso à constituição.”

Para ilustrar o problema acima indicado, propõe-se o seguinte exemplo: se determinada pessoa, detentora de um patrimônio original de R\$500.000,00 pratica o delito de lavagem de dinheiro e incorpora a tal montante a quantia adicional de R\$100.000,00, caso venha ela a proceder ao pagamento, a título de honorários advocatícios ao patrono que lhe assiste, da quantia de R\$50.000,00, não há como determinar se tal valor foi proveniente de montante lícito ou ilícito.

Eventual condenação nos termos acima postos, partindo do rastreamento da origem do dinheiro, seria absolutamente impraticável. Caso se tornassem lei, as proposições ora em curso no Congresso Nacional teriam que ser complementadas por legislação secundária, detalhando como esse rastreamento ocorreria, não se olvidando que, sob o prisma do direito penal, a fundada dúvida quanto à origem dos recursos permitiria a absolvição do causídico acusado da prática de branqueamento de capitais.

Analisando situação oposta, em que, por meios lícitos, sequer teria tal indivíduo condições de ter patrimônio suficiente para arcar com o pagamento dos honorários

³⁹⁸ SILVA, Maderson Amorim Dantas da. A mescla de valores de origem lícita e ilícita no crime de lavagem de dinheiro: espaços em branco nos discursos do Supremo Tribunal Federal. 92 f. **Dissertação** (Mestrado) – Programa de Mestrado Interinstitucional em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2020, p. 87-88.

cobrados por seu causídico – evidenciando que, ao menos em parte, se originaram os valores de atividade ilícita e/ou não declarada às autoridades -, não poderia o profissional da advocacia proceder à comunicação às autoridades do fato – sob pena de violar seu dever de sigilo – e nem recusar obrigatoriedade a defesa daquele indivíduo. Assim fosse, não teriam tais indivíduos opção alguma que não a realização de defesa por entidades que patrocinam causas gratuitamente.

De outro lado, também não se pode ignorar a possibilidade legítima de se buscar coibir o uso indevido da advocacia contenciosa como mero pretexto para a ocultação de patrimônio. Nesse sentido, se não houver qualquer atividade praticada pelo profissional da advocacia – que apenas recebe a quantia para branqueá-la -, dúvida não há acerca da possibilidade de responsabilização, o que deverá ser feito mediante a edição de projeto de lei específico que trate desta hipótese. E não é difícil distinguir uma hipótese da outra: basta que o profissional apresente documentação (ex: recibo escriturário) atestando o recebimento dos valores como contraprestação a serviço prestado ao seu cliente, como já proposto anteriormente.

Assim, analisando globalmente as proposições selecionadas, nota-se que não se desenvolve mecanismo apto a coibir o branqueamento de capitais ao mesmo tempo em que se resguarda o direito de defesa e/ou as prerrogativas profissionais da advocacia. Todas as alternativas postas, como visto na tabela que ilustra este item, resultam em alguma forma de vulneração a esses dois pilares fundamentais do sistema jurídico brasileiro: a exceção parcial às lesões às prerrogativas está no Projeto de Lei nº 5.060/2020, que busca uma tentativa de harmonização entre os direitos fundamentais atrelados à atividade advocatícia e a necessidade de se evitar que esta atividade profissional seja utilizada como instrumento de lavagem de dinheiro, contudo, o faz de maneira ineficaz.

Rememora-se, primeiramente, a alteração normativa proposta por este projeto de lei (inclusão do art. 9º-A na Lei nº 9.613/98):

“Art. 9ºA. Sujeitam-se, ainda, às obrigações previstas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades privativas de advocacia, observados o regime de inviolabilidade e o sigilo nas relações entre o advogado e o cliente. “

Ao contrário das demais proposições, este texto resguarda o dever de sigilo e a prerrogativa profissional de inviolabilidade para quem exercer atividade privativa de

advocacia. *A priori*, portanto, o texto aparenta comportar harmonização entre garantias fundamentais e o recrudescimento no combate ao branqueamento de capitais. Contudo, analisando a proposição, verifica-se que ela peca por não prever – mesmo em sua justificativa – como será garantido esse regime de inviolabilidade e de sigilo, bem como por não especificar sua incidência apenas para a advocacia consultiva, em detrimento da contenciosa.

A vingar tal proposição, seria necessária uma regulamentação posterior, ainda que infralegal, para disciplinar como o fornecimento dos dados e movimentações suspeitas às autoridades competentes poderia ser feito pelos advogados, assistentes e consultores jurídicos e as hipóteses em que a comunicação seria obrigatória e quando ela deixaria de sê-lo. Em outras palavras: o texto, por observar parâmetros mínimos de legística, aparenta atender à finalidade proposta, mas dela desvia por não esmiuçar a sua instrumentalização.

Sem melhor regulamentação, a pretendida inclusão do artigo 9º-A na Lei nº 9.613/98 poderia resultar em uma norma inócua, já que o sigilo profissional continuaria a ser invocado pelos advogados para em hipótese alguma informar as autoridades competentes acerca de possíveis movimentações suspeitas – aqui inclusos também aqueles profissionais da área consultiva que, pela legislação europeia, estariam abarcados pelo dever de informar. Por outro lado, também se abriria margem para que os órgãos de controle punissem aqueles profissionais da advocacia que não reportassem informações suspeitas, sob o pretexto de que a situação específica analisada envolvia mitigação do dever de sigilo profissional.

As lacunas normativas da proposição, portanto, impedem que ela vingue e deva, tal qual feito com os demais textos analisados, ser reputada como rejeitável do ponto de vista do mérito – ainda que seja a que mais se aproxima de um modelo aceitável.

Por fim, deve-se considerar que, se as alterações ora propostas se tornassem lei e entrassem em vigor, as garantias do Direito de Defesa não seriam diretamente fulminadas em um primeiro momento. Não há previsão que restrinja expressamente o exercício da atividade profissional do advogado, entretanto, o que há no cerne de todas as proposições é a criação de obstáculos e exigências que podem trazer ou afastar profissionais da advocacia do exercício de atividades correlatas à advocacia criminal, bem como de mecanismos que podem mitigar a confiança do cliente no causídico contratado, acerca da veracidade da procedência dos recursos recebidos – o que poderia inclusive vir a ser utilizado contra o próprio cliente no curso do processo. Há, portanto, uma fulminação

indireta, também padecedora de vício de inconstitucionalidade, por atentar contra as garantias inerentes ao devido processo legal.

O cerne da questão, portanto, está na percepção de que a preservação das prerrogativas profissionais dos advogados, mantendo-se os vínculos de confiança entre advogado e cliente, é uma medida indissociável da preservação do direito de defesa. E é por isso que as proposições analisadas neste capítulo são fadadas ao fracasso: em vez de curar o paciente – o estado de suposta anomia normativa e de proliferação do mau uso da advocacia como mecanismo de lavagem de capitais -, elas fulminam o próprio objeto final dessa atividade profissional.

E os vícios acima apontados, vale dizer, foram identificados pelo Relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados³⁹⁹, que bem pontuou, dentre as razões para a rejeição da matéria, os seguintes argumentos:

“Desse modo, nota-se que a proposta em análise, ao criminalizar o recebimento de honorários advocatícios nos casos em que o profissional tenha conhecimento ou quando lhe seja possível saber a origem ilícita dos recursos com os quais será remunerado, viola o direito de defesa e de livre escolha do advogado e, por consequência, embaraça a justiça do processo penal. A tipificação dessa conduta certamente prejudicará os acusados que desejam pagar pela assistência de um advogado especializado, pois a impossibilidade de se rastrear a origem dos recursos utilizados para pagamento dos honorários irá desestimular a contratação desses serviços. Outrossim, não se mostra razoável impor ao causídico a obrigação de investigar a origem dos valores que lhe são oferecidos a título de honorários advocatícios. Tal incumbência, além de se revelar discriminatória – uma vez que não seria exigida para outras categorias profissionais –, configura obstáculo ao livre exercício da advocacia.”

É de se destacar, para encerrar a discussão deste tópico, que a tentativa de inserir a advocacia dentro da esfera de tutela da Lei de Lavagem de Capitais – prejudicando, por consequência, o exercício do contraditório e da ampla defesa, teve consequências jurídicas relevantes. Não se tratou, portanto, de movimento que passou incólume à

³⁹⁹ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça ao Projeto de Lei nº 442/2019. Parecer do Relator, Dep. Fábio Trad (PSD-MS), pela inconstitucionalidade, injuridicidade, má técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2222621>>. Acesso em 06 mar. 2022.

percepção do legislador e dos demais atores sociais, como a Ordem dos Advogados do Brasil.

Principal exemplo dessa reação legislativa e de reforço às atividades dos profissionais de advocacia foi a edição da Lei nº 14.365/22, que alterou o Estatuto da Advocacia, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal para, dentre outras alterações, incluir disposições assecuratórias sobre as prerrogativas profissionais dos advogados.

O texto foi originário do PL 5.284/2020⁴⁰⁰, que previa a seguinte justificativa para sua edição:

“Já no que diz respeito ao reforço das prerrogativas dos advogados, historicamente conferidas, como já mencionado, com o escopo de proteger a sociedade civil de atos de arbítrio estatal, menciono, como algumas das propostas que visam assegurar a inviolabilidade expressamente preconizada em nossa Constituição Federal, a proibição da quebra da inviolabilidade do escritório ou do local de trabalho do advogado com fundamento meramente em indício, depoimento ou colaboração premiada, sob pena de nulidade e da configuração do crime previsto no art. 7.º-B do Estatuto; instituição de regra que prevê que o advogado que assiste ou assina acordo de colaboração premiada sobre a atividade de outro advogado sem a presença de provas periciadas e validadas pelo Poder Judiciário, responderá a processo disciplinar que poderá culminar com a aplicação da sanção de exclusão dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e, na mesma linha, a previsão de que “a análise dos documentos e dispositivos de armazenamento de informação pertencente a advogado, apreendido ou interceptado, será acompanhada por representante da OAB e do profissional investigado em todos os atos para assegurar a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia, um dos direitos do advogado previsto no art. 7.º, inciso II, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.”

Não é de se ignorar a coincidência de histórica desta proposição legislativa ter sido editada contemporaneamente aos projetos de lei analisados anteriormente, mas adotando conclusões diametralmente opostas. Trata-se de reação dialética às propostas que afetavam as prerrogativas profissionais, contudo, com desfecho prático distinto, já que, quanto a proposição ora em análise, a conversão em lei foi regularmente operada.

Alguns pontos deste texto devem ser destacados, eis que correlatos ao objeto deste estudo. Ainda que não enfrente especificamente a questão do recebimento dos honorários advocatícios maculados – e, a bem da verdade, sequer faça menção à Lei de Lavagem de Capitais –, o texto tem seu cerne no reforço às prerrogativas processuais e garantias constitucionais atinentes à advocacia.

A inclusão do art. 7º, §6º-I, ao Estatuto da Advocacia, no sentido de obstar a realização de delação premiada pelos advogados em relação a quem seja ou tenha sido seu cliente, reforça a cláusula de sigilo da atividade profissional. Em existindo vedação que impeça ato voluntário de delação por parte do profissional, logicamente deve haver extensão da regra à hipótese de que a prestação de contas realizadas ou o fornecimento de informações possa ter desfecho análogo ao da delação premiada, ou seja, a revelação de informações acerca da prática de atos ilícitos pelos clientes/assistidos.

