

O ELEMENTO SUBJETIVO NOS CRIMES TIPIFICADOS NA LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS (LEI N. 9.613/98):

uma análise do dolo eventual sob a ótica da Teoria da Cegueira Deliberada

Álisson Nascimento Napoleão de Souza¹

Orientadora: Prof. M.a. Bárbara de Souza Nazareth²

Resumo: O presente artigo é baseado na análise da legislação, jurisprudência e doutrina acerca da aplicabilidade do dolo eventual e da Teoria da Cegueira Deliberada aos crimes de lavagem de capitais. O dolo eventual, apesar de gerar controvérsia entre doutrinadores, é certamente aplicável, tendo em vista que este foi o objetivo do legislador quando elaborou o texto normativo da Lei n. 12.683/12, a partir da orientação crítica da comunidade internacional acerca da ineficiência da persecução penal em relação à lavagem de dinheiro. Admitindo-se o dolo eventual como possível, surge para os aplicadores da lei a possibilidade de utilizar por equiparação a teoria da cegueira deliberada. Esta, trata-se de uma construção doutrinária e jurisprudencial do Direito anglo-saxão que visa responsabilizar o agente que suspeita e voluntariamente se recusa a obter o conhecimento necessário acerca da origem ilícita dos valores que movimenta. Nesse caso, o agente seria responsabilizado como se conhecimento tivesse. Porém, a aplicabilidade dessa teoria no ordenamento jurídico pátrio é controversa, mesmo que em equiparação ao dolo eventual, considerando que não há previsão e tipificação no ordenamento, o que induz ao conflito com o princípio da reserva legal. Ademais, utilizar-se da teoria pode também configurar analogia *in malam partem*, vedada pelo Direito Penal. Todavia, são necessárias reflexões acerca de eventual compatibilização com o ordenamento, tendo em vista que a teoria da cegueira deliberada poderia fortalecer o combate à lavagem de dinheiro. Por fim, a presente pesquisa orienta-se pelos métodos dedutivo, bibliográfico e descritivo.

Palavras-chave: Lavagem de capitais; dolo eventual; Teoria da Cegueira Deliberada.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi elaborado com o objetivo de verificar algumas questões pertinentes a lavagem de dinheiro, com ênfase no elemento subjetivo deste delito e na aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada ou *Willful Blindness Doctrine*, como é conhecida no *Common Law*.

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves - UNIPTAN

² Professora de Direito Penal I, Direito Penal IV e Direito Processual Penal II do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN). Mestre em Direito das Relações Sociais e Econômicas pela Faculdade Milton Campos, Nova Lima, Minas Gerais, Brasil. Advogada no escritório de advocacia BSN Advocacia e Consultoria Jurídica em São João del-Rei-MG. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014).

Apesar de não ser uma teoria típica de nossa realidade jurídica, tem sido recorrentemente citada pelos tribunais e pela doutrina nacional. Observa-se inegável ganho de popularidade cumulado com elogios e críticas.

Entretanto, nos deparamos usualmente com notícias sobre organizações criminosas que se utilizam constantemente da lavagem de dinheiro. Conforme o GAFI – Grupo de Ação Financeira Internacional –, o sistema penal brasileiro é deficitário no que concerne ao combate à lavagem de capitais. Portanto, além do surgimento de inovações legislativas que serão vistas mais detalhadamente neste trabalho, abriu-se legitimidade para se discutir sobre a adoção da Teoria da Cegueira Deliberada.

Inicialmente, trataremos dos aspectos gerais e materiais da Lei n. 9.613/98, que regulamenta os aspectos penais e processuais penais referentes à lavagem de dinheiro no Brasil. Em que pese tal fato não se relacionar inteiramente com o objetivo deste trabalho, fazer um recorte epistemológico sobre algumas questões fundamentais da lavagem de capitais mostra-se relevante diante da necessidade de contextualização.

