



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE - FDR

**LAVAGEM DE DINHEIRO E *WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE*: uma
análise sobre a (in)compatibilidade do instituto norte-americano e a Lei n.
9.613/98**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ORIENTADORA: ÂNGELA SIMÕES DE FARIAS

ALUNO: LAUDENOR PEREIRA NETO

Recife
2018.1

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

**LAVAGEM DE DINHEIRO E *WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE*: uma
análise sobre a (in)compatibilidade do instituto norte-americano e a Lei n.
9.613/98**

**Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do
Bacharelado em Direito pelo CCJ/UFPE.
Área de conhecimento: Direito Penal.**

**ORIENTANDO: Laudenor Pereira Neto
ORIENTADORA: Profa. Ângela Simões de Farias**

RECIFE

2018

Laudenor Pereira Neto.

Lavagem de dinheiro e *willful blindness doctrine*: uma análise sobre a (in)compatibilidade do instituto norte-americano e a Lei n. 9.613/98.

Monografia final de conclusão de curso como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR

Data de aprovação:

Prof^(a).

Prof^(a).

Prof^(a).

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Laudenor e Cintya, pelo apoio incondicional nessa árdua caminhada. Sem vocês, nada disso seria possível.

Ao meu irmão, Felipe, que sempre acreditou em mim.

Aos meus amigos, colegas de escritório, e todos aqueles que me ajudaram, e ainda ajudam, a alcançar meus objetivos.

Aos meus professores, em especial à Profa. Ângela Simões de Farias pelo incentivo e atenção com o presente trabalho.

“Na luta hás de encontrar o teu direito. No momento em que o direito renuncia à luta, ele renuncia a si mesmo.”

(Rudolf von Ihering)

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar a (im)possibilidade de se aplicar a *willful blindness doctrine* (teoria da cegueira deliberada) ao atual ordenamento jurídico brasileiro, em especial ao crime de Lavagem de Dinheiro. Após analisar o conceito desse crime, suas variantes e posterior tipificação trazida pela Lei n. 9.613/98, proceder-se-á a um breve estudo sobre a construção da *willful blindness doctrine* no direito estrangeiro. Com esse apanhado teórico, busca-se demonstrar a incompatibilidade entre o instituto norte-americano e a legislação nacional, uma vez que o elemento subjetivo do tipo exigido pela lei brasileira diverge daquele utilizado pelos norte-americanos para aplicar a teoria referenciada.

Palavras-chave: *Willful blindness doctrine*. Teoria da cegueira deliberada. Lavagem de dinheiro. Elemento subjetivo do tipo. *Knowledge*. Dolo.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the (im)possibility of applying the willful blindness doctrine into the current Brazilian legal system, in particular to the Money Laundering charges. After analyzing the concept of this crime, its variants and later legal concept, brought by Law no. 9.613 / 98, there will be a brief study regarding the construction of willful blindness doctrine in US law. Given this theoretical approach, the present thesis seeks to demonstrate the incompatibility between the US creation and the Brazilian legislation, since the men's rea (subjective element of the type) required by Brazilian law diverges from the one used by the US judges to apply the referenced theory.

Key-words: Willful blindness doctrine. Money Laundering. Men's rea. Knowledge.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A LAVAGEM DE DINHEIRO.....	4
2.1. Conceito.....	4
2.2. As três principais fases (etapas) do procedimento de lavagem de dinheiro	6
2.3. Tipificação da conduta: surgimento, evolução e abrangência.....	9
3. WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE: as premissas utilizadas pelo sistema do common law para embasar a condenação criminal do acusado “ignorante”	16
3.1. <i>Knowledge</i> x dolo: o elemento subjetivo no entendimento norte-americano em contraposição ao elencado no direito brasileiro	20
4. O ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO NA LEI DE LAVAGEM	24
5. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A LEI Nº 9.613/98.....	32
5.1. Cegueira deliberada <i>lato sensu</i> e cegueira deliberada <i>stricto sensu</i> : a voluntária criação de barreiras para o desconhecimento do caráter típico das condutas poderia ser utilizada como fundamento para a responsabilização penal do agente?	35
6. ANÁLISE DE PRECEDENTES RELACIONANDO A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: a interpretação conferida pelo judiciário brasileiro.	37
6.1. O assalto ao banco central de Fortaleza/CE: a impossibilidade de aplicação da <i>willful blindness doctrine</i> quando ausente o elemento subjetivo dolo.....	38
6.2. (re)Interpretando a cegueira deliberada: o julgamento do caso “mensalão” (AP 470/MG) 40	
6.3. Cegueira deliberada e a operação “lava-jato”	44
7. CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS	48

1. INTRODUÇÃO

O direito penal econômico, em que pese sua aparente jovialidade, já era objeto de estudo do criminólogo Edwin H. Sutherland desde o final da década de 30. Com efeito, segundo aponta Eduardo Viana¹, ao se apresentar na Sociedade Americana de Sociologia, Sutherland definiu o crime de “colarinho branco” como “*um crime cometido por pessoa respeitável e com elevado status social, no curso de seu trabalho*”², sendo o agente dessa modalidade criminosa “*uma pessoa com elevado status socioeconômico que viola leis destinadas a regular suas atividades profissionais*”.

Passados aproximadamente 80 anos desde a primeira menção pública ao conceito, é notório que esse tipo de criminalidade vem chamando a atenção não só do meio jurídico mas também da própria sociedade, dada a repercussão social/jurídica dos crimes insertos nesse contexto. Não por outra razão, passou-se a uma desenfreada busca pela responsabilização penal desses criminosos.

Assim, acreditando estar agindo em consonância às orientações internacionais sobre o tema, o legislador brasileiro buscou editar novos diplomas normativos para garantir a responsabilização penal desses delinquentes, dentre os quais destacam-se a Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem) com sua posterior “atualização” viabilizada pela Lei n. 12.683/2012.

A bem da verdade, cumpre registrar que a Lei de Lavagem não foi editada apenas para criminalizar a “alta sociedade” ou os praticantes apenas de delitos econômicos, mas sim qualquer pessoa que pretenda auferir lucros com os resultados do crime. Até porque, como será abordado oportunamente, embora a redação original da lei tenha previsto um rol taxativo de crimes antecedentes (a exemplo do tráfico), posteriormente, a nova redação conferida pela Lei n. 12.683/2012 aboliu o rol de crimes antecedentes para criminalizar o mascaramento de bens, valores ou direitos provenientes de infração penal, seja ela qual for, com o intuito de permitir a punição de quem “lava” dinheiro proveniente de qualquer crime.

Sendo a criminalidade de colarinho branco, hoje, um assunto diário tanto na pauta midiática quanto no meio jurídico, e, com a ampliação dos meios investigativos e do acesso à informação, não só as autoridades investigativas passaram a identificar com maior facilidade as supostas ilegalidades praticadas por aqueles que detêm grande poder aquisitivo e/ou político, como a própria sociedade passou a exigir uma resposta mais célere e rígida do judiciário.

¹ VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 2a ed., Bahia: Editora Juspodvum, 2014. p. 138.

² SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Madri: La piquet, 1999. p. 63.

Com efeito, nos últimos anos, foram deflagradas uma série de investigações instauradas para apurar uma suposta prática de lavagem de dinheiro em relações ilícitas entre políticos brasileiros e grandes empresários (a exemplo da Operação Gabiru, caso do Mensalão e a notória Operação Lava Jato).

Nesse sentido, com a edição da Lei de Lavagem, e sob o pretexto de conferir uma maior efetividade da prestação jurisdicional, alguns julgadores passaram a entender que para criminalizar a conduta de um lavador bastaria a constatação do dolo eventual. Tal linha interpretativa gerou intenso debate jurídico, dado que parcela relevante da doutrina entendia ser necessário o *animus* do agente em reinserir o dinheiro de proveniência sabidamente ilícita no mercado legal com aparência de licitude, ou seja, deveria ser comprovado o elemento subjetivo dolo em realizar um ato de lavagem para responsabilizar criminalmente qualquer pessoa.

Em que pese o entendimento majoritário seja o da necessidade de comprovação do elemento subjetivo dolo em lavar os bens, direitos ou valores, recentemente, outra questão reacendeu esses debates: alguns julgados passaram a fundamentar a condenação dos acusados por lavagem de dinheiro, a título de dolo eventual, com base em uma construção alienígena chamada de *willful blindness doctrine*.

Nesse contexto, insta destacar que a teoria da cegueira deliberada (tradução brasileira para a *willful blindness doctrine*) embora originária das cortes inglesas na segunda metade do século XIX, sedimentou-se no sistema do *common law* graças aos estudos dispendidos à matéria pelos tribunais norte-americanos ao longo do século XX. Assim, embora se trate de instituto antigo no direito estrangeiro, apenas recentemente veio chamar a atenção do meio jurídico nacional, notadamente após o julgamento da APE 470/MG (“Caso Mensalão”) e, atualmente, por força de algumas condenações proferidas no âmbito da “Operação Lava Jato”.

Para fins didáticos, é possível afirmar que a teoria vem sendo abordada no crime de lavagem pelos julgadores brasileiros como uma alternativa para responsabilizar um agente, a título de dolo eventual, que alega não deter conhecimento sobre o caráter ilícito da conduta antecedente mas tinha ciência da “alta probabilidade” dessa natureza³. Em outras palavras, a cegueira deliberada seria aplicada quando o agente alega desconhecer a origem ilícita dos bens, direitos ou valores, ou mesmo quando ele cria meios para gerar esse desconhecimento.

³ TORRES, Tiago Caruso; ARRUDA, Ana Luiz Gardiman. *Precisamos nos socorrer à Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil?* <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6049-Precisamos-realmente-nos-socorrer-a-Teoria-da-Cegueira-Deliberada-no-Brasil>. Acesso em 05 fev 2018.

Em que pese esse conceito importar em inevitável reducionismo, salta aos olhos a rasa interpretação conferida ao instituto pelos julgadores nacionais, na medida em que não se leva em consideração todas as problemáticas que circundam o tema, como por exemplo as espécies de cegueira (*lato sensu ou stricto sensu*) as quais são fundamentais para a melhor compreensão da teoria bem como para aferir sua própria (in)compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, ou mesmo o elemento subjetivo exigido pelo direito estrangeiro para responsabilizar um agente nesses termos.

Infelizmente, através da – equivocada – interpretação e importação dada pelos julgadores brasileiros sobre o tema, diversos réus foram condenados como incurso nos crimes elencados na Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem)⁴, sob o argumento de que ao optar por “fechar os olhos”, diante de situações aparente ou potencialmente ilícitas, deveriam responder pelos delitos eventualmente praticados como se autor do crime fossem (na forma de dolo eventual), desde que a conduta omissiva tenha viabilizado a consumação da conduta típica prevista no aludido diploma.

Com as devidas vênias aos ínclitos julgadores que defendem a “importação” da teoria, olvidaram-se os magistrados, ao que parece, que o instituto foi criado em um sistema normativo totalmente diferente do brasileiro sendo, em verdade, impassível de importação mimética por ser incompatível com diversos preceitos elencados tanto na Constituição da República de 1988 quanto no Código Penal Brasileiro.

A título ilustrativo, a subdivisão do instituto em (i) cegueira deliberada *lato sensu* (quando o agente não toma conhecimento dos fatos, embora a situação de ilicitude possa ser identificada se tomadas as cautelas mínimas)⁵, e (ii) teoria da cegueira deliberada em *stricto sensu* (quando o agente efetivamente cria meios para permanecer em situação de desconhecimento dos fatos), sequer é levada em consideração pelo judiciário brasileiro para aferir o grau de culpabilidade do agente. Tal diferenciação é de tamanha relevância que, para algumas cortes estadunidenses configura a justificativa pela condenação ou pela absolvição do acusado.

Por questões de didática, antes de se analisar a compatibilidade ou incompatibilidade da teoria da cegueira deliberada com a Lei n. 9.613/98, optou-se por abarcar alguns conceitos considerados básicos para a compreensão do tema, tais como: criminalização e aspectos da

⁴ BALTHAZAR, Ricardo. *Teoria da ‘cegueira deliberada’ ampara condenações na Lava Jato* <<http://m.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1946478-teoria-da-cegueira-deliberada-ampara-condenacoes-na-lava-jato.shtml>>. Acesso em 27 fev 2018.

⁵ SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da Cegueira Deliberada*. 2. tir. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 71-72.

lavagem de dinheiro, o surgimento e a construção da *willful blindness doctrine*, alguns aspectos sobre o elemento subjetivo no delito de lavagem para somente então analisar o instituto à luz da lei de lavagem e analisar como o judiciário brasileiro tem interpretado o tema.

Acredita-se que somente com esse estudo em conjunto será possível dispender um olhar crítico sobre o acerto, ou desacerto, na importação da teoria pelo judiciário brasileiro. Feitas estas considerações introdutórias, atente-se.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A LAVAGEM DE DINHEIRO

2.1. Conceito

Inicialmente, convém destacar que o termo “lavagem de dinheiro” consiste em uma tradução literal da expressão *money laundering* utilizada nos Estados Unidos da América para indicar a prática de ocultação ou dissimulação da origem espúria de bens ou ativos. Embora Portugal (berço da língua portuguesa) tenha adotado a denominação “branqueamento de capitais”, assim como a Espanha adotou *el blanqueo de capitales*, o Brasil optou por aderir à expressão norte-americana sob o argumento de que o termo “branqueamento de capitais” poderia trazer uma conotação racista à conduta típica.⁶

O termo norte-americano *money laundering* surgiu em um período específico da história dos EUA, no século XX, quanto diversos gângsteres norte-americanos se utilizavam de, literalmente, lavanderias para ocultar/reinsere o dinheiro proveniente de atividades ilícitas graças à alta volatilidade daquela linha negocial.⁷

Essas considerações iniciais já demonstram a tendência brasileira em aderir ao “estrangeirismo”, isto é, importar termos ou conceitos utilizados por outros países ao invés de produzir seu próprio entendimento sobre o tema, em observância à realidade nacional e/ou histórica.

Pois bem. Em linhas gerais, a lavagem de dinheiro pode ser conceituada como um processo criado/utilizado por pessoas físicas ou jurídicas com o intuito de possibilitar a ocultação ou dissimulação da proveniência ilícita de determinados bens, direitos ou valores visando, ao fim, sua reinserção no mercado legal com aparente licitude.

⁶ Conforme Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/98. Disponível em: <<http://coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>>. Acesso em 07 fev 2018.

⁷ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 06.

Segundo o conceito aberto de Isidoro Blanco Cordero⁸, a lavagem de dinheiro pode ser caracterizada como “*el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita*”⁹. Em outras palavras, o ilustre penalista espanhol conceitua a lavagem de dinheiro como sendo o procedimento adotado para atribuir aparência de licitude à bens obtidos por meios ilícitos, a fim de possibilitar a inserção desses valores no mercado.

Já o doutrinador inglês Jeffrey Robinson¹⁰, por sua vez, especifica que a lavagem ocorre quando o agente se vale de uma sucessão de atos negociais (transferências e negócios) com vistas a mascarar a origem ilícita de valores e permitir sua reinserção no mercado com aparência de licitude:

Money laundering is called what it is because that perfectly describes what takes place - illegal or dirty money is put through a cycle of transactions, or washed, so that it comes out the other end as legal or clean money. In other words, the source of illegally obtained funds is obscured through a succession of transfers and deals in order that those same funds can eventually be made to reappear as legitimate income¹¹.