Eventual óbice sobre a efetiva ocorrência do serviço profissional – se prestado ou se meramente simulado – também foi objeto da novel legislação, na forma do art. 7º, §14, incluído ao Estatuto da Advocacia, que delimitou ao Conselho Federal da OAB a competência para decidir se determinada situação fática constitui ou não efetiva prestação de serviço. Isto é importante diante das ameaças de que órgãos de fiscalização administrativa (v.g. UIF) possam realizar a análise da prestação de serviços ou de sua simulação, nos termos da legislação que busca inserir os profissionais da advocacia na Lei nº 9.613/98, consoante já analisado anteriormente. E, acerca da natureza dos honorários prestados nessa situação, também caberá ao Conselho Federal da OAB a fiscalização e avaliação, declarando-se nulos os atos praticados com violação dessa competência (art. 7º, §15 e §16).

Evidencia-se, portanto, que as modificações legislativas empreendidas pela atual legislação buscam criar óbices – em caráter preventivo – a tentativas normativas ou mesmo de mera interpretação da legislação hoje existente que poderiam levar à inclusão da advocacia na égide da Lei nº 9.613/98. Afinal, ao se delimitar o âmbito de apuração da investigação sobre a efetiva prestação dos serviços do advogado, bem como avaliar a legalidade ou não dos honorários lá recebidos, colocando o Conselho Federal da OAB como órgão responsável pelas investigações, evita-se o indevido intervencionismo punitivo do Estado.

4.5. Do discurso anunciado à real finalidade da proposta normativa: por que tentar inserir a advocacia dentro da esfera de tutela da lei de lavagem de capitais?

Analisadas as proposições em trâmite no Congresso Nacional e cotejando seu teor material com a legislação hoje existente e a perspectiva da dogmática penal, pode-se finalmente responder à pergunta central deste trabalho: por que se buscou a inserção da advocacia dentro da esfera da tutela da lei de lavagem de capitais?

Os projetos de lei em curso no Congresso Nacional não respondem completamente a esta pergunta, mesmo se tomadas as suas justificativas como referenciais. A tabela abaixo indica, sinteticamente, as justificativas apresentadas em cada um dos projetos de lei – e que foram transcritas integralmente anteriormente - para que se criasse uma regulamentação específica para supostamente obstar que honorários advocatícios fossem usados para camuflar a lavagem de dinheiro:

Tabela 09 – Síntese das justificativas apresentadas às proposições em curso no Congresso Nacional atinentes ao recebimento de honorários maculados	
Projeto de Lei	Justificativa (no que atine especificamente à advocacia)
PL 4.341/2012 e PL 442/2019	Pagamento de honorários advocatícios com base em recursos oriundos da atividade criminosa como sinônimo de lavagem de dinheiro
PL 5.668/2016	Necessidade de salvaguardar os advogados honestos e evitar que o recebimento de honorários advocatícios sirva de pretexto para lavagem de dinheiro
PLS 500/2015 e PL 1.065/2019	Pagamento de honorários advocatícios como camuflagem para a lavagem de dinheiro
PL 1.195/2019	Evitar que criminosos garantam melhores defesas tão somente porque usufruem do produto do crime
PL 6.051/2019	Evitar conluíus entre advogados e clientes na prática de lavagem de dinheiro, mediante a contratação simulada de serviços de advocacia
PL 3.787/2019	Uso “escancarado” de honorários advocatícios para lavagem de dinheiro

PL 5.060/2020	Compatibilizar a atividade de advocacia com as medidas de <i>compliance</i> previstas na ENCCLA
PLS 4.516/2020	Evitar que a atividade advocatícia sirva de salvaguarda para a prática de atos ilícitos

Como destacado, ainda que neles haja, exemplificativamente, uma preocupação de “dar transparência à origem de todos os recursos advindos de pessoas processadas por crimes de lavagem de dinheiro, inclusive os pagamentos dos honorários advocatícios” (justificativa apresentada no PL 5.668/2016) e que “o pagamento de verdadeiras fortunas a título de honorários advocatícios pode servir para a lavagem de dinheiro” (justificativa apresentada no PLS 500/2015 e no PL 1.065/2019), o cerne de todas as propostas é trazer a advocacia, que ao ver dos autores das proposições se encontra penalmente imunizada da incidência da Lei de Lavagem de Capitais, para dentro da esfera de tutela da legislação, permitindo a responsabilização do advogado que tome parte, mediante o uso de sua atividade profissional, em atividade penalmente ilícita.

Com exceção do destacado no PL 5.060/2020 – o único que, como destacado quando de sua análise, atendeu em mínima parte os critérios da metodologia preconizada pela legística -, todas as proposições se resumem a atrelar a atividade da advocacia com a prática de atos ilícitos quando se está diante de cliente acusado pela prática de supostos crimes. O PL 5.060/2020, a seu turno, propõe a concepção de trazer para dentro da atividade de advocacia regras de *compliance* compatíveis com o sigilo profissional e a garantia da inviolabilidade, o que, se devidamente regulamentado e partindo de um processo legislativo que efetivamente observe uma avaliação de impacto legislativo e os critérios legísticos, pode ser uma alternativa que dirima eficazmente a problemática buscada, compatibilizando o direito de defesa e salvaguardando o tipo penal tutelado pela Lei nº 9.613/98. Entretanto, como destacado no item anterior, mesmo esse projeto de lei é falho por não prever como se daria esse *compliance*, e nem qual o seu verdadeiro escopo de aplicação.

Daí que é possível afirmar, em um primeiro momento, que a finalidade anunciada pela legislação é combater o branqueamento de capitais que utilize a atividade como uma atividade meio. Essa finalidade é efetivamente legítima e encontra amparo no que outras legislações internacionais, mormente a regulamentação da União Europeia, já fizeram e se mostraram bem-sucedidas. Entretanto, esmiuçando as justificativas apresentadas e os

instrumentos propostos para combater essa aparente vicissitude social, verifica-se que a finalidade primeira da legislação nunca seria alcançada, seja porque os meios propostos são ineficazes ou porque a justificativa apresentada para a eleição dos meios destinados a alcançar aquela finalidade mostra a primazia de finalidades secundárias, ocultas à quem lê a ementa da proposição ou o seu corpo normativo.

Sobressai na análise das justificativas dos projetos de lei a percepção de que a advocacia necessariamente está atrelada à percepção de grandes quantidades de capital e que a remuneração do causídico que defende clientes processados pela prática de delitos patrimoniais seria necessariamente uma forma de lavagem de dinheiro. Não se afasta esta possibilidade quando o serviço não é prestado – ou seja, se simula a contratação do profissional –, mas, quando há demonstração dos serviços prestados, tem-se a impressão de que o legislador tenta reduzir – ou cercear – os ganhos destes profissionais.

Ao mesmo tempo, as justificativas apresentadas se embasam em preceitos do senso comum, como destacado nos itens anteriores, e em momento algum remetem às experiências internacionais de sucesso na compatibilização entre a manutenção das prerrogativas da advocacia e o efetivo combate ao branqueamento de capitais. São textos deveras genéricos, com caráter típico de retórica política e pouco atrelado à técnica legislativa, e que repetem o mesmo discurso – desprovido de evidências – de que a advocacia pode ser utilizada como meio para a prática – ou, ao menos, para a ocultação – de ilícitos patrimoniais praticados pelos clientes contratados.

A proposição destes textos em um momento de apogeu da Operação Lava-Jato – a segunda metade da década de 2010 – mostra que os legisladores se aproveitaram deste evento focalizador, amplamente noticiado pela mídia, e já associado à uma abertura da pauta política para o suposto “combate à corrupção”, para endurecer o combate ao branqueamento de capitais e, de maneira atabalhoada, buscar a adequação da advocacia – que *a priori* não se sujeita ao dever de informar – às previsões daquela norma. Nos termos do preconizado por Birkland et al.⁴⁰¹, aproveitou-se de um momento indicativo de potencial falência do sistema e de comoção da população em geral para tentar uma modificação do ordenamento jurídico, o que tende a não ser medida mais adequada no

⁴⁰¹ BIRKLAND, Thomas A. et al. During disaster: refining the concept of focusing events to better explain long-duration crises. **International Review of Public Policy**, v. 3, n. 1, pp. 05-21, 2021. p. 07-09.

que toca ao processo legislativo, por imprimir celeridade incompatível com o padrão de qualidade esperado para a produção da norma.

Como destacado anteriormente neste trabalho, a abertura da janela de oportunidades para discutir uma regulamentação eficiente não seria algo maléfico – pelo contrário, seria fundamental para trazer transparência e revalorizar a advocacia -, desde que feita com base em projetos dotados de ampla participação da sociedade civil, que observassem parâmetros de qualidade legislativa e que encontrassem um mecanismo regulatório intermediário entre a falta de transparência absoluta e o dever intangível de comunicar situações/fatos suspeitos às autoridades competentes, ambos os extremos situados em zonas de inconstitucionalidade: o primeiro, por contrariar a Constituição no que diz respeito à possibilidade de relativização do sigilo profissional em casos específicos; o segundo, por tolher por completo garantias atreladas ao devido processo legal.

Os legisladores brasileiros, porém, trilharam caminho distinto. Em vez de buscar um mecanismo eficiente, optaram por trazer soluções simplistas à pauta legislativa, desprovidas de maior técnica jurídica, o que não poderia levar a resultado outro que não seu fracasso (a não conversão em norma jurídica). Partiu-se, portanto, de um viés da realidade trazido pela mídia – a influência impessoal proposta por Mutz⁴⁰² - e sobre ele se trabalhou, nos termos do proposto por Ramos e Gloeckner⁴⁰³, com uma pauta típica do populismo legislativo, a saber, a criação de mandados de criminalização em detrimento da estruturação de políticas públicas eficientes para o combate à moléstia social confrontada.

É importante frisar que as críticas que se faz acima não se referem à primazia do Congresso Nacional como *locus* adequado para a deliberação desta matéria – afinal, como destacado por Victor Amorim⁴⁰⁴, é no Poder Legislativo que se racionaliza a democracia e se permite a criação de normas dotadas de máxima eficiência, pela possibilidade da participação da sociedade civil e pela existência de mecanismos próprios que conferem a estas normas maior qualidade -, mas a defeitos da produção legislativa que decorrem da

⁴⁰² MUTZ, Diana C. **Impersonal influence: how perceptions of mass collectives affect political attitudes**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 05-07

⁴⁰³ RAMOS, Marcelo Butelli e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Os sentidos do Populismo Penal: uma análise para além da condenação ética. **DELICTAE**, v. 2, n. 3, p. 248-298, Jul.-Dez. 2017. p. 249-250.

⁴⁰⁴ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **A dinâmica decisória no processo legislativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018. p. 153-154

deliberada intenção dos próprios legisladores em não utilizar os instrumentos que estão à sua disposição. E se afirma a existência desta deliberada intenção – e não de mera desídia, o que, por si só, já seria condenável – pelo teor populista das proposições apresentadas, que “conclamam” os pares à aprovação dos textos postos utilizando retórica emocional em detrimento de argumentos de ordem técnica.