Posteriormente, entraremos no mérito do elemento subjetivo, traçando questões relacionadas ao dolo (direto e eventual) e a culpa (inconsciente e consciente), bem como a sua aplicabilidade aos crimes em estudo.

Adiante, buscaremos conceituar o instituto da Teoria da Cegueira Deliberada e como tem sido sua aplicação em alguns julgados nacionais. Para finalizar, analisaremos a legitimidade e aplicabilidade da teoria e, em caso negativo, questionaremos sobre a possibilidade de uma legítima inserção ao ordenamento jurídico futuramente, sintetizando o resultado na conclusão.

Por fim, a presente pesquisa orienta-se pelo método dedutivo e bibliográfico, tendo em vista que nos utilizaremos principalmente da doutrina e jurisprudência para alcançarmos nossos objetivos. A descrição dos posicionamentos dos autores no decorrer do trabalho denota o caráter descritivo dessa pesquisa, assim como as fontes utilizadas são as secundárias.

Breves lições acerca do crime de lavagem de capitais

Hodiernamente, as organizações criminosas detêm absoluto poder econômico e influência. E, diante de tais fatos, verifica-se que a lavagem de dinheiro é o principal instrumento pelo qual essas organizações mantêm os seus negócios ilícitos, de modo que os valores lavados se reintegram à economia justamente como fator de investimento na própria

criminalidade organizada. Sendo assim, a maneira mais eficiente de se combater as organizações criminosas é identificando e suprimindo os valores que as estruturam e sustentam.

Corroborando com as ideias acima expostas, Lima (2016, p.286) assegura que cabe ao Estado adotar providências para localizar os valores ilícitos, com o fito de impedir que estes sejam utilizados pelas organizações criminosas, ou que sejam incorporados à economia formal com aparência de legalidade.

Sendo assim, após a explanação acerca das razões pelo qual o combate à lavagem de dinheiro é necessário, cumpre conceituar o instituto. Desse modo, por lavagem de capitais, compreende-se o:

ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p.29).

A lei que regulamenta a lavagem de capitais no ordenamento brasileiro é a Lei nº 9.613/98. Anteriormente existiam entre os incisos do art. 1º as denominadas infrações penais antecedentes. Tratava-se de rol taxativo de delitos que se consideravam aptos a gerarem ativos capazes de serem lavados. Portanto, só haveria lavagem de dinheiro diante da ocorrência dos crimes previstos e que, conseqüentemente, produzissem ativos laváveis.

Porém, toda a sistemática foi reformada com o advento da Lei nº 12.683/12, que extinguiu todo o rol de delitos antecedentes para, atualmente, admitir que qualquer crime ou contravenção penal possa se qualificar como antecedente à lavagem de capitais, desde que, por obvio, produza ativos laváveis. A dicção do que foi exposto encontra confirmação no art. 1º, caput da própria lei 9.613/98, que traz o seguinte texto: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal” (planalto) (grifos nossos).

As razões de elaboração da Lei n. 12.683/12 se deram pelo fato do GAFI (Grupo de Ação Financeira internacional) verificar que a repressão aos crimes de lavagem de capitais não era efetivo no Brasil, apresentando inúmeras críticas. Logo, a referida lei surgiu, de acordo com Lima (2016), com o fito de garantir eficiência à persecução penal nos crimes de lavagem de dinheiro.

Dentre as principais mudanças introduzidas pela Lei n. 12.683/12, ainda de acordo com Lima (2016), podemos listar a extinção do rol taxativo de crimes antecedentes para admitir que qualquer infração penal é apta a figurar como delito antecedente, como já mencionado; a fortificação e o endurecimento da vigilância e da fiscalização administrativa

sobre os chamados setores sensíveis; e, por último, o alargamento de medidas cautelares de cunho patrimonial.

