

Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente



Edición Nº 2. Diciembre de 2022

OS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS À LUZ DA CEGUEIRA DELIBERADA: OBSTÁCULOS PROBATÓRIOS À IMPUTAÇÃO DAS INFRAÇÕES PENAIS

LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS A LA LUZ DE LA CEGUERA
VOLUNTARIA: OBSTÁCULOS PROBATORIOS A LA ATRIBUCIÓN DE
INFRACCIONES PENALES

Aicha de Andrade Quintero Eroud¹

Diane da Silva Rosa²

Luiz Eduardo Cani³

¹ Mestranda em Literatura Comparada pela Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA). Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu (CESUFOZ). Especialista em Privacidade e Proteção de Dados pela Escola Superior de Advocacia (ESA) e Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE). Especialista em Direito Tributário e Direito Econômico e Financeiro (UniBF). Especialista em Gestão, Estratégia e Planejamento em Fronteiras pelo Instituto de Desenvolvimento Econômico e Social de Fronteiras (IDESF). Diretora de Direitos Humanos do IDESF. Professora Universitária. Cofundadora do Direito Talks. Presidente da Comissão de Direito Digital e Proteção de Dados da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB Subseção Foz do Iguaçu/PR (gestão 2022/2024). Membro Correspondente da Comissão Especial de Privacidade, Proteção de Dados e Inteligência Artificial da Ordem dos Advogados Seção São Paulo (gestão 2022/2024). Advogada em proteção de dados.

² Pós-graduanda em Direito e Processo Tributário pela Escola Paulista de Direito (EPD), Graduada em Letras – Espanhol e Português como Línguas Estrangeiras pela Universidade Federal da Integração Latino-americana (UNILA) e Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu (CESUFOZ) Assistente de Recursos Humanos e Departamento Pessoal na Associação Internacional União das Américas e no Instituto Multiversa em Foz do Iguaçu/PR.

³ Doutor em Ciências Criminais (PUCRS-22/12/22), bolsista (CAPES), Mestre em Desenvolvimento Regional (UnC), Especialista em Direito Penal Econômico (UC), Especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC) e Graduado em Direito (FURB). Professor de Direito Penal (UniAvan). Professor convidado de Aspectos Fundamentais da Investigação Criminal na Especialização em Direito Processual Penal Contemporâneo Aplicado (IBRASPP/UCS). Advogado criminalista.

RESUMO: Este trabalho tem por escopo analisar os crimes de lavagem de capitais à luz da Teoria da Cegueira Deliberada, tendo em vista a frequente associação dessa teoria ao dolo eventual. O Objetivo Geral consiste em analisar as consequências e os aspectos jurídico-penais da aplicação da cegueira deliberada aos crimes de lavagem de capitais. Para tanto, analisa-se o contexto em que a lavagem de capitais foi criminalizada, bem como a introdução desse crime no Brasil; explica-se os elementos subjetivos do tipo legal de lavagem, sobretudo na modalidade do § 2º, I, do art. 1º da Lei nº 9.613/98; e compara-se a teoria da cegueira deliberada ao dolo eventual. A metodologia utilizada para compor este estudo será o Método Indutivo, bem como se consultará referências bibliográficas e documentais.

Palavras-chave: Lavagem de capitais; cegueira deliberada; provas.

INTRODUÇÃO

Após a alteração do inciso I, § 2º, artigo 1º, da Lei nº 9.613/1998 pela Lei nº 12.683/2012, foi expurgado do texto legal a expressão “que sabem serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo”. Esse trecho excluía expressamente o dolo eventual como elemento subjetivo, restando apenas o dolo direto de primeiro e de segundo grau como suficientes para a tipicidade do ato, na medida em que não há previsão legal para a prática de lavagem de dinheiro culposa no Brasil.

Após essa alteração legislativa, passou-se a discutir no Brasil a admissão do dolo eventual como elemento subjetivo suficiente para a prática do crime de lavagem de capitais. Além disso, uma importação da teoria da cegueira deliberada, sem a cautela inerente à importação de teorias e de institutos estrangeiros, culminou na concepção de uma suposta equivalência entre dolo eventual e teoria da cegueira deliberada.

Nesse contexto, o Objetivo Geral deste artigo é analisar as consequências e os aspectos jurídico-penais da aplicação da cegueira deliberada aos crimes de lavagem de capitais. Para tanto, os Objetivos Específicos são: (a) analisar o contexto em que a lavagem de capitais foi criminalizada, bem como a introdução desse crime no Brasil; (b) explicar os elementos subjetivos do tipo legal de lavagem, sobretudo na modalidade do § 2º, I, do art. 1º da Lei nº 9.613/98; e (c) comparar a teoria da cegueira deliberada ao dolo eventual.

Esta pesquisa se justifica diante da proliferação de estudos sobre a teoria da cegueira deliberada no Brasil e, conseqüentemente, da proliferação de atos processuais em que essa teoria é aventada, sobretudo de decisões judiciais nas quais “a cegueira deliberada foi invocada como solução para problemas decorrentes de supostos vazios de punibilidade deixados por espaços que não

poderiam ser alcançados pela dogmática tradicional”⁴.

Utiliza-se para compor este texto as técnicas de Pesquisa Bibliográfica⁵ e Documental, bem como o Método Indutivo⁶ para a composição do texto, cuja premissa menor a verificar é a compatibilidade da teoria da cegueira deliberada com o dolo eventual. O Método Cartesiano⁷ é utilizado na fase de Tratamento dos Dados.

1. O CRIME DE LAVAGEM DE CAPITALS NO BRASIL

As transformações do direito produzidas a partir do século XX resultaram também numa ressignificação da criminalidade. Nesse sentido, após severas críticas à concepção tradicional de criminalidade, assentada na rançosa matriz de Direito Penal de autor, segundo a qual o crime é atividade de pessoas com algum defeito espiritual (concepção inquisitória, de inspiração teológica) e/ou moral (concepção etiológica, de inspiração biopsíquica), a produção jurídica passou a ser reestruturada a partir da ideia de um Direito Penal de fato, segundo o qual a criminalidade é o conjunto de ações criminalizadas.

Apesar de esse giro ser tão somente parcial, de modo a se ter até os nossos dias diversas normas penais e processuais penais orientadas por Direito Penal de autor, trata-se de importante alteração na mentalidade dos juristas. Dentre as iniciativas configuradas a partir desse giro parcial está a criminalização dos chamados crimes do colarinho branco (*white collar crimes*), resultado, dentre outros motivos, da difusão da pesquisa de Edwin H. Hardin Sutherland⁸.

Sutherland abandonou o viés tradicional das pesquisas sociológicas do crime ao estudar os crimes do colarinho branco. Não se preocupou com a efetiva condenação dos agentes, mas realizou trabalho de campo para compreender se o crime era um fenômeno concentrado nas classes pobres ou se essa visão tradicional da criminalidade era apenas um preconceito com roupagem de

⁴ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 165.

⁵ “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 215.

⁶ “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática, p. 213.

⁷ “[...] base lógico-comportamental proposta por Descartes, [...], e que pode ser sintetizada em quatro regras: 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 212.