Todas as proposições apresentadas, com exceção do já aludido Projeto de Lei nº 5.060/2020, trazem em seu bojo nada mais do que promessas meramente inexecutáveis e que colidem com a Constituição Federal. É imprudente afirmar que, ao propô-las, já não sabia o legislador deste manifesto conflito e da impossibilidade de virem elas a vingar – afinal, nos pareceres apresentados quanto ao mérito das proposições na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, foi flagrantemente apontada a inconstitucionalidade material do proposto -, o que mostra que havia uma finalidade de atender a uma perspectiva populista da atuação legislativa. Mais importante do que ter a norma criada é transmitir ao eleitorado a impressão de que se está a trabalhar para alcançar um resultado social positivo, muito se baseando no conhecimento de que poucos irão se debruçar sobre o efetivo teor das proposições apresentadas, como destacam Gomes e Gazoto⁴⁰⁵.

A primeira finalidade secundária das proposições apresentadas, portanto, é a de atender a um anseio populista legislativo de tentar apaziguar os ânimos sociais quanto à proliferação do crime de branqueamento de capitais – o que resta demonstrado, sobretudo, pelo fato de o desenho normativo das proposições aderir perfeitamente ao discurso do populismo, conclusão que também obteve Campos⁴⁰⁶, ao analisar a produção legislativa sobre o Direito Penal de forma ampla no Brasil no período entre 1989 e 2006, e também Cifali⁴⁰⁷, em obra já citada anteriormente, com recorte temporal entre os anos de 2003 a 2010 - recortes anteriores, portanto, ao delineamento temporal das proposições selecionadas neste trabalho, o que evidencia se tratar de uma problemática que se protraí no tempo.

⁴⁰⁵ GOMES, Luiz Flavio e GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo Penal Legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas**. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. pp. 98-103.

⁴⁰⁶ CAMPOS, Marcelo da Silva. **Crime e Congresso Nacional: uma análise da Política Criminal aprovada de 1989 a 2006**. São Paulo: IBCCRIM, 2010. p. 209-211.

⁴⁰⁷ CIFALI, Ana Cláudia. **A política criminal brasileira no Governo Lula (2003-2010): diretrizes, reformas legais e o impacto carcerário**. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

Entretanto, há outra finalidade secundária da norma, associada diretamente a esta primeira, e que “justifica” a escolha da advocacia como o alvo das proposições: à atribuição às atividades desenvolvidas pelos causídicos da culpa pelo fracasso das instituições criminais estatais brasileiras, recaindo sobre o legítimo exercício da advocacia a causa fundante da “impunidade” tão alardeada pelos populistas.

Em capítulos anteriores deste trabalho já se teve a oportunidade de discorrer como a advocacia foi trazida para o seio das investigações criminais desenvolvidas no curso da “Operação Lava-Jato”, momento em que a mídia, de maneira infundada – tanto que daquela operação não resultaram condenações ou resultados que evidenciem, ao menos até a data de redação deste texto, indícios de materialidade delitiva – apontava a participação ativa de escritórios de advocacia como elos do branqueamento de capitais. E era evidente como, desde o início, aquela operação se travestia dos contornos da prática do populismo judiciário: não apenas os atos do juiz singular foram anulados por decisão do Supremo Tribunal Federal, que entendeu a incompetência da Justiça Federal para apreciar o feito (Reclamação n° 43.479), como houve posterior trancamento da ação penal pela Justiça Estadual do Rio de Janeiro (Autos n° 213990-37.2021.8.19.0001).

Esse mesmo populismo se transpôs ao âmbito legislativo, na forma das tentativas ora analisadas de se tipificar o recebimento de honorários advocatícios cujos recursos utilizados ao seu custeio foram supostamente oriundos da prática de ato ilícito. Não se trata propriamente de uma reação sistêmica ao fracasso do modelo estatal de Direito Penal ora adotado, mas sim de uma tentativa de camuflar as reais causas do fracasso verificado e de apontar novos culpados, modelagem reiteradamente adotada pelos defensores do populismo, como destacado por Pratt e Miao⁴⁰⁸. Em vez do legislador realizar um juízo de autorreflexão e assumir que o sistema precisa ser repensado e ressignificado para incorporar uma política criminal efetiva, trilha-se o caminho mais cômodo e apontar nos participantes do processo as razões para o fracasso do sistema.

Há, ainda, a possibilidade de a opção feita pelo legislador revelar uma terceira finalidade: propor uma solução deveras frágil para que se tente construir modelo intermediário, igualmente precário (mas “não tão ruim”), e que, se contrastado ao modelo original traga a aparência de aprimoramento legislativo. Tese semelhante foi levantada

⁴⁰⁸ PRATT, John e MIAO, Michelle. Risk, Populism and Criminal Law. *New Criminal Law Review*, v. 4, n. 22, pp. 391-433, 2019. p. 419-420.

por Diniz⁴⁰⁹ ao avaliar a dinâmica decisória da agenda política do Congresso Nacional brasileiro: a mera proposição de um texto não implica que há o desejo de aprová-lo na íntegra, mas, as vezes, representa tão somente um desvio de atenção em relação a outras pautas de interesse governamental ou o interesse em colocar aquele tema em discussão, visando a aprovação de algo igualmente rejeitado pela opinião pública, mas em menor escala do que o é o teor material da proposição originária.

Esta opção, contudo, ainda que possível, parece não ser aplicável ao caso em tela, pelo simples fato de sequer ter havido esforço governamental para fazer quaisquer das proposições avançarem – ou ao menos terem seu mérito discutido, ante o obstáculo do parecer terminativo de inconstitucionalidade material oferecido pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Entretanto, não pode ela ser descartada pelo fato de os autores da proposição serem parlamentares que, à época da propositura do texto, compunham as respectivas bases governistas, à exceção do PLS 500/2015 (que sequer teve qualquer movimentação legislativa), como se nota do quadro abaixo:

Tabela 10 – Posicionamento político, em relação ao governo, dos autores dos projetos de lei analisados				
Projeto de Lei	Autor	Partido	Governo à época	Partido integrava a base governista?
PL 4.341/2012	Chico Alencar	PSOL	Dilma Rousseff (PT)	SIM
PL 5.668/2016	Alberto Fraga	DEM	Michel Temer (MDB)	SIM
PL 442/2019	Rubens Bueno	PPS/Cidadania	Jair Bolsonaro (PSL)	SIM
PLS 500/2015	José Medeiros	PPS/Cidadania	Dilma Rousseff (PT)	NÃO
PL 1.065/2019	José Medeiros	Podemos	Jair Bolsonaro (PSL)	SIM

⁴⁰⁹ DINIZ, Simone. Interações entre os Poderes Executivo e Legislativo no processo decisório: avaliando sucesso e fracasso presidencial. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, v. 48, n. 1, p. 333-369, 2005. p. 350-351.

PL 1.194/2019 e PL 1.195/2019	Luiz Philippe de Orleans e Bragança	PSL	Jair Bolsonaro (PSL)	SIM
PL 6.051/2019	Sargento Fahur	PSD	Jair Bolsonaro (PSL)	SIM
PL 3.787/2019	Bia Kicis e Misael Varella	PSL e PSD, respectivamente	Jair Bolsonaro (PSL)	SIM
PL 5.060/2020	Jerônimo Goergen	PP	Jair Bolsonaro (PSL)	SIM
PL 5.124/2020	Daniel Silveira	PSL	Jair Bolsonaro (PSL)	SIM
PLS 4.516/2020	Arolde de Oliveira	PSD	Jair Bolsonaro (PSL)	SIM

O desenho que se verifica para as proposições normativas em análise, no que toca às suas finalidades, é o seguinte: anuncia-se a finalidade de combate ao branqueamento de capitais, mas de maneira subjacente busca-se (i) atender a um anseio populista legislativo; (ii) atribuir aos advogados a suposta culpa pelo fracasso do modelo de persecução penal brasileiro, em detrimento de uma ressignificação promovida pelo próprio Estado (e pelo *establishment*) e (iii) buscar o desenvolvimento de um modelo intermediário, não tão sofisticado quanto a modelagem europeia hoje existente, mas que permita a inclusão da advocacia no rol de obrigados a prestar informações para os fins da Lei nº 9.613/98.

Trazer a advocacia para dentro da lei de lavagem de capitais, assim, nada mais consiste em partir de uma iniciativa válida e que merece maior reflexão por parte do legislador brasileiro, tendo em vista o estágio da evolução do combate ao branqueamento de capitais – inclusive por força de documentos internacionais subscritos pelo Brasil, já destacados anteriormente neste trabalho – e, sobre esta iniciativa válida, subvertê-la e imbuir a ela finalidade não anunciada e cujo potencial de maleficência ao sistema penal é muito maior do que os benefícios que serão trazidos.

A consequência última da eventual prosperidade desse modelo, como visto nos itens anteriores, é a fragilização do direito de defesa e a erosão das prerrogativas profissionais da advocacia, a serem operadas sobre o pretexto de garantir maior transparência. Esquecem-se os legisladores, contudo, do papel fundamental exercido pela advocacia dentro do Estado Democrático de Direito e da necessidade de se buscar a harmonia tanto interna ao texto da Constituição Federal – que, ao mesmo tempo que preconiza o princípio da transparência e a observância dos tratados aos quais o Brasil é signatário, também assegura o Direito de Defesa e as prerrogativas da advocacia – como externa a ele, na forma da legislação hoje vigente.

E, mitigando-se as possibilidades de exercício do Direito de Defesa, enfraquece-se a paridade de armas necessária no processo penal. Resultado outro não poderia ser obtido nesta realidade que não a maior “eficácia punitiva” do sistema – ainda que não qualitativa, mas sim quantitativa -, transparecendo à sociedade que o Direito Penal e a política criminal adotada pelo Estado se encontram alinhadas na redução da percepção de criminalidade tão propagada pelos veículos midiáticos. Fecha-se, portanto, o círculo harmônico de populismo já mencionado anteriormente neste trabalho: as medidas adotadas, em vez de contribuir para a redução da moléstia social, trazem a sensação de melhoria no curto prazo e o agravamento desta em médio e longo prazo – justamente por isso que estudos de impacto e avaliação legislativos, ou a adoção de qualquer mecanismo tendente a atribuir qualidade à legislação, são deixados em segundo plano.

O problema das proposições legislativas analisadas, portanto, não está nos fins realmente anunciados: está na anunciação de meios que permitem apenas o alcance de fins dissimulados e que possuem o impacto de afetar profundamente as instituições atinentes ao devido processo legal, comprometendo o próprio Estado Democrático de Direito brasileiro.

5. Conclusão

Considerando o exposto ao longo deste trabalho e tomando por referencial principalmente a conjugação entre a realidade fática contemporânea – em que o populismo penal é uma tendência tanto na criação como na aplicação das normas jurídicas – e aquilo que idealmente seria esperado do legislador, diante da metodologia da Legística, finalmente pode-se responder de forma clara e objetiva às questões enunciadas na Introdução, as quais se retoma na presente ocasião: (1) O discurso anunciado pelo legislador brasileiro para propor a reforma da Lei de Lavagem de Capitais e nela incluir, independentemente da forma, os profissionais da advocacia, é um discurso real e primário ou possui finalidade tão somente retórica, ocultando um segundo objetivo?; (2) Em havendo este segundo objetivo, qual seu contorno exato e sua repercussão para o Estado Democrático de Direito?