Nesse sentido, o crime de lavagem de capitais foi subdividido em três gerações. E devemos a Lima (2016), novamente, o crédito pela sua análise. Logo, de acordo com o autor, na primeira geração, apenas o tráfico ilícito de entorpecentes configura como delito antecedente. A segunda geração, por sua vez, se constituía no fato de existir um rol taxativo de infrações antecedentes e a Lei n. 9.613/98 foi elaborada primeiramente nesses termos; e, por último, a terceira geração, que determina que qualquer infração penal – crime e contravenção – pode ser infração antecedente à lavagem de dinheiro, e nesses moldes foi elaborada a Lei nº 12.683/12 com observância aos referidos preceitos.

Por derradeiro, cumpre agora explicitar as fases da lavagem de dinheiro. A primeira fase, nomeada de fase de colocação, onde os riscos são maiores, consiste na utilização de técnicas que objetivam inserir o capital sujo na economia formal, buscando “evitar qualquer ligação entre o agente e o resultado obtido com a prática do crime antecedente” (LIMA, 2016, p.290). De acordo com Callegari e Weber (2017), na fase da ocultação, os criminosos procuram dar o devido desaparecimento dos valores ilegais.

A fase de mascaramento ou estratificação – segunda fase, por sua vez, traduz-se na realização de diversos negócios e operações no sentido de esconder os valores e impedir o seu rastreamento. Nas palavras de Badaró e Bottini (2016, p.33): “caracterizada pelo uso de transações comerciais ou financeiras posteriores à ocultação que, pelo número ou qualidade, contribuem para afastar os valores de sua origem ilícita”.

Por conseguinte, a última fase, denominada de integração, de acordo com Badaró e Bottini (2016, p.33) é “caracterizada pelo ato final da lavagem: a introdução dos valores na economia formal com aparência de licitude”. Porém, mesmo diante de todas as fases, Lima (2016) garante que para a consumação do delito não é exigida a ocorrência das três. Logo, diante da ocorrência de qualquer das fases, o delito de lavagem de capitais estará consumado.

O bem jurídico tutelado pela Lei 9.613/98, por sua vez, divide a doutrina, pois Badaró e Bottini (2016) entendem que seria a administração da justiça, enquanto Lima (2016), amparado pela doutrina majoritária, acredita ser a ordem econômico-financeira.

Por fim, devido a sua relevância para o objeto deste trabalho, as questões relacionadas ao elemento subjetivo da lavagem de capitais serão analisadas em subtítulo próprio a seguir, onde buscaremos uma abordagem mais detalhada quando comparada com os fatores gerais aqui expostos.

O elemento subjetivo do crime de lavagem de capitais

No ordenamento jurídico pátrio, existem duas maneiras de se responsabilizar subjetivamente alguém por uma conduta criminosa: o dolo e a culpa, devidamente previstos no art. 18 do Código Penal.

O dispositivo citado determina que o dolo se configura quando o agente quer o resultado, ou quando assume o risco de produzi-lo. Tratam-se das teorias da vontade e da representação. Ao se referir à primeira, Bitencourt (2016, p.358) assevera que se trata da “vontade dirigida ao resultado”, isto é, o agente deseja e leva sua conduta a efeito. Prossegue o citado autor ao afirmar que “a essência do dolo deve estar na vontade, não de violar a lei, mas de realizar a ação e obter o resultado” (BITENCOURT, 2016, p.358). É o chamado dolo direto.

Na teoria da representação, por sua vez, nas palavras de Greco (2015, p. 242) fala-se em dolo “toda vez que o agente tiver tão somente a previsão do resultado como possível e, ainda assim, decidir pela continuidade da conduta”. Em outras palavras, o sujeito entende ser possível a ocorrência de uma ação criminosa caso continue agindo, porém, não se importa. É o que se denomina de dolo eventual.

Aplicando-se os preceitos analisados aos crimes de lavagem de capitais, percebe-se que não há empecilhos ou controvérsias em relação à aplicabilidade do dolo direto a esses crimes, uma vez que estaria nessa condição o sujeito que possui pleno conhecimento da proveniência ilícita dos valores, bens e direitos, e não se abstém de agir, dissimulando-os e ocultando-os com a finalidade de lhes atribuir aparência de legalidade, de regularidade.