⁸ SUTHERLAND, Edwin Hardin. A criminalidade de colarinho branco. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**, v. 2, n. 2, 2014.

cientificidade. Ao final da pesquisa, Sutherland confirmou a hipótese: a suposta concentração da criminalidade entre os pobres é fruto da concentração de esforços do sistema criminal contra essas pessoas. Pessoas mais ricas também praticam crimes, mas são de outra ordem⁹.

Dessa “outra ordem” fazem parte os chamados crimes do colarinho branco, dentre os quais está o crime de lavagem de dinheiro. As estratégias e táticas utilizadas na prática dos crimes do colarinho branco são mais sofisticadas que aquelas da criminalidade tradicional. Ademais, os bens jurídicos¹⁰ como critérios de criminalização¹¹ pelo Direito Penal foram ampliados a partir da segunda e da terceira fase do constitucionalismo por meio da ampliação do rol de direitos, isto é, com a constitucionalização de direitos sociais, na segunda fase, e coletivos e difusos, na terceira fase.

A fim de reprimir essas condutas, novos tipos penais foram criados tomando como critérios de criminalização os novos bens jurídicos, recebendo destaque aqueles que tomam a ordem econômica¹² como critério de criminalização. Isto é, tipos penais que criminalizam lesões efetivas ou perigos de lesões à ordem econômica.

A principal justificativa apresentada para a criminalização de condutas que lesam ou que põem em perigo a ordem econômica é o aumento efetivo ou o risco

⁹ “A criminalidade de colarinho branco nos negócios manifesta-se com maior frequência na forma de deturpação de demonstrativos financeiros de corporações, manipulação na bolsa de valores, corrupção privada, corrupção direta ou indireta de servidores públicos a fim de obter contratos e leis favoráveis, vendas e publicidades enganosas, apropriação indébita e uso indevido de ativos, adulteração de pesos e medidas e falsificação de mercadorias, fraudes fiscais, uso impróprio de valores em recuperações judiciais e falências. Essas são violações às quais Al Capone denominou de “trapaças legítimas”. Essas e muitas outras existem em abundância no mundo dos negócios.” SUTHERLAND, Edwin Hardin. **A criminalidade de colarinho branco**, p. 95.

¹⁰ Sobre teoria do bem jurídico, vide, dentre outros: D’ÁVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 80, pp. 7-34, 2009; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**, v. 2, n. 1, pp. 3-14, 2014.

¹¹ Os bens jurídicos são frequentemente referidos como objeto de tutela penal. Contudo, a partir da constatação da ineficácia das teorias preventivas da pena, há quem entenda que os bens jurídicos não podem ser objeto de tutela, pois a pena não é imposta a tempo de proteger os bens jurídicos, mas apenas “critérios de criminalização”, de modo que os bens jurídicos apenas delimitam o campo de intervenção penal na restrição das liberdades. Ainda que essa concepção possa parecer demasiado vaga e possa ser criticada pela amplitude semântica, entende-se que as vezes que fazem coro a essa concepção construíram uma dogmática crítica assentada em premissas eminentemente minimalistas. Dito de outro modo, a concepção da qual se parte, se tomada na inteireza, é incompatível com movimentos de expansão do direito penal. Por todos: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal – parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 14-18.

¹² “Partindo-se do fato de ter a ordem constitucional vigente projetado um modelo econômico capaz de concretizar os direitos sociais (nela sensivelmente alargados) e implementar a justiça social (por ela almejada), não é difícil concluir que a criminalidade contra a ordem econômico-financeira solapa a concretização dos direitos sociais e a consecução da justiça social.” CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. 1. ed. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1992, p. 92.

de aumento da marginalização social¹³. Isso porque um colapso econômico produz estagnação do comércio e, conseqüentemente, da indústria que não pode dar vazão aos produtos, bem como ao desemprego. A lógica é bastante simples, pois os fatores estão interligados: se não há consumo, não há necessidade de produção; se não há produção, não há necessidade de contratação de mão de obra; se não há contratação de mão de obra, não há renda disponível para consumir. Assim, desencadeia-se um ciclo vicioso e autofágico da economia que pode ser parcialmente explicado pela teoria da causação circular cumulativa¹⁴. Dito de outro modo, a justificativa é a de proteção social contra o retrocesso econômico¹⁵.

A política de repressão à lavagem de capitais foi consolidada em uma reunião do G7, em julho de 1989, mas remonta a um período anterior¹⁶. Desde então essa política recebeu novos contornos e foi difundida em diversos países por meio de diretrizes, tratados e recomendações de caráter internacional, o que demandou a introdução dessa política em organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

A expressão “lavagem de capitais” adveio entre as décadas de 1920 e 1930, nos Estados Unidos, em razão da aquisição de lavanderias a fim de contabilizar nos respectivos caixas transações inexistentes, o que possibilitava introduzir em circulação o dinheiro de origem ilícita após o recolhimento dos respectivos tributos. Assim, o capital ilícito, contabilizado no caixa, recebia a máscara da licitude. Ou seja, o capital era “lavado”.

A expressão é frequentemente associada à máfia¹⁷ e recebeu destaque

¹³ Nesse sentido: CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**, p. 92.

¹⁴ Apesar disso, não é novidade que o crescimento econômico é uma disfunção, não uma situação de normalidade. Sobre causação circular cumulativa e a dinâmica que possibilita maior “desenvolvimento” às regiões mais “desenvolvidas”: MYRDAL, Gunnar. **Teoria econômica e regiões subdesenvolvidas**. Rio de Janeiro: Instituto Superior de Estudos Brasileiros, 1960.

¹⁵ Em partes o argumento é falacioso, pois, como já se afirmou, as teorias preventivas da pena foram refutadas em estudos criminológicos, colocando em xeque à teoria da tutela dos bens jurídicos. Apesar disso, os movimentos de expansão do direito penal insistem nesse discurso visando ampliar o poder punitivo. Contudo, o direito penal tem a função de limitar o poder punitivo, não de instrumentalizá-lo: “[...] enquanto o poder punitivo tende a alastrar-se – seja pelo vigilantismo, seja pela criminalização do cotidiano, seja pela espiral ilimitada das escalas penais etc. – o direito penal tende a contê-lo, para preservar o Estado de direito, sempre que constate alguma ilegalidade, alguma inconstitucionalidade ou alguma irracionalidade.” BATISTA, Nilo. As penas de um penalista. **Direito penal**. Organização Patrícia Mothé Glioché Béze. [Recurso Digital] Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 16-17.

¹⁶ DUYNE, Petrus C. van; HARVEY, Jackie H.; GELEMEROVA, Liliya Y.. **The critical handbook of money laundering**. Policy, analysis and myths. London: Palgrave MacMillan, 2018, p. 3-10.

¹⁷ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Pierpaolo Bottini. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012.

quando, em 1931, Al Capone foi preso por fraude à legislação tributária. Com isso foi consolidado o adágio moderno que resume a estratégia de investigação dos crimes praticados pela máfia: “siga o dinheiro” (*follow the money*). Contudo a punição dos mafiosos por fraude ao fisco demandou uma criação de um precedente a partir do qual passou a ser possível taxar também às atividades ilícitas. Esse precedente foi estabelecido em 1927, no caso *US v. Sullivan*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Outros instrumentos de persecução à lavagem de dinheiro foram criados na década de 1950. Essa foi a primeira geração dos instrumentos contra a lavagem de capitais, articulados a partir do conceito de “conspiração para defraudar” o órgão federal de receita dos Estados Unidos da América (*Internal Revenue Service*)¹⁸.

Essas medidas tinham eficácia limitada, sobretudo para apurar o uso de instituições financeiras no processo de lavagem do dinheiro obtido ilicitamente. Ademais, o “mercado” de drogas ilícitas foi expandido rapidamente entre as décadas de 1960 e 1980, aumentando a quantidade de tributos não pagos. Esse foi o motivo para a edição, em 1970, do *Bank Secrecy Act*, que impôs às instituições financeiras os deveres de reportar ao IRS: (a) transações que excediam \$ 10,000; e (b) transações ou atividades bancárias suspeitas ou incomuns (dentre as quais as movimentações a partir de \$ 5,000). Essa foi a segunda geração de instrumentos contra a lavagem de capitais¹⁹.

Contudo as penalidades impostas às instituições financeiras por descumprimento do dever de informar essas transações eram ínfimas se comparadas aos valores das movimentações não comunicadas. Por esse motivo foi editado, em 1986, o *Money Laundering Control Act* que criminalizou tanto a lavagem de capitais mesma, quanto o descumprimento das imposições do *Bank Secrecy Act*. Essa foi a terceira geração de instrumentos contra a lavagem de capitais²⁰.

Apesar da classificação de Duyne, Harvey e Gelemerova, há quem diga que as gerações da legislação anti-lavagem de capitais estão atreladas aos tipos legais. Nesse sentido: (a) primeira geração seria aquela em que era admitida como crime antecedente, a partir do qual se obtém o capital ilícito objeto da lavagem,

3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 29.

¹⁸ DUYNE, Petrus C. van; HARVEY, Jackie H.; GELEMEROVA, Liliya Y.. **The critical handbook of money laundering**, p. 41-42.

¹⁹ DUYNE, Petrus C. van; HARVEY, Jackie H.; GELEMEROVA, Liliya Y.. **The critical handbook of money laundering**, p. 42-44.

²⁰ DUYNE, Petrus C. van; HARVEY, Jackie H.; GELEMEROVA, Liliya Y.. **The critical handbook of money laundering**, p. 45-50.

apenas o tráfico de drogas ilícitas; (b) a segunda seria aquela em que outros crimes foram incluídos no rol de crimes antecedentes (lista fechada de crimes cujos ganhos poderiam ser objeto do crime de lavagem); e (c) a terceira seria aquela em que o rol de crimes antecedentes foi suprimido para permitir a lavagem do capital obtido por meio de qualquer infração penal²¹.

Não há nenhuma incompatibilidade entre essas classificações. Pelo contrário, o que se verifica é que enquanto a primeira classificação explicada diz respeito aos instrumentos de combate à lavagem de capitais, a segunda diz respeito à estrutura do tipo legal de lavagem de capitais. Nesse sentido, entende-se que ambas são complementares e, por isso, pertinentes para a compreensão do fenômeno da lavagem de capitais. Dito de outro modo entende-se que, na condição de explicações de ordens distintas que permitem uma melhor compreensão do fenômeno, é importante integrá-las.

No caso específico do Brasil, a introdução do crime de lavagem de capitais se deu com a criação da Lei nº 9.613/98. Os principais documentos que prepararam a discussão em nível internacional foram: (a) Recomendação R(80)10 do Comitê de Ministros da Europa, em 1980; (b) o Programa Internacional de Ação do Rio de Janeiro contra o uso, produção e tráfico ilícito de drogas narcóticas e psicotrópicas, de 1986; (c) o *Money Laundering Act*, de 1986; e (d) a Convenção de Viena²² (aderida pelo Brasil por meio do Decreto nº 154/91), de 1988, posteriormente complementada pela Convenção de Palermo, de 2010, e pela Convenção de Mérida, de 2003²³.

Por meio da Lei nº 9.613/98 quatro condutas²⁴ foram criminalizadas nos termos do art. 1º: “i) *ocultação e dissimulação (caput)*; ii) *uso de meios para ocultação ou dissimulação* (§ 1.º); iii) *uso de bens, direitos ou valores sujeitos na*

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Pierpaolo Bottini. **Lavagem de dinheiro**, p. 97-101.

²² “A Convenção de Viena teve [...] o propósito de gerar a conscientização dos Estados de que, tendo a criminalidade organizada tomado forma empresarial globalizada, seria necessário o seu combate através de uma cooperação internacional em relação às questões ligadas ao tráfico ilícito de entorpecentes. [...] Após a constatação de que os traficantes utilizavam o dinheiro obtido ilícitamente pelos ganhos decorrentes da venda de substâncias entorpecentes, para incrementar a “indústria do tráfico”, conclui-se que somente buscando a punição destes ganhos se poderia chegar a um combate efetivo e eficiente”. MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 9.

²³ Para mais detalhes: BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Pierpaolo Bottini. **Lavagem de dinheiro**, p. 36-38.

²⁴ “A maior parte das modalidades de *lavagem de dinheiro* previstas na lei são *comissivas*, representam um *ato positivo* do agente, de forma que não cabe falar em *omissão própria* nos crimes em comento. Apenas os atos de ‘*guardar*’ ou ‘*ter em depósito*’, previstos no § 1º, II, do art. 1º da Lei de lavagem de Dinheiro, admitem a forma *omissiva* sem a necessidade de uma norma geral de adequação. Para todas as outras condutas, a *omissão* somente será juridicamente relevante na modalidade *imprópria*, nos termos do art. 13, § 2.º do CP. Basta, para isso, que o agente tenha o *dever de impedir o resultado* – o *dever de garante* –, *capacidade* de fazê-lo e não evite sua ocorrência.” BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Pierpaolo Bottini. **Lavagem de dinheiro**, p. 197.

atividade econômica ou financeira [(§ 2º, I)]; iv) *participação em entidade dirigida à lavagem* [(§ 2º, II)]”²⁵. O texto original dessa lei previa um rol de crimes antecedentes²⁶, uma lista fechada, dos crimes cujos proveitos podiam ser “lavados”. Não advindo o capital de algum daqueles crimes, qualquer das quatro condutas precitadas seria mero exaurimento do crime anterior.

Portanto, a redação original da lei foi inspirada na segunda geração dos tipos legais de lavagem de capitais, com uma abertura, já inspirada na terceira geração, em relação aos crimes praticados por organizações criminosas. Entretanto algumas alterações na redação original foram operadas por meio de Lei nº 12.683/12, dentre as quais a supressão do rol dos crimes antecedentes, medida que colocou o Brasil na condição de país que adotou em definitivo a terceira geração de tipos legais de lavagem de capitais²⁷.

2. ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO LEGAL DE LAVAGEM DE CAPITAIS

O crime de lavagem de capitais tem como objeto o capital adquirido por meio da prática de uma infração penal²⁸, chamada infração penal antecedente, cuja prova é indispensável à punição da lavagem de capitais²⁹, que pode ser praticado por terceiro ou pelo próprio sujeito ativo da lavagem³⁰. É desdobrado em três fases posteriores à prática da infração penal antecedente, ainda que muitas vezes essas fases se sobreponham³¹: (a) ocultação, colocação ou conversão

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Pierpaolo Bottini. **Lavagem de dinheiro**, p. 97.

²⁶ Pierpaolo Cruz Bottini entende que o rol dos crimes antecedentes era misto, pois apesar de taxar expressamente os crimes antecedentes, se a execução do crime se desse por organização criminosa qualquer crime podia ser considerado crime antecedente e, conseqüentemente, o capital obtido podia ser objeto de lavagem. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Pierpaolo Bottini. **Lavagem de dinheiro**, p. 98-99.

²⁷ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Pierpaolo Bottini. **Lavagem de dinheiro**, p. 98-99.

²⁸ “apenas o *produto* ou o *proveito* do crime pode ser objeto de lavagem, seja na forma de *proveniência direta (producta sceleris)* seja *indireta (fructus sceleris)*”. BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Pierpaolo Bottini. **Lavagem de dinheiro**, p. 110.

²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Pierpaolo Bottini. **Lavagem de dinheiro**, p. 106-109.

³⁰ Sobre a admissão da lavagem do capital adquirido por si mesmo através da prática da infração penal antecedente, chamada de “autolavagem”: BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Pierpaolo Bottini. **Lavagem de dinheiro**, p. 130-132; CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 59-64.

³¹ “O crime de lavagem de dinheiro caracteriza-se por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.” BRASIL. Ministério da Economia. **Prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo**. Disponível em: <<https://www.fazenda.gov.br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro#fases-da-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: 12 set. 2019.

(*placement*) – distanciamento do valor da atividade criminosa, que pode se dar por depósito ou fragmentação de valores, aquisição de moeda estrangeira, depósito em contas de terceiros, remessas para o exterior etc.; (b) mascaramento ou dissimulação do capital (*layering*) – uso de transações financeiras posteriores à ocultação, como o envio de moeda estrangeira para outros países, repasse de cheques para conversão no exterior etc.; (c) integração ou reinserção – introdução dos valores na economia formal com aparência de licitude, por meio de mistura dos valores obtidos ilícitamente com valores obtidos licitamente, atividades econômicas lícitas como a aquisição de bens ou serviços, pagamento de títulos etc. O tipo legal de lavagem de capitais no Brasil abrange todas as etapas de modo alternativo (tipo misto alternativo), de modo que a prática dolosa de qualquer das condutas isoladamente já basta para configurar a tipicidade, desde que preenchidas as demais elementares do tipo³².

Antes de se explicar a estrutura do tipo legal de lavagem de capitais, sobretudo em razão do contexto internacional em que se insere este texto, é imprescindível citar a redação da Lei nº 9.613/98 a fim de que não restem dúvidas quanto ao acerto das explicações:

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

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

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

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

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;

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

³² Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Pierpaolo Bottini. **Lavagem de dinheiro**, p. 32-33. Também nesse sentido a orientação oficial do Ministério da Economia brasileiro: BRASIL. Ministério da Economia. **Prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo**.

previstos nesta Lei.

§ 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal³³.

O texto original do art. 1º foi alterado por meio da Lei nº 10.467/02 e da Lei nº 10.701/03 para incluir no rol de crimes antecedentes o financiamento do terrorismo e os crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional e de tráfico de influência em transação comercial internacional. A alteração mais recente deste artigo se deu por meio da Lei nº 12.683/12 para retirar o rol de crimes antecedentes, substituído pela expressão “infrações penais” para abranger tanto crimes quanto contravenções penais, e extinguir a necessidade de dolo direto para a prática do crime previsto no § 2º³⁴.

O tipo legal brasileiro de lavagem de capitais enseja múltiplos questionamentos, desde a técnica legislativa utilizada na criminalização, passando pela desproporcionalidade da pena em relação às penas das infrações penais antecedentes, pelo bem jurídico que opera como critério de criminalização³⁵ etc., até chegar ao tema que parece o mais candente em discussão no país: os elementos subjetivos. Considerando-se o espaço limitado do texto e impossibilidade de esgotar os temas, decidiu-se delimitar o tema aos elementos subjetivos, sobretudo por causa da alteração do texto realizada em 2012, de modo a pavimentar o caminho para se discutir a teoria da cegueira deliberada no último item³⁶.

Nesse sentido, como se pode perceber, nunca se teve no Brasil a criminalização da lavagem de capitais a título culposo. Até a edição da Lei nº 12.683/12 tinha-se a possibilidade da prática da lavagem de capitais por dolo direto ou por dolo eventual no *caput*, no § 1º, I, II e III, e no § 2º, II. O § 2º, I pressupunha o dolo direto, na medida em que exigia o efetivo conhecimento da origem ilícita do

³³ BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

³⁴ BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

³⁵ Cujas consequências imediatas dizem respeito à natureza do crime: (a) se for considerado o mesmo bem jurídico da infração penal antecedente ou a ordem econômica, o crime é instantâneo; (b) se for considerada a administração da justiça, o crime pode ser permanente ou instantâneo de efeitos permanentes (há oscilação doutrinária e jurisprudencial). As consequências mediatas, por outro lado, são: (a) a possibilidade ou não de prisão em flagrante enquanto perdurar a ocultação ou dissimulação do capital; e (b) o momento da contagem do prazo prescricional que se dá a partir da consumação. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Pierpaolo Bottini. **Lavagem de dinheiro**, p. 132-137. Adota-se o entendimento de que se trata de crime contra a administração da justiça de natureza instantânea com efeitos permanentes.

³⁶ Acerca dos elementos objetivos do tipo legal e das respectivas problemáticas no Brasil, vide: BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Pierpaolo Bottini. **Lavagem de dinheiro**; CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**.

capital. Por meio da Lei nº 12.683/12 a exigência do conhecimento efetivo foi suprimida, de modo a provocar manifestações, na doutrina e na jurisprudência brasileira, acerca da admissibilidade do dolo eventual para a prática do crime. A partir de então todas as condutas criminalizadas praticadas dolosamente, tanto por dolo direto quanto por dolo eventual³⁷, passaram a configurar lavagem de capitais.

O dolo é explicado por diversas teorias³⁸. No Brasil, o dolo está definido insuficientemente no art. 18, I, do Código Penal que admite o dolo na modalidade direta de primeiro e de segundo grau, bem como na modalidade de dolo eventual. O texto poroso induz à conclusão equivocada de que basta a vontade de produzir o resultado (dolo direto) ou o consentimento com o risco (dolo eventual). Contudo, em uma leitura sistemática do Código Penal é possível perceber que a consciência dos elementos do tipo é indispensável à configuração do dolo³⁹, na medida em que o erro de tipo⁴⁰ exclui o dolo, nos termos do art. 20⁴¹. Portanto, a configuração do dolo no Brasil é composta pelo conhecimento dos elementos do tipo e pela vontade de praticar o ato mesmo assim.

Dito isso, necessário esclarecer o que se entende por cada modalidade de dolo: (a) dolo direto de primeiro grau – aquilo que o autor da conduta conhece e, mesmo assim, quer fazer; (b) dolo direto de segundo grau – aquilo que, para atingir o resultado sabido e querido (dolo direto de primeiro grau), é certo e necessário; e (c) dolo eventual – aquilo que é levado a sério como resultado possível e, ainda assim, o autor pratica a conduta assumindo o risco de produzir o resultado representado como possível⁴².

³⁷ Apesar de se entender assim, “não há opinião firmada entre os doutrinadores a respeito do elemento subjetivo do tipo. Todos parecem concordar que é exigido o dolo, mas o tipo (se eventual e/ou direto) ainda não está consolidado.” CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**, p. 183.

³⁸ Sobre teorias, vide: LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 138-148; CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**, p. 165-171.

³⁹ Nesse sentido: LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 133-136.

⁴⁰ “se o dolo exige *conhecimento* das circunstâncias de fato do tipo legal, então o *erro* sobre circunstâncias de fato do tipo legal exclui o dolo. Em qualquer caso, o *erro de tipo* significa *defeito de conhecimento* do tipo legal e, assim, exclui o dolo, porque uma representação *ausente* ou *incompleta* não pode informar o *dolo de tipo*.” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – parte geral, p. 142-143.

⁴¹ “Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; [...] Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.” BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

⁴² “Em linhas gerais, o *dolo direto de 1º grau* tem por objeto o **que** o autor quer realizar; o *dolo direto de 2º grau* abrange as consequências típicas representadas como **certas** ou **necessárias** pelo autor; o *dolo eventual*

O critério distintivo principal parece ser o dos efeitos da ação. O dolo direto de primeiro grau diz respeito aos efeitos primários da conduta. Já o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual dizem respeito aos efeitos secundários da conduta: certo e necessários (dolo direto de segundo grau) ou possíveis (dolo eventual)⁴³.

Apesar de não existir a modalidade culposa, nunca é despidendo distinguir dolo eventual de culpa consciente, tendo em vista que a fronteira entre ambos é uma linha tênue. Ambos os institutos têm como requisito o resultado previsto, de forma que a diferença não está na previsibilidade no resultado da conduta, mas na volição do resultado representado como possível⁴⁴: no dolo eventual o autor tem algum grau de volição (caracterizador da aceitação do resultado), na culpa consciente o autor não possui vinculação volitiva ao resultado⁴⁵.

3. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E DOLO EVENTUAL, UMA LIGAÇÃO POSSÍVEL?

A teoria da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*⁴⁶), denominada

compreende as consequências típicas representadas como **possíveis** por um autor que *consente* em sua produção.” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – parte geral, p. 128.

⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – parte geral, p. 130-140.

⁴⁴ A composição do dolo como consciente vontade de praticar uma conduta é justo o que permite distinguir dolo e culpa. Não por acaso, uma das principais insuficiências do finalismo diz respeito à culpa. “A ação humana é o exercício da atividade finalista. A ação é, portanto, um acontecimento ‘finalista; e não somente ‘causal’. A ‘finalidade’ ou atividade finalista da ação se embasa naquilo que o homem, sobre a base de seu conhecimento causal, pode prever em determinada escala as consequências possíveis de uma atividade, propor-se objetivos de distinta índole e dirigir sua atividade segundo um plano tendente à obtenção de seus objetivos” WELZEL, Hans. **Teoria de la acción finalista**. Astrea, Editorial Depalma, 1951, p. 20. Mas, se a ação é voluntária e dirigida a um fim, a punição da culpa pressupõe a equiparação da culpa ao dolo. Ainda que existam reformulações posteriores, as explicações parecem incompatíveis com o núcleo do finalismo (a teoria da ação) e, por isso, incongruentes do ponto de vista sistemático dessa teoria. Para uma síntese da crítica e da contracrítica ao finalismo enquanto método: GRACIA MARTÍN, Luis. **Horizontes do finalismo e o direito penal do inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 37-71.

⁴⁵ Adota-se a distinção entre o dolo eventual e a imprudência consciente segundo a qual “a) O *dolo eventual* caracteriza-se, no nível intelectual, por **levar a sério a possível** produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por **conformar-se** com a eventual produção desse resultado; b) a *imprudência consciente* caracteriza-se, no nível intelectual, pela representação da **possível** produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por **conformar** na ausência ou evitação desse resultado, pela habilidade, atenção ou cuidado na realização concreta da ação.” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – parte geral, p. 133. Para uma abordagem mais profunda acerca das teorias acerca do tema: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – parte geral, p. 135-140.

⁴⁶ *Doctrine* não se confunde com doutrina; o conjunto de escritos acadêmicos sobre determinado tema é chamado de *literature* ou *scholarship* na tradição anglo-americana. Por outro lado, entende-se por *doctrine* ou *legal doctrine* uma regra ou coleção de regras que sintetiza o conjunto das decisões judiciais em determinada área, tratando-se do enunciado dispositivo de um precedente ou

também como a teoria das instruções do avestruz (*ostrich instructions*), foi cunhada (*judge made law*) em 1861, no caso *Regina v. Sleep* julgado pelo júri da Corte para o Julgamento de Casos Relativos à Coroa do Reino Unido. Nesse processo, William Sleep foi acusado de portar parafusos de cobre de uso naval de propriedade das forças armadas inglesas. Em sede recursal, Sleep foi absolvido por ausência de elemento subjetivo (*mens rea*) para a imputação da conduta criminalizada na Lei de Desvio de Provisões Públicas, de 1697⁴⁷.

Apesar da absolvição, o caso é importante por ser o pontapé inicial para a difusão dessa teoria nos sistemas jurídicos de *common law*, sobretudo no Reino Unido e nos Estados Unidos da América. Em 1899 surgiu o primeiro precedente nos Estados Unidos da América: o caso *Spurr v. United States*, julgado pela Suprema Corte. Nesse processo, Marcus Antonius Spurr, presidente do Banco Nacional Comercial de Nashville, foi acusado de certificar cheques⁴⁸ de Dobbins e Dazey, comerciantes e exportadores de algodão, sem provisão de fundos. A inexistência de fundos era conhecida pelos funcionários do banco em Porterfield, mas desconhecida por Spurr e outros dirigentes do banco. O júri federal o condenou, o Sexto Circuito da Corte de Apelação manteve a condenação, mas a Suprema Corte absolveu Spurr por ter o juiz federal se omitido da leitura da norma incriminadora para os jurados. Apesar de essa decisão tratar da falta de leitura da norma, não das instruções sobre cegueira deliberada, o texto da decisão contém citação literal das instruções. Em que pese a Suprema Corte não se ter manifestado expressamente acerca da possibilidade, ou não, de equiparar a cegueira ao *knowledge*, a *doctrine* passou a ser objeto de estudos e de discussões no judiciário. Foi apenas em 2011, no caso *GlobalTech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, que a Suprema Corte reconheceu a equiparação entre a cegueira deliberada e o *knowledge* (modalidade de elemento subjetivo, isto é, de *mens rea*), com voto dissidente do *justice* Kennedy que entendeu incorreta a equiparação⁴⁹.

No Brasil, a aplicação da teoria da cegueira deliberada se iniciou no judiciário, em dois casos emblemáticos. A primeira vez no caso do furto ao Banco Central de Fortaleza, em 2005, do qual foram subtraídos 175 milhões de reais. Depois de cometer o furto, os agentes infratores se deslocaram até uma concessionária e compraram 11 veículos com dinheiro em espécie, totalizando o

feixe de precedentes.” LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 128.

⁴⁷ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 86-90.

⁴⁸ Procedimento que atesta a liquidez do emitente do cheque para cobrir o valor expresso no título.

⁴⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 90-94. Para uma abordagem de outros casos expressivos acerca do tema nos Estados Unidos da América: CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**, p. 141-149.

valor de quase um milhão de reais, pagos à vista. O magistrado aplicou a teoria considerando a grande quantidade de dinheiro em espécie, fato bastante incomum que foi ignorado pelos responsáveis pela concessionária, de modo que a origem suspeita do capital foi completamente ignorada⁵⁰. Dessa forma, o juízo competente condenou os agentes conforme disposição do art. 1º, § 2º, I, da Lei nº 9.613/98⁵¹. Todavia, todos os acusados foram absolvidos no julgamento do recurso apreciado no Tribunal, cujo argumento central foi o de que os responsáveis pela concessionária não praticaram a conduta dolosa de e que a teoria da cegueira deliberada, além de beirar à responsabilidade objetiva, é inaplicável ao tipo de lavagem de dinheiro:

[...] a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (*willful blindness*), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, à 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 nº 9.613/98. O inciso II do § 2º do art. 1º 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. 1º, § 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 partes⁵².

O segundo caso em que houve a aplicação da teoria, foi a Ação Penal 470,

⁵⁰ A sentença em 1ª instância foi proferida pelo Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio e, conforme o entendimento de Lima: “[...] referida teoria foi utilizada como fundamento para a condenação de dois empresários, proprietários de uma concessionária de veículos, pela prática do crime do art. 1º, V e VII, § 1º, I, § 2º, I e II da Lei 9.613/98, em virtude de terem recebido a quantia de R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais), em notas de cinquenta reais em sacos de náilon, pela compra de 11 (onze) veículos, dentre eles 03 (três) Mitsubishi L200, 02 (dois) Mitsubishi Pajero Sport, e 01 (um) pajero Full, sendo que os acusados teriam recebido a quantia sem questionamento, nem mesmo quando a quantia de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) foi deixada pelo intermediário para ‘futuras compras’, tendo também se absterido de comunicar às autoridades responsáveis a movimentação suspeita.” LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 327.

⁵¹ Consoante a este entendimento, elucida Badaró: “[...] O legislador estendeu a tipicidade àquele que suspeita da proveniência infracional dos bens, e ainda assim os utiliza na atividade econômica ou financeira, assumindo o risco de praticar lavagem de dinheiro. [...] Neste caso, encontra-se a necessidade de evidência da Teoria da Cegueira Deliberada ou das Instruções da Avestruz, cuja afirma que: atua dolosamente aquele que preenche o tipo objetivo ignorando algumas peculiaridades do caso concreto, por ter se colocado voluntariamente numa posição de alienação diante de situações suspeitas, procurando não se aprofundar no conhecimento das circunstâncias objetivas.” BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 94 e ss.

⁵² BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª Região. 2ª Turma. **Apelação criminal 5520/CE**. Relator: Rogério Fialho Moreira. Recife, 9 set. 2008, p. 8. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8249976/apelacao-criminal-acr-5520-ce-0014586-4020054058100/inteiro-teor-15197855>>. Acesso em: 23 set. 2019.

comumente chamada de “caso Mensalão”⁵³. O principal voto proferido nesse caso foi o da ministra Rosa Weber, no qual foram criados parâmetros objetivos: (a) solicitação de atuação ou colaboração do autor por terceiro; (b) possibilidade e dever de o autor conhecer a natureza da atuação ou colaboração; (c) decisão de se manter em situação de ignorância/desconhecimento; e (d) contribuição efetiva para o fato. A título de grau de cognição, para a ministra não basta a mera suspeita da origem ilícita dos bens, valores ou direitos⁵⁴.

Dito isso, retorna-se à discussão sobre a equiparação entre a teoria da cegueira deliberada e o *knowledge*, relevante nos sistemas jurídicos de *common law*, na medida em que a importação da *willful blindness doctrine* pressupõe duas equiparações: (a) entre teoria da cegueira deliberada e *knowledge*; e (b) entre dolo eventual e *knowledge*. Sem a primeira, de nada adianta a segunda. Essas comparações, apesar de imprescindíveis, são pouco realizadas.

Tanto para comparar o *knowledge* à cegueira deliberada quanto para compará-lo ao dolo eventual é necessário, antes de tudo, comparar as estruturas conceituais das infrações penais nas tradições de *common law* e de *civil law*. Sem a compatibilidade entre as posições desses elementos e da teoria às estruturas de infrações penais, não há como fazer a transposição.

O *Model Penal Code* dos Estados Unidos da América⁵⁵, adotada a nível federal, apresenta uma estrutura de ilícito penal formada por: (a) *elements of an offense* – elementos objetivos (*conduct*, *attendant circumstances* ou *result of conduct*) [§ 1.13]; (b) *culpability* – elementos subjetivos (*purpose*⁵⁶, *knowledge*⁵⁷,

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 677**. Brasília, 21 a 31 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo677.htm>>. Acesso em: 23 set. 2019.

⁵⁴ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 46-52.

⁵⁵ Tendo em vista que o mais importante neste texto é discutir os elementos subjetivos, os mesmos nos dois modelos, se abordará de maneira mais aprofundada a estrutura conceitual das infrações penais no *Model Penal Code*, em detrimento da estrutura tradicional nos países de *common law*, inspirada no direito romano antigo, composta por: (a) *actus reus* – formado pelo comportamento, pela ação proibida, pelas circunstâncias de fato e pelo resultado; (b) *mens rea* – estado mental moralmente culpável ou elementos subjetivos (*purpose*, *knowledge*, *recklessness* ou *negligence*), temática que enseja discussões entre os juristas dos países de *common law*; (c) *strict liability* – responsabilidade objetiva; e (d) *defenses* – justificações e exculpações. Para mais informações: LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 65-78.

⁵⁶ “definido no § 2.02(2)(a) do Código Penal Modelo, se refere ao objetivo consciente do autor quando pratica o fato, podendo estar relacionado tanto à natureza da conduta quanto ao resultado esperado que ela produza. A definição do elemento *purpose*, no entanto, traz certa perplexidade ao tratar de sua presença com relação às circunstâncias concomitantes, tratando não de objetivo consciente, mas de ciência, crença ou esperança de sua existência. O problema reside na análise combinatória feita pelos redatores do Código entre os elementos objetivos e os subjetivos da conduta” Isto é, o autor precisa ter o objetivo de praticar a conduta e/ou o resultado, mas basta o elemento cognitivo em relação às circunstâncias: LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 72.

⁵⁷ “o § 2.02(2)(b) [...] define o elemento *knowledge*, que se refere à ciência que o autor do fato tem com relação à natureza da conduta praticada e à existência de eventuais circunstâncias

*recklessness*⁵⁸ ou *negligence*⁵⁹) [§ 2.02]; (c) *strict liability* – responsabilidade objetiva⁶⁰; e (d) *defenses* – justificações e exculpações⁶¹.

Já a estrutura conceitual de infração penal na tradição de *civil law* é orientada pelo conceito analítico de crime⁶²: (a) tipicidade – adequação objetiva (formal e material) e subjetiva entre a conduta e o preceito da norma incriminadora; (b) ilicitude/antijuridicidade – inexistência de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, estrito cumprimento de dever legal ou consentimento do ofendido) da conduta típica; e (c) culpabilidade – juízo de reprovação ao agente (cujos pressupostos são a imputabilidade, o conhecimento da ilicitude da conduta e a exigibilidade de comportamento lícito) pela prática de ilícito típico.

A primeira dificuldade de aproximação se apresenta já na estrutura conceitual. Enquanto na tradição de *common law* os elementos subjetivos estão dissociados dos elementos objetivos, na tradição de *civil law* os elementos subjetivos integram à tipicidade. De todo modo, essa distinção não torna os elementos subjetivos mutuamente excludentes.

O *knowledge*, nos termos do *Model Penal Code*, é “o conhecimento pelo autor do fato referente à natureza de sua conduta bem como à existência das

concomitantes previstas como indispensáveis à configuração do crime. [...] com relação ao resultado, o autor que age com *knowledge* deve ter ciência de que a sua conduta quase com certeza (“praticamente certo”) acarretará aquele resultado previsto em lei.” LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 72-73.

⁵⁸ “§ 2.02(2)(c), segundo o qual o autor pode ser considerado *reckless* quando sua ação ou omissão desviar gravemente um padrão de conduta que seria observado por uma pessoa comprometida com a observância das normas legais. [...] o autor deve sempre ter ciência da natureza de sua conduta, ainda que a pratique com *recklessness* ou *negligence*.” LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 73.

⁵⁹ “o § 2.02(5)(d) [...] define de maneira semelhante a *recklessness*, todavia estabelece um dever de cuidado, e não um dever de conduta, que deve ser observado por uma pessoa razoável, e não uma pessoa cumpridora da lei. Essa diferença em si já é reveladora da distinção entre uma conduta *reckless* e uma conduta *negligente*. Nesta, é estabelecido um dever geral de cuidado que deve ser observado por todas as pessoas, enquanto naquela aspira-se a um padrão de conduta exigido de pessoas que possam ser consideradas cumpridoras das leis.” LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 73-74.

⁶⁰ Geralmente prevista para as *violations*, infrações de menor gravidade, no Brasil em geral frequentemente tratadas como ilícitos administrativos, previstas no § 2.05 do *Model Penal Code*. Caso a infração seja de *strict liability*, é desnecessária a configuração da *culpability*. Entretanto, no Brasil não há previsão de responsabilidade penal objetiva.

⁶¹ “Pode-se encontrar aí [§ 1.02] o esboço de conceito de crime delineado no Código Penal Modelo, que inclui a prática de alguma conduta – danosa ou perigosa a interesses públicos ou individuais – praticada sem o amparo de alguma causa de justificação ou exculpação.” LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 70.

⁶² Há três configurações para o conceito analítico de crime na tradição de *civil law*, também chamados de sistemas de fato punível: (a) modelo bipartido alemão – tipo de injusto/ilícito (formado por tipicidade e ilicitude/antijuridicidade) culpável; (b) modelo bipartido brasileiro – tipicidade e ilicitude/antijuridicidade (essa concepção, difundida sobretudo em São Paulo, mas originária de Curitiba, no Paraná, toma a culpabilidade como requisito da punibilidade, portanto elemento externo ao crime); e (c) modelo tripartido – tipicidade, ilicitude/antijuridicidade e culpabilidade. Para uma explicação mais detalhada: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – parte geral, p. 73-79.

circunstâncias especiais exigidas pela definição legal do crime”. Nesse sentido, é exigido do autor o conhecimento em grau de quase certeza sobre a produção do resultado por meio da prática da conduta em determinadas circunstâncias. Distingue-se do *recklessness* “na medida em que *recklessness* envolve a criação consciente de riscos, ao passo que *knowledge* se refere à consciência quanto à quase certeza de que o resultado ocorrerá”. Apesar de ambos exigirem um grau de cognição, varia o grau desse conhecimento: o risco (*recklessness*) ou a quase certeza (*knowledge*) de produzir o resultado. Essa distinção é importante na medida em que o elemento subjetivo padrão para a prática de infrações penais no *Model Penal Code* é o *recklessness*, não o *purpose* ou o *knowledge* (§ 2.02(3)), bem como que os requisitos mais exigentes abrangem os menos exigentes, começando pelo *purpose* (mais grave), passa pelo *knowledge*, pelo *recklessness*, e termina na *negligence* (menos grave) (§ 2.02(5))⁶³.

Apesar dos votos divergentes de alguns *justices* dos Estados Unidos da América que consideram a *willful blindness* distinta do *knowledge*, essa equiparação foi consolidada na jurisprudência estadunidense⁶⁴. De fato, “conhecimento” (*knowledge*) não é sinônimo de “ciência de elevada probabilidade”, conforme ficou consignado na votação dissidente do caso *United States v. Heredia*⁶⁵.

A segunda dificuldade, portanto, está apresentada na crítica à tentativa das Cortes estadunidenses de chamar a “elevada probabilidade” de “consciência”. Conseqüentemente à redução do grau de cognição necessário tem-se no Brasil a configuração do erro de tipo por força do desconhecimento ou da representação mental incompleta acerca dos fatos e das respectivas circunstâncias: o *knowledge* cria uma presunção de cognição das circunstâncias incompatível com o dolo.

Após analisar as instruções sobre a teoria da cegueira deliberada fornecidas aos jurados pelos Circuitos da Justiça Federal dos Estados Unidos da América, Guilherme Brenner Lucchesi sintetizou os três requisitos para a caracterização da *willful blindness*: (a) ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do crime; (b) criação de obstáculos prévios à ação para evitar o conhecimento da existência do fato ou da circunstância; e (c) ausência de crença do autor na inexistência do fato ou da circunstância. Portanto, “é necessária a demonstração de uma atuação concreta

⁶³ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 78-79.

⁶⁴ Para uma análise crítica: LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 94-108.

⁶⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 105.

voltada à evitação da confirmação ou da descoberta da existência representada como altamente provável”⁶⁶.

Apesar disso, no Brasil os critérios utilizados para aplicação da cegueira deliberada são distintos daqueles propostos no berço de onde se importou a *doctrine*, conforme se mencionou ao tratar dos critérios propostos pela ministra Rosa Weber no “caso Mensalão” e pelos critérios indicados no parágrafo anterior. Isso ocorreu por dois motivos: (a) há um equívoco na tradução do texto utilizado como fundamento para a aplicação da teoria da cegueira deliberada⁶⁷; e (b) o autor do texto atuou como juiz auxiliar da ministra Rosa Weber durante o julgamento do “caso Mensalão”. Esse equívoco na tradução implicou na criação de uma teoria da cegueira deliberada tupiniquim, em que a exigência de uma conduta consciente para evitar a cognição do fato ou da circunstância cuja existência é de “elevada probabilidade” foi substituída por indiferença à existência de fato ou de circunstância de “elevada probabilidade”, bem como a não crença na inexistência do fato (crença na existência, pois) foi substituída pela manutenção deliberada em estado de ignorância apesar da possibilidade de conhecer⁶⁸.

A terceira dificuldade, então, se deve às diferenças entre os critérios cunhados no país de origem da teoria da cegueira deliberada e os critérios estabelecidos no Brasil, após a importação. Portanto, não há que se falar em aplicação da teoria cegueira deliberada no Brasil, pois não é essa *doctrine* que se está aplicando aqui, mas algo distinto.

A última comparação a fazer é entre dolo eventual, teoria da cegueira deliberada e, tendo em vista que essa *doctrine* complementa a *culpability*, *knowledge*. Já se explicou, ao se mencionar o erro de tipo, que no Brasil o erro sobre o fato e sobre as respectivas circunstâncias exclui o dolo (direto de primeiro

⁶⁶ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 108-119.

⁶⁷ O equívoco consistiu em traduzir “consciência” (*awareness*) por “indiferença” (*indifference*). LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 34. “Quando essa indiferença está presente, o conhecimento ‘positivo’ não é exigido.” MORO, Sérgio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando. (Org.). **Lavagem de dinheiro**: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 98.

⁶⁸ “*cegueira deliberada* nos Estados Unidos é utilizada como substituto do elemento *knowledge*, estando presente quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, (ii) toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (iii) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. Por outro lado, a jurisprudência brasileira, amparada direta ou indiretamente nos escritos de Moro, convencionou aplicar o que se chama “cegueira deliberada” a partir do reconhecimento de dolo eventual na lavagem de dinheiro quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa; (ii) age de forma indiferente quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.” LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 129.

grau, direto de segundo grau e eventual). Também se viu que o *knowledge* abrange a conduta e o resultado, mas não as circunstâncias, portanto, institui uma presunção de *knowledge* quanto a essas. O dolo eventual é caracterizado pela consciência efetiva da possível produção do resultado, o que pressupõe o caminho para atingi-lo. Ademais, a teoria da cegueira deliberada tupiniquim criou uma evasão do conhecimento efetivo do resultado por meio da “possibilidade de conhecer” o fato e as circunstâncias. Ora, possibilidade não é conhecimento.

Enfim, a quarta dificuldade à aplicação da teoria da cegueira deliberada no Brasil a título de dolo eventual é o princípio constitucional da presunção de inocência⁶⁹. Sobretudo porque, como notou Guilherme Brenner Lucchesi na análise de 65 julgados sobre o tema, tem-se no Brasil mecanismos para punição, mas a *doctrine* foi aplicada em casos nos quais não havia prova suficiente para a condenação ou em casos nos quais estava caracterizado o dolo eventual. Nos primeiros, trata-se de inconstitucional “erosão”⁷⁰ da presunção de inocência diante das dificuldades probatórias, frequentemente referidas como obstáculos probatórios. Nos segundos, trata-se de adereço retórico⁷¹.

⁶⁹ Sobre as peripécias interpretativas para desaplicar o direito fundamental à presunção de inocência: CANI, Luiz Eduardo. **A (suspensão da) presunção de inocência**: um estudo do estado de exceção no acerto dos casos do Supremo Tribunal Federal. 2017. 347 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) – Universidade do Contestado, Canoinhas, 2017.

⁷⁰ Andrew Ashworth criticou quatro ameaças à presunção de inocência, dentre as quais a “erosão da presunção através de exceções” (*erosion of the presumption through exceptions*), frequentemente por: (a) gravidade do crime (*seriousness of the offence*); (b) medo de defesas falsas decorrentes de dificuldade de prova (*fear of false defences arising from difficulty of proof*); (c) facilidade ou dificuldade da prova (*ease or difficulty of proof*); (d) assuntos peculiares ao conhecimento do imputado (*matters “peculiarly within the defendant’s knowledge*); (e) uso de teste de conexão racional (*rational connection test*); (f) carga probatória (*evidential burden*). ASHWORTH, Andrew. Four threats to the presumption of innocence. **The international journal of evidence & proof**, v. 10, p. 241-279, 2006, p. 257-269.

⁷¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**, p. 174-191.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve por escopo analisar, sob o aspecto jurídico-penal, a possibilidade ou não de aplicação da teoria da cegueira deliberada para punir os crimes de lavagens de capitais, mais precisamente. Dessa forma, contextualizou-se o surgimento do crime de lavagem de capitais, analisou-se os elementos subjetivos e comparou-se a teoria da cegueira deliberada ao dolo eventual.

Apesar das divergências acerca da existência do dolo eventual como elemento subjetivo configurador da lavagem de capitais, deu-se seguimento à pesquisa a fim de demonstrar que, ainda que seja admitida a prática do crime com a existência de dolo eventual, poderia não ser aplicável a *willful blindness doctrine* no Brasil para complementar o dolo eventual.

No decorrer da pesquisa constatou-se que a aplicabilidade da teoria encontra quatro dificuldades no Brasil: (a) as distintas estruturas do sistema de fato punível, ou estrutura conceitual das infrações penais nas tradições de *common law* e de *civil law* que, apesar de dificultar a aproximação, não a inviabiliza; (b) as Cortes estadunidenses tendem a chamar a “elevada probabilidade” de “consciência” para reduzir o grau de cognição necessário à prática dos crimes, o que no Brasil configura erro de tipo que exclui o dolo; (c) os critérios de imputação dos crimes a título de cegueira deliberada cunhados nos Estados Unidos da América são distintos dos critérios cunhados no Brasil, o que significa que não se trata aqui de teoria da cegueira deliberada, mas de mais uma jabuticaba; e (d) a aplicação da teoria da cegueira deliberada no Brasil se mostra desnecessária quando presentes as provas do dolo eventual e inconstitucional quando utilizada para reduzir a carga probatória da acusação, razão pela qual a aplicação da teoria é supérflua ou inconstitucional.

Diante disso, entende-se que a teoria da cegueira deliberada não adere ao ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ASHWORTH, Andrew. Four threats to the presumption of innocence. **The international journal of evidence & proof**, v. 10, p. 241-279, 2006.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Pierpaolo Bottini. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BATISTA, Nilo. As penas de um penalista. **Direito penal**. Organização Patrícia Mothé Glioché Béze. [Recurso Digital] Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.
- BRASIL. Ministério da Economia. **Prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo**. Disponível em: <<https://www.fazenda.gov.br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro#fases-da-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: 12 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 677**. Brasília, 21 a 31 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo677.htm>>. Acesso em: 23 set. 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª Região. 2ª Turma. **Apelação criminal 5520/CE**. Relator: Rogério Fialho Moreira. Recife, 9 set. 2008, p. 8. Disponível em: <<https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8249976/apelacao-criminal-ocr-5520-ce-0014586-4020054058100/inteiro-teor-15197855>>. Acesso em: 23 set. 2019.
- CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CANI, Luiz Eduardo. **A (suspensão da) presunção de inocência**: um estudo do estado de exceção no acerto dos casos do Supremo Tribunal Federal. 2017. 347 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) – Universidade do Contestado, Canoinhas, 2017.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. 1. ed. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1992.
- D'ÁVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 80, pp. 7-34, 2009.

DUYNE, Petrus C. van; HARVEY, Jackie H.; GELEMEROVA, Liliya Y.. **The critical handbook of money laundering**. Policy, analysis and myths. London: Palgrave MacMillan, 2018.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Horizontes do finalismo e o direito penal do inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo**: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MORO, Sérgio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. *In*: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando. (Org.). **Lavagem de dinheiro**: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MYRDAL, Gunnar. **Teoria econômica e regiões subdesenvolvidas**. Rio de Janeiro: Instituto Superior de Estudos Brasileiros, 1960.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**, v. 2, n. 1, pp. 3-14, 2014.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. A criminalidade de colarinho branco. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**, v. 2, n. 2, 2014.

WELZEL, Hans. **Teoria de la acción finalista**. Astrea, Editorial Depalma, 1951.