1. Ainda que o século XXI seja intensamente marcado como “o século da Globalização” e represente um grande ponto de virada em relação aos paradigmas da Humanidade no século XX, especialmente no que toca à cooperação internacional para aprimoramento dos pilares basilares do Estado Democrático de Direito, algumas mazelas ainda estão longe de ser erradicadas. E uma delas, sem dúvida, é a reiteração do discurso populista penal como um fator de norteamo da atividade dos agentes políticos, incluindo, aqui, os legisladores.

1.1. O discurso populista penal se retroalimenta dentro da realidade contemporânea. O aumento do fluxo de interações entre Estados e entre indivíduos, ao mesmo tempo em que os aproxima, agrava os abismos sociais e cria novos problemas jurídicos que antes eram completamente fora de cogitação – dentre os quais se inclui a utilização de complexos mecanismos para branquear capitais, cada qual com uma quantidade de elos ainda maior que o artifício anterior.

1.1.1. Solucionar essas questões não é fácil e exige modelagens complexas, com ampla participação de especialistas no assunto e da própria sociedade: o tempo necessário para o amadurecimento das discussões e a construção de uma política criminal efetiva não se coaduna com o tempo da política, em que a celeridade na obtenção de resultados é necessária para que, dentro do período do mandato, haja frutos que sejam colhidos.

1.1.2. O populismo penal, nesse sentido, surge como uma tábua de salvação aos agentes políticos: propõe-se uma solução de menor complexidade, socialmente palatável, facilmente implementável e que aparenta trazer bons resultados, ao menos no curtíssimo prazo – isto quando os resultados positivos não ficam, também, no plano da retórica política. Contando com a valorosa contribuição da Mídia, que propaga o sucesso desses meios, os agentes políticos seguem a utilizar artifícios populistas para construir soluções para os problemas que eles próprios agravaram ao não se atentar para uma modelagem efetiva anteriormente. E assim sucessivamente.

1.2. Não era de se espantar que, em relação à reforma da Lei de Lavagem de Capitais para nela incluir a advocacia, a solução vislumbrada pelo legislador brasileiro não passasse pelo populismo penal. Com a contribuição dada pelo contexto político-jurídico da década de 2010 – em que a Operação Lava-Jato e suas correlatas estavam no centro do noticiário, propagando-se o combate desenfreado à corrupção como uma ousada meta do Estado brasileiro, esbarrando, contudo, na pertinente atuação da advocacia, na defesa das garantias fundamentais dos investigados -, havia um ambiente fértil no Poder Legislativo para que proposições normativas fossem apresentadas para atingir à finalidade de combater a corrupção e, ao mesmo tempo, incluir na legislação o “inimigo anunciado” dessa finalidade: os advogados.

1.3. Enquanto a Lei de Lavagem de Capitais é suficientemente clara ao eleger como verbos nucleares a “ocultação” e a “dissimulação”, o legislador brasileiro, equivocadamente, elege para a inclusão da advocacia dentro desta norma o vocábulo “recebimento”, que, em sua essência, não guarda a mesma relação de ardil para com uma realidade fática que os demais apresentam. Subverte-se, portanto, a lógica posta quando da edição original da norma jurídica, sem que isto esteja acompanhado de uma justificativa técnico-científica: todas as proposições analisadas se limitam a fazer uso de argumentos puramente retóricos e desprovidos de qualquer bibliografia ou referencial teórico que permita ao cidadão que realize uma conferência do que é anunciado e do que efetivamente ocorre.

1.3.1. Os vícios das proposições apresentadas não se limitam a um problema de fundamentação: deixou-se de lado, por completo, os preceitos básicos da metodologia da Legística, que não a toa prevê a necessidade de haver uma delimitação clara da realidade fática e do problema posto, de uma ponderação das alternativas existentes e da seleção

daquela que possua o menor custo de transação legislativo. Em momento algum quaisquer das proposições apresentadas, à exceção do PL 5.060/2020, realiza este percurso lógico e traz fundamentação que permita vislumbrar um nexos jurídico entre o problema e a alternativa proposta para a sua solução. A consequência última não poderia ser outra que não o insucesso dos projetos de lei que, à presente data, não lograram êxito sequer no reconhecimento de sua constitucionalidade.

1.3.2. Pode-se, ainda, ir além e reconhecer outros aspectos conclusivos do levantamento feito. Deixando a posição política dos autores das proposições de lado, é fato que não houve, em momento algum, demonstração efusiva de interesse do Governo em aprovação das proposições, o que mostra que a pauta de reforma da legislação para inserir a advocacia dentro do rol de obrigados a prestar informações nos termos da Lei nº 9.613/98 não é uma urgência política e nem uma prioridade de agenda. Refuta-se, portanto, a percepção de que há um estado de caos e desordem generalidade que ensejasse uma reforma imediata e sem maior debate da legislação pertinente.

1.4. A real finalidade da norma, portanto, em momento algum se concretiza e se mostra mais frágil do que parece. Vem a tona, entretanto, a finalidade secundária da mesma: se não há a pretendida urgência, a tentativa de exigir dos advogados que informem a proveniência dos recursos utilizados para pagamento de seus honorários aparenta ser uma maneira de vulnerar prerrogativas profissionais e tentar limitar o que os próprios autores das proposições observam como uma distorção do sistema jurídico brasileiro, que, atentando contra a isonomia, dá a uma categoria profissional específica um rol de direitos maior do que o conferido aos demais agentes sociais.

1.5. É possível concluir, portanto, que o legislador brasileiro efetivamente propôs uma reforma legislativa cujo discurso anunciado (combate à lavagem de capitais praticada por profissionais da advocacia) não se coaduna com seus motivos determinantes (criar mecanismo de vulneração da estrutura garantista do direito de defesa prevista na Constituição Federal).

2. Não se nega que, de fato, há uma dissonância entre as prerrogativas dos advogados e aquelas das demais profissões. Contudo, tal violação à regra da isonomia se faz plenamente justificada: trata-se de profissão que lida diretamente com a preservação de direitos fundamentais em momentos de arbítrio manifesto do Estado ou de terceiros e

que busca obstar a violação das garantias ou reparar uma situação fática de transgressão das mesmas. Dentro desse cenário, assegurar o sigilo profissional e preservar as garantias inerentes ao devido processo legal, especialmente no âmbito do Direito Penal – considerando que, no polo oposto, não raramente está o próprio Estado – é medida imperativa para fazer valer o próprio Estado Democrático de Direito.

2.1. A afirmação feita acima decorre da constatação de que não há Estado de Direito sem que haja agentes aptos a garantir os direitos fundamentais dos cidadãos – o que é feito de sobremaneira pela atuação da advocacia, o que é evidenciado no próprio texto constitucional.

2.1.1. Buscar a criminalização do pagamento de honorários advocatícios maculados não é – de forma alguma – incompatível com os postulados do Estado de Direito contemporâneo, contudo, isto deve ser feito de maneira bem planejada e sem ferir, de qualquer forma, as garantias inerentes à profissão.

2.1.2. O problema posto é complexo e exige, para tal, uma modelagem igualmente complexa para sua solução: não basta simplesmente indicar que há o dever de informação em caráter genérico, sem ser pontuado como ele será feito, para quem serão prestadas as informações e como será resguardado que as mesmas não poderão ser utilizadas em desfavor daquele que é atendido pelo advogado em um processo já em curso.

2.1.3. Ao mesmo tempo, não se pode tolher do advogado o direito de receber pelo serviço prestado – ou ameaçá-lo, mesmo que indiretamente, com possíveis sanções caso se demonstre a origem ilícita do recurso de custeio -, sob pena de haver um desestímulo à continuidade do exercício daquela função.

2.1.4. Assim, independentemente do prisma que se adote, percebe-se nitidamente que a finalidade anunciada pelo legislador não é a mesma que, dissimuladamente, pretende ele atingir ao reformar a Lei de Lavagem de Capitais.

2.1.5. O que se pretende, a bem da verdade, é criar novos mecanismos de atravancamento das garantias profissionais dos advogados para permitir a perpetuidade da utilização de um discurso populista penal, que já está na essência dos próprios mecanismos propostos. Trata-se, portanto, de mais um artifício de retroalimentação do

populismo penal: e que, ao menos por ora, aparenta que não seguirá adiante no Poder Legislativo brasileiro.

2.1.6. A vingar a tese proposta pelo legislador brasileiro nos projetos de lei analisados, o comprometimento ao Estado Democrático de Direito seria manifesto. A base desta nova concepção de Estado está na proteção dos direitos fundamentais em sua máxima extensão, sendo considerado a ele atentatório qualquer ato cuja consequência derradeira seja a vulneração destes direitos, ainda que em caráter apenas parcial.

2.1.7. Não pode sequer ser alegado em defesa das proposições legislativas que o caso em análise seria resultante de uma colisão de direitos fundamentais a ser resolvida pela proporcionalidade. Como destacado ao longo do trabalho, a premissa de que a modificação legislativa a ser realizada para criminalizar, de maneira expressa, o recebimento de honorários maculados é apenas um discurso retórico, cujos meios eleitos para persecução apenas permitirão que se atinja um objetivo secundário, a vulneração das garantias atreladas à ampla defesa.

3. Além das questões acima apresentadas e das considerações tecidas ao longo deste trabalho, há outras pautas secundárias que emergiram ao longo da construção deste texto e que podem ser objeto de pesquisas futuras.

3.1. Não se discutiu neste trabalho, por não ser o escopo dele, qual seria o modelo ideal de aprimoramento da Lei de Lavagem de Capitais e como permitir que se chegue a uma construção legislativa que assegure tanto as garantias do direito de defesa e a manutenção das prerrogativas profissionais com a necessária contemplação dos profissionais de advocacia que praticam ilícitos na Lei de Lavagem de Capitais.

3.1.1. Afinal, reconhece-se que há, na legislação hoje existente, falhas importantes que precisam de aprimoramento, dentre as quais se insere a própria incerteza quanto ao dever de informação dos advogados a respeito do recebimento de recursos por serviços prestados: este autor, como preconizado anteriormente, defende que o recebimento de honorários quando não há contraprestação configura espécie de ilícito – ainda que no campo exclusivamente civil –, contudo, mesma defesa não se faz a respeito da forma como se propõe a solução para este problema.

3.2. Ao mesmo tempo em que há uma preocupação sobre qual seria a legislação ideal, tem-se também a necessidade de se realizar estudos mais acurados sobre os fundamentos utilizados pela jurisprudência para acatar ou refutar a aplicação da Lei nº 9.613/98 para a prática de lavagem de capitais por advogados mediante a sua atividade profissional. O intuito deste estudo secundário estaria em verificar se há efetividade uma lacuna legislativa que justificasse a apresentação das proposições selecionadas – ou se, ao contrário, corroborando o que já se propôs neste trabalho, as alegações de deficiência normativa não passam de mero artifício retórico para emplacar uma finalidade secundária da proposição a ser criada.

3.3. Por fim, seria relevante, para fins de consolidação da doutrina sobre o tema, a realização de estudos mais abrangentes – não se limitando à Lavagem de Capitais – sobre a utilização ou não da metodologia da Legística em outras proposições que também busquem ampliar a responsabilização criminal do advogado por seus atos ou pelo uso “indevido” de sua atividade profissional.

Referências Bibliográficas

- ABEL SOUTO, Miguel. Las reformas penales de 2015 sobre el blanqueo de dinero. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)**, n. 19, v. 31, 2017, pp. 1-35.
- ACHIM, Monica Violeta e BORLEA, Sorin Nicolae. **Economic and financial crime: corruption, shadow economy and money laundering**. Springer: [s.l.], 2020.
- AMBOS, Kai. Bien jurídico y Harm Principle: bases teóricas para determinar la “función global” del Derecho Penal Internacional: una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, v. 3, n. 10, pp. 343-378, julho/2013.
- AMES, Barry. **Os entraves da democracia no Brasil**. São Paulo: Editora FGV, 2003.
- AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **A dinâmica decisória no processo legislativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.
- ANDRADE, André Lozano. Populismo penal: o uso do medo para recrudescimento penal. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 202 p., 2019.
- ANSTED, Nich e O’LOUGHLIN, Ben. Social Media Analysis and Public Opinion: The 2010 UK General Election. **Journal of Computer-Mediated Communication**, v. 20, n. 2, p. 204-220, março/2015.
- ANUNCIACÃO, Diana; TRAD, Leny Alves Bonfim e FERREIRA, Tiago. “Mão na cabeça!”: abordagem policial, racismo e violência estrutural entre jovens negros de três capitais do Nordeste. **Saúde Soc.** São Paulo, v. 29, n. 1, p. 01-13, 2020.
- ASCENSÃO, J. Oliveira. Repressão da Lavagem de Dinheiro em Portugal. **Revista da EMERJ**, v.6, n. 22, 2003, pp. 37-57.
- ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **Processo Legislativo e Orçamento Público: função de controle do Parlamento**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madri: Civitas, 1997.
- AUGRAS, Monique. **À procura do conceito de opinião pública**. In: AUGRAS, Monique. A teoria. Rio de janeiro: Vozes, 1980. p. 11-24.
- BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel. **Manual de Derecho Penal**. Parte Especial. Editora Ceura: Madrid, 1987.

BARATA, Francesc. Los mass media y el pensamiento criminológico, “in” BERGALLI, Roberto. (Coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. Tirant lo Blanch: Valencia, 2003. p. 487-516.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1999.

BARTH, Fernanda. Mídia, política e pesquisas de opinião pública. **Revista Debates**, Porto Alegre, v.1, n.1, pp. 26-48, jul.-dez. 2007.

BARRO, Gabriela de. Como o caso Escola Base enterrou socialmente os envolvidos. **Canal Ciências Criminais**. Publicado em 18 de maio de 2018, às 20h21. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/caso-escola-base/>>. Acesso em 30 out. 2021, às 15h22.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. **Biblioteca On-Line de Ciências da Comunicação**. Irregular. pp. 01-20. 2003. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em 14 out. 2021, às 21h43min.

BAUMGARTNER, Frank R. e JONES, Bryan D. **Agendas and instability in America Politics**. 2a edição. Chicago: University of Chicago Press, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: EDIPRO, 2017.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico penal no direito penal atual. **Revista Liberdades**, São Paulo: IBCCRIM, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009.

BECK, Ulrich. **Risk Society: towards a new modernity**. Londres: SAGE Publications Ltda, 1992.

BERGER, Peter Ludwig e LUCKMANN, Thomas. **The social construction of reality: a treatise in the sociology of knowledge**. London: Penguin Books, 1991.

BERNABEL, Rodolpho Talaisys e MIGNOZETTI, Umberto Guarnier. Grupos de interesse, preferências dos parlamentares e pressão midiática: um modelo formal para o Legislativo sob a influência de grupos de interesse e da mídia. **Paraná Eleitoral**, v. 1, n. 2, p. 147-159, 2012.

BERRUEZO, Rafael. **Derecho Penal Económico**. “in” BERRUEZO, Rafael et al. Derecho Penal Económico. Montevidéo: B de F, 2010. p. 01-76.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BIRKLAND, Thomas A. et al. During disaster: refining the concept of focusing events to better explain long-duration crises. **International Review of Public Policy**, v. 3, n. 1, pp. 05-21, 2021.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitals**. Navarra: Arazandi, 2002.

BONACCORSI, Daniela Villani. **Lavagem de dinheiro e imputação: seus limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BONFIM, Edilson Mougenot, BONFIM, Marcia. M.M. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BORDIEU, Pierre. **Language and Symbolic Power**. Cambridge: Polity Press, 1991.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: um panorama legislativo internacional. Publicação Eletrônica. **Portal Conjur**. Publicada em 28 de setembro de 2020, às 08h. Disponível em: <[BRAGA, Andrea da Costa. O recebimento de honorários advocatícios maculados e o direito ao livre exercício de profissão. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 29, n. 124, p. 13-33, mar./abr. 2021. p. 14-15.](https://www.conjur.com.br/2020-set-28/direito-defesalavagem-dinheiro-panorama-legislativo-internacional#:~:text=O%20legislador%20argentino%20prev%C3%AA%20pena,o%20autor%20for%20funcion%C3%A1rio%20p%C3%ABablico.> . Acesso em 01 nov. 2011, às 11h17.</p></div><div data-bbox=)

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **Fenômeno da lavagem de dinheiro e bem jurídico protegido**. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 291/2003. Altera o art. 41 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 e o artigo 7º, inciso III da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105934>>. Acesso em 02 fev. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 442/2019. Altera a Lei 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191114>>. Acesso em 06 mar. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 1.195/2019. Altera o §2º do artigo 105 da Lei 13.105 de 16 de março de 2015; altera e acresce dispositivos à

Lei 8.906, de 04 de julho de 1994.. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2193320>>
 . Acesso em 02 mar. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Justificativa ao Projeto de Lei nº 3.787/2019. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro), para incluir no rol de seu art. 9º os prestadores de serviços de advocacia, bem como altera o Código Penal, introduzindo o § 3º-A em seu art. 180, e altera o Código de Processo Penal, introduzindo o § 3º em seu art. 330. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2209991>>
 . Acesso em 04 mar. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados.** Justificativa ao Projeto de Lei nº 4.341/2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553838>>
 Acesso em 05 mar. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados.** Justificativa ao Projeto de Lei nº 5.060/2020. Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que “Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. ”. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2264877>>
 . Acesso em 04 mar. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados.** Justificativa ao Projeto de Lei nº 5.668/2016. Acrescenta artigo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, obrigando a comprovação da origem lícita de valores pagos a título de honorários advocatícios, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2089326>>
 . Acesso em 05 mar. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados.** Justificativa ao Projeto de Lei nº 6.051/2019. Estabelece como medida de prevenção e repressão à "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, a obrigatoriedade do advogado comprovar o recebimento de recurso lícito à título de honorários advocatícios e dá outras providências.. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229840>>
 . Acesso em 02 mar. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados.** Parecer da Comissão de Constituição e Justiça ao Projeto de Lei nº 442/2019. Parecer do Relator, Dep. Fábio Trad (PSD-MS), pela inconstitucionalidade, injuridicidade, má técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição.

Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2222621>>. Acesso em 06 mar. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados.** Parecer da Comissão de Constituição e Justiça ao Projeto de Lei nº 1.065/2019. Parecer do Relator, Dep. Fábio Trad (PSD-MS), pela inconstitucionalidade, injuridicidade e má técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição deste e dos Projetos de Lei nºs 1.194/2019, 1.195/2019 e 3.787/2019, apensados.. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2225216>>. Acesso em 07 mar. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados.** Projeto de Lei nº 1.194/2019. Inclui, no crime de receptação qualificada, o exercício de atividade profissional; bem como insere as pessoas físicas ou jurídicas que promovam postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário, bem como as que exerçam as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, no rol do art. 9º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro). Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2193319>>. Acesso em 02 mar. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados.** Projeto de Lei nº 1.195/2019. Altera o §2º do artigo 105 da Lei 13.105 de 16 de março de 2015; altera e acresce dispositivos à Lei 8.906, de 04 de julho de 1994.. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2193320>>. Acesso em 02 mar. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados.** Projeto de Lei nº 3.787/2019. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro), para incluir no rol de seu art. 9º os prestadores de serviços de advocacia, bem como altera o Código Penal, introduzindo o § 3º-A em seu art. 180, e altera o Código de Processo Penal, introduzindo o § 3º em seu art. 330. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2209991>>. Acesso em 04 mar. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados.** Projeto de Lei nº 4.341/2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553838>>. Acesso em 05 mar. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados.** Projeto de Lei nº 5.124/2020. Dispõe sobre o dever do advogado e de seu cliente quanto à declaração de origem lícita dos valores utilizados para o pagamento de honorários advocatícios e da fiança na persecução penal, e sobre os mecanismos de controle de cumprimento de tal dever, alterando o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, e a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.". Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2265093>>
. Acesso em 07 mar. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 5.668/2016. Acrescenta artigo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, obrigando a comprovação da origem lícita de valores pagos a título de honorários advocatícios, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2089326>>
. Acesso em 05 mar. 2022.

_____. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 6.051/2019. Estabelece como medida de prevenção e repressão à "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, a obrigatoriedade do advogado comprovar o recebimento de recurso lícito à título de honorários advocatícios e dá outras providências.. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229840>>
. Acesso em 02 mar. 2022.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

_____. **Senado Federal**. Projeto de Lei nº 209, de 29 de maio de 2003. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, objetivando tornar mais eficiente a perseguição penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3691278&ts=1630434951159&disposition=inline>>. Acesso em 31 out. 2021, às 23h43.

_____. **Senado Federal**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 500/2015. Altera a Lei nº 8.479, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei do Colarinho Branco), para determinar que, em ações de improbidade administrativa e ações penais por crimes contra a administração pública e o sistema financeiro, o réu comprove a origem lícita dos recursos utilizados no pagamento de honorários advocatícios. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122511>>. Acesso em 01 mar. 2022.

_____. **Senado Federal**. Justificativa ao Projeto de Lei nº 4.516/2020. “Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para sujeitar as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços de advocacia ou de consultoria jurídica ao mecanismo de controle e prevenção à lavagem de dinheiro.”. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144619>>. Acesso em 04 mar. 2022.

_____. **Senado Federal**. Projeto de Lei nº 500/2015. Altera a Lei nº 8.479, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei do Colarinho Branco), para determinar que, em ações de improbidade administrativa e ações penais por crimes contra a administração pública e o sistema financeiro, o réu comprove

a origem lícita dos recursos utilizados no pagamento de honorários advocatícios. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122511>>. Acesso em 01 mar. 2022.

_____. **Senado Federal**. Projeto de Lei nº 4.516/2020. “Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para sujeitar as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços de advocacia ou de consultoria jurídica ao mecanismo de controle e prevenção à lavagem de dinheiro.”. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144619>>. Acesso em 04 mar. 2022.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF nº395/DF. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Interessado: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de junho de 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 152.752/PR. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 04 de abril de 2018.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Sentido y Función del Sistema de Derecho Penal. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima, n. 14, p. 53-61, 2004.

CAGGIANO, Monica Herman. **A crise da lei, a ciência da legislação – Legística**. “In” BARBOSA, Maria Nazaré Lins; MARINS, Camila Morais Cajaiba Garcez; PIRES, Ieda Maria Ferreira. Legística: estudos em homenagem ao professor Carlos Blanco de Moraes. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios**. 4a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CALLEGARI, André Luis e ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do risco e direito penal. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano 11, n. 26, p. 115-140, jan./jun. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Perfil do parlamentar Rubens Bueno. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/deputados/73466>>. Acesso em 20 mar. 2022

CAMPOS, Carla Leila Oliveira. Crimes e punições: representações da criminalidade e do papel do Estado em seu combate na mídia impressa brasileira. **Revista Línguas & Letras**, v. 16, n. 32, pp. 165-185, 2015.

CAMPOS, Jonas. “Impunidade clássica”, diz promotor no RS sobre criminosos reincidentes. **Portal G1 – Rio Grande do Sul**. Publicação em 05 set. 2016 às 13h43. Atualizada em 06 set. 2016 às 06h46. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/09/impunidade-classica-diz-promotor-no-rs-sobre-criminosos-reincidentes.html>>. Acesso em 24 set 2021, às 19h38.

CAMPOS, Marcelo da Silva. **Crime e Congresso Nacional: uma análise da Política Criminal aprovada de 1989 a 2006**. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

CARDOSO, Ivelise de Almeida. Propagação e influência de pós-verdade e fake news na opinião pública. 2019. 139 f. **Dissertação** (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências da Comunicação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Leme: EDIJUR, 2017.

CARRARD, Liliana. **O princípio da insignificância e a mínima intervenção penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 130 p., 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica Legislativa: Legística Formal**. 6ª edição. Belo Horizonte: DelRey, 2014.

CASARA, Rubens R.R. **Processo Penal do Espetáculo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. **Controle jurisdicional do processo legislativo: natureza e limitações do Mandado de Segurança**. Curitiba: Juruá, 2016.

CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. 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.

CIFALI, Ana Cláudia. **A política criminal brasileira no Governo Lula (2003-2010): diretrizes, reformas legais e o impacto carcerário**. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, Vol. 3, pp. 1-44, Oct. 1960

COM reeleição abaixo de 50%, Câmara terá renovação recorde. **Folha de S. Paulo**. Publicada em 09 de outubro de 2018, às 02h. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/com-reeleicao-abaixo-de-50-camara-tera-renovacao-recorde.shtml>>. Acesso em 19 out. 2021, às 18h35.

CONDUÇÕES coercitivas crescem 304% pós-Lava Jato. **Jornal do Comércio**, 02 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/07/politica/571434-conducoes-coercitivas-crescem-304-pos-lava-jato.html>. Acesso em 31 out. 2021, às 19h47.

CONGRESSO tem 91 parlamentares candidatos a prefeito. **Portal R7**. Publicada em 03 de agosto de 2012, às 10h40. Atualizada em 03 de agosto de 2012, às 10h46. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/eleicoes-2012/noticias/congresso-tem-91-parlamentares-candidatos-a-prefeito-2/>>. Acesso em 01 nov. 2021, às 09h11.

CONSERINO, Cassio Roberto. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2011.

CORNER, John. **Theorising media: power, form and subjectivity**. Manchester: Manchester University Press, 2011.

COSTA, Lucas Kaiser. Mídia, Estado Democrático de Direito e Construção da Memória. **Derecho y Cambio Social**, ano 11, n. 35, p. 01-30, 2014.

CPMI tentou investigar relações de Cachoeira com políticos e empreiteiras. **Portal da Câmara dos Deputados**. Publicada em 26 de dezembro de 2012, às 16h02. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/393248-cpmi-tentou-investigar-relacoes-de-cachoeira-com-politicos-e-empresiteiras/>>. Acesso em 01 nov. 2021, às 09h44.

CYRUL, Wojciech. **Lawmaking: between discourse and legal text**. “in” WINTGENS, Luc J. (Ed.). *Legislation in context: essays in Legisprudence*. Ashgate: Farnham (Reino Unido), 2007. p.43-54.

CRUZ AMORÓS, Miguel. El intercambio de información y el Fraude Fiscal. **Revista de Economía**, n. 825, pp. 173-188, 2005.

D’AVILA, Fabio Roberto. Desafios do Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico no Direito Penal Contemporâneo. **Revista Científica do ISCTAC**, v. 1, n. 1, p. 05-25, 2013.

DAVIN, João. **Direito Penal Econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann**. Editora LiberArs: São Paulo, 2013.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 2007.

DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de Capitais e Sistemas Penais: contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

DIAS SANTOS, Caio César. Branqueamento de capitais e/ou lavagem de dinheiro? - Uma análise crítica do modelo de incriminação internacional e a sua respectiva projeção no cenário luso-brasileiro. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra. Coimbra (Portugal), 143 p., 2019. p. 295.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luís. **A Racionalidade das leis penais: teoria e prática**. São Paulo: RT, 2005.

DINIZ, Simone. Interações entre os Poderes Executivo e Legislativo no processo decisório: avaliando sucesso e fracasso presidencial. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, v. 48, n. 1, p. 333-369, 2005

DISSIMULAR. *In: Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa – Michaelis*. s/d. Página eletrônica. Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/dissimular/>>. Acesso em 12 abr. 2022.

DOOB, Anthony N. e ROBERTS, Julian V. Social psychology, social attitudes and attitudes towards sentencing. **Canadian Journal of Behavioural Science**, v. 16, n. 4, p. 269-280, 1984.

ELFORD, Gildeon. Freedom of expression and social coercion. **Legal Theory**, v. 27, n. 2, p. 149-175, 2021.

ESSADO, Tiago. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. Porto Alegre: safE, 2008.

ESTELLITA, Heloisa. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 1, pp. 01-13.

_____. 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

FERNANDES, Fernando Andrade. Lavagem de dinheiro: a questão do fato penalmente relevante antecedente. **Ars Iuris Salmanticensis**, v. 02, p. 107-136, junho/2014.

FERRARI, Bárbara Dorati. Branqueamento de capitais e advocacia: os deveres de *compliance* e a responsabilização por seu descumprimento. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 81, jul./set. 2021, p. 69-102. p. 96-97.

_____. O recebimento de honorários maculados e o branqueamento de capitais. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 82, out./dez. 2021, p. 19-46. p. 24-25.

FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal. 2016. 182 f. **Tese** (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

FINKEL, Andrew. Using old media to capture new in Turkey. “in” SCHIFFRIN, Anya (Ed). **Media capture: how money, digital platforms and governments control the news**. New York: Columbia University Press, 2021. p. 141-159.

FISCHER, Douglas. Crimes eleitorais e os eventualmente conexos diante do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande Do Sul**, v. 24, n. 46, p. 95-130, jan./jun. 2019.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e Criminalidade dos Poderosos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 102-136, jul./set. 2000.

FREIBERG, Arie. The Four Pillars of Justice: A Review Essay. **Australian and New Zealand Journal of Criminology**, v. 36, n. 2, p. 223-230, 2003.

FUENTES OSÓRIO, Juan L.. Los Medios de Comunicación y el Derecho Penal *apud* LEITE, Corália Thalita Viana Almeida. Memória, mídia e pensamento criminológico: enfoque em casos brasileiros (1988-2016). 2017. 324 f. **Tese** (Doutorado) – Programa de

Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade, Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Vitória da Conquista, 2017.

GARCIA, Emerson. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 79, p. 39-56. jan./mar. 2021.

GARLAND, David. **The culture of control: crime and social order in contemporary society**. Chicago: University of Chicago Press, 2011.

GAZOTO, Luis Wanderley. Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. **Tese** (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 377 p., 2010.

GELAPE, Lucas; MORENO, Ana Carolina e CAESAR, Gabriela. Número de policiais e militares no Legislativo é quatro vezes maior do que o de 2014. **Portal G1 – Eleições 2018 – Eleição em números**. Publicação em 08 out. 2018, às 14h07. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/08/numero-de-policiais-e-militares-no-legislativo-e-quatro-vezes-maior-do-que-o-de-2014.ghtml>>. Acesso em 24 set. 2021, às 19h50.

GILSON, Ronald. Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 94, n. 2, pp. 239-313, Dec. 1984

GLASSNER, Berry. **The culture of fear: why Americans are afraid of the wrong things**. New York: Basic Books, 2010.

GLESS, Sabine. Policiamento punitivo: em defesa dos verdadeiros positivos. Tradução de Heloísa Estellita e Miguel Lima Carneiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 1, p. 01-08, 2020. p. 02-03.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. **Populismo Penal Midiático - Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico**. São Paulo: Saraiva. 2012.

GOMES, Luiz Flavio e GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo Penal Legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massas**. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Comentário ao artigo 133 da Constituição Federal de 1988. “in” MORAES, Alexandre de et al. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GRANDIS, Rodrigo de. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. *In*: CARLI, Carla. Veríssimo de (Org). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 2ª edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

_____. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

GRECO, Luís. **Cumplicidade através de Ações Neutras: A imputação objetiva na participação**, Ed. Renovar, 2004.

GREEN, David A. **When Children Kill Children: penal populism and political culture**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HABERMAS, Jurgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. São Paulo: EDUSP, 1971.

HASSEMER, Winfried. **La omnipresente violência. Estudios Penales y Criminológicos**. Santiago de Compostela: Universidade, XV, 1990-1991.

_____. The Harm Principle and the Protection of Legal Goods (Rechtsgüterschutz): a German Perspective. "In" SIMESTER, AP, BOIS-PEDAIN, Antje du e NEUMANN, Ulfrid. **Liberal Criminal Theory: essays for Andreas von Hirsch**. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014. p. 187-204.

HELMKE, Gretchen e LEVISTKY, Steven. Informal Institutions and Comparative Politics: a Research Agenda. **Perspectives on Politics**, v. 2, n.4, p. 725-740, dez./2004.

HJARVARD, Stig. Mídiação: teorizando a mídia como agente de mudança social e cultural. **MATRIZES**, v. 05, n. 02, p. 53-91, jan./jul. 2012.

HUCKFELDT, Robert et al. Political Environments, Cohesive Social Groups, and the Communication of Public Opinion. **American Journal of Political Science**, v. 39, n. 4, p. 1025-1054, 1995.

HUFFINGTON, Clare; BRUNNING, Halina. **Internal consultancy in the public sector: case studies**. London: Karnac Books, 1994.

INDERMAUR, David. Dealing the public in: challenger for a transparent and accountable sentencing policy. "in" FREIBERG, Arie e GELB, Karen (Org). **Penal Populism, sentencing councils and sentencing policy**. Nova York: Routledge, 2013. pp. 45-67.

ISHIDA, Válder Kenji. **Bem jurídico penal moderno**. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2021.

JACONDINO, Eduardo Nunes e ESLABÃO, Daniel da Rosa. Ulrich Beck e o paradigma sociológico do risco. **Estudos Sociológicos**, v. 20, n. 38, p. 129-143, jan./jun. 2015. p. 137-138.

JAKOBS, Gunther. **Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JUSTIÇA autoriza condução coercitiva de Lula e Okamoto para prestar depoimento. **Portal R7**, 04 de março de 2016. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/justica-autoriza-conducao-coercitiva-de-lula-e-okamoto-para-prestar-depoimento-22082021>>. Acesso em 31 out. 2021, às 19h47.

KAITEL, Cristiane Silva e PRETE, Esther Kulkamp Eyng. **Bases teóricas da legística: a jurisprudência**. "in" SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva e

PRETE, Esther Kùlkamp Eyng (Org). Estudos em Legística. Florianópolis: Editora Tribo Ilha, 2019. pp. 58-92.

KATZ, Elihu. The two-step flow of communication: an up-to-date report on an hypothesis. **The Public Opinion Quarterly**, v. 21, n. 1, pp. 61-78, 1957.

KELLNER, Douglas. **A cultura da mídia**. Bauru, SP: EDUSC, 2001.

KINGDOM, John W. **Agendas, Alternatives and Public Policies**. 2a edição. Nova York: Longman, 2003.

LAGE, Nilson. **Controle da opinião pública: um ensaio sobre a verdade conveniente**. Petrópolis: Vozes, 1998.

LANDROVE DIAZ, Gerardo. **El nuevo derecho Penal**, Madrid: Tirant le Blanch, 2010.

LE MOS, Cláudia R. F. A derrubada da PEC 37, as manifestações de junho de 2013 e as ações de comunicação do Ministério Público. **Anais do VI Congresso COMPOLÍTICA**, PUC-RIO, p. 01-25, 2015.

LIPPMANN, Walter. **Public Opinion**. New York: Free Press, 1997.

LIRA, Rafael de Souza. **Mídia Sensacionalista: o segredo de justiça como regra**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas: Russell, 2003. v. 1.

LOPES, Victor Hugo Gomes. Desempenho e avaliação de impacto legislativo na Assembleia Legislativa do estado de Goiás (2014-2019). 2020. 189 f. **Dissertação** (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2020.

LOPES JR, Aury, **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas: (Des)velando o risco e o tempo no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

LOSEKANN, Cristiana. A esfera pública habermasiana, seus principais críticos e as possibilidades do uso deste conceito no contexto brasileiro. **Pensamento Plural**, Pelotas, v. 04, pp. 37-57, jan./jun. 2009.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. A teoria dos bens jurídico-penais e o Direito Penal Moderno: uma releitura a partir dos Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 2, p. 166-179, jul.-dez. 2016.

MADER, Luzius. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. **Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação**, Oeiras, Portugal, n. 1, p. 39-49, abr.-jun. 1991.

_____. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, Volume 22, nº 2, 2001, p. 119-131.

_____. Legislação e Jurisprudência. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 9. Belo Horizonte, jan-dez. 2007, p. 193-206.

MAGALHÃES, Vlamir. Breves notas sobre lavagem de dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, p. 164- 186, jan. - abr. 2014.

MALARÉE, Hernán H. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal**. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1992.

MARCHESAN, Ricardo, KAORU, Thâmara e SOUZA, Nivaldo. Papelão, ácido cancerígeno, exagero da PF: você entendeu a Carne Fraca? **Portal UOL**. Publicação em 25 de março de 2017, às 04h00. Disponível em: < <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/03/25/papelao-acido-cancerigeno-exagero-da-pf-voce-entendeu-a-carne-fraca.htm>>. Acesso em 21 out. 2021, às 17h14.

MARTÍNEZ BUJÁN-PEREZ, Carlos. Instrumentos jurídicos frente a la globalización de los mercados: em el ejemplo del blanqueo de capitales. “In”: ZUÑICA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DÍAZ-SANTOS, Maria Rosário Diego (Coord.). **El derecho Penal ante la globalización**. Adri: Colex, 2002.

MAYOR, Pedro Juan. Concepcion criminológica de la criminalidade organizada contemporanea. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 25, p. 216-225, jan./mar. 1999.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

MENEGUIN, Fernando. **Avaliação de impacto legislativo no Brasil**. Textos para discussão n. 20. Brasília, Senado Federal, 2010.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases de del Derecho Penal: concepto y método**. Boscit: Barcelona, 1975

MIRANDA S. FILHO, Acacio. A comunicação em massa, a construção da realidade e a criminalização da advocacia. São Paulo: **Revista de Direito e Política, Volume 25, Ano XXII – Estudos em Homenagem à Marielle Franco**, 2020.

_____. “*A recente reforma legislativa operada à :ei 9.612/98: Tendência Expansionista e as suas Influências*” [HTTP://WWW.REVISTASELETRONICAS.FMU.BR/INDEX.PHP/FMUD/ARTICLE/VIEW/686](http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/fmud/article/view/686) .

_____. Criminalidade Organizada Transnacional “In” MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, Reinaldo. **Crime Organizado**. São Paulo: Almedina, 2020.

_____. **Código Penal Comentado**. 3.Ed. Barueri: Manole, 2020.

_____. Direito Penal e Opinião Pública: do Populismo ao Inflacionamento. “In” PECEGO, Antônio José F.de S. **Direito 4.0: O Saber Não Ocupa Espaço**. São Paulo: Almedina, 2020.

_____. Expansão do Elemento Subjetivo do Crime de Lavagem de Capitais “In” MENTOR, Diogo, RODRIGUES, Marcelo, INCOTT, Paulo. **Direito e Processo Penal Contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2020.

_____. Lavagem de Capitais na Era dos Julgamentos Midiáticos: Do Populismo à Expansão e ao Protagonismo. “In” ESPINERA LEMOS, Bruno; GONÇALVES, Carlos Eduardo; QUINTIERA, Victor Minervino. **Comentários Críticos as Recentes Reformas Penais Brasileiras**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

_____. **Lei Antiterror Anotada**. “In” BUSATO, Paulo César. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

_____. Populismo penal y blanqueo de capitales: expansión legislativa y recrudescimiento jurisprudencial em la era de los juicios mediáticos. “In” cresco, Eduardo Demetrio, CORIA, Dino Carlos Caro e BRAVO, María Eugenia Escobar (Eds). **Problemas y retos actuales del Derecho Penal Económico**. Cuenca: Ediciones de la Universidade de Castilla-La Macha, 2020. p. 99-109.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El Populismo Penal: Analisis crítica del Modelo Penal Securitario. **Jueces para la democracia**, s. l., v. 58, p. 43-72, 2007.

MONK-TURNER, Elizabeth et al. The Portrayal of Racial Minorities on Prime Time Television: A Replication of the Mastro and Greenberg Study a Decade Later. **Studies in Popular Culture**, v.32, n. 2, p. 101-114, março/maio 2010.

MORAES, Thiago Perez Bernardes de e MORAES, Suelen Patrícia Alves Maia Peres de. “A penny for your thoughts”. Opinião Pública, Enquadramento Midiático do NYT e Política de Audiência. **Mediação**, Belo Horizonte, v. 18, n. 23, pp. 131-151, jul./dez. 2016.

MORAIS, Carlos Blanco. **Introdução**. In Legística: estudos em homenagem ao professor Carlos Blanco de Moras/coordenadores Maria Nazaré Lins Barbosa, Camila Morais Cajaiba, Garcez Martins, Ieda Maria Ferreira Pires – 1. Ed – São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 19- 35.

_____. **Manual de Legística**. Lisboa: Editora Verbo, 2007.

MORO, Sergio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O processo penal no crime de lavagem. “In” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo e MORO, Sérgio Fernando (Orgs). **Lavagem de Dinheiro – Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas. Homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.

MOURA, Rafael Moraes et al. “Demorou, mas chefe da quadrilha caiu”, diz Rubens Bueno sobre condenação. **O Estado de S. Paulo**. Disponível em

<<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,demorou-mas-chefe-da-quadrilha-cauidiz-rubens-bueno-sobre-condenacao,70001887709>>. Acesso em 16 mar. 2022.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal – Parte Especial**. 21ª edição. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

MUTZ, Diana C. **Impersonal influence: how perceptions of mass collectives affect political attitudes**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

NEGROS são mais abordados e agredidos. **Folha de S; Paulo**. Publicada em 06 de abril de 1997. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff060402.htm>>. Acesso em 27 out. 2021, às 02h29.

NEWBURN, Tim. **Criminology**. 3ª edição. Londres: Routledge, 2013.

NOELLE-NEUMANN, Elizabeth. Public Opinion and Rationality. “in” GLASSER, Theodore Lewis e SALMON, Charles T. (Ed). **Public Opinion and the Communication of Consent**. Nova York: The Guilford Press, 1995.

NOOTEBOOM, Bart. Firm Size Effects on Transaction Costs. **Small Business Economics**, v. 5, n. 4, pp. 283-295, 1993.

NYE JR, Joseph S. **O futuro do Poder**. São Paulo: Benvirá, 2012.

OCULTAR. *In*: **DICIONÁRIO Brasileiro da Língua Portuguesa – Michaelis**. s/d. Página eletrônica. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ocultar/>>. Acesso em 12 abr. 2022.

OLICSHEVIS, Giovana. Mídia e Opinião Pública. **Revista Vernáculo**, n, 17, p. 91-99. 2006.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de Dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

OLIVEIRA, Andrey Rossi; CASTRO, João Vitor Cruz de e ZAGANELLI, Margareth Vetis. O jogo do bicho como infração penal antecedente ao crime de lavagem de dinheiro: considerações acerca das mudanças promovidas pela Lei nº 12.683/2012. **Derecho y Cambio Social**, n. 63, p. 01-32, jan./mar. 2021.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016

OSKAMP, Stuart e SCHULTZ, Wesley. **Attitudes and Opinions**. 3ª edição. Mahwah, Nova Jersey: Pearson Education, 2005.

PAGE, Benjamin I. e SHAPIRO, Robert Y. **The rational public: fifty years of trends in American’s policy preferences**. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes. Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984-1990. **Tese** (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 178 p., 2014.

PEREIRA, Emmanoel Campelo de Souza. **Lavagem de dinheiro e crime organizado transnacional**. São Paulo: LTr, 2016.

PINHO, Débora. O crime que fez mudar a Lei de Crimes Hediondos. **Portal Consultor Jurídico (Conjur)**. Publicada em 09 de julho de 2009, às 08h22. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-jul-09/imagens-historia-crime-fez-mudar-lei-crimes-hediondos>>. Acesso em 31 out. 2021, às 11h32.

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

PIZARRO, David et al. Ripple effects in memory: judgements of moral blame can distort memory for events. **Memory and Cognition**, v. 34, p. 550-555, 2006.

PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, nº 24, ano 6, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Bens Jurídicos Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, n. 860, p. 433-455, jun. 2007.

PRATT, John. **Penal Populism**. Londres: Routledge, 2007.

PRATT, John e MIAO, Michelle. Risk, Populism and Criminal Law. **New Criminal Law Review**, v. 4, n. 22, pp. 391-433, 2019.

RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. 2ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999. pp. 44-46.

RAMOS, Marcelo Butelli e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Os sentidos do Populismo Penal: uma análise para além da condenação ética. **DELICTAE**, v. 2, n. 3, p. 248-298, Jul.-Dez. 2017.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Manole, 2013.

RECEBER. *In*: **DICIONÁRIO Brasileiro da Língua Portuguesa – Michaelis**. s/d. Página eletrônica. Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/receber/>>. Acesso em 12 abr. 2022.

REITOR da UFSC é preso em operação que apura desvio de verba em cursos. **Folha de S. Paulo**, 14 de setembro de 2017, às 07h14. Atualizada em 06 de outubro de 2017, às

19h03. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2017/09/1918349-pf-faz-operacao-contradesvios-de-recursos-na-ufsc.shtml>>. Acesso em 31 de outubro de 2021, às 19h42.

REZENDE, Bruno Tizt de. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROBERTS, Julian V et al. **Penal Populism and public opinion: lessons from five countries**. Oxford (UK): Oxford University Press, 2003.

ROCHA NETO, Tapir Tabajara Canto da Rocha. Lavagem de dinheiro: a tutela penal sobre a transparência da ordem econômica. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. São Paulo, 134 p., 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.). **Advocacia de interesse público no Brasil: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013.

RONDON FILHO, Edson Benedito. Polícia e minorias: estigmatização, desvio e discriminação. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 6, n. 2, p. 269-293, abril/junho 2013.

ROSO, Adriane et al. Cultura e ideologia: a mídia revelando estereótipos raciais de gênero. **Psicologia & Sociedade**, v. 14, n. 2, p. 74-94, jul./dez. 2002.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Advocacia e Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010

_____. Alterações na lei de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos. **Boletim IBCCRIM**, número 237, agosto/2012. Publicação Eletrônica.

SALMON, Charles T. e OSHAGAN, Hayg. Community Size, Perceptions of Majority Opinion and Opinion Expression. **Public Relations Research Annual**, v. 2, n. 01-04, p. 157-171, 1990.

SANTOS, José Carlos Rodrigues. **Da advocacia frente ao branqueamento de capitais na União Europeia: conflito entre deveres de sigilo e de compliance**. Jundiaí: Paco Editorial, 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6ª edição atualizada e ampliada. Curitiba: ICPC, 2014.

SANTOS SOUZA, Thaís. Violação das garantias processuais brasileiras praticadas pela Mídia: uma análise do caso Escola Base/1994. **Media & Jornalismo**, v. 19, n. 34. p. 269-293.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Brasília (DF), v. 54, n. 214, pp. 113-130, abr./jun. 2017.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 70, pp. 229-268, jan./fev. 2008.

SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Algumas premissas para um devido processo penal. “in” MALAN, Diogo et al (Org.). **Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antônio Magalhães Gomes Filho**. p. 317-348.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. A criminalização da lavagem de dinheiro: críticas penais. **Tese (Doutorado em Direito)** – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

SENADO FEDERAL. **Confira linha do tempo da CPI do Cachoeira e do Conselho de Ética do Senado**. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/agencia/quadros/qd_391.html>. Acesso em 12 mar. 2022.

SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, v. 50, n. 197, jan./mar. 2013, p. 65-74.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Maderson Amorim Dantas da. A mescla de valores de origem lícita e ilícita no crime de lavagem de dinheiro: espaços em branco nos discursos do Supremo Tribunal Federal. 92 f. **Dissertação (Mestrado)** – Programa de Mestrado Interinstitucional em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2020, p. 87-88.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 23-51, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del Derecho Penal**, Madrid: BdeF, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. **O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 173-175.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Cadernos da Escola do legislativo**, Belo Horizonte, v.9, n.14, p. 7-34, jan./dez. 2007. p. 24.

SOARES, Hugo Henry Martins de Assis. **Sobre a (ir)racionalidade decisória: reflexões críticas para uma revalorização do legislar**. “in” SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva e PRETE, Esther Kùlkamp Eying (Org). Estudos em Legística. Florianópolis: Tribo Ilha, 2019. p. 93-120.

SODRÉ, Muniz. A sedução dos fatos violentos. **Discursos sediciosos: crime, direto e sociedade**, Rio de Janeiro, v.1., n.1., p. 207-214, jan./jun. 1996.

SOUZA, Hilda Regina Silveira Albandes de. **Processo Legislativo: linhas jurídicas essenciais**. Porto Alegre: Sulina, 1998

SUTHERLAND, Edwin H. **White Collar Crime**. Em tradução de J.F.Faria Costa e M.Costa Andrade. Criminologia Comparada, v.II, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s.d.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 1, n. 1, dezembro/1992 São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, número especial de lançamento, p. 75-87, dez. 1992.

TAVARES, Juarez e MARTINS, Antonio. **Lavagem de capitais**. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2020.

TEBET, Diogo. Lei de lavagem de dinheiro e a extinção do rol dos crimes antecedentes. **Boletim Ibccrim**, n. 237, agosto de 2012. Publicação eletrônica. p. 02.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRINDADE, João. **Processo Legislativo Constitucional**. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

TRUCCONE, Santiago. Um concepto de daño y sus consecuencias para la parte general del derecho penal. **Política Criminal**, v. 12, n. 24, p. 1184-1210, dez./2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Corte Europeia de Direitos Humanos**. Affaire Michaud v. France (Requête n° 12.323/11). Estrasburgo, 06 de dezembro de 2012. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-corte-europeia-direitos-humanos78.pdf>>. Acesso em 04 abr. 2022.

_____. **Diretiva n° 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/directiva-200560ce-parlamento-europeu.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2022.

_____. **Diretiva n° EU 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=PT>>. Acesso em 04 abr. 2022.

VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. “in” HEFENDEHL, Roland, VON HIRSCH, Andrew e WOHLERS, Wolfgang (Ed). **La teoría del bien jurídico**. Marcial Pons: Madrid, 2016. p. 33-48.

VOßKUHLE, Andreas. **Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

WEBER, Max. **The History of Commercial Partnerships in the Middle Ages**. Tradução e Introdução de Lutz Haelber. Oxford (Reino Unido): Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2003

_____. Sociologia da imprensa: um programa de pesquisa. Tradução do original alemão publicado nos anais do Primeiro Congresso da Associação Alemã de Sociologia em Frankfurt (1910). Rio de Janeiro, **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n° 55-56, 2002, pp. 185-194.

WHARTON, Tim. **Pragmatics and non-verbal communication**. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. **American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, pp. 548-577, Novembro/1981.

WINTGENS, Luc J. **Legisprudence: practical reason in Legislation**. Farnham (Reino Unido): Ashgate, 2012.

ZAHARIADIS, Nikolaos. Setting the agenda on agenda setting: definitions, concepts and controversies. “in” ZAHARIADIS, Nikolaos (Org.). **Handbook of Public Policy Agenda Setting**. Cheltenham: Edward Elgar, 2016. p. 01-22.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos Mortos**, São Paulo: Saraiva, 2012.

ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto (Org.). **Prevención y represión del blanqueo de capitales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

ZOGBI, Paula. Anvisa se posiciona sobre Carne Fraca; ácido ascórbico é permitido. **Portal Infomoney**. Publicação em 23 de março de 2017, às 13h28. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/consumo/anvisa-se-posiciona-sobre-carne-fraca-acido-ascorbico-e-permitido/>>. Acesso em 21 out. 2021, às 17h11

Apêndice 01 – Carta-resposta aos questionamentos feitos na Banca de Qualificação

Questionamento 01: Sobre a escolha do título, qual a pretensão que se teve com a escolha da denominação “criminalização”: criação de crimes, interpretação ampliativa dos tipos penais ou outra opção?

Resposta: Ao escolher o vocábulo “criminalização”, pretendeu-se indicar a ampliação do escopo de incidência do tipo penal de lavagem de capitais para situações fáticas que atualmente não se encontram expressamente previstas na legislação – especificamente, a incidência do tipo penal sobre o recebimento de honorários advocatícios maculados pelos profissionais da advocacia.

Nota-se que o título, pelo recorte feito no trabalho, busca chamar a atenção para o problema jurídico que será potencialmente criado caso aprovadas as proposições ora em curso no Congresso Nacional: ainda que se busque, sob o prisma da finalidade declarada das proposições, atingir apenas os honorários advocatícios comprovadamente maculados, há uma finalidade secundária de atrair a figura do advogado para dentro do escopo de tutela da Lei n° 9.613/98.

Questionamento 02: O projeto apresentado apresenta forte transição entre os planos do ser e do dever ser. Há uma proposta de estudo do direito como ele realmente é para tentar indicar como ele efetivamente deveria ser, resultando em falácia naturalística.

Resposta: Questionamento prejudicado, tendo em vista a alteração da proposta da tese, que deixou de focar uma análise dogmática e/ou de política criminal e passou a analisar a questão sob o prisma legístico.

Questionamento 03: Há afirmações feitas no trabalho que não possuem consistência empírica, tal qual a origem do movimento de recrudescimento do combate à lavagem de capitais na Comissão Parlamentar de Inquérito do Carlinhos Cachoeira e a indicação de que a reforma de 2012 buscava atingir diretamente a advocacia.

Resposta: Foram suprimidas do trabalho afirmações referentes à correlação entre a CPMI do Cachoeira e a reforma ocorrida em 2012 na Lei de Lavagem de Capitais. Foram

adicionadas, onde existentes, referências que corroborem empiricamente as afirmações feitas neste trabalho, suprimindo-se ou alterando-se a redação das passagens onde a afirmação anteriormente feita não se encontrava embasada em dados fáticos.

Questionamento 04: Necessidade de se abordar a forma como os países europeus que determinam o dever de notificação aos advogados tratam a questão dos honorários maculados e o contraste entre o dever de notificação e o sigilo profissional.

Resposta: O tema foi enfrentado no Capítulo 4, subitem “4.4.2.”.

Questionamento 05: Recomendação de análise dos projetos de lei que tratam da questão do recebimento de honorários advocatícios maculados.

Resposta: Recomendação integralmente acatada, passando a constituir o elemento central da tese.

Questionamento 06: Sobre o populismo penal, a doutrina utilizada trata de insegurança sentida pela população, o que não se relaciona diretamente com o delito de lavagem de capitais.

Resposta: Foi optado pela manutenção dos capítulos referentes ao populismo penal, tendo em vista que, como indicado no Capítulo 4, tanto da análise dos projetos de lei como no subitem “4.5.”, assim como na conclusão deste trabalho, os projetos de lei apresentados propõem a criminalização do recebimento de honorários advocatícios maculados como uma consequência do sentimento de insegurança que tem sido causado à população pela suposta falta de punição de profissionais da advocacia que pratiquem ilícitos.

O capítulo introdutório referente ao populismo, assim, presta a realizar a contextualização necessária para que se compreenda os motivos pelos quais a questão é enfrentada em caráter superficial pelo legislador – com a adoção de medidas aparentemente vigorosas, mas de pouca efetividade prática – e com uma finalidade secundária que transcende a própria finalidade primária da norma jurídica, característica típica da produção legislativa populista penal.