Perceba que o conceito trazido pelo doutrinador norte-americano já aparenta restringir a lavagem somente nos casos em que o agente atua através de um “ciclo de transações”. Ao que parece, a mera ocultação dos valores, na visão de Robinson, não seria suficiente para a ocorrência do crime de lavagem sendo exigível o procedimento de “atos de lavagem” (mascaramento da origem dos valores e sua posterior reinserção no mercado).

Os nacionais Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, seguindo o tradicional conceito inglês, aduzem que a lavagem de ativos seria um ato praticado para dissimular “a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional”¹², justamente com o propósito de reinseri-los na economia com um aparente caráter de licitude. A seu turno, Sérgio Fernando Moro indica de forma objetiva que a lavagem consiste na conduta de ocultar, ou dissimular, produto do crime¹³.

⁸ CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Arazandi, 2002. p. 93.

⁹ Em tradução livre: “o processo em virtude do qual bens de origem ilícita se integram ao sistema econômico legal com aparência de haverem sido obtidos de maneira lícita”.

¹⁰ ROBINSON, Jeffrey. *The Laundrymen*. London: Simon & Schuster, 1998, p. 3.

¹¹ Em tradução livre: lavagem de dinheiro é chamada dessa forma porque o termo descreve perfeitamente o que ocorre: dinheiro sujo, ou ilegal, é levado, ou colocado em um fluxo de transações, para que saia pelo outro lado como dinheiro legal ou limpo. Em outras palavras, a fonte ilícita desses ativos é camuflada através de uma sucessão de transferências e negociações de forma que esses mesmos ativos possam, eventualmente, reaparecer de forma “legítima”.

¹² BADARÓ, Henrique Gustavo; PIERPAOLO, Cruz Bottini. *Lavagem de Dinheiro – Aspectos Penais e Processuais Penais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 29.

¹³ MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.15.

Dessa forma, há de ser concluir que estará caracterizada a lavagem sempre que o agente se valer de algum mecanismo ou procedimento especificamente utilizado para mascarar, ocultar, a origem ilícita de determinado bem, valor ou direito. Ressalte-se que a comprovação desse agir por vezes é de veras problemática, dado que um ato de lavagem pode ser tão complexo quanto os procedimentos utilizados.

Com a proposta de trazer as discussões teóricas à sua aplicação prática, convém tecer alguns comentários acerca do que a doutrina nacional denomina de “principais fases do processo de lavagem”, exemplificando cada uma delas.

2.2. As três principais fases (etapas) do procedimento de lavagem de dinheiro

A doutrina majoritária aponta a existência de ao menos três principais etapas do procedimento de lavagem de dinheiro, sejam eles: ocultação (colocação), estratificação (escurecimento) e integração (ou lavagem propriamente dita) dos bens ou valores¹⁴.

Gabriel Habib¹⁵, por sua vez, dispõe que a lavagem é “operada por meio das fases da *Introdução (placement)*, *dissimulação (layering)*, *integração (integration)*”. Todavia, ainda que a denominação dessas etapas possam variar na doutrina, o conceito dado a cada uma dessas fases é basicamente o mesmo.

A primeira fase do processo de lavagem, chamada de ocultação, é intuitiva: o agente busca empreender meios para esconder os proveitos do crime com vistas a não atrair a atenção das autoridades fiscalizadoras. Na prática, uma vez em posse do produto ilícito, o agente retira o bem de circulação para afastar suspeitas, buscando sua separação física dos proventos. Por exemplo: não é incomum que logo após a prática de um roubo, os suspeitos pretendam difundir o produto do crime a fim de facilitar sua movimentação sem atrair os olhares da polícia.

Por outro lado, nos procedimentos mais complexos, a prática forense levou a doutrina a apontar que os principais meios de ocultação dos bens, valores ou direitos são as aplicações em instituição financeiras nacionais ou transnacionais, a título de supostos investimentos. É o que nos ensina Callegari: “*Nesta primeira instância quatro são os principais canais de vazão aos capitais: instituições financeiras tradicionais, instituições*

¹⁴ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11.

¹⁵ HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais – Tomo I*. Bahia: Editora Juspodvm, 6a ed., 2014, p. 199.

*financeiras não tradicionais, inserção nos movimentos financeiros diários e outras atividades que transferirão o dinheiro, além das fronteiras nacionais*¹⁶.

A segunda fase da lavagem, denominada “estratificação”, pode ser entendida como o momento crucial da dissimulação pretendida pelo agente. Isso porque, nessa etapa, busca-se afastar definitivamente o caráter ilícito dos valores havendo, geralmente, o uso de complexas operações financeiras principalmente através dos centros *offshore*¹⁷ para viabilizar o máximo de rentabilidade na empreitada.¹⁸

A título ilustrativo, tão logo o agente logre êxito em ocultar o produto do crime, ele buscará, a todo custo, difundir esse valor em diversas contas bancárias, aplicações ou aquisições, tudo com o escopo de dificultar o rastreamento das operações pelas autoridades fiscalizadoras. Assim, quanto maior o número de empresas *offshore* ou contas bancárias no exterior, em nome de terceiros, mais difícil será o rastreamento desses valores. Por essa razão, inclusive, que o esforço internacional sobre a lavagem de dinheiro vem ganhando força à âmbito internacional, tendo os países fixados diversos tratados de compartilhamento de informações justamente para pretender coibir os atos de lavagem.

A terceira fase, chamada de “integração”, ocorre quando o agente finalmente reinsere o produto do crime no mercado financeiro com aparência de licitude, ou seja, através de mecanismos de reinversão, os produtos do crime se tornam investimentos corriqueiros¹⁹. Com efeito, em setores reconhecidamente voláteis, o lavador encontra a janela perfeita para mesclar o produto do crime com outros valores já legalmente inseridos no mercado. Aqui, traz-se à colação, mais uma vez, as considerações de Gabriel Habib²⁰ sobre o tema:

Por fim, na integração (integration), agora, com a aparência de lícitos, os valores são formalmente incorporados ao sistema econômico, por meio da criação, aquisição ou do investimento em negócios lícitos, ou compra e bens. Utilizam-se instituições financeiras que movimentam grande volume de dinheiro.

Exemplificando: imagine que o indivíduo “A” possua uma quantia “X”, proveniente de um ilícito, em uma conta no Brasil e pretenda enviá-la para o exterior para, posteriormente, reinseri-la no mercado nacional como “investimento”. Para tanto, “A” contata “B”, no exterior, indicando que irá determinar a quanto “X” em uma conta de “B” localizada no

¹⁶ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

¹⁷ Empresa sediada no exterior, em um país no qual o proprietário não é residente. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/como-funcionam-as-offshore/>>. Acesso em 19 mar 2018.

¹⁸ Idem, p. 23.

¹⁹ Idem, p. 24.

²⁰ HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais – Tomo I*. Bahia: Editora Juspodvm, 6a ed., 2014, p. 200.

Brasil. Assim, “B” depositaria o valor equivalente em uma conta aberta por “A” no exterior em nome de interposta pessoa (laranja). Esse “laranja”, por sua vez, poderia se mostrar como um pretense investidor que busca “incentivar” uma determinada empresa de fachada cujo real proprietário é o próprio “A”.

Perceba que nesse caso houve a utilização de um complexo sistema de ordens de pagamentos com o fim de viabilizar a “transferência” de valores entre países sem que o dinheiro tenha sido transferido fisicamente. É a chamada operação dólar-cabo, muitas vezes utilizada para lavar dinheiro ou mesmo evadir divisas do país. Atente-se que o dinheiro foi ilícito foi reinserido no mercado brasileiro com aparência de licitude, uma vez que, em tese, teria partido de uma terceira pessoa (laranja) residente no exterior que apenas pretendia investir em determinado negócio no Brasil, cumprindo fazer a ressalvar, inclusive, de que a legislação pátria apenas tipifica a evasão de divisas²¹, não sendo típica a conduta de “injetar” dinheiro na economia.

A par das três fases da lavagem, atente-se para o seguinte caso hipotético construído para que todas as etapas se façam presentes: um traficante de drogas detentor de uma fortuna oriunda da comercialização de entorpecentes, buscando atribuir um caráter de aparente licitude aos seus ativos, opta por iniciar uma coleção de obras de artes.

Levando em consideração que cada obra de arte possui um valor subjetivo, atribuível pelo vendedor a partir do “valor” do artista e passível de cobertura a depender “disposição” do comprador, não é difícil imaginar o porquê de um suposto traficante optar por adquirir tais bens.

Ao adquirir tais quadros, o valor oriundo do tráfico estará “oculto”, isto é “lavado”, dentro das obras de artes, as quais poderão posteriormente serem revendidas para verdadeiros colecionadores, pelo valor de mercado, completando o ciclo de lavagem iniciado pelo traficante.

Em suma, o mercado de bens cuja valoração é subjetiva, tais como o de obras de arte (quadros, esculturas), negociações de atletas (jogadores de futebol, basquete), animais de competição (cavalos, cachorros), se torna uma área extremamente propícia a atração de “investidores” com fundos ilícitos, pois o valor de cada um desses bens dependerá do preço colocado pelo vendedor e de quanto o comprador estará disposto a pagar. Perceba-se,

²¹ Art. 22 da Lei nº 7.492/86 (que define os crimes contra o sistema financeiro nacional): Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

inclusive, que tanto o vendedor quanto o comprador podem estar inseridos em processos de lavagem de dinheiro.

A partir desses casos, é possível verificar com facilidade a existência de todas as três etapas anteriormente mencionadas: o lavador oculta o dinheiro em bens de valores subjetivos (ocultação), inicia a compra de diversos outros bens desse mesmo ramo (estratificação) e, por fim, revende no valor de mercado conferindo um caráter lícito nesses últimos valores angariados (integração).

De mais a mais, as etapas narradas apenas indicam de maneira geral as principais fases que a doutrina brasileira indica como integrantes do procedimento de lavagem de dinheiro, sendo plenamente possível a desenvoltura de outras técnicas ainda mais complexas em casos envolvendo operações e simulacros variados.

Com efeito, as etapas da lavagem dependem do *modus operandi* de cada lavador, podendo haver tantas etapas quanto forem as transações realizadas, sendo certo que caberá às autoridades fiscalizadoras atentar para qualquer operação com potencial capacidade de ilicitude para, em sendo o caso, iniciar uma linha investigativa.

Tornando ao caso hipotético, o questionamento reside na conduta daquele terceiro adquirente das obras de artes. É dizer, se o traficante adquire uma obra de arte por um determinado valor, e a vende a terceiro por um outro valor, estaria esse último incurso no procedimento de lavagem iniciado pelo traficante?

Entende-se que não, pois, para o presente trabalho, exige-se além da prova elemento subjetivo dolo, a ciência da proveniência ilícita daquele bem. Todavia, para melhor compreender o tema, bem como os posicionamentos em contrário, urge analisar, primeiramente, a tipificação da conduta de lavagem, para, depois, analisar a exigência do elemento subjetivo.

2.3. Tipificação da conduta: surgimento, evolução e abrangência

Do que se expôs até o momento, é possível concluir que o delito de lavagem de dinheiro pressupõe a prática de um crime antecedente. Isto porque, como se denota dos conceitos trazidos alhures, os atos de lavagem têm por escopo conferir um caráter de aparente licitude a bens, direitos ou valores sabidamente provenientes de condutas ilícitas.

Nesse contexto, cumpre ressaltar que as legislações pioneiras em criminalizar os atos de lavagem elencaram, expressamente, quais condutas configuram atos típicos de lavagem quando praticadas para “encobrir” os ganhos de determinados crimes antecedentes. Nesse

primeiro momento, a preocupação estava praticamente adstrita à lavagem de bens, direitos ou valores provenientes do tráfico de drogas.

Com a evolução dos meios de combate ao crime organizado internacional, verificou-se a necessidade de ampliar esse rol de crimes antecedentes chegando alguns países, atualmente, a retirarem por completo aludido rol. O entendimento foi traçado para, em tese, garantir uma maior efetividade no combate à lavagem de dinheiro a título transnacional. Em razão dessa evolução teórica/típica da lavagem, a doutrina costuma dividir e classificar as legislações editadas sobre o tema como de primeira geração, segunda geração e terceira geração.

Ao tipificar a conduta, em 1998, o Brasil já se inseriu nos chamados diplomas de “segunda geração”, uma vez que a Lei nacional trouxe, em sua redação original, um rol taxativo com 07 (sete) crimes antecedentes. Posteriormente, a Lei foi alterada para, dentre outros, extinguir por completo esse rol a fim de ampliar o âmbito de incidência da Lei de Lavagem, fazendo com que a legislação nacional alcançasse a classificação de diploma da “terceira geração”.

Nesse andar, buscando esclarecer a motivação do legislador em abolir o referido rol, convém tecer alguns comentários a respeito do quadro legal internacional e a evolução do entendimento por trás da criminalização da lavagem, uma vez que a tipificação adotada no Brasil teve por escopo adequar o país aos esforços intergovernamentais no combate ao crime organizado.

Pois bem. As primeiras legislações que pretendiam reprimir a lavagem de dinheiro surgiram entre as décadas de 80 e 90, como por exemplo as dos EUA (1986), França (1987) e Argentina (1989).²² Não obstante, a doutrina aponta a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas realizada em Viena, em 1988, como o primeiro importante instituto normativo criminalizador da conduta.²³

Ou seja, em que pese a existência prévia de algumas legislações sobre o tema, foi a Convenção de Viena de 1988 alçada como “baliza” para as futuras legislações a serem editadas. Com efeito, dada a relevante aceitação internacional sobre as ideias ali trazidas, as (poucas) legislações preexistentes buscaram se readequar aos ditames da Convenção.

Nesse sentido, a principal contribuição da Convenção de Viena foi o destaque conferido à lavagem de dinheiro sobre os frutos do tráfico de drogas. Isto porque ao final da década de 80, a comunidade internacional se encontrava extremamente preocupada com o crescente tráfico transnacional, na medida em que os narcotraficantes vinham, aos poucos,

²² MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15-16.

²³ Disponível em: < <http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/13/resoluar29.asp#ptg>>. Acesso em 28 fev 2018.

logrando êxito em integrar o dinheiro ilícito ao mercado financeiro se valendo de estratégias cada vez mais complexas e de difícil rastreamento/identificação.

Focada em obstar os meios utilizados pelos narcotraficantes para ocultar ou dissimular os bens oriundos do tráfico, a Convenção de Viena de 1988 apenas tipificou a lavagem quando praticada em benefício dos traficantes²⁴. Dessa forma, todas as legislações decorrentes dessa Convenção, ou aquelas que foram readequadas à esta, foram classificadas em legislações de “primeira geração”, pois somente punia a lavagem de dinheiro realizada sobre os proventos do tráfico de entorpecentes.

À luz desse entendimento, o agente que “lavasse” dinheiro oriundo de um roubo, ou um ato de corrupção, por exemplo, não poderia ser responsabilizado criminalmente pela lavagem por ausência de previsão legal. Na prática, o lucro decorrente desse roubo seria reconhecido como mero exaurimento do crime, sendo impossível punir essa conduta independentemente pelo fato do crime de roubo não constar no rol de crimes antecedentes.

Todavia, percebendo que condicionar a responsabilização pela lavagem apenas aos crimes relacionados ao tráfico de drogas significava “permitir” a lavagem sobre proveitos de todos os outros delitos, os países envolvidos no combate ao crime organizado internacional buscaram ampliar esses preceitos.

Após a Convenção sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime, realizada em Estrasburgo, em 1990, a orientação internacional passou a ser de que os países ampliassem o rol de crimes antecedentes para garantir uma maior efetividade no combate à lavagem, não se limitando mais apenas ao tráfico de drogas. Assim, desse ponto em diante, nasceram as legislações conceituadas como de “segunda geração”.

Em que pese a Convenção de Estrasburgo de 1990 já previsse a necessidade de ampliar o rol de crimes antecedentes da lavagem, o Brasil apenas aderiu formalmente a Convenção de Viena de 1988 com a edição do Decreto 154/1991²⁵, ou seja, o país aderiu a um entendimento internacional já desatualizado.

De toda forma, o decreto brasileiro demonstrava a intenção do legislador em combater a lavagem. Do que se extrai do aludido ato, o país tomaria “*as medidas necessárias para caracterizar como delito penal*” a conduta conhecida como lavagem de dinheiro no âmbito do

²⁴ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 54.

²⁵ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em 28 fev 2018.

tráfico de drogas. É o que se extrai da leitura do art. 3º, 1, “a”, “i” e “b”, “i e “ii”, do aludido diploma²⁶.

Ocorre que somente anos após da adesão à Convenção de Viena de 1988, já após a Convenção de Estrasburgo 1990, o Brasil veio a efetivamente tipificar a conduta. Ao editar a Lei nº 9.613/98, que “*dispõe sobre os crimes de “lavagem” ocultação de bens, direitos e valores*”²⁷, o legislador finalmente inseriu o país no combate à lavagem, tendo a legislação nacional “nascido” como um diploma de “segunda geração”. Consoante se extrai da redação original²⁸ do art. 1º da referida Lei, pratica crime o agente que:

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 sequestro;

V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para prática ou omissão de atos administrativos;

VI – contra o sistema financeiro nacional;

VII – praticado por organização criminosa.

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

§1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I – os converte em ativos lícitos;

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

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

§2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

²⁶ ARTIGO 3

1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:

a) i) a produção, a fabricação, a extração, a preparação, a oferta para venda, a distribuição, a venda, a entrega em quaisquer condições, a corretagem, o envio, o envio em trânsito, o transporte, a importação ou a exportação de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica, contra o disposto na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971;

(...)

b) i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das conseqüências jurídicas de seus atos;

ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em 28 fev 2018.

²⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em 03 mar 2018.

²⁸ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei-9613-3-marco-1998-372359-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 28 fev 2018.

II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Em síntese, o legislador entendeu como penalmente relevante apenas a ocultação ou dissimulação da origem de bens, direitos ou valores oriundos da prática dos crimes indicados no rol dos incisos I a VII do art. 1º da Lei 9.613/98, declinando o §1º incorrer nas mesmas penas aquele que para mascarar a utilização dos bens os converte em ativos lícitos ou os movimenta de qualquer forma. Outrossim, o §2º tipifica a conduta daquele que “*utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes*”, bem como aquele que participa de grupo cuja atividade principal ou secundária seja dirigida à prática de crimes previstos na Lei.

Trocando em miúdos, o legislador criminalizou, através da edição do referido rol de crimes antecedentes, o agente que dolosamente dissimula a origem de bens ou valores oriundos dos crimes tidos como supostamente mais graves e com recorrentes características transnacionais²⁹, como também aquele que se utiliza desses valores quando sabe serem oriundos dos crimes indicados no rol, tudo visando se adequar à realidade internacional.

Nesse contexto, convém pontuar que a redação original da Lei de Lavagem leva a crer que o delito apenas restaria caracterizado quando presente o elemento subjetivo dolo. Isto porque, da própria redação do diploma, verifica-se que apenas se responsabiliza aquele que oculta ou dissimula a origem de bens, direitos ou valores sabidamente provenientes de crimes inseridos no rol do art. 1º da Lei. Até porque, se o agente atua sem ciência da proveniência ilícita dos bens, não há de se falar em lavagem de dinheiro, por ausência de elemento subjetivo do tipo (dolo em mascarar a origem ilícita do bem, direito ou valor fruto de um dos crimes elencados).

Em outras palavras, coaduna-se ao entendimento de que o legislador pretendeu tipificar apenas a conduta daquele que sabe qual a origem ilícita dos bens, não havendo espaço para se falar em dolo eventual. Até porque, o próprio §2º, I da Lei nº 9.613/98, em sua redação original, aponta que o agente precisa saber que os objeto da lavagem decorre de um dos crimes do rol de antecedentes.

Tais considerações são fundamentais para compreender a matéria principal do presente trabalho, na medida em que se busca analisar a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no crime de lavagem de dinheiro.

²⁹ CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro – Prevenção e Controle Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2ª ed. 2013. p. 326.

Como se demonstrará com maiores detalhes adiante, referida teoria pretende responsabilizar o agente que deliberadamente não toma ciência da proveniência ilícita do bem, direito ou valor a ser lavado. Ora, a partir dessa análise inicial já se verifica que em face da ausência de elemento constitutivo do tipo, não se poderia aplicar referido entendimento à luz da redação original da Lei nº 9.613/98. Todavia, as discussões são mais profundas, na medida em que envolvem preceitos jurídicos e legais distintos, como se demonstrará adiante.

Voltando à análise da tipificação da lavagem, insta salientar que após a publicação de relatório elaborado pelo Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo – GAFI³⁰, em 2011, verificou-se que o Brasil (i) possuía poucas condenações finais por lavagem de dinheiro; (ii) pequena variedade de crimes antecedentes e (iii) estatísticas insuficientes sobre investigações, denúncias e condenações por lavagem³¹. A repercussão negativa desse relatório levou o legislador nacional a reconsiderar a redação trazida pela Lei 9.613/98 para criminalizar a conduta.

Com efeito, as (poucas) condenações pelo crime de lavagem de dinheiro vinham sendo paulatinamente reformadas pelos tribunais recursais na medida em que frequentemente a instrução processual não lograva êxito em comprovar a origem dos bens ou valores dissimulados ou ocultados como decorrência de um dos crimes indicados no rol do art. 1º.

Diante disso, foi editada a Lei nº 12.683/2012 para alterar a redação original da Lei da Lavagem e, dentre outros, extirpar o rol de crimes antecedentes para “*tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro*”. Ao retirar o rol taxativo de crimes antecedentes, a legislação nacional buscava se alinhar ao que havia de mais moderno em termos de legislação antilavagem³².

Como consequência, o Brasil migrou da “segunda geração” para a “terceira geração” legislativa, sendo esta última caracterizada pela inexistência de rol de crimes antecedentes para criminalizar a lavagem. Assim, a Lei nº 12.683/2012 alterou a redação da Lei nº 9.613/98 para enquadrar incurso no crime de lavagem o agente que:³³

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

³⁰ Organização Intergovernamental criada para orientar o combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

³¹ SAADI, Ricardo Andrade. *O combate à lavagem de dinheiro*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4672-O-combate-a-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em 01 mar 2018.

³² SANCTIS, Fausto Martin de. *Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 195.

³³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm>. Acesso em 01 mar 2018.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

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

I – os converte em ativos lícitos;

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

III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Além da extinção do rol de crimes antecedentes, a nova redação trouxe outra importante alteração ao tipo penal de lavagem: a extinção da expressão “sabe serem” no art. 1º, §2º da Lei nº 12.683/2012. Consoante se extrai do referido dispositivo, atualmente incorre na mesma pena aquele que “*utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal*”.

Ou seja, embora a redação original da Lei nº 9.613/98 criminalizasse a conduta de qualquer pessoa que se utilizava na atividade econômica ou financeira de bens ou valores que “sabe serem” oriundos da prática de um (ou mais) dos crimes indicados no rol de crimes antecedentes, a nova Lei não só afastou a expressão “sabe serem” como também retirou a expressão “crimes antecedentes”, constando, atualmente, apenas a expressão “provenientes de infração penal”.

Tais alterações motivaram a mudança no entendimento de alguns julgadores sobre o elemento subjetivo do tipo exigido pelo §2º do art. 1º da referida Lei. Com efeito, não bastasse o fato de que, agora, restou possível criminalizar o agente pela lavagem de dinheiro de bens ou valores oriundos de qualquer infração penal (incluindo a lavagem sobre proventos dos jogos de azar, por exemplo), parcela da jurisdição nacional passou a adotar o entendimento de que seria possível responsabilizar o agente pela conduta indicada §2º do art. 1º da Lei de Lavagem a título de dolo eventual.

Para corroborar essa interpretação, alguns magistrados passaram a adotar os conceitos trazidos pela teoria da *willful blindness doctrine* (traduzida como teoria da cegueira deliberada), aduzindo que o desconhecimento sobre a origem de determinados bens, direitos ou valores não impediria a responsabilização da lavagem. Segundo os adeptos da teoria, em determinadas circunstâncias, a movimentação de ativos em um contexto de ciência da “alta probabilidade” da proveniência ilícita seria equiparável ao agir dolosamente, pois configuraria, em tese, o dolo eventual (assunção de risco) em praticar o crime de lavagem.

É esse o ponto sensível do presente trabalho. Seria possível penalizar o agente pela prática de lavagem de dinheiro quando não se tem conhecimento sobre a origem dos bens, direitos ou valores? A mera supressão do termo “sabe serem” permite a aplicação da *willful blindness doctrine* através do conceito legal brasileiro de dolo eventual?

Acredita-se que não. Como se demonstrará nos tópicos seguintes, a teoria da cegueira deliberada não só foi criada em um sistema legal totalmente diferente do brasileiro, como também foi erigida com base em elemento subjetivo que não possui nenhum correspondente na legislação brasileira.

Com isto em mente, proceder-se-á à análise do contexto em que foi criada a referida teoria, para então demonstrar o porquê de sua incompatibilidade à luz ordenamento jurídico pátrio.

3. WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE: as premissas utilizadas pelo sistema do *common law* para embasar a condenação criminal do acusado “ignorante”

Em que pese a *willful blindness doctrine* (teoria da cegueira deliberada), também chamada *the ostrich instructions* (instruções de avestruz), apenas recentemente tenha ganhado relevo no meio jurídico nacional, cumpre registrar que as discussões iniciais sobre o tema datam do século XIX, nas cortes inglesas. Com efeito, o primeiro registro de menção à teoria foi no julgamento do caso *Regina vs. Sleep*, ocorrido em 1861 na Inglaterra.

No aludido precedente, o agente havia sido acusado criminalmente por estar em posse de bens marcados com o emblema (insígnia) do governo inglês em desacordo ao *Embezzlement of Public Stores Act*³⁴. Para a caracterização da referida ofensa, exigia-se o conhecimento (*knowledge*)³⁵ do acusado de que os bens seriam de propriedade do governo³⁶.

Todavia, ciente de que naquela fase do *common law* imperava o princípio do livre convencimento dos Jurados, não tendo o Júri reconhecido “que o homem tinha ciência de que os bens estavam marcados como propriedade do governo, ou mesmo que ele conscientemente se absteve de adquirir esse conhecimento”³⁷, o acusado foi absolvido das imputações.

³⁴ Lei que regulava desfalques em depósitos públicos.

³⁵ Didaticamente equiparável à figura do dolo no direito pátrio. A análise do elemento subjetivo estrangeiro e o brasileiro se dará em tópico próprio.

³⁶ ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: Deliberate ignorance as a criminal mens rea*. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc>>. Acesso em 06 fev 2018.

³⁷ Tradução livre de “*the jury have not found, either that the man knew that the stores were marked [as government property], or that he willfully abstained from acquiring that knowledge*”, Idem ibidem.

Do que se depreende das afirmações do *Judge Willis*, magistrado que conduziu o feito, acaso o Júri houvesse reconhecido que o acusado teria, conscientemente, se absterido de obter conhecimento de serem os bens de propriedade do governo, seria possível responsabilizá-lo com base na *willful blindness doctrine*.

Isto porque, em suas considerações, o magistrado delineou que o desconhecimento voluntário com o fito de viabilizar/possibilitar a consumação do ilícito equiparar-se-ia à figura do *knowledge*, o que justificaria a condenação do acusado.³⁸

A partir dessas considerações, foram estabelecidas as premissas iniciais sobre a cegueira deliberada no âmbito do *common law*, qual seja: o desconhecimento voluntário sobre o caráter ilícito da conduta importaria em anuência com o resultado, passível de punição. Do que se extrai, o mero desconhecimento do agente não justificaria a condenação, mas apenas seu desconhecimento voluntário sobre o contexto da conduta a fim de evitar a responsabilidade objetiva.

Em que pese o berço do entendimento seja anglo-saxão, foi nos Estados Unidos da América que o instituto evoluiu suas premissas, sendo importante frisar três precedentes que operam como verdadeiros marcos históricos da interpretação da *willful blindness*, sejam eles: *Spurr vs. United States* (1899); *Jewell vs. United States* (1976) e *Globaltech Appliances Inc. vs. SEB* (2010). Dada a relevância das construções erigidas nesses precedentes, convém analisá-los, brevemente, um a um.

No caso *Spurr vs. United States* (1899), a Suprema Corte norte-americana validou a teoria no seu ordenamento jurídico apontando que o “propósito malicioso” do agente poderia ser presumido em situações nas quais o mesmo se coloca deliberadamente em posição de não conhecimento³⁹. Em outras palavras, o direito norte-americano entendeu como reprovável a conduta do agente que se exime de saber todo o contexto de uma operação na qual se insere.

Ao analisar o precedente, Amanda Gehr⁴⁰ apontou que a Suprema Corte dos EUA entendeu que a “má intenção” seria presumida naquele caso porque o cliente do banco vinha emitindo diversos cheques e “o oficial [do banco] se mantém deliberadamente na ignorância acerca da existência de fundos na conta em questão, ou quando mostra grande indiferença a

³⁸ A teoria foi novamente mencionada no caso *Bosley vs. Davies*, em 1875: CHARLOW, Robin. *Wilful Ignorance and Criminal Culpability*. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1842&context=faculty_scholarship>. Acesso em 06 fev 2018.

³⁹ SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da Cegueira Deliberada*. 2. tir. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 79.

⁴⁰ GEHR, Amanda. *A aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31107/AMANDA%20GEHR.pdf?se>>. Acesso em 04 mar 2018.

respeito de seu dever de se assegurar acerca desta circunstancia”. Com base nessa suposta “má intenção”, o réu poderia ser condenado à luz da teoria.

Todavia, referido entendimento já se mostra incompatível ao direito pátrio por dois fortes aspectos: a um, porque o magistrado valora uma forma de elemento subjetivo (“má intenção”) que não se encontra prevista no art. 18 do CPB; e, a dois, porque termina classificando como dolosa uma situação que o direito pátrio reconhece como culposa (violação ao dever jurídico de cuidado)⁴¹.

Em *Jewell vs. United States* (1976), as cortes estadunidenses entraram em profundas discussões quanto a alçada da teoria da *willful blindness* ao patamar de princípio porque diversos estados americanos não haviam aderido ao *Model Penal Code*⁴² em face da própria sistemática de precedentes do *common law*⁴³, a qual não vincula os Estados à dispositivos legais autônomos.

O caso trata de situação corriqueira em estados fronteiriços do país: o réu foi acusado por tráfico de drogas por ter sido abordado em posse de aproximadamente 50 quilogramas de maconha armazenadas em compartimento secreto no veículo em que conduzia. Pautando-se no argumento de que a droga teria sido armazenada sem o conhecimento do condutor, a defesa alegou seu desconhecimento sobre os fatos para requerer sua absolvição.⁴⁴

Embora o magistrado Anthony M. Kennedy tenha aduzido que para configurar o tráfico seria necessário comprovar o conhecimento do acusado sobre a localização daqueles entorpecentes encontrados no seu veículo (acatando a tese defensiva de absolvição por ausência de conhecimento)⁴⁵, a tese vencedora foi de que o conceito de *knowledge* deveria ser alargado conforme a orientação dada pelo *Model Penal Code*.

Nesse contexto, insta salientar que o conceito de *knowledge* constante no referido diploma legal abarca a ideia não só de dolo (conhecimento) sobre o fato, mas também de “alta probabilidade de conhecimento”. Como bem expõe Sydow⁴⁶, a seção 2.02 (7) do aludido diploma indica que:

⁴¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 7ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 185

⁴² Código Penal Modelo, em tradução livre. Trata-se de ato normativo, criado em 1962, o qual tinha por escopo regulamentar a legislação penal dos EUA, uma vez que a autonomia dos Estados Confederados ensejou a criação de mais de 50 Códigos espalhados pelo país.

⁴³ SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da Cegueira Deliberada*. 2. tir. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 82.

⁴⁴ Disponível em: <<https://www.casebriefs.com/blog/law/criminal-law/criminal-law-keyed-to-lafave/mental-state/united-states-v-jewell-2/>>. Acesso em 04 mar 2018.

⁴⁵ GEHR, Amanda. *A aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31107/AMANDA%20GEHR.pdf?se>>. Acesso em 04 mar 2018.

⁴⁶ SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da Cegueira Deliberada*. 2. tir. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 85-86.

quando o conhecimento da existência de um fato particular é elemento de uma ofensa [elemento objetivo], tal conhecimento é estabelecido se a pessoa está ciente da alta probabilidade de sua existência, exceto se a pessoa verdadeiramente acredita que este não existe

Com base nesse entendimento, restou aduzido que mesmo estando as drogas escondidas em compartimento oculto do veículo, o fato de estarem localizadas no próprio veículo conduzido pelo acusado já demonstraria uma “alta probabilidade de conhecimento” de transporte desse material. Em outras palavras, o fato de a droga estar localizada no veículo já indicava a provável ciência do condutor sobre a existência desse material.

Aqui, cumpre reforçar o entendimento esposado quando da análise do caso *Spurr vs. United States* (1899): o art. 18 do CPB exige o dolo do acusado em praticar o delito, não havendo previsão legal para responsabilizar o agente por dolo quando ele viola dever jurídico de cuidado. Na prática, admitir essa linha interpretativa implica admitir a responsabilidade penal objetiva, inadmissível no ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, no recente caso da *Globaltech Appliances Inc. vs. SEB* (2010) a Suprema Corte norte-americana indicou que o instituto da *willful blindness doctrine* já havia se estabelecido naquela Corte para impedir a impunidade do agente que, deliberadamente, se escusa de atentar para evidências capazes de apontar para a alta probabilidade da ilicitude da conduta.⁴⁷ Nesse julgamento, o judiciário norte-americano expandiu o raio de aplicação da teoria para o âmbito cível⁴⁸, decidindo que a “indiferença deliberada” na quebra de patente de uma empresa por outra se enquadraria no conceito de *knowledge* exigível para a aplicação da teoria.⁴⁹

Nesse diapasão, é possível sintetizar a evolução da teoria em quatro fases principais: em um primeiro momento, o desconhecimento voluntário seria equiparável a ideia inicial de *knowledge* (conhecimento); em um segundo momento, a conduta “maliciosa” do acusado seria presumida diante do contexto das circunstâncias do caso; em um terceiro momento, alargou-se o conceito de *knowledge* com a ideia trazida pelo Código Penal Modelo (abrangendo aquele que atua com conhecimento e aquele que atua “ciente da alta probabilidade”); e, em um quarto momento, a teoria foi de tal forma reconhecida que passou a incidir no âmbito do direito civil americano.

A partir dessa evolução interpretativa da teoria, atualmente, a *willful blindness* é aplicada no direito norte-americano de forma alargada. Desde a edição do *Model Penal Code*,

⁴⁷ Disponível em: < <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>>. Acesso em 04 mar 2018.

⁴⁸ Idem. p. 86.

⁴⁹ Disponível em: < <https://lawaspect.com/case-global-tech-appliances-inc-v-seb-s-a/>>. Acesso em 04 mar 2018.

na década de 60, permitiu-se a ampliação da ideia de *knowledge* para abarcar as situações de “ciência da alta probabilidade”, a fim de conferir um respaldo jurídico-normativo às interpretações que vinham tomando força nas cortes americanas.

Ocorre que, como pontuado, existem diferenças entre o conceito de *knowledge* trazido pelo Código Penal Modelo e o conceito de dolo trazido pelo Código Penal Brasileiro. Diante disso, forçoso atentar para essas distinções.

3.1. *Knowledge* x dolo: o elemento subjetivo no entendimento norte-americano em contraposição ao elencado no direito brasileiro

Como se percebe da análise dos paradigmáticos precedentes mencionados no tópico anterior, os magistrados norte-americanos se ativeram ao conceito de *knowledge* para justificar a responsabilização dos acusados através da teoria da *willful blindness*. Esse conceito, por sua vez, foi paulatinamente alargado para abarcar as ideias trazidas pelos julgados que buscavam responsabilizar o agente que mesmo ciente da “alta probabilidade” praticava determinada conduta.

No contexto do *common law*, essa virada interpretativa é completamente aceitável. Por outro lado, a situação é outra no direito pátrio. Com efeito, o sistema brasileiro deriva do modelo legal romano-germânico, o qual, ao contrário do *common law*, exige a edição de um diploma (dispositivo) legal específico para introduzir um novo conceito ao Código Penal pátrio (imperava a ideia da lei como principal fonte do direito).

O que se demonstra é que, ao contrário do direito brasileiro, o direito estadunidense possui autonomia suficiente para alargar o conceito do elemento subjetivo do tipo (*knowledge*), de forma que a existência de diversos julgados sobre o tema levaram a edição de um Código Penal Modelo criado para consolidar a legislação criminal norte-americana e conferir uma maior segurança jurídica aos envolvidos no processo.

Todavia, como o próprio nome já implica, o Código é um modelo que pode ser adotado, ou não, pelos estados (havendo, ainda, a possibilidade de adesão parcial). Não obstante, fato é que, atualmente, o conceito de *knowledge* imperante no sistema americano é justamente aquele trazido no referido diploma legal, tendo a Suprema Corte daquele país já se manifestado neste sentido.

Nessa perspectiva, convém destacar o que se chamou de quatro aspectos diferentes de *men's rea*, traduzida como o “ingrediente subjetivo⁵⁰ ou o “aspecto interno” do agente, considerada como requisito para a condenação criminal. Em um paralelo ao direito pátrio, a *men's rea* poderia ser traduzida como uma modalidade geral de dolo, o qual se divide em quatro espécies: *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*. O *actus reus*, por outro lado, representaria o “ingrediente externo” da conduta humana⁵¹.

Em outras palavras, o Código Penal Modelo classificou diferentes níveis de culpabilidade através de conceitos preestabelecidos, justamente para conferir uma maior segurança ao acusado e ao próprio julgador.

Sinteticamente, o agente atuaria com *purpose* quando pratica um ato esperando/querendo o seu resultado. Nas palavras de Sydow⁵²: “*representa a ação de alguém que conhece os elementos da ofensa e nela conscientemente se engaja ou conhece o resultado de sua ação e conscientemente o causa*”. O *knowledge*, que aqui importa sobremaneira, estaria caracterizado quando o agente atua ciente de que sua conduta resultará em certas consequências ou, ainda, aquele que possui ampla convicção, ou vê a alta probabilidade, de que sua conduta causará um resultado específico.

A *recklessness*, por sua vez, estaria comprovada se o agente atua ciente de que existe um risco concreto de que determinado resultado ocorrerá em decorrência de sua ação, devendo o risco ser facilmente considerado pelo que se chama de “homem médio”. Por fim, o agente atua com *negligence* quando deveria estar ciente sobre determinado risco. A diferença entre a *recklessness* e a *negligence* reside no fato de que neste o agente não está efetivamente ciente do risco, mas deveria estar.⁵³

Fazendo um paralelismo entre os “graus de culpabilidade” indicados pelo Código Penal Modelo e aqueles vigentes no sistema normativo pátrio, Spencer Sydow⁵⁴ aponta que a figura do *purpose* assemelhar-se-ia ao dolo direto; o *knowledge*, seria semelhante ao dolo de segundo grau, ou indireto; *recklessness* seria equiparado, para parte da doutrina, ao dolo eventual (fazendo o autor o esclarecimento de que esse grau de culpabilidade requer, na prática, uma desconsideração de risco que venha a representar o desvio de uma conduta

⁵⁰ CERNICHIARO, Luiz Vicente. *Conceito do delito no direito penal inglês*. Disponível em: <<https://bdjur.tjdf.tj.br/xmlui/bitstream/handle/tjdf/35145/conceito%20do%20delito%20no%20direito%20penal%20ingles.pdf?sequence=1>>. Acesso em 07 mar 2018.

⁵¹ Idem.

⁵² SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da Cegueira Deliberada*. 2. tir. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 97.

⁵³ Disponível em: <<https://lawshelf.com/courseware/entry/model-penal-codes-mens-rea>>. Acesso em 07 mar 2018.

⁵⁴ SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da Cegueira Deliberada*. 2. tir. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 97-99.

esperada); e, por fim, a *negligence* seria equiparável à concepção nacional de culpa em sentido estrito.

Portanto, ao abranger o entendimento de *knowledge* às situações de “ciência de alta probabilidade da existência de ato ilícito”, estabeleceu-se, nos EUA, premissas jurídicas aparentemente aptas a justificar a equiparação do desconhecimento voluntário (cegueira deliberada) ao conhecimento efetivo. Em outras palavras, buscou-se conferir respaldo teórico e jurídico para justificar a condenação de um agente através da aplicação da *willful blindness doctrine* nos casos em que o agente voluntariamente se mantém inerte sobre determinado fato, mas o contexto aponta para a provável ciência de ilicitude da conduta.

A despeito da evolução interpretativa dos julgados americanos, há de se reconhecer que equiparar efetivo conhecimento a uma situação de “alta probabilidade” parece permitir uma modalidade de responsabilidade penal objetiva, pois se alarga um conceito inteiramente subjetivo (consciência e vontade).

Nessa perspectiva, seria possível, à luz do ordenamento jurídico nacional, responsabilizar um agente pela prática de um delito doloso através da teoria da cegueira deliberada? O conceito de dolo previsto no CPB pode ser equiparado ao conceito de *knowledge* norte-americano?

A resposta só pode ser negativa. Consoante dispõe o art. 18, I e II do CP, diz-se o crime “*doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*” e “*culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência negligência ou imperícia*”, respectivamente.⁵⁵

Nesse andar, o dolo configura o chamado elemento subjetivo do tipo, ou seja, a valoração/vontade interna do agente levada em consideração no momento da conduta tipificada. Tomando por base os ensinamentos de Cezar Roberto Bittencourt⁵⁶, dolo pode ser classificado como a consciência aliada à vontade de realizar uma conduta descrita em um tipo penal.

Posto de outra forma, o dolo é constituído pelo elemento cognitivo e volitivo, sendo o primeiro ligado ao conhecimento do fato típico e o segundo ligado à vontade em praticá-lo. No mesmo sentido, são as lições de Guilherme de Souza Nucci⁵⁷, que se vale, inclusive, dos ensinamentos do ilustre Nelson Hungria:

⁵⁵ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 07 mar 2018.

⁵⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 182.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 204.

Conceito de dolo: a) é a vontade consciente de praticar a conduta típica (visão finalista – é a denominado dolo natural); b) é a vontade consciente de praticar a conduta típica, acompanhada da consciência de que se realiza um ato ilícito (visão causalista – é o denominado dolo normativo). Nas palavras de Hungria: “O nosso direito penal positivo concebe o dolo como intenção criminosa. É o mesmo conceito do *dolus malus* do direito romano, do *böser Vorsatz* do Código Penal austríaco, ou da malice da lei inglesa” (*A legítima defesa putativa*, p. 27); c) é a vontade consciente de praticar a conduta típica, compreendendo o desvalor que a conduta representa (é o denominado dolo axiológico, exposto por Miguel Reale Júnior, *Antijuridicidade concreta*, p. 42).

Nesse diapasão, clarividente a impossibilidade de equiparar o agir doloso ao agir pautado em “alta probabilidade”, ou seja, a legislação nacional não permite a importação do conceito de “vontade/dolo” trazido pelo *knowledge* norte-americano por incompatibilidade jurídica e teórica dos institutos. Frise-se: segundo o direito brasileiro, apenas age com dolo o agente que possui total consciência da ilicitude da conduta aliada à vontade em realizá-la, ou mesmo “assume o risco” em praticá-la. Permitir qualquer interpretação diversa/ampliativa importa configura excesso punitivista impassível de ser convalidado.

Embora a legislação pátria não faça qualquer distinção teórica entre as modalidades de dolo, coaduna-se com o entendimento doutrinário que indica a existência de três modalidades, ou subdivisões, do dolo, quais sejam: dolo direto, dolo indireto (ou de segundo grau) e dolo eventual.

Segundo Luiz Flávio Gomes⁵⁸, sinteticamente, o dolo direto relaciona-se ao principal objetivo do crime almejado pelo agente e o dolo indireto recai sobre um efeito colateral típico, ou seja, uma consequência necessária pelo meio empregado para atingir determinado resultado.

Exemplificando: ao ver seu desafeto encostado em uma janela fechada, determinada pessoa resolve acertá-lo arremessando uma pedra. Nesse caso, para praticar a conduta típica de lesão, a pedra arremessada teve que, necessariamente, quebrar a vidraça para só então atingir o “alvo”.

Nesse contexto, é possível admitir que a lesão foi praticada com dolo direto (pois havia efetiva vontade em lesionar o desafeto) mas o crime de dano pela vidraça quebrada foi apenas consequência necessária para a prática do “ato principal”, devendo a conduta do agente ser enquadrada a título de dolo indireto.

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Qual a diferença entre dolo direta, indireto e eventual?*. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924726/qual-a-diferenca-entre-dolo-direto-indireto-e-eventual>>. Acesso em 08 mar 2018.

aduz que é culposo o crime quando o agente dá causa ao resultado por agir com imprudência, negligência ou imperícia, tendo o próprio parágrafo único indicado que a punição a título de culpa somente é possível quando houver expressa previsão legal no tipo, dada sua excepcionalidade.⁶¹

Nesse contexto, após amplos debates, pacificou-se o entendimento de que o crime de lavagem elencado no *caput* do art. 1º, apenas é punível em sua modalidade dolosa, ou seja, apenas se configura como típica a conduta do agente que atua com conhecimento e vontade de praticar o comportamento descrito na norma⁶². Diante disso, não há, portanto, recriminação ao agente que “lava dinheiro culposamente” (sem conhecimento e/ou vontade de praticar o ato de lavagem) por ausência de previsão legal. Nesse sentido, são as lições de Bottini e Badaró⁶³:

Ao contrário de outros países – como a Espanha, a Bélgica, a Irlanda, a Suécia e o Chile – o tipo penal não existe aqui na forma culposa – consciente ou inconsciente. Apenas o comportamento doloso é objeto de repressão, caracterizado como aquele no qual o agente tem ciência da existência dos elementos típicos e vontade de agir naquele sentido. Logo, não basta a constatação objetiva da ocultação ou dissimulação. É necessário demonstrar que o agente conhecia a procedência criminosa dos bens e agiu com consciência e vontade de encobri-los.

Ocorre que a tipificação da lavagem não se encontra limitada às condutas descritas no *caput* do art. 1º da Lei nº 9.613/98 (cf. tópico 2.3). Os §§ 1º e 2º do mesmo diploma trazem outros atos típicos de lavagem, por exemplo: converter bens ou valores ilícitos em lícitos, movimentá-los ou utilizá-los na atividade econômica ou financeira, participar de grupo criminoso sabidamente voltado para lavagem etc.

Compulsando todas as condutas elencadas no art. 1º e §§ da Lei de Lavagem é possível concluir que o legislador brasileiro criminalizou a conduta da pessoa que pratica qualquer das três fases do procedimento de lavagem mencionadas (ocultação, estratificação e integração, vide tópico 2.2)⁶⁴. Com efeito, a primeira fase (ocultação da origem ilícita dos bens ou valores) se encontra criminalizada no *caput* do artigo, e as condutas da segunda e terceira fase (estratificação e reintegração) encontram-se tipificadas nos parag. 1º e 2º, respectivamente. Confira-se:

⁶¹ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 1a ed, Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 165.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal econômico, volume 2*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 463.

⁶³ BADARÓ, Henrique Gustavo; PIERPAOLO, Cruz Bottini. *Lavagem de Dinheiro – Aspectos Penais e Processuais Penais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 138.

⁶⁴ SANCTIS, Fausto Martin de. *Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 202.

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

I - os converte em ativos lícitos;

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

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

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

À vista disso, e levando em consideração os preceitos básicos de dolo e culpa estabelecidos pela legislação pátria e aprofundados pela doutrina, coaduna-se ao entendimento esposado por Bitencourt⁶⁵, Bottini e Badaró⁶⁶ acerca do elemento subjetivo exigido para a caracterização dos aludidos dispositivos, qual seja: o dolo direto.

Isto porque, o legislador exigiu que os comportamentos tipificados no §1º sejam realizados com o fim (dolo) de “ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal” devendo as condutas elencadas em cada um destes incisos estarem dirigidas à finalidade específica de reciclagem (elemento subjetivo especial do injusto).

Embora a maioria da doutrina⁶⁷ defenda a exigência do elemento subjetivo dolo (direto) para enquadrar o agente como incurso no art. 1º, *caput*, e §1º, I, II e III da Lei nº 9.613/98, há entendimento em sentido contrário, ou seja, pela possibilidade de responsabilização do agente a título de dolo eventual.

Sergio Fernando Moro⁶⁸, mesmo antes da nova redação conferida pela Lei n. 12.683/2012, já defendia a imputação da lavagem pelo dolo eventual. Em sua obra, “*Crime de lavagem de dinheiro*”, o notório magistrado defende que essa punição seria especialmente necessária para repreender as condutas dos chamados “lavadores profissionais” que, muitas vezes, alegam desconhecer a origem dos valores a serem movimentados, mas “assumem o risco” de movimentar esse dinheiro oriundo de práticas ilícitas (como por exemplo os casos dos denominados “doleiros”).

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratada de direito penal econômico, volume 2*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 475-482.

⁶⁶ BADARÓ, Henrique Gustavo; PIERPAOLO, Cruz Bottini. *Lavagem de Dinheiro – Aspectos Penais e Processuais Penais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 157-158.

⁶⁷ PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 136-137; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 87-88.

⁶⁸ MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.69.

Segundo o referido autor, a partir do momento em que o agente “assume o risco” de praticar um ato de lavagem torna-se plenamente possível sua responsabilização a título de dolo eventual. Isto porque, segundo seu entendimento, o judiciário precisa encontrar meios alternativos para combater a aparente impunidade dos crimes de “colarinho branco” (sendo o dolo eventual uma alternativa), bem como a redação conferida pelo art. 18, I, do CP permitiria essa interpretação para qualquer tipo penal.

Para justificar esta linha de raciocínio, Moro⁶⁹ indica que alguns acusados confessam a prática de diversos ilícitos (tais como câmbio paralelo, sonegação fiscal ou evasão de divisas), mas negam veementemente a prática da lavagem sob o argumento de que “*desconheciam a origem ou natureza do dinheiro envolvido*”⁷⁰ corroborando, assim, a necessidade de responsabilização a título de dolo eventual. Em síntese: os argumentos tecidos em sua obra tem por escopo justificar uma maior responsabilização criminal de pessoas relacionadas aos procedimentos de lavagem.

A despeito da aparente “nobreza” do entendimento esposado pelo magistrado federal, urge ressaltar que o modelo Maquiavélico⁷¹ consagrado no ditado “os fins justificam os meios” não recebe guarida do sistema normativo pátrio. O brocardo jurídico *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* não só encontra guarida no art. 5º da Constituição da República de 1988, como foi erigido pelo legislador como baluarte do sistema penal para constar no art. 1º do CP com a seguinte redação (tradução): “*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há crime sem prévia cominação legal*”.⁷²

Em outras palavras, tanto a legislação penal quanto a Constituição Federal reconhecem que o *jus puniendi* do Estado não só não configura um poder absoluto como deve encontrar suas limitações na Lei, de forma a garantir a proteção dos cidadãos de um eventual excesso punitivista. Neste sentido, Cláudio Brandão afirma ser o conceito contemporâneo do Direito Penal “*vinculado ao do Princípio da Legalidade, o qual estabelece que pela lei não somente se protege o homem das ações lesivas aos bens jurídicos, mas que por ela se protege o homem do próprio Direito Penal*”.⁷³

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ SILVA, Ricardo. *Maquiavel e o conceito de liberdade em três vertentes do novo republicanismo*. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/teoria-politica/184362-a-contribuicao-do-pensamento-maquiavelico-para-a-contemporaneidade-ricardo-silva>>. Acesso em 12 mar 2018.

⁷² Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 11 mar 2018.

⁷³ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 1ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 36.

Assim, cai por terra a interpretação conferida por Sergio Moro, em sua obra, de que “*embora não haja previsão legal expressa para o dolo eventual no crime do art. 1º, caput, da Lei n. 9.613/98*”⁷⁴, haveria a possibilidade de admitir seu uso face a previsão geral elencada no art. 18, I, do CP, uma vez que o Direito Penal deve ser interpretado à luz da legalidade estrita, por tutelar os bens jurídicos mais caros à sociedade. Ou seja, não se pode, em absoluto, admitir a penalização de alguém quando a Lei não prevê expressamente tal possibilidade.

Por outro lado, a redação do art. 1º, §2º (conferida pela Lei nº 12.683/2012) revive a problemática ao suprimir a expressão constante na redação original “*que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes*” para fazer constar apenas “*provenientes de infração penal*”, na medida em que se passou a aduzir que o legislador teria dado uma certa abertura para os defensores do dolo eventual na lavagem de dinheiro.

Os defensores dessa linha intelectual (a exemplo do ex-Ministro do STF Joaquim Barbosa e o atual Ministro Luiz Fux⁷⁵) entendem que a nova redação buscou criminalizar o agente que “assume o risco” em praticar as condutas indicadas no par. 2º, justificando a punição pelo dolo eventual.

Nessa perspectiva, convém rememorar que a doutrina classifica o dolo eventual quando agente não quer o resultado, mas, prevendo-o como possível, pratica determinada conduta. Júlio Fabrinni Mirabete⁷⁶ traz o exemplo clássico do motorista que, mesmo vislumbrando pedestres em uma rua movimentada, avança com o carro visando (finalidade) chegar mais rapidamente ao seu local de destino. Nesse caso, não há dúvidas: o agente assumiu o risco de praticar determinada conduta (lesionar pedestres) para atingir o seu próprio resultado diverso (chegar ao destino), sendo hipótese de responsabilização a título de dolo eventual.

No entanto, o crime de lavagem de dinheiro é mais sensível: poderia o agente ser responsabilizado por lavar dinheiro somente por movimentar ou receber bens ou valores quando não sabia origem ilícita desses bens? O contexto desses valores seria suficiente para deduzir que o agente “assumiu o risco” de lavar tais ativos?

Moro entende que o simples “*uso de bens de proveniência ilícita para a configuração típica, sem a necessidade de qualquer objetivo de mascará-los*”⁷⁷ seria suficiente para punir o

⁷⁴ MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69-70.

⁷⁵ JUSBRASIL. Disponível em: <<https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100124503/supremo-define-jurisprudencia-sobre-crime-de-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em 14 mar 2018.

⁷⁶ MIRABETE, Júlio Fabrinni. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts.1º ao 120 do CP*. 28ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 127

⁷⁷ MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

agente. Já Badaró e Bottini⁷⁸ rechaçam esse “simplismo”, reconhecendo não ser essa a posição mais adequada. Para os doutrinadores, é necessário identificar o elemento subjetivo consubstanciado na “*vontade de ocultar ou dissimular o produto do crime através de seu uso na atividade econômica ou financeira*”⁷⁹ (no caso do §2º).

Ou seja, ainda que o legislador tenha pretendido ampliar o espectro de criminalização da lavagem com a nova redação da Lei de Lavagem, a responsabilização pelos atos indicados no §2º apenas é possível quando devidamente comprovado ter o agente atuado com a finalidade (dolo) de participar/praticar ao menos uma das condutas típicas da lavagem⁸⁰. Até porque, admitir interpretação diversa implicaria verdadeira responsabilidade penal objetiva, vedada pela legislação penal em vigor.

Em suma, não há como subsistir a criminalização por dolo eventual quando o próprio tipo de lavagem exige o dolo do agente em se valer de bens ou valores provenientes de infração penal em qualquer das hipóteses trazidas pelo art. 1º.

A título ilustrativo, seria completamente irrazoável admitir a punição de um agente que opera com valores de alta monta e que não sabe a origem (ilícita) desses valores. Perceba: seguir tal linha interpretativa demandaria que todas as pessoas envolvidas em atividades financeiras tenham de saber a origem dos valores negociados, o que se mostra completamente inviável dada a velocidade e complexidade das operações no mercado financeiro.

A ausência de vontade do agente em praticar um ato de lavagem não pode ser equiparada à assunção de risco em pratica-lo, cabendo o ônus da prova da presença do dolo ao titular do ação penal. Ora, não pode o Estado se eximir do seu dever fiscalizatório para atribuir tal responsabilidade ao particular.

Mas não é só. Existe, ainda, outro argumento digno de nota: não se pode admitir que a simples retirada da expressão “sabe ser” da redação original do §2º legitima a incidência do dolo eventual. Não bastasse a já mencionada necessidade de observância à legalidade estrita, permitir essa interpretação importaria em anuir com uma ilegal transmutação do Poder Judiciário em Poder Legislativo pois a Lei não previu expressamente a criminalização da lavagem nessa hipótese.

⁷⁸ BADARÓ, Henrique Gustavo; PIERPAOLO, Cruz Bottini. *Lavagem de Dinheiro – Aspectos Penais e Processuais Penais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 162.

⁷⁹ Idem. p. 164.

⁸⁰ Neste sentido, foram os posicionamentos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Marco Aurélio nos autos da AP 470. Disponível em: <<https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100124503/supremo-define-jurisprudencia-sobre-crime-de-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em 14 mar 2018.

Um simples compulsar da parte especial do Código Penal, e das legislações extravagantes, se mostra suficiente para constatar a atenção conferida pelo legislador ao criminalizar determinadas condutas. Com efeito, denota-se que a redação do tipo penal sempre busca englobar a maior quantidade possível de condutas típicas justamente para afastar dúvida sobre as hipóteses de criminalização de determinado agir.

Cite-se, por exemplo, o art. 33 da Lei n.11.343/2006 (Lei de Drogas) o qual traz, nada menos que 18 (dezoito) verbos típicos. Da mesma forma, a redação do art. 180 do CP (receptação) exemplifica com proeza o entendimento ora defendido: o legislador não só pretendeu exaurir as condutas típicas possíveis, como expressamente criminalizou a conduta de “assumir o risco” através da expressão “deve saber” constante no §1º do referido artigo (receptação qualificada). Confira-se⁸¹:

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.
§ 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 comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.

Perceba: o legislador não só trouxe um total de 12 verbos típicos diferentes (somados os verbos constantes no *caput* e na forma qualificada), como expressamente no *caput* do artigo que incorre nas penas do crime quem pratica um dos verbos sobre “*coisa que sabe ser produto de crime*”. O parag. 1º do aludido diploma, por sua vez, indica bastar a situação de “dever saber” para reconhecer o agente como incurso no referido crime, sendo plausível admitir a responsabilização penal do agente por dolo eventual.

No mesmo sentido, foi a redação conferida ao crime de receptação animal, recentemente introduzido ao Código Penal através da Lei 13.330/2016 (art. 180-A)⁸²:

Art. 180-A. Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito ou vender, com a finalidade de produção ou de comercialização, semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, que deve saber ser produto de crime: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa

⁸¹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 12 mar 2018.

⁸² Idem.

Ao introduzir referido tipo, o legislador trouxe, novamente, uma gama específica de condutas típicas, elencadas através de 07 (sete) verbos e com a previsão “*deve saber ser produto de crime*”, claramente tipificando a assunção de risco.

Não por outra razão, a doutrina já defendia para a receptação qualificada a punição através do dolo eventual, uma vez que a lei tipificou não apenas a conduta de “quem sabe ser o bem produto de crime”, mas também “quem devia saber” tal natureza, devendo o mesmo entendimento ser dispendido ao art. 180-A do CP. Neste sentido, Fernando Capez⁸³:

A lei pretendeu punir não apenas quem sabe, mas até mesmo aquele que devia saber. Foi além, portanto; previu como qualificadora mais do que o dolo direto, razão pela qual a conduta de quem sabe encontra-se embutida na de quem deve saber, de fora que o § 1º do art. 180 alcança tanto o dolo direto (sabe) quanto o dolo eventual (deve saber). Não se trata de analogia ou interpretação extensiva, mas de declarar o exato significado da expressão (“deve saber” inclui o “sabe”), interpretação meramente declarativa, portanto. Se aquele que devia saber comete o crime, com maior razão responderá pela receptação qualificada o sujeito que sabia da origem ilícita do produto.

O que se demonstra, em suma, é que quando a legislação pretende permitir a responsabilização a título de dolo de eventual, a lei penal prevê esse juízo de reprovabilidade penal através da expressão “deve saber”. Assim, inexistindo tal expressão na atual Lei de Lavagem, outra conclusão não se mostra possível se não a da impossibilidade de responsabilização a título de dolo eventual.

A lógica dessa argumentação é corroborada, inclusive, pela redação do tipo de lavagem constante no Novo Código Penal (PLS nº 236/2012) ainda em trâmite no Congresso. O art. 371, §2º, I do Projeto prevê que “*incorre, ainda, na mesma pena [da lavagem indicada no caput] quem utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe ou deveria saber serem provenientes de crime*”.⁸⁴

Em outras palavras, o próprio legislador reconhece a necessidade de se incluir o termo “deveria saber” para legitimar a criminalização da lavagem de dinheiro pelo dolo eventual. Não fosse assim, a redação conferida pela nova Lei de Lavagem (Lei nº 12.683/2012) permaneceria irretocada.

Nesse contexto, a conclusão que se chega é pela impossibilidade de responsabilizar o agente pela prática do crime de lavagem de dinheiro através do dolo eventual, por não ter a atual redação da Lei de Lavagem dado margem para tanto.

⁸³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 20ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 625.

⁸⁴ Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>>. Acesso em 14 mar 2018.

Assim, deve permanecer o entendimento aplicado à época da redação original da Lei nº 9.613/98, qual seja: a exigência da demonstração do elemento subjetivo dolo em praticar ao menos uma das condutas típicas elencadas no referido diploma dentro de um contexto de lavagem.

5. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A LEI Nº 9.613/98

Compreendida (I) a criminalização da lavagem de dinheiro; (II) a teoria da cegueira deliberada e (III) o elemento subjetivo (dolo) exigido para a imputação do referido crime, há de se analisar, neste ponto, a (im)possibilidade de aplicação da teoria ao crime em espécie.

Como demonstrado, a *willful blindness doctrine* não foi criada pelo direito anglo-saxão especificamente para justificar as imputações de lavagem de dinheiro. Em verdade, as primeiras decisões que fazem alusão ao instituto indicam seu uso como uma alternativa para responsabilizar agentes que praticavam qualquer conduta típica e, posteriormente, alegavam desconhecimento sobre sua criminalização, mesmo nos casos em que haviam “fortes indícios” de sua ilicitude. Com efeito, os precedentes norte-americanos demonstram que a *willful blindness* foi utilizada em casos nos quais se apurava a apropriação de bens públicos, tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, uso indevido de patente, entre outros.

No Brasil, a teoria passou a ser importada, majoritariamente, para ser aplicada aos delitos de lavagem, notadamente nos casos dos chamados “lavadores profissionais” . Isto porque a redação original da Lei de Lavagem exigia, para o enquadramento típico da conduta, que os bens, valores ou direitos lavados fossem oriundos de um rol taxativo de crimes antecedentes. Assim, para afastar a imputação pelo referido crime, os lavadores alegavam desconhecer a origem ilícita desses bens.⁸⁵

Como narrado, a nova redação da Lei de Lavagem, conferida pela Lei nº 12.983/2012, embora tenha afastado o rol de crimes antecedentes, manteve a exigência do elemento subjetivo dolo para a responsabilização pelo delito previsto no art. 1º do referido diploma legal.

Todavia, a nova redação do §2º do aludido dispositivo fez com que alguns julgadores passassem a admitir a responsabilização pela lavagem através do dolo eventual valendo-se, para tanto, da aplicação analógica da teoria da cegueira deliberada.

⁸⁵ MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

Fausto Martin de Sanctis, desembargador federal do eg. TRF da 3ª Região, aduz que a teoria poderia ser aplicada para responsabilizar um agente como incurso tanto no §1º quanto no §2º do art. 1º da Lei nº 9.613/98, desde que provado o conhecimento, do agente, da “alta probabilidade” da origem ilícita dos bens, valores ou direitos. Neste sentido⁸⁶:

As construções jurisprudenciais norte-americanas vêm admitindo o dolo eventual por meio da denominada *willful blindness* (...) ou *conscious avoidance doctrine* (...), desde que haja prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime e que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento. Logo, diante da nova redação do dispositivo previsto no art. 1º, *caput* e §§1.º e 2.º, I, é admissível o dolo eventual.

Nessa perspectiva, Sergio Moro também indica que a construção norte-americana em torno da cegueira deliberada poderia ser utilizada quando comprovado que o agente tinha conhecimento sobre a “elevada probabilidade” da origem ilícita dos bens, direitos ou valores. Segundo o magistrado:⁸⁷

Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da “ignorância deliberada”, ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos e quiçá de que ele escolheu agir e permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, ou seja, desde que presentes os elementos cognoscitivo e volitivo, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta.

No entanto, não bastasse a impossibilidade de se imputar o crime de lavagem de dinheiro através do dolo eventual (pois, como demonstrado, o tipo em comento exige a consciência e vontade do agente em conferir um caráter de licitude a um bem, direito ou valor sabidamente ilícito – cf. tópicos 3.1. e 4), urge ressaltar que o elemento subjetivo norte-americano utilizado para justificar a *willful blindness*, o chamado *knowledge*, não encontra seu correlato no direito brasileiro. Em outras palavras, a teoria é conceitualmente incompatível com a legislação nacional.

Como já esmiuçado, atua com *knowledge* aquele que age “ciente de uma circunstância”⁸⁸ ou, ao menos, atento ao fato de que sua conduta “muito provavelmente” irá

⁸⁶ SANCTIS, Fausto Martin de. *Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 241.

⁸⁷ MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

⁸⁸ Texto original: “*“knowledge” is defined in the ICC Statute as “awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events”*”. Disponível em: <<https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1088&context=umicl>>. Acesso em 15 mar 2018.

gerar um determinado resultado.⁸⁹ Ou seja, a cegueira deliberada apenas poderia ser aplicada ao tipo de lavagem quando comprovado que o agente sabia (dolo direto) da origem ilícita dos bens ou, mesmo não sabendo, tinha ciência da “alta probabilidade” de sua origem.

A questão é que essa valoração de “alta probabilidade” constante na ideia do *knowledge* não encontra correspondente no art. 18, I e II do CP. Com efeito, o inciso I apenas traz a ideia do agente que atua totalmente ciente (dolo) ou daquele que “assumiu o risco” de produzir determinado resultado. Nessa linha de inteligência, não se pode equiparar a conduta de alguém que assume um determinado risco com a conduta de alguém que tinha ciência dessa alta probabilidade.

Perceba que o indivíduo poderia estar ciente da probabilidade da origem ilícita do bem, direito ou valor em questão, mas, ao praticar uma das condutas elencadas na Lei 9.613/98, não acreditava, efetivamente, que seu ato poderia ser equiparado a lavagem de dinheiro (ausência do elemento subjetivo dolo em praticar a conduta típica). Sinteticamente: um agir pautado na ciência da probabilidade não implica, necessariamente, uma assunção de risco de produzir o resultado.

Cite-se, como exemplo, uma pessoa que recebe determinada quantia de um terceiro para investir em sua *start-up* (pequena empresa recentemente criada) alegando, apenas, que acreditava no sucesso do negócio (quando, na verdade, o terceiro pretendia lavar seus ativos). Empolgado com a injeção financeira, o criador da empresa consegue auferir lucros e repartê-los com o investidor. Posteriormente, esse investidor é denunciado pelo crime de tráfico de drogas (sendo todo seu dinheiro oriundo do tráfico) e o dono da empresa é denunciado por lavagem de dinheiro. Estaria correta esta última imputação? Poderia o criador da *start-up* ser condenado pela lavagem?

Por certo que não. Embora pareça suspeito que uma terceira pessoa desconhecida injete valores em uma empresa recém-formada, não se pode admitir que a conduta do dono da empresa “beneficiada” seria um ato de lavagem, por ausência do elemento subjetivo dolo exigido pelo tipo penal. Ou seja, ainda que a conduta praticada pelo criador da empresa tenha indiretamente transmutado os valores ilícitos em lícitos (equiparando-se, portanto, a uma das fases do procedimento de lavagem), não é possível sua responsabilização criminal por ausência de dolo em praticar a conduta típica (configurando o erro de tipo elencado no art. 20 do CP).

⁸⁹ SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da Cegueira Deliberada*. 2. tir. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 98.

Demais disso, não se pode, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, responsabilizar um agente que, inserido em um contexto de “alta probabilidade” deveria se abster de receber os valores investidos. Até porque, como diz o conhecido provérbio jurídico, tudo aquilo que não é legalmente proibido, é juridicamente permitido (consubstanciado no art. 1º, CP).

5.1. Cegueira deliberada *lato sensu* e cegueira deliberada *stricto sensu*: a voluntária criação de barreiras para o desconhecimento do caráter típico das condutas poderia ser utilizada como fundamento para a responsabilização penal do agente?

Embora parte da doutrina costume equiparar as situações de cegueira deliberada como idênticas, o presente trabalho alinha-se ao posicionamento elencado por Carla Veríssimo de Carli⁹⁰, de que existe a chamada cegueira *lato sensu* e a cegueira deliberada *stricto sensu*.

A cegueira deliberada *lato sensu* estaria caracterizada quando o agente simplesmente age em desconhecimento nos casos em que “devia saber” da ilicitude da conduta. Por outro lado, agiria em cegueira deliberada *stricto sensu* o agente que efetivamente cria meios para se “blindar” de uma eventual responsabilização. Nas palavras da aludida autora⁹¹:

Todavia, o dilema se coloca nas situações de cegueira deliberada *stricto sensu*, em que o sujeito, diante da perspectiva de serem perpetrados delitos cuja prática lhe aproveitaria, induz sua própria ignorância sobre as circunstâncias do caso concreto, a fim de evitar a representação futura do resultado. Tal seria a situação, por exemplo, do prefeito de uma metrópole que se exime de inspecionar uma obra pública para que não lhe salte aos olhos seu evidente superfaturamento e, ao ser cobrado pelos haveres desviados na empreitada, alega que não lhe cabe fiscalizar cada uma das realizações de seu governo;

Trazendo a problemática aos delitos de lavagem, considere o seguinte caso hipotético: o sócio de uma empresa poderia ser responsabilizado pelo ato de lavagem praticado por um de seus funcionários se, para a prática do ato, ter-se-ia de usar a empresa do sócio (sem seu consentimento/conhecimento)? Por certo que não. Aqui fica muito clara a ideia de que o sócio não pode ser responsabilizado pelo ato do terceiro, dado que tal fato implica em clara responsabilidade penal objetiva.

No entanto, convém analisar um contexto diverso: considere um líder (sócio majoritário) de determinado grupo empresarial que opta por criar subdivisões em sua empresa, atribuindo a gestão de cada um desses “ramos” da empresa a um “sub-líder” específico.

⁹⁰ CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro – Prevenção e Controle Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2ª ed. 2013. p. 299.

⁹¹ Idem.

A criação desses grupos teria por escopo, evidentemente, pulverizar os atos anteriormente concentrados apenas no líder principal, tendo esses sub-líderes autonomia para deliberar sobre atos específicos. Os deveres dos sub-líderes para com o líder principal, basicamente, seriam o de reportar os resultados obtidos em suas negociações/projetos auferidos.

Neste cenário, imagine que o líder determine que os sub-líderes precisem, de qualquer forma, obter êxito em contratos específicos, não importando os meios utilizados para tanto. Todavia, o líder principal exige, expressamente, que não lhe notifiquem sobre os meios ou o *modus operandi* utilizados para atingir os resultados pretendidos.

Desta forma, imaginando que para garantir a vitória em dado contrato o sub-líder tenha aceitado a contrapartida de lavar determinado bem, direito ou valor, sem comunicar tal condição ao líder principal poderia este vir a ser responsabilizado pelos atos de lavagem?

Em outras palavras, o sócio que deliberadamente estratifica sua empresa para se blindar de tomar conhecimento acerca de determinado ato ilícito poderia ser responsabilizado pelo ato praticado em seu (deliberado) desconhecimento? Segundo os defensores da teoria, sim.

No entanto, a despeito do desvalor ético e moral dessa conduta, urge ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a responsabilização criminal desse líder por esses fatos em específico. Não há no Código Penal vigente, nem nas legislações extravagantes, qualquer dispositivo que repute típica essa conduta. A bem da verdade, admitir a aplicação da teoria da cegueira deliberada *stricto sensu* significaria alargar o conceito legal e doutrinário que se tem sobre o dolo.

Perceba, inclusive, que a cegueira deliberada admitiria a responsabilização do líder por qualquer fato típico praticado por seus sub-líderes, o que não pode ser permitido à luz do ordenamento brasileiro dado que alguém apenas responde criminalmente a título de dolo ou culpa.

Nessa perspectiva, não havendo comprovação do elemento subjetivo dolo em praticar o crime encabeçado pelo sub-líder (sem o conhecimento do líder principal), bem como a ausência de previsão do crime em sua modalidade culposa, impossível a criminalização dessa conduta ainda que esse desconhecimento seja voluntário.

Sobre a cegueira deliberada e o ordenamento jurídico vigente, Sydow expõe o seguinte⁹²:

a teoria identifica duas situações de fato: a da ignorância deliberada, em que o sujeito que pratica a conduta principal o faz sem ter certeza absoluta de um elemento de sua conduta que pode integrar o tipo objetivo, mas mesmo assim prossegue nela; e o da cegueira deliberada, em que um sujeito se põe em posição de ignorância anteriormente ao cometimento da conduta principal, num exercício prognóstico, para não se envolver com eventuais ilicitudes. Para a legislação norte americana, ambos tratam de situações de tipo subjetivo e a questão seria identificar a *mens rea* ou imputá-la a partir de conceitos definidos (alta probabilidade ou deveres de cuidado, no caso). As normas brasileiras não preveem tal instituto. Não temos, em nossa opinião, uma resposta definitiva de como tratar a situação de desconhecimento provocado. (...) Uma vez que a ignorância foi causada pelo próprio agente por não ter investigado o fato duvidoso, talvez fosse arguível que a identificação objetiva de tal situação retiraria do réu a possibilidade desse instrumento de defesa. Mas uma análise sistemática apontará para o fato de que isso violaria a presunção de inocência, o princípio da ampla defesa e o próprio dever material do Estado em demonstrar a quem da dúvida os argumentos de acusação. Assim, retirar do réu o instrumento defensivo não nos parece uma possibilidade em nosso ordenamento jurídico garantista.

Com efeito, a “brecha” legislativa não pode ser suprida pelo judiciário sob a escusa de conferir uma maior efetividade na persecução penal, pois não só não se pode permitir uma interpretação ampliativa (ou mesmo analógica) em prejuízo ao réu, como também hão de ser respeitadas as garantias constitucionais da presunção da inocência, do contraditório e da ampla defesa, previstas no art. 5º, LV e LVII da Constituição da República.

6. ANÁLISE DE PRECEDENTES RELACIONANDO A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: a interpretação conferida pelo judiciário brasileiro.

Em que pese a teoria da cegueira deliberada não tenha sido plenamente incorporada pelo direito brasileiro⁹³ (sequer é abordada nos cursos de graduação do país), convém analisar os precedentes considerados mais relevantes sobre o tema e que se debruçaram, ainda que minimamente, sobre os institutos que circundam a matéria.

Como será demonstrado, o próprio judiciário ainda não possui um entendimento consolidado sobre o tema. Em um primeiro momento, o instituto foi (acertadamente) afastado pelo TRF-5ª Região ao analisar a ACR 5.520/CE (assalto ao Banco Central em Fortaleza/CE). Todavia, ao analisar a AP 470/MG (Caso “Mensalão”), a maioria dos ministros do STF

⁹² SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da Cegueira Deliberada*. 2. tir. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 203-205.

⁹³ BADARÓ, Henrique Gustavo; PIERPAOLO, Cruz Bottini. *Lavagem de Dinheiro – Aspectos Penais e Processuais Penais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 143.

entendeu pela possibilidade de aplicação da teoria estrangeira, sendo necessário, todavia, observar algumas ressalvas. Recentemente, a teoria vem sendo firmemente aplicada pelos Juízes federais da Seção Judiciária de Curitiba/PR no âmbito da Operação Lava Jato, sendo importantíssimo observar como os julgadores, em sede recursais, irão se posicionar sobre o tema. Há de se ver.

6.1. O assalto ao banco central de Fortaleza/CE: a impossibilidade de aplicação da *willful blindness doctrine* quando ausente o elemento subjetivo dolo

Importantíssimo o precedente criado pelo eg. TRF-5ª Região nos autos da Apelação Criminal n. 5.520/CE, que reformou a sentença condenatória pelo crime de lavagem de dinheiro prolatada pelo Juízo da 11ª Vara Federal se Seção Judiciária de Fortaleza com base na teoria da *willful blindness*. Naquela oportunidade, o Tribunal entendeu que condenação pela lavagem de dinheiro, nos termos em que prolatada pelo Juízo de primeiro grau, beirava a responsabilidade penal objetiva. Assim, para entender os termos do precedente referenciado, convém tecer alguns esclarecimentos sobre o caso.

Trata-se de julgamento relacionado ao famoso assalto ao Banco Central em Fortaleza/CE, pelo qual diversas pessoas foram acusadas pela prática de furto qualificado e lavagem de dinheiro por terem, na madrugada dos dias 05 a 06 de agosto de 2005, subtraído a quantia de R\$164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil e cento e cinquenta reais) do BACEN em Fortaleza através de um túnel escavado sobre a agência.

A imputação pela prática de lavagem se deu porque, pouco após o crime, no próprio dia 06 de agosto de 2005 (sábado), os furtadores se dirigiram a uma loja de automóveis na qual adquiriram, em espécie, 11 (onze) veículos no valor de R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais). Assim, os responsáveis pela loja foram denunciados e condenados pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro.

Nesse contexto, insta salientar que como o suposto crime ocorreu antes da reforma da Lei de Lavagem (Lei n. 12.683/12), ao sentenciar o feito o julgador se ateve a legislação à época em vigor, a qual exigia, para a configuração do delito, a ocultação da origem dos valores oriundos da prática de um crimes constantes no rol de crimes antecedentes constantes nos incisos do art. 1º da Lei n. 9.613/98.

Não obstante, argumentando que o *caput* do art. 1º da Lei de Lavagem deixaria uma margem de dúvidas quanto a possibilidade de se responsabilizar o agente a título de dolo

eventual (contrariamente às ideias defendidas no presente trabalho, dado que o dolo direto sempre foi o requisito para a configuração típica da conduta), o magistrado singular se valeu das “soluções” encontradas pelo direito norte-americano. Em linhas gerais, interpretou que o agir com conhecimento seria equivalente ao agir com ciência de alta probabilidade.

Assim, para condenar os responsáveis pela loja de veículos automotores pelo crime de lavagem de dinheiro, o magistrado de primeiro grau entendeu que embora os proprietários não soubessem da origem dos valores, o *modus operandi* daquela aquisição de 11 veículos (na importância de quase R\$1.000.000,00 de reais) demonstrava a alta probabilidade de se tratar de um ato de lavagem. Com efeito, aduziu o magistrado⁹⁴:

Atitude da espécie caracteriza indiferença quanto ao resultado do próprio agir. Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da “ignorância deliberada”, ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosa dos bens, direitos e valores envolvidos e, quiçá, de que ele escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta.⁹⁵

Irresignada com os termos da sentença condenatória, a defesa interpôs recurso de apelação. Assim, a 2ª Turma do eg. TRF-5ª Região absolveu os acusados pela imputação de lavagem por entender que os termos da sentença configuravam verdadeira responsabilidade objetiva, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. Em linhas gerais, declinou que não se logrou demonstrar a ciência dos recorrentes da origem ilícita dos valores, ou seja, não se demonstrou o dolo, na conduta dos recorrentes, em praticar qualquer das condutas trazidas na Lei de Lavagem.

Interessante, ainda, foi o registro feito pela Turma sobre a impossibilidade de condenar os agentes pelo parag. 2º do art. 1 da Lei 9.613/98. Segundo se extrai do julgado, tendo o furto ao banco ocorrido na madrugada da sexta-feira para o sábado, e, a aquisição na loja de veículos no próprio sábado, sequer era exigível dos proprietários da loja desconfiança sobre os valores apresentados, uma vez que as notícias sobre o furto apenas vieram à conhecimento público na segunda-feira seguinte, no dia 08 de agosto de 2005. Dada a importância do

⁹⁴ Idem. p. 218.

⁹⁵ Sentença do Ação Penal n. 2005.81.00.014586-0, pg. 17, 11a Vara Federal – Seção Judiciária do Ceará, Justiça Federal de 1º grau da 5ª região.

procedente, colaciona-se o seguinte trecho da ementa do acórdão prolatado nos autos da ACR 5.520/CE⁹⁶:

2.4- Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (*willful blindness*), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.o 9.613/98. O inciso II do § 2.o do art. 1.o dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do § 2o.- Não há elementos suficientes, em face do tipo de negociação usualmente realizada com veículos usados, a indicar que houvesse dolo eventual quanto à conduta do art. 1.o, § 1o, inciso II, da mesma lei; na verdade, talvez, pudesse ser atribuída aos empresários a falta de maior diligência na negociação (culpa grave), mas não, dolo, pois usualmente os negócios nessa área são realizados de modo informal e com base em confiança construída nos contatos entre as partes.- É relevante a circunstância de que o furto foi realizado na madrugada da sexta para o sábado; a venda dos veículos ocorreu na manhã do sábado. Ocorre que o crime somente foi descoberto por ocasião do início do expediente bancário, na segunda-feira subsequente. Não há, portanto, como fazer a ilação de que os empresários deveriam supor que a vultosa quantia em cédulas de R\$ 50,00 poderia ser parte do produto do delito cometido contra a autarquia.- A empresa que explora a venda de veículos usados não está sujeita às determinações dos arts. 9 e 10 da Lei 9.613/98, pois não se trata de comercialização de "bens de luxo ou de alto valor", tampouco exerce atividade que, em si própria, envolva grande volume de recursos em espécie.- Ausência de ato normativo que obrigue loja de veículos a comunicar ao COAF, à Receita, à autoridade policial ou a qualquer órgão público a existência de venda em espécie.- Mesmo que a empresa estivesse obrigada a adotar providências administrativas tendentes a evitar a lavagem de dinheiro, a omissão na adoção desses procedimentos implicaria unicamente a aplicação de sanções também administrativas, e não a imposição de pena criminal por participação na atividade ilícita de terceiros, exceto quando comprovado que os seus dirigentes estivessem, mediante atuação dolosa, envolvidos também no processo de lavagem (parágrafo 2o, incisos I e II).

Clarividente a importância do precedente criado pelo TRF-5^a Região, pois pretendeu delimitar os limites da aplicação da teoria norte-americana da *willful blindness* ao ordenamento brasileiro.

De fato, aquela Corte Regional reconheceu que o tipo de lavagem exige a comprovação do elemento subjetivo dolo do agente em praticar uma das condutas elencadas no tipo para efetivamente conferir um caráter de licitude a bens sabidamente ilícitos. Inexistindo a demonstração desse dolo no caso, impossível responsabilizar o acusado com base na “alta probabilidade” de ciência da ilicitude dos bens, sob pena de se incorrer em responsabilidade penal objetiva.

6.2. (re)Interpretando a cegueira deliberada: o julgamento do caso “mensalão” (AP 470/MG)

⁹⁶ Informações extraídas da consulta processual da ACR 5520/CE no sítio eletrônico do TRF-5a Região. Disponível em: <www.trf5.jus.br>. Acesso em 18 mar de 2018.

Há quem diga que o julgamento do “Mensalão” mudou o STF, ou mesmo que o STF mudou para julgar o “Mensalão”⁹⁷. O processo, que detinha aproximadamente 50 mil páginas, 38 réus e 600 testemunhas⁹⁸, levou o Supremo a se debruçar sobre o caso ao longo de impressionantes 53 sessões. Ao final, foi prolatado um acórdão de (nada mais nada menos) 8.405 páginas para condenar 25 réus e absolver 12 deles⁹⁹.

Como não poderia ser diferente, o julgamento demonstrou o entendimento do STF sobre inúmeros temas, dentre eles a aplicação da teoria da cegueira deliberada no crime de lavagem de dinheiro. Naquela oportunidade, ainda que alguns Ministros tenham declinado para o entendimento defendido nesta tese (impossibilidade de criminalização através do dolo eventual)¹⁰⁰, o entendimento majoritário foi pela possibilidade de aplicar essa modalidade de dolo ao crime de lavagem, haja vista a *willful blindness doctrine* norte-americana.

Com as devidas vênias, após realizar um estudo aprofundado sobre os institutos que circundam a teoria, é possível concluir que os Ministros do Supremo esbarraram em incoerências conceituais ao analisar o tema.¹⁰¹

Neste aspecto, ao tecer suas ponderações, a Ministra Rosa Weber equiparou a ciência da “alta probabilidade” da procedência criminosa dos bens, valores ou ativos ao dolo eventual para a prática do crime de lavagem. Declinou, ainda, que a postura de indiferença dessa origem ilícita pelos “lavadores profissionais”, clamaria por sua responsabilização a título de dolo eventual. Assim, para condenar esses lavadores, a Ministra asseverou que¹⁰²:

Para a configuração da teoria da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa. (...) Pode-se identificar na conduta dos acusados-beneficiários, especialmente dos parlamentares beneficiários, a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada. Para o crime de lavagem de dinheiro, tem se admitido, por construção do

⁹⁷ BALIARDO, Rafael; HAIDAR, Rodrigo. *Para criminalistas, STF aderiu ao direito penal máximo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-set-27/supremo-mudou-julgar-mensalao-ou-mensalao-mudou-supremo>>. Acesso em 18 mar 2018.

⁹⁸ LIMA, Wilson. *Em números, processo do mensalão bate todos os recordes do STF*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2012-07-19/em-numeros-processo-do-mensalao-bate-todos-os-recordes-do-stf.html>>. Acesso em 18 mar 2018.

⁹⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em 18 mar 2018.

¹⁰⁰ Como se denota dos questionamentos trazidos pelo Min. Ricardo Lewandowsky (fl. 3736 do acórdão) e pelo Ministro Dias Toffoli (fl. 3273 do acórdão).

¹⁰¹ SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da Cegueira Deliberada*. 2. tir. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 221.

¹⁰² Acórdão do STF na AP 470/MG, p. 1273. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em 18 mar 2018.

Direito anglo-saxão, a responsabilização criminal através da assim denominada doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*). (...) Em termos gerais, a doutrina estabelece que age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta.

Todavia, convém analisar alguns pontos da argumentação esposada pela r. Ministra não condizentes com a realidade. Como bem lembrado por Sydow¹⁰³, não é acertado afirmar que “*as cortes norte-americanas têm exigido, em regra*” os requisitos apontados no voto. Como se demonstrou no tópico 3 deste trabalho, apenas com a edição do *Model Penal Code*, na década de 60, foi que a legislação norte-americana passou a criar uma espécie de cartilha para a responsabilização criminal.

Ocorre que a autonomia dos Estados Confederados pode, de certa forma, deixar obsoleto esse Código Penal Modelo, na medida em que os julgadores não se encontram vinculados aos preceitos ali estabelecidos. Assim, basta um Estado divergir do entendimento trazido pelo Código para quebrar essa aparente “pacificação” do entendimento sobre a *willful blindness* equivocadamente apontada pela Ministra.

Outrossim, percebe-se do voto a inexistência de diferenciação entre a cegueira deliberada *lato sensu* e a cegueira deliberada *stricto sensu*. Com efeito, a Ministra parece equiparar a responsabilização daquele que simplesmente não sabe da proveniência ilícita dos bens, valores ou direitos, daquele que efetivamente cria meios para não tomar conhecimento (embora não se deva admitir a responsabilização em nenhuma das hipóteses, por ausência de previsão legal).

Por fim, a e. Ministra busca embasar seu entendimento trazendo um sucinto conceito da teoria sem, no entanto, atentar para a “espécie de dolo” chamada *knowledge* exigida pelo direito norte-americano para justificar a aplicação da teoria. Como demonstrado, a valoração subjetiva do agente que age *knowingly* não pode ser equiparada ao agente que atua dolosamente, pois a lei brasileira não equipara, em nenhum dispositivo legal, o dolo direto ao agente que atua “ciente da alta probabilidade”.

Ao que parece, *data maxima venia*, não foram observados os conceitos dos institutos que circundam a *willful blindness*. Na prática, a Ministra simplesmente “importou” a teoria ao judiciário brasileiro, assemelhando-a ao dolo eventual, para condenar réus acusados pela prática de lavagem de dinheiro quando sequer sabiam, ou tinham meios efetivos de saber, da proveniência ilícita dos bens, valores ou direitos.

¹⁰³ SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da Cegueira Deliberada*. 2. tir. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 223.

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes foi mais cauteloso em suas ponderações. Segundo o Ministro¹⁰⁴:

(...) deve-se admitir com cautela a tese aqui também já referida acerca da cegueira deliberada (*willful blindness*). Tese essa que encontra limitações teóricas e práticas na *common law* e não pode ser importada sem suas adequadas implicações, por exemplo, a exigência de “criação consciente e voluntárias que evitem o conhecimento (Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais, RT, p. 99). (...) a prova do dolo (também chamado dolo genérico) e dos elementos subjetivos do tipo (conhecidos como dolo específico) são aferidas pela via do conhecimento dedutivo, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras de experiência comum do que ordinariamente acontece (Eugênio Pacelli de Oliveira, Curso de Processo Penal, Lumen Juris, p. 295)

Com efeito, o e. Ministro atentou para as ressalvas na “importação” da teoria, pois mesmo em seu sistema de origem (*common law*) a *willful blindness* possui limitações, não sendo admitida irrestritamente.

Nesta esteira, ainda que o Ministro não tenha efetivamente diferenciado a cegueira deliberada em *latu sensu* e *stricto sensu*, ao menos encampou as ideias de Badaró e Bottini no sentido de que a cegueira deliberada *stricto sensu* estaria configurada quando o agente efetivamente cria meios para se manter em uma situação de desconhecimento.

Embora o presente trabalho busque demonstrar a completa impossibilidade de importação do instituto em qualquer de suas espécies, notável o cuidado do Ministro com a construção alienígena.

De certa forma, o próprio Ministro discorre sobre a necessidade de se demonstrar a presença do elemento subjetivo específico do tipo, *in casu*, ocultar a origem sabidamente ilícita de bens, direitos ou valores.

Perceba que se a criminalização da lavagem de dinheiro através do dolo eventual ainda era duvidosa (pelas lacunas legislativas), a equiparação da *willful blindness* na figura do dolo eventual para embasar condenações de lavagem de dinheiro, à luz da Lei de Lavagem, parece ser ainda mais, pois o sistema penal brasileiro é pautado pelo princípio da culpabilidade.¹⁰⁵

Assim, após o julgamento da AP 470 evidenciou-se o seguinte: a teoria da cegueira deliberada foi utilizada pela maioria dos Ministros para condenar os denunciados pela prática de lavagem de dinheiro mesmo quando não se tinha comprovado a ciência da proveniência

¹⁰⁴ Acórdão do STF na AP 470/MG. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em 18 mar 2018.

¹⁰⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>>. Acesso em 18 mar 2018.

ilícita dos bens, valores ou direitos. Todavia, diversos Ministros, a exemplo do e. Ministro Gilmar Mendes, reconheceram que a importação da teoria requer uma profunda análise acerca de sua compatibilidade com o sistema penal brasileiro.

Em outras palavras, ainda que se tenham valido de uma interpretação incompleta da teoria da cegueira deliberada, o Supremo reconheceu que sua importação pelo judiciário brasileiro deve ser feita com ressalvas, dado que o próprio sistema normativo no qual a teoria nasceu (*common law*) possui premissas sobre a ideia da culpabilidade totalmente diferentes do sistema romano-germânico, adotado pelo Brasil.

6.3. Cegueira deliberada e a operação “lava-jato”

A notória Operação “Lava Jato” expôs à sociedade a existência de uma profunda rede de corrupção cujos tentáculos aparentam não ter fim. Assim, incontestemente que a Operação trouxe consequências importantes para o combate à corrupção, na medida em que trouxe à luz a existência de negócios milionários envolvendo o Poder Público e um seletivo grupo de empresários, em um verdadeiro “jogo de cartas marcadas”.

Por outro lado, também há de se reconhecer que em determinados momentos, os condutores da Operação (e aqui não se está apontado especificamente qualquer pessoa, mas igualmente os julgadores, procuradores, delegados, agentes de polícia, etc.) parecem preferir atropelar as garantias conferidas pela Constituição da República de 1988 e pela própria legislação processual penal.

Neste sentido, cumpre indagar: o combate à corrupção, por mais valoroso que seja, justifica a inobservância das garantias constitucionais, penais e processuais penais conferidas aos acusados? O pretensão fim de “limpar” o país justifica o emprego de qualquer meio? Por certo que não.

Diversos são os problemas constatados na condução da Operação Lava Jato (desde conduções coercitivas desnecessárias até o “vazamento” de informações adquiridas pelas investigações), mas o foco, aqui, restringe-se a analisar a aplicação da teoria da cegueira deliberada para fundamentar algumas condenações pela prática do crime lavagem de dinheiro.

Um estudo realizado pela Folha de São Paulo¹⁰⁶ aponta que das 121 condenações pela suposta prática de lavagem, proferidas pelos Juízos da 13ª e 7ª Varas Federais de Curitiba/PR,

¹⁰⁶ Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1946478-teoria-da-cegueira-deliberada-ampara-condenacoes-na-lava-jato.shtml>>. Acesso em 18 mar 2018.

13 foram prolatadas sem provas de que os denunciados sabiam da origem ilícita dos bens, direitos ou valores através do emprego da referida teoria.

Assim, embora já se tenha demonstrado que a legislação brasileira exige a ciência do acusado da proveniência ilícita dos valores (como reconhecido pelo TRF-5ª Região ao julgar a ACR 5.520/CE), os magistrados já proferiram 13 sentenças condenatórias sob o argumento que os acusados tinham fortes motivos para suspeitar dessa origem demonstrando, portanto, consciência do risco de cometer crimes.

Para condenar, em 2015, três denunciados pela prática de lavagem de dinheiro, o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR se valeu da teoria da cegueira deliberado arguindo o seguinte:

ao concordarem em realizar as transações sub-reptícias, em circunstâncias suspeitas, sem indagar a origem, natureza e destino dos valores, com empreiteiras com contratos milionários com o poder público” os acusados “assumiram o risco de produzir o resultado delitivo”¹⁰⁷.

Em outra situação, o mesmo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR condenou acusado que admitiu o recebimento de U\$4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil dólares) de um fornecedor da Petrobrás na Suíça, mas que não sabia da suposta proveniência ilícita dos valores. Para tanto, aduziu que:

a postura de não querer saber e a de não querer perguntar caracterizam ignorância deliberada e revelam a representação da elevada probabilidade de que os valores tinham origem criminosa e a vontade de realizar a conduta de ocultação e dissimulação a despeito disso¹⁰⁸.

Com as devidas vênias, a postura adotada parece ser a mesma daquela (equivocadamente) sobressalente no julgamento da AP 470/MG (“Mensalão”): bastaria a ciência da “alta probabilidade” da proveniência ilícita dos valores para condenar um acusado por lavagem de dinheiro.

Todavia, como já exaustivamente defendido no presente trabalho, não se pode admitir tal linha intelectual. A um, porque não se atentou ao contexto em que a teoria foi criada no *common law*, isto é, qual o elemento da culpabilidade utilizado para justificar essa responsabilização criminal, e, a dois, porque a teoria é incompatível com o sistema penal brasileira, notadamente aos conceitos de culpabilidade, elencados no art. 18 do CP ou mesmo à garantia constitucional da presunção de inocência, disposta no art. 5º, LVII da CF/88.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Idem.

7. CONCLUSÃO

Diante do exposto, imperioso concluir que a *willful blindness doctrine* (teoria da cegueira deliberada) não pode ser aplicada ao direito brasileiro, muito menos nos casos da Lei n. 9.613/98. Isto porque, como demonstrado, o elemento subjetivo utilizado pelo direito norte-americano para sedimentar a referida teoria, o chamado *knowledge*, não encontra correspondente no elemento subjetivo trazido no Código Penal Brasileiro.

Como pontuado, o *knowledge* resta caracterizado quando o agente atua com o conhecimento do resultado ou ciente de sua alta probabilidade. Por outro lado, o dolo brasileiro fica demonstrando quando o agente atua com ciência e vontade em produzir determinado resultado, ou ao menos assume o risco de produzi-lo.

Para demonstrar as sutis diferenças entre os conceitos, utilizou-se de diversos casos hipotéticos para se chegar a conclusão de que o agir ciente de alta probabilidade diverge do agir com risco de produzir o resultado.

Não bastasse isso, demonstrou-se, ainda, que as condutas elencadas na Lei de Lavagem exigem, para sua responsabilização criminal, o dolo direto do agente em lavar os bens, valores ou direitos. Com efeito, alguém apenas pode ser considerado como incurso no delito em comento se praticar qualquer um das três fases do procedimento de lavagem (ocultação, estratificação ou integração) com o intuito (dolo) em conferir uma aparência de licitude a bens sabidamente provenientes de infração penal.

Com essa linha de raciocínio, refutou-se a ideia de que bastaria, para a caracterização da lavagem, o dolo eventual do agente, pois apenas pode ser responsabilizado criminalmente um agente que deliberadamente age com o fim de mascarar a origem ou proveniência ilícita dos valores.

Nessa perspectiva, reconhecida a incompatibilidade da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico pátrio, bem como a aplicação do dolo eventual no crime de lavagem, refutou-se o entendimento conferido por alguns julgadores de que seria possível importar a *willful blindness doctrine*, através do uso do dolo eventual, para condenar alguém por uma das condutas previstas na Lei n. 9.613/98.

Por fim, as análises dos precedentes criados pela justiça brasileira demonstram que o instituto ainda não pode ser considerado como inteiramente aceitável no direito brasileiro. Até porque, não se pode olvidar no julgamento da ACR 5.520/CE, o TRF-5ª Região afastou a aplicação da *willful blindness* com base no argumento de que o direito brasileiro não comporta os preceitos dessa teoria, pois, da forma em que posta pelo magistrado sentenciante

naquele caso, admitir o uso do instituto configuraria verdadeira responsabilidade penal objetiva, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, a despeito das equivocadas e confusas interpretações sobre o tema realizadas pelos Ministros do STF ao julgar a AP 470/MG (Caso Mensalão), já naquela oportunidade foi reconhecida a necessidade de conferir amplas ressalvas à aplicação do instituto, pois possivelmente encontra diversos óbices com os preceitos estabelecidos pelo legislador nacional, sendo necessário observar atentamente como as turmas recursais se manifestarão sobre as condenações ocorridas com base nessa teoria no âmbito da Operação Lava Jato.

Nesse contexto, insta salientar que o combate à criminalidade de “colarinho branco” é de fundamental importância para a própria evolução da sociedade. Todavia, essa honrosa luta não justifica o uso irrestrito do poder punitivo estatal, sob pena de violar diversas garantias estabelecidas tanto na legislação processual penal, quanto na própria Constituição da República.

Com efeito, a melhor solução para responsabilizar criminalmente aqueles que voluntariamente atuam em desconhecimento para lavar bens, direitos ou valores é a edição de novos diplomas legais que expressamente tipifiquem tais condutas, de forma a conferir a qualquer cidadão a ciência sobre a ilicitude de seus atos, podendo-se fazer referência à nova redação conferida ao delito de lavagem no Projeto do Novo Código Penal Brasileiro (PLS 236/2012).

Por outro lado, a situação também poderia ser solucionada através da criação (legal) de novos conceitos para o elemento subjetivo. Tal situação impediria, por exemplo, a insegurança jurídica de não ser a linha divisória de quem age como dolo (intuito) daquele que age com dolo eventual (assunção de risco).

Desta maneira, a aplicação da teoria da cegueira deliberada se vê obstada pelos próprios institutos jurídicos brasileiros, não sendo possível a importação da teoria para a resolução de casos concretos. Afinal de contas, como bem expõe o art. 1º do CPB: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Henrique Gustavo; PIERPAOLO, Cruz Bottini. *Lavagem de Dinheiro – Aspectos Penais e Processuais Penais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BALIARDO, Rafael; HAIDAR, Rodrigo. *Para criminalistas, STF aderiu ao direito penal máximo*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-set-27/supremo-mudou-julgar-mensalao-ou-mensalao-mudou-supremo>>. Acesso em 18 mar 2018.

BALTHAZAR, Ricardo. *Teoria da ‘cegueira deliberada’ ampara condenações na Lava Jato* <<http://m.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1946478-teoria-da-cegueira-deliberada-ampara-condenacoes-na-lava-jato.shtml>>. Acesso em 27 fev 2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 7ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal econômico, volume 2*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>>. Acesso em 18 mar 2018.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 1ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 07 mar 2018.

BRASIL. Decreto 154/1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em 28 fev 2018.

BRASIL. Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/98. Disponível em: <<http://coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>>. Acesso em 07 fev 2018.

BRASIL. Lei 9.613/98. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em 03 mar 2018.

BRASIL. Lei 12.983/2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em 01 mar 2018.

BRASIL. Projeto de Novo Código Penal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>>. Acesso em 14 mar 2018.

BRASIL. Redação Original da Lei 9.613/98. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei-9613-3-marco-1998-372359-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 28 fev 2018.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 20ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro – Prevenção e Controle Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2ª ed. 2013.

CERNICHIARO, Luiz Vicente. *Conceito do delito no direito penal inglês*. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/35145/conceito%20do%20delito%20no%20direito%20penal%20ingles.pdf?sequence=1>>. Acesso em 07 mar 2018.

CHARLOW, Robin. *Wilful Ignorance and Criminal Culpability*. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1842&context=faculty_scholarship>. Acesso em 06 fev 2018.

CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Arazandi, 2002.

EXAME. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/como-funcionam-as-offshore/>>. Acesso em 19 mar 2018.

GEHR, Amanda. *A aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31107/AMANDA%20GEHR.pdf?se>>. Acesso em 04 mar 2018.

GOMES, Luiz Flávio. *Qual a diferença entre dolo direta, indireto e eventual?*. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924726/qual-a-diferenca-entre-dolo-direto-indireto-e-eventual>>. Acesso em 08 mar 2018.

HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais – Tomo I*. Bahia: Editora Juspodvm, 6a ed., 2014.

JUSBRASIL. *Supremo define jurisprudência sobre crime de lavagem de dinheiro*. Disponível em: <<https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100124503/supremo-define-jurisprudencia-sobre-crime-de-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em 14 mar 2018.

LIMA, Wilson. *Em números, processo do mensalão bate todos os recordes do STF*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2012-07-19/em-numeros-processo-do-mensalao-bate-todos-os-recordes-do-stf.html>>. Acesso em 18 mar 2018.

MACAU. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/13/resoluar29.asp#ptg>>. Acesso em 28 fev 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts.1º ao 120 do CP*. 28ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 136-137; BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: Deliberate ignorance as a criminal mens rea*. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc>>. Acesso em 06 fev 2018.

ROBINSON, Jeffrey. *The Laundrymen*. London: Simon & Schuster, 1998.

SAADI, Ricardo Andrade. *O combate à lavagem de dinheiro*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4672-O-combate-a-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em 01 mar 2018.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, Ricardo. *Maquiavel e o conceito de liberdade em três vertentes do novo republicanismo*. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/teoria-politica/184362-a-contribuicao-do-pensamento-maquiavelico-para-a-contemporaneidade-ricardo-silva>>. Acesso em 12 mar 2018.

STF. AP 470/MG. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>.

STF. Notícias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em 18 mar 2018.

SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Madri: La piquet, 1999.

SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da Cegueira Deliberada*. 2. tir. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

TORRES, Tiago Caruso; ARRUDA, Ana Luiz Gardiman. *Precisamos nos socorrer à Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil?* <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6049-Precisamos-realmente-nos-socorrer-a-Teoria-da-Cegueira-Deliberada-no-Brasil>. Acesso em 05 fev 2018.

TRF5. Consulta processual ACR 5520/CE. Disponível em: <www.trf5.jus.br>. Acesso em 18 mar de 2018.

UOL. Teoria da Cegueira Deliberada. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1946478-teoria-da-cegueira-deliberada-ampara-condenacoes-na-lava-jato.shtml>>. Acesso em 18 mar 2018.

USA. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>>. Acesso em 04 mar 2018.

USA. Disponível em: <<https://www.casebriefs.com/blog/law/criminal-law/criminal-law-keyed-to-lafave/mental-state/united-states-v-jewell-2/>>. Acesso em 04 mar 2018.

USA. Disponível em: <<https://lawaspect.com/case-global-tech-appliances-inc-v-seb-s-a/>>. Acesso em 04 mar 2018.

USA. Disponível em: <<https://lawshelf.com/courseware/entry/model-penal-codes-mens-rea>>. Acesso em 07 mar 2018.

USA. Disponível em: <<https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1088&context=umiclr>>. Acesso em 15 mar 2018.

VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 2a ed., Bahia: Editora Juspodvum, 2014.