Porém, questão mais complexa é a aplicabilidade do dolo eventual nos delitos tipificados na Lei n. 9.613/98, no sentido de haver notória discordância entre doutrinadores de renome nessa seara.

Nesse sentido, os autores Badaró e Bottini (2016) são os mais evidentes críticos da aplicação do dolo eventual aos delitos de lavagem de capitais, pois afirmam que a incidência dessa espécie de dolo só deveria ser admitida quando o próprio texto da lei trouxesse a expressão “deve saber”.

Como método de aprofundamento, convém reproduzir as palavras dos autores:

O tipo penal de lavagem previsto no caput do art. 1º também menciona um fato anterior – a existência de uma infração penal antecedente – mas não indica a expressão “devendo saber”, como fazem os outros tipos penais apontados. A ausência dessa menção expressa ao dolo eventual aponta para a impropriedade desta modalidade. O mesmo ocorre nos crimes de favorecimento real (art. 349 do CP),

onde o tipo penal não afasta expressamente o dolo eventual, mas não parece admissível a sua incidência (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 141).

Prosseguem Badaró e Bottini (2016) ao afirmarem que a aplicabilidade do dolo eventual traria insegurança aos agentes financeiros, uma vez que alguns valores a eles confiados são sempre passíveis de desconfiança.

Diferente, porém, é a visão de Lima (2016) que admite plenamente o dolo eventual nos crimes de lavagem de capitais. Segundo o autor, o caput o art. 1º, bem como os §§ 1º e 2º da Lei n. 9.613/98 não utilizam expressões como “que sabe”, “que devia saber”, de modo a crer que a intenção do legislador ao elaborar os tipos penais se configura justamente no objetivo de dar amplitude e abrangência as duas espécies de dolo. Portanto, em suma, para o autor *supra* citado, a ausência de expressões que direcionam o agir ou presumem um estado psíquico indicam que tanto o dolo direto quanto o eventual são plenamente aplicáveis aos crimes objeto de estudo deste trabalho.

Nesse sentido:

O delito de lavagem restará configurado quer quando o agente tiver conhecimento de que os valores objeto da lavagem são provenientes de infração penal (dolo direto), quer quando ainda que desprovido de conhecimento pleno da origem ilícita dos valores envolvidos, ao menos tenha ciência da probabilidade desse fato – suspeita da origem infracional –, agindo de forma indiferente à ocorrência do resultado delitivo (dolo eventual) (LIMA, 2016, p.321).

Persiste Lima (2016), expondo as diferenças entre o texto da lei antes e depois da mudança promovida pela Lei 12.683/2012. Anteriormente, o texto do art. 1º, § 2º, I era o seguinte: “*utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo*” (planalto) (grifos nossos). A expressão grifada denotava que apenas o dolo direto era admitido para essa modalidade. Por sua vez, após 2012, o conteúdo do dispositivo foi modificado: “*utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal*” (planalto). Percebe-se a supressão ao termo “que sabe”, simbolizando a intenção do legislador para admitir o dolo eventual ao dispositivo em análise.

Cumpramos ressaltar que, apesar das modificações, um dos dispositivos da Lei n. 9.613/1998 ainda admite apenas o dolo direto. Trata-se do art. 1º, § 2º, II, que traz o seguinte texto: “*participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei*” (planalto) (grifos nossos). A expressão grifada no dispositivo expõe de maneira clara e inequívoca que, na hipótese descrita, é inadmissível o indiciamento a título de dolo eventual.

Parece-nos que dentre os autores citados nessa controvérsia referente à utilização do dolo eventual da lei de lavagem de dinheiro, razão assiste a Renato Brasileiro de Lima. Como já foi dito neste trabalho e corroborado por ele (2016), a Lei 12.683/2012 foi elaborada no intuito de tornar mais eficiente e conferir rigor à persecução penal nos crimes de lavagem de capitais. A supressão de termos que evidenciavam apenas o dolo direto nos dispositivos demonstram a inequívoca intenção do legislador em abrir espaço para punição a título de dolo eventual.

A culpa, por sua vez, ocorre quando o agente, não observando o seu dever objetivo de cuidado, age com imprudência, imperícia ou negligência (art. 18, II, CP). O mesmo artigo, em seu parágrafo único, discorre que “*salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente*” (planalto). A dicção do dispositivo assegura que só é possível a punição de um delito a título de culpa se houver expressa previsão no tipo penal, o que não ocorre em qualquer artigo, parágrafo ou inciso da Lei 9.613/98, deixando claro e incontestável a impossibilidade de alguém ser punido por lavagem culposa.

Por fim, partindo do pressuposto de se reconhecer a aplicabilidade do dolo eventual, surge uma nova problemática que será analisada a seguir: a Teoria da Cegueira Deliberada ou Instruções de avestruz.

A Teoria da Cegueira Deliberada – tentativa conceitual

A teoria da cegueira deliberada, também denominada de instruções de avestruz ou evitação consciente, é uma construção doutrinária e jurisprudencial oriunda da *Common Law* em cuja cultura jurídica inexistia a figura do dolo eventual. De acordo como Callegari e Weber (2017, p.125), são quatro os estados mentais existentes naquele sistema jurídico, dentro os quais “*purpose* ou *intent* (intenção), *knowledge* (conhecimento), *recklessness* (imprudência) e *negligence* (negligência)”. Os autores citados asseguram que essa realidade contribuiu para o surgimento da teoria.

Nesse sentido, sob o ponto de vista do direito anglo-saxão:

Segundo o dicionário legal norte-americano, *Black*, “cegueira deliberada” ocorre em situações em que um indivíduo deixa de fazer uma pergunta razoável de suspeita de irregularidades, apesar de estar ciente de que é altamente provável que a ação seja ilegal (CALLEGARI; WEBER, 2017, p.130).

Desse modo, a teoria da cegueira deliberada ocorre quando um indivíduo suspeita fortemente de que está envolvido em uma situação de ilegalidade e, então, busca de todas as

maneiras evitar aprimorar o seus conhecimentos acerca dos fatos. O conhecimento, em tese, é acessível, ou seja, é possível adquiri-lo com o esforço necessário, mas o agente voluntaria e conscientemente se recusa. Logo, surge para o Estado a prerrogativa de punir o agente por sua omissão. É o que afirma Lima (2016, p. 326) quando diz que “por força dessa teoria, aquele que renuncia a adquirir um conhecimento hábil a subsidiar a imputação dolosa de um crime responde por ele como se tivesse tal conhecimento”.

Por conseguinte, ao tratar dos requisitos da evitação de consciência, é relevante expor o que foi ressaltado na Ação Penal 470, julgamento do conhecido caso do “Mensalão”. A ministra Rosa Weber, em seu voto, estabeleceu os limites do instituto, assim como elaborou as suas hipóteses de abrangência:

Para a configuração 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 envolvidos provenham de crime; ii) o atuar de forma indiferente do agente quanto a esse conhecimento ; (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa.

Os requisitos da cegueira deliberada, conforme o entendimento da ministra é amplamente aceito pela doutrina especializada. Pierpaolo Bottini (2016), por exemplo, em artigo publicado, expôs o posicionamento acima elencado, reconhecendo-o como completo o suficiente para descrever o instituto.

Por fim, é importante relatar que para configuração da referida teoria é necessário, inafastavelmente, que a criação de obstáculos à própria ciência seja voluntária. Badaró e Bottini (2016) alertam para o fato de haver apenas mera negligência do agente no momento da configuração da lavagem de dinheiro, isto é, o sujeito age sem cautela ou precaução, não desconfia de nada e, mesmo assim, contribui para a consumação do delito. Nesse caso, por ser absolutamente impossível a responsabilização por lavagem de capitais por culpa, afastada estará à possibilidade de condenação.

A equiparação ao dolo eventual

Como já foi exposto neste trabalho, em que pesem alguns argumentos em sentido contrário, o dolo eventual é cabível na lei de lavagem de capitais. Eis o ponto nevrálgico de aplicação das instruções de avestruz, pois a ideia doutrinária por trás dela, no Brasil, seria garantir a punição do indivíduo que suspeita e não busca orientar-se a respeito dos valores que movimentam como se estivesse agindo com dolo eventual.

Precisas são as lições de Callegari e Weber (2017, p.185):

Uma vez possível o dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, abre-se uma possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada à espécie. Em apertada síntese, a doutrina referida propõe a equiparação, atribuindo os mesmos efeitos da responsabilidade subjetiva, dos casos em que há o efetivo conhecimento dos elementos objetivos que configuram o tipo e aqueles em que há o “desconhecimento intencional ou construído” de tais elementares. Extrai-se tal conclusão da culpabilidade, que não pode ser em menor grau quando referente àquele que, podendo e devendo conhecer, opta pela ignorância.

Renato Brasileiro de Lima (2016, p.327) segue a mesma linha de raciocínio:

Restará configurado o delito a título de dolo eventual, quando comprovado que o autor da lavagem de capitais tenha deliberado pela escolha de permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando tinha essa possibilidade. Em outras palavras, conquanto tivesse condições de aprofundar seu conhecimento quanto à origem dos bens, direitos ou valores, preferiu permanecer alheio a esse conhecimento, daí por que deve responder pelo crime a título de dolo eventual. Afinal, nos mesmos moldes que a *actio libera in causa*, positivada no art. 28, II do CP, ninguém pode beneficiar-se de uma causa de exclusão da responsabilidade penal provocada por si próprio.

Sendo assim, de acordo com o entendimento dos autores, a teoria da cegueira deliberada pode servir de razão para eventual condenação, desde que se observe que o agente, tendo a possibilidade de ter ciência da situação, opte voluntariamente pelo desconhecimento. Porém, por inexistir a figura da cegueira deliberada na legislação nacional, o dolo eventual, que se aproxima da teoria, serviria para fundamentar a condenação.

Por último, entendemos ter razão Renato Brasileiro de Lima, pois é realmente inaceitável que um indivíduo que contribui sobremaneira para a execução do crime de lavagem de capitais, fique impune por uma situação criada por ele mesmo. Porém, a questão é mais complexa, e existem fatores impeditivos da aplicação da teoria da evitação de consciência espalhados pelo ordenamento jurídico, conforme se verá mais adiante.

Questão do erro de tipo (art. 20 caput, CP)

O art. 20 do Código Penal estabelece que “*o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei*” (planato). Trata-se do denominado erro de tipo. De acordo com Greco (2015), o erro de tipo pode ser vencível e invencível. No primeiro, afasta-se o dolo, mas mantém-se a culpa se previsto no tipo penal. No segundo caso, afasta-se o dolo e a culpa, pois a situação era inevitável, em que pesem às devidas precauções.

Nesse sentido, como já foi exposto neste trabalho, inexistente no sistema jurídico atual a chamada lavagem de capitais culposa, o que denota que, uma vez afastado o dolo, afasta-se o próprio crime, a própria tipicidade. Logo, verifica-se a possibilidade de uma ocorrência fática um tanto quanto curiosa, apontada por Lima (2016). De acordo com o autor, não seria algo espantoso se determinado indivíduo, desconfiando estar ligado a uma situação de lavagem de

dinheiro, buscassem evitar conhecer a origem dos valores que movimentava. Essa mentalidade, no íntimo do agente, é a garantia de que não poderia ser responsabilizado por lavagem de capitais, uma vez que afastaria o dolo necessário e, não existindo modalidade culposa no delito em comento, a tendência natural seria absolvição.

Conforme o exposto, verifica-se que o agente se coloca propositalmente em situação de erro de tipo, de acordo com Badaró e Bottini (2016), a tendência será eventual absolvição. Porém, esse fato não parece a melhor das decisões. Precisas são as palavras de Bitencourt (2016):

Em outros termos, não basta, simplesmente não ter consciência do injusto para inocentar-se. É preciso indagar se havia possibilidade de adquirir tal consciência, e em havendo essa possibilidade, se ocorreu negligência em não adquiri-la, ou falta ao dever concreto de procurar esclarecer-se sobre a ilicitude da conduta praticada.

Dessa forma, mesmo diante de alguns protestos, o erro de tipo conforme a situação acima descrita é uma das dificuldades de inserção da teoria da cegueira deliberada no país. Callegari e Weber (2016) afirmam que os institutos não se confundem, pois a cegueira deliberada requer forte certeza da ocorrência de crime cumulado com a negativa de buscar conhecer a situação, enquanto “no erro de tipo, não há sequer representação do elemento típico do delito, excluindo o dolo” (CALLEGARI; WEBER, 2017, p. 188).

Caso Jurisprudencial

Pois bem, convém afirmar que a referida teoria, apesar de recente e ainda pouco conhecida no Direito interno, já foi utilizada para firmar uma condenação. Em 2005, o Banco Central de Fortaleza foi vítima de um furto cujo produto do crime era o expressivo valor de R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais). Após o furto, os agentes adquiriram 11 (onze) veículos, na quantia de R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais), pagando com notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

O processo instaurado para avaliar os fatos foi a Ação Penal nº 2005.81.00.014586-0, e, ao final da instrução, o Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio condenou os empresários representantes da concessionária. De acordo com Lima (2016), os proprietários foram enquadrados no crime do art. 1º, V e VII, §1º, I, §2º, I e II da Lei n. 9.613/98, por não questionarem os valores de R\$980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais) pagos e outros R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) deixado a título de compras futuras e por não alertarem as autoridades sobre essa operação incrivelmente suspeita. A teoria da cegueira deliberada foi à raiz da condenação.

Porém, em grau de recurso no TRF5 (Tribunal Regional Federal da 5ª Região), a sentença foi reformada para absolver os empresários, sob o pretexto de que não haviam elementos que comprovavam o conhecimento dos empresário acerca dos fatos, até porque o crime se deu na madrugada de sexta para sábado, enquanto a descoberta ocorreu apenas na segunda-feira.

Por último, também é importante relatar que a instrução e o julgamento dos fatos narrados acima ocorreram anos antes da elaboração da Lei n. 12.683/2012. Na época, apenas o dolo direto era admitido no art. 1º, § 2º, I da Lei 9.613/1998, conforme se observa pela dicção do dispositivo antigo: “§ 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*” (planalto) (grifos nossos). Portanto, esta também foi uma das razões do afastamento da teoria da cegueira deliberada.

Empecilhos à teoria da cegueira deliberada

Dentre os fatores que dificultam sobremaneira a inserção e comprovam a incompatibilidade da teoria da cegueira deliberada com o direito brasileiro, podemos listar, primeiramente, os princípios da legalidade e da reserva legal.

De acordo com Bitencourt (2016) o princípio da legalidade representa a mais autêntica maneira de se limitar o poder punitivo do Estado e é representado pela máxima latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Prossegue o citado autor para afirmar que “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente” (BITENCOURT, 2016, p.51).

O trecho acima transcrito é a materialização do mandamento contido no art. 5º, XXXIX da Constituição da República de 1988 que determina que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (planalto). Nesse sentido, também é importante revelar que o referido dispositivo constitucional foi reproduzido *ipsis litteris* no art. 1º do Código Penal Brasileiro.

Em que pese não ter grande relação com este trabalho, também se mostra relevante esclarecer a respeito da diferença apontada por Bitencourt (2016) entre os princípios da legalidade e da reserva legal, pois o primeiro seria o que está exposto acima, enquanto o segundo se trata do fato de que compete à união legislar sobre matéria penal, utilizando-se de lei formal para tanto.

Conforme já foi assinalado, a teoria da cegueira delibera é uma construção jurisprudencial e doutrinária, oriunda do direito anglo-saxão. Apesar de já ter sido suscitada em alguns julgados nacionais, principalmente como equiparada ao dolo eventual, a verdade é que não existe qualquer resquício dessa teoria na legislação atual.

Desse modo, os autores Callegari e Weber (2017) asseveram que o art. 18 do Código Penal, em seu inciso I, adota as teorias da vontade e da representação, isto é, o querer agir e o assumir o risco do resultado. Como pode ser observado pela dicção do dispositivo citado, não há qualquer referência próxima a teoria da cegueira deliberada, o que nos leva a crer que, pelo menos por hora, condenar alguém com base na referida teoria seria romper e violar o princípio da legalidade ou reserva legal, alçado a direito fundamental constitucional.

Ademais, conforme resta claro, diante da inexistência da cegueira deliberada na legislação penal, utilizar-se do dolo eventual em seu lugar seria recorrer à analogia. Esta, nas palavras de Greco (2015, p.93) é “uma forma de autointegração da norma, consistente em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal relativa a um caso semelhante”. Porém, na sistemática legal, só é possível utilizar-se da analogia em benefício do réu, jamais para prejudicá-lo.

No entanto, é exatamente essa a proposição da teoria cegueira deliberada, pois em virtude de não haver previsão legal, a tendência é a absolvição do sujeito que se encontrar nessa condição, e se valer do dolo eventual para se buscar a condenação não parece ser a melhor das decisões, se analisado sob um prisma estritamente legal. Nesse sentido, conforme Bitencourt (2016, p. 199-200):

Os Estados Democráticos de Direito não podem conviver com diplomas legais que, de alguma forma, violem o princípio da reserva legal. Assim, é inadmissível que dela resulte a definição de novos crimes ou de novas penas ou, de qualquer modo, se agrave a situação do indivíduo. Dessa forma, as normas penais não incriminadoras, que não são alçadas pelo princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, podem perfeitamente ter suas lacunas integradas ou complementadas pela analogia, desde que, em hipótese alguma, agravem a situação do infrator.

Diante do que foi exposto, justificar uma condenação por dolo eventual quando o que ocorre na prática é a materialização da teoria da evitação consciente, seria utilizar-se da chamada analogia *in malam partem*, ou seja, em prejuízo do réu, o que é vedado pelo Direito Penal Brasileiro.

Ademais, conforme já exposto neste trabalho, a ausência de previsão da modalidade culposa do crime de lavagem de capitais, cumulado com o clamor social que levanta sua voz contra a impunidade, de certa maneira, influencia os tribunais a alargar o dolo eventual. Sobre o assunto, Badaró e Bottini (2016) esclarecem que em determinadas situações, o que há na

realidade é lavagem de dinheiro imprudente, em que o agente por desatenção, preguiça, falta de cuidado não visualiza os riscos de suas ações, e acaba por contribuir com o crime de lavagem de dinheiro. Se verificado que o agente agiu com imprudência ou negligência

O fato restaria impune, uma vez que a lavagem de dinheiro culposa não é punível. O desconforto político criminal com tal conclusão não pode ensejar um alargamento do conceito de cegueira deliberada a ponto de caracterizar tal hipótese, que não preenche os requisitos do instituto em discussão, como crime doloso (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 146).

Nesse sentido, “se a doutrina não tomar sua posição devida, a teoria da cegueira da cegueira deliberada terminará por punir toda e qualquer conