

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Proposição n. 49.0000.2019.07857-0

Origem: Comissão Especial de Direito Tributário. Memorando n. 11/2019-GAC. (Doc Juntado: Protocolo n. 49.0000.2020.001378-3. Origem: Ministério da Justiça. Doc Juntado: Protocolo n. 49.0000.2020.008733-3. Origem: Conselheiro Federal Juliano Jose Breda – PR.).

Assunto: Proposta de Provimento. Diretrizes para a comprovação da prestação de serviços jurídicos. Recomendação de cumprimento da Lei n. 9.613/1998. Medidas de prevenção à lavagem de dinheiro para advogados e sociedades de advogados.

Relator: Conselheiro Federal Joaquim Felipe Spadoni (MT).

RELATÓRIO

Trata-se de Proposta de Provimento tendo origem na Comissão Especial de Direito Tributário, com o objetivo inicial de serem estabelecidas diretrizes para comprovação de prestação de serviços jurídicos.

Referida proposição, então sob relatoria do Conselheiro Cabral Santos Gonçalves (TO), teve a sua relevância reconhecida por unanimidade pelo Conselho Pleno do CFOAB, nos termos do art. 79, §1º do Regulamento Geral da OAB, em sessão do dia 19/08/2019.

Em pauta de julgamento no dia 18/11/2019, após leitura do voto e debate em plenário, foi deliberada pela vista coletiva dos autos.

Enquanto o processo aguardava nova inclusão em pauta, foi juntado a estes autos, para deliberação conjunta em razão de conexão, e por determinação do Presidente deste CFOAB Felipe Santa Cruz, o Processo n. 49.0000.2020.01378-3.

Referido procedimento tem origem no Ofício n. 108/2020/CGAI/DRCI/SENAJUS/MJ, de 18 de fevereiro de 2020, do Sr. Coordenador Geral de Articulação Institucional do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça, onde comunica a recomendação da “ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro” ao CFOAB para “*que edite regulamentação aos advogados para o cumprimento das obrigações previstas na Lei 9.613, de 1998, observado o regime de inviolabilidade e o sigilo nas relações entre o advogado e o cliente nos termos da Lei 8.906 de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB)*”.

Desta forma, o objeto da presente Proposição restou ampliada para abranger duas matérias conexas: a primeira, relativa às diretrizes para comprovação da prestação dos serviços jurídicos; e a segunda, relativa à regulamentação dos deveres de comunicação dos advogados na prevenção de crimes de lavagem de dinheiro.

O Conselheiro Federal Juliano Breda, Presidente da Comissão Especial para Análise do Anteprojeto da Reforma da Lei de Lavagem de Dinheiro deste CFOAB, trouxe então aos autos proposta de Provimento abrangendo ambas as matérias, oriunda daquela Comissão, com aprofundada exposição das razões sociais e jurídicas que a motivam.

O processo foi redistribuído para minha relatoria em 02 de março de 2021, sendo incluído na pauta para a presente sessão.

VOTO

São dois os temas objeto de análise na presente proposição que, embora conexos, possibilitam tratamento em separado por este Conselho Pleno.

O primeiro diz respeito à necessidade de fixação de **diretrizes à advocacia para comprovação da prestação de serviços jurídicos**.

A pertinência e relevância do tema já restaram definidas neste processo, por ocasião da sessão realizada ainda em 18/11/2019, estando a questão sob vista coletiva, para debate do texto da regulamentação mais apropriada.

Inicialmente, havia sido apresentada proposta de normatização pela Comissão Especial de Direito Tributário.

Entretanto, com a ampliação do objeto da presente proposição, foi apresentada pelo Conselheiro Federal Juliano Breda minuta de provimento mais ampla, onde esse assunto é tratado no Capítulo I da minuta de provimento.

Tendo os autos vindo à minha relatoria, sugeri inclusões e alterações com o objetivo de melhor aprimoramento do normativo.

Em linhas gerais, neste Capítulo I, a minuta proposta: autoriza expressamente o pagamento dos honorários por terceiro não beneficiário dos serviços jurídicos, desde que assim expressamente previsto e indicado no contrato; esclarece a possibilidade de contratação de mais de um profissional ou escritório para atuação na mesma lide; estabelece a vedação de apresentação de documentos que estejam protegidos pelo sigilo profissional; fixa diretrizes para comprovação da prestação de serviços em casos litigiosos; fixa diretrizes para comprovação da prestação de serviços de consultoria verbal ou escrita; e fixa diretrizes para comprovação de parcerias profissionais decorrentes de orientação ou indicação de cliente a outro advogado ou sociedade de advogados.

Tendo o tema já sido apresentado e debatido por este Conselho, sob a relatoria do Conselheiro que me antecedeu, agora apenas compete a este órgão a análise e eventual aprovação da minuta tal como sugerida.

Já naquilo que diz respeito ao segundo tema, tratado no Capítulo II da minuta proposta, relativo aos **deveres dos advogados e sociedades de advogados de comunicação às autoridades competentes de informações obtidas no exercício profissional, em determinadas operações de clientes, por força da Lei de prevenção**

ao crime de Lavagem de Capitais, imperioso se faz submeter a este Conselho Pleno questão de ordem preliminar ao enfrentamento do mérito da questão.

É que esta matéria já foi enfrentada por este Conselho Federal em 3 outras oportunidades, sendo 2 delas, inclusive, por este Conselho Pleno.

Com efeito, logo após as alterações da Lei 9.613/98 promovidas pela Lei 12.683/2012, ampliando o rol de profissionais sujeitos às regras de prevenção de crimes de Lavagem de Dinheiro, o Órgão Especial deste CFOAB, em processo de Consulta n. 49.0000.2012.006678-6/OEP, sob relatoria da Conselheira Federal Daniela Teixeira, consulta esta formulada pelo então Presidente Ophir Cavalcanti Junior, manifestou-se, por unanimidade, pela inaplicabilidade da Lei de Lavagem de Dinheiro aos serviços advocatícios, com base em parecer da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais e em parecer do jurista Marcio Kayatt. O acórdão restou assim ementado:

EMENTA n. 76/2012/OEP: Lei 12.683/12, que altera a Lei 9.613/98, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Inaplicabilidade aos advogados e sociedades de advogados. Homenagem aos princípios constitucionais que protegem o sigilo profissional e a imprescindibilidade do advogado à Justiça. Lei especial. Estatuto da Ordem (Lei 8.906/94), não pode ser implicitamente revogado por lei que trata genericamente de outras profissões. Advogados e as sociedades de advocacia não devem fazer cadastro no COAF, nem tem o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhes foram entregues no exercício profissional. Obrigações das Seccionais e Comissões de Prerrogativas Nacional e estaduais de amparar os advogados que ilegalmente sejam instados a fazê-los.

A questão foi, em seguida, submetida à apreciação do Conselho Pleno dessa entidade, em sessão realizada em 22 de outubro de 2012, no processo n. 49.0000.2012.010315-1, também de relatoria da Conselheira Federal Daniela Teixeira. E também por unanimidade, foi a seguinte a deliberação deste Conselho Pleno:

EMENTA N. 044 /2012/COP. Papel Institucional da Ordem dos Advogados do Brasil na defesa dos Advogados Brasileiros. Dever de Sigilo que protege os advogados e, principalmente, a sociedade, por ser garantia essencial ao direito de defesa de todos os cidadãos. A democracia requer que o direito de defesa de seus cidadãos seja sempre prestigiado. Dever de sigilo é inerente à profissão de advogado e está resguardado pela Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal, Código de Processo Civil e Estatuto do Advogado, Lei Federal 8.906/94. Cabimento e pertinência de ação direta de inconstitucionalidade para, dando interpretação conforme aos dispositivos da nova Lei de Lavagem, declarar a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que estenda aos advogados as obrigações contidas na Lei 12.683/12 impondo-lhes o dever de delatar seus clientes ou de expor informações que tenha tomado conhecimento no exercício da advocacia judicial, consultiva ou de arbitragem.

Nesta oportunidade, também foi deliberado que deveria a OAB intervir na ADI 4841, proposta pela Confederação Nacional de Profissionais Liberais, que questiona a aplicabilidade da Lei 12.683/2012 aos profissionais liberais que possuem, em seu exercício, o dever de sigilo. A manifestação deveria ser no sentido de arguir a ilegitimidade ativa da CNPL para falar em nome dos advogados, cuja legitimidade é restrita a este Conselho Federal.

Saliento aqui que referida ADI, então de relatoria do Min. Celso de Mello, ainda não foi julgada, tendo sido recentemente redistribuída para o Min. Nunes Marques.

Já na presidência do Eminent Marcus Vinícius Furtado Coelho, a questão foi novamente levada à apreciação do Conselho Pleno.

Nesta oportunidade, os Membros Honorários Vitalícios Marcio Thomaz Bastos, Mario Sergio Duarte Garcia e Ophir Cavalcanti Jr. apresentaram à OAB Nacional sugestão de anteprojeto de provimento, *“com recomendações sobre como a Advocacia deve se preparar para enfrentar os desafios apresentados pela Lei de Lavagem de Capitais”*.

Autuada sob o n. 49.0000.2013.013476-1, após proferido voto pelo relator, o Conselheiro Aldemario Araújo Castro, que acolhia parcialmente e com alterações a proposição feita, e com o voto divergente do Conselheiro Guilherme Batochio, restou deliberada não só a vista coletiva, como também que seriam ouvidas as posições do Colégio de Presidentes da OAB e de entidades representativas da comunidade jurídica nacional sobre a matéria.

O CESA – Centro de Estudos de Sociedades de Advogados aportou aos autos Parecer elaborado pelo jurista Caio Mário da Silva Velloso, com conclusão assim ementada:

“LEI N° 12.683, DE 2012, FACE À CONSTITUIÇÃO E AO ESTATUTO DA ADVOCACIA, LEI 8.906/94: EXTENSÃO AOS ADVOGADOS DO DEVER DE COMUNICAR AOS ÓRGÃOS FISCALIZADORES DE ATOS SUSPEITOS DA PRÁTICA DE LAVAGEM DE DINHEIRO: IMPOSSIBILIDADE, SEJA PORQUE LEI GERAL NÃO DERROGA LEI ESPECIAL, SEJA PORQUE O SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO É UMA DAS VERTENTES DA INVIOLABILIDADE QUE LHE GARANTE A CONSTITUIÇÃO, ARTIGO 133.”

O CESA também fez aportar aos autos Parecer elaborado pelos juristas e seus Diretores Fernando Castelo Branco e Frederico Crissiúma de Figueiredo, onde concluem que *“a elaboração do provimento proposto mostra-se inteiramente desnecessária, uma vez que os advogados não devem se submeter às obrigações previstas nos artigos 10 e 11 da lei n - 9.613/98, pois sua atuação está suficientemente regulamentada pela Constituição Federal e por legislação específica, que impõe o respeito ao sigilo profissional”*.

De igual forma, a AASP – Associação dos Advogados de São Paulo apresentou extenso estudo, firmado pelos juristas Luis Perisse Duarte Jr. e Roberto Timoner, tendo manifestado à OAB que a entidade se posicionou de forma contrária à aprovação do referido provimento.

Por fim, decidiu o Colégio de Presidentes, de forma unânime, “*recomendar que não fosse editado provimento pelo Conselho Federal tratando da matéria, reafirmando as decisões anteriormente proferidas pela Entidade quanto à inaplicabilidade da Lei 9.613/98 à advocacia*”.

Retornando o processo à pauta do Conselho Pleno em 16 de junho de 2015, por unanimidade, restou deliberado pelo “*sobrerestamento da análise da proposição até que ultimado o julgamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal*”.

Pois bem. Diante das deliberações anteriores deste Conselho Pleno sobre a matéria, me parece existir impedimento para que o tema seja, novamente, apreciado em seu mérito, nesse momento.

É que, no meu sentir - embora a Lei 8906/94 ou Regulamento Geral da OAB sejam silentes a respeito - nova deliberação sobre tema já deliberado pelo Conselho Pleno apenas se mostra possível acaso tenham havido modificações relevantes nas circunstâncias jurídicas ou sociais que envolvem a matéria apreciada, e que tenham sido anteriormente objeto de consideração pelo órgão julgador.

Pensar-se de outro modo – de que a matéria poderia ser sempre novamente deliberada, sem que sejam apresentadas modificações relevantes no quadro fático ou jurídico apreciado – traria inegável insegurança jurídica e instabilidade das decisões deste Conselho Pleno, além de poder afetar a credibilidade e prestígio dos posicionamentos oriundos deste órgão.

Nesse sentido, entendo que as deliberações deste Conselho Pleno formam não apenas “coisa julgada administrativa”, mas também, diante da função orientativa à advocacia que seus julgados possuem, representam verdadeiros precedentes dentro do sistema OAB.

E, por isso mesmo, a revisão de uma deliberação já tomada - a superação de um precedente já formado -, só se mostra possível diante da alteração relevante das circunstâncias jurídicas e sociais em que a matéria foi anteriormente enfrentada.

Tendo isto posto, e analisando o presente caso, o que se observa é que, desde a última apreciação da matéria por este órgão, não houve alteração na legislação de regência e também não houve o julgamento da ADI 4148 pelo Supremo Tribunal Federal. De igual modo, as circunstâncias relativas à existência de projetos de Lei pretendendo incluir a advocacia expressamente no rol de profissionais obrigados e vinculados à Lei de Lavagem de Capitais – o que tem sido acompanhado pelas Comissões desta casa, bem como a existência de recomendações de organismos nacionais e internacionais para que a OAB regule a matéria, não se alteraram, vez que elas também já existiam quando das anteriores deliberações, tanto que por elas expressamente consideradas e repelidas.

Dessa forma, não me parecem estar presentes as condições que permitam a este Conselho Pleno deliberar novamente sobre matéria já julgada, realizando verdadeiro *overruling* a respeito da sua posição já anteriormente exposta, razão pela qual, sem avançar sobre qualquer consideração de mérito sobre o conteúdo do provimento, entendo que a proposta de regulamentação apresentada, consubstanciada no Capítulo II da minuta encaminhada, não pode, no presente momento, ser apreciada por este órgão, devendo, por esta razão, ser rejeitada.

Entendo, ainda, ser necessária a juntada destes autos com os autos das proposições 49.0000.2012.010315-1 e 49.0000.2013.013476-1, por tratarem da mesma matéria.

MÉRITO

Superada a preliminar acima colocada, necessário se faz enfrentar o mérito da proposição ora em exame, consistente na edição de provimento que regulamente a sujeição da advocacia aos deveres de identificação e cadastro de clientes, registro de operações, guarda de documentos e comunicação de operações suspeitas às autoridades competentes, na forma prevista pelo art. 9º, parágrafo único, inc. XIV da Lei 9.613/98, constante do Capítulo II da minuta de provimento apresentada.

O tema é árduo e o seu debate encontra ressonância nas principais economias mundiais. A difícil questão que se impõe é a da harmonização entre o dever de combate ao crime e o sigilo profissional inerente à advocacia.

No entanto, como ele já foi amplamente exposto e debatido por este Conselho Pleno nas proposições anteriores já mencionadas, limitar-me-ei a expor as razões que formam o meu convencimento no presente caso, do modo mais sucinto e objetivo possível.

Como muito bem exposto por Fabio Roberto Barros Mello, em estudo de direito comparado sobre o tema, “é verdade que nenhuma categoria profissional pode estar à margem da lei e gozar de prerrogativas absolutas, estando completamente livre para exercer as atividades a ela relacionadas, ultrapassando os limites da legalidade. Profissões são concebidas e regulamentadas pelo Poder Público para servir à sociedade e não se mostra aceitável que atuem contra ela ou em sentido oposto ao anseio coletivo de que toda espécie de delito seja combatida. Todavia, é igualmente verdadeira a idéia de que não se podem impor restrições que inviabilizem o exercício de alguma profissão, a ponto de anular completamente os pilares em que ela está amparada”.¹

Neste aspecto, destaco que a advocacia, além de ser reconhecidamente função essencial do sistema de justiça brasileiro, se baseia nos valores da lealdade para com o cliente, independência de atuação e confidencialidade, tal como previsto nos artigos 2º e 7º da Lei 8.906/94. E assim o é porque ela, a advocacia, é o

¹ MELLO, Fabio Roberto Barros. A experiência canadense. In *Exercício da Advocacia e Lavagem de Capitais*, org. ESTELLITA, Heloísa. Editora FGV, 2017, p. 107.

instrumento pelo qual a **ampla defesa**, garantia constitucional, se concretiza no mundo fático.

E não há como se falar em exercício adequado, pelo cidadão e cliente, do “direito à adequada orientação jurídica”, consectário da ampla defesa, sem que o advogado por ele escolhido esteja desvinculado e livre de quaisquer amarras ou vinculações ao Estado; sem que haja estrita confiança que o advogado defenderá os direitos e interesses de seu cliente e apenas de seu cliente; e de que toda e qualquer informação que seja repassada ao advogado pelo cliente não será revelada pelo advogado, sob qualquer circunstância, em prejuízo do próprio cliente.

Mas o efeito da sujeição da advocacia às regras dispostas no art. 9º, parágrafo único, inc. XIV da Lei 9.613/98 é justamente o de abalar estes pilares sobre os quais ela está solidamente amparada no sistema jurídico brasileiro.

Referida sujeição tem o potencial de transformar os advogados em agentes do Estado, colocando em risco a sua liberdade de atuação e a liberdade de seus clientes,² transforma a consulta a um advogado numa possível confissão a um futuro delator,³ além de estabelecer potencial e constante conflito de interesses entre o advogado e o cliente, limitando o acesso deste à defesa de seus interesses e a uma advocacia livre e isenta.

Diante dessas sucintas razões, aliadas aos valorosos pareceres já proferidos nas proposições anteriores, não tenho dúvidas de que a OAB não deve editar provimento que signifique ou implique na sujeição da advocacia às obrigações de comunicação de operações suspeitas, registro de operações e guarda de documentos dispostas no art. 9º, parágrafo único, inc. XIV da Lei 9.613/98, na medida em que isso representaria a aceitação, por esta entidade, da mitigação dos princípios constitucionais da ampla defesa, da vedação da autoincriminação e da liberdade e intimidade do cliente.

Por outro lado, as recomendações do GAFI 22 e 23, que repercutiram na legislação brasileira ampliando o rol das pessoas sujeitas aos mecanismos de controle de capitais, pretendem fazer atingir a advocacia em razão da constatação de que os serviços de advogados ou são necessários para a realização das operações controladas pela lei, ou o acesso a ferramentas legais é essencial para sua efetivação⁴.

E a esta constatação fática não pode a Ordem dos Advogados do Brasil, realmente, fechar os olhos.

Por isso, é imperioso fazer ressaltar que a OAB já possui normas deontológicas cogentes em seu Estatuto, que previnem o envolvimento, a contribuição ou participação do advogado em ilícitos penais, tais como o crime de lavagem de capitais.

² Fundamento utilizado pela Corte Suprema do Canadá para afastar a incidência de dispositiva de lei similar à do art. 9, § ún. Inc. XIV da Lei 9.613/98 brasileira aos advogados canadenses, conforme informa MELLO, Fabio Roberto Barros. A experiência canadense. In *Exercício da Advocacia e Lavagem de Capitais*, org. ESTELLITA, Heloísa. Editora FGV, 2017, p. 107.

³ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. BOLETIM IBCCRIM, a 20, n. 237, p. 13-14, ago 2012.

⁴ ESTELLITA, Heloísa. Advocacia e lavagem de capitais: considerações sobre a conveniência da autorregulamentação. In *Exercício da advocacia e lavagem de capitais*. Editora FGV, 2017, p. 19.

Com efeito, dispõe o art. 34, XVII da Lei 8.906/94:

Art. 34 – Constitui infração disciplinar:

XVII - prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la;

Portanto, e a rigor, estando diante de uma operação ilícita, deve o advogado abster-se de continuar a assessorar juridicamente o cliente, sob pena de infração disciplinar que pode inicialmente acarretar em sanção de suspensão, ou havendo reincidência, até em expulsão dos quadros da Ordem dos Advogados, conforme disposições do art. 37 da Lei 8.906/94. Em todo caso, ainda que recuse o cliente, deve o advogado manter sigilo de todas as informações por ele recebidas, nos termos do art. 35 e seguintes do Código de Ética e Disciplina.

Não obstante essas considerações, reconheço aqui a conveniência de a OAB adotar uma autorregulamentação da advocacia estabelecendo diretrizes recomendatórias com a finalidade de prevenir que ela seja, inadvertidamente, utilizada ou envolvida na prática de lavagem de capitais, a exemplo do “Guia Voluntário de Boas Práticas” editado pela American Bar Association, e o *Lawyer’s guide to detecting and preventing Money laundering* editado em conjunto pela International Bar Association, American Bar Association e Council of Bars and Law Societies of Europe.

Em consonância com entendimento da Professora Heloísa Estellita, referidas recomendações poderiam representar “*standards* profissionais para os *advogados de consultoria ou assessoria jurídica estrita* no sentido de identificar situações de risco de lavagem que demandassem especial atenção ou, no limite, a recusa na prestação dos serviços pretendidos”, servindo como “padrões de diligência que protegessem os advogados de indevidas imputações de prática de lavagem quando da prestação legítima de seus serviços”.⁵

A título de exemplo, tais diretrizes estabeleceriam diligências a serem empreendidas pelos advogados no que se referem: a) à natureza do serviço legal a ser prestado; b) à identificação do cliente, dos beneficiários e origem dos recursos envolvidos no negócio jurídico; c) às razões da escolha do advogado e da forma de contratação e d) criação e adoção de controles internos, tomando-se por base referencial indicadores utilizados nas autorregulamentações das entidades representativas da classe dos advogados acima mencionadas.

Em conclusão, voto no sentido de rejeitar a edição de provimento que signifique ou implique no reconhecimento de sujeição da advocacia às obrigações de comunicação de operações suspeitas, registro de operações e guarda de documentos previstas no art. 9º, parágrafo único, inc. XIV da Lei 9.613/98, em razão de sua constitucionalidade, razão pela qual voto pela não aprovação do Capítulo II da minuta de provimento apresentada na presente proposição.

⁵ Ob. Cit., p. 35.

Por outro lado, proponho que seja criada, no âmbito deste Conselho Federal, Comissão Especial formada por Conselheiros Federais e juristas estudiosos da matéria com o objetivo de apresentar a este Conselho Pleno projeto de provimento que estabeleça diretrizes de conduta profissional dos advogados e escritórios de advocacia na prevenção de envolvimento com operações suspeitas de lavagem de capitais.

É como voto.

Brasília, 13 de abril de 2021.

JOAQUIM FELIPE SPADONI

Conselheiro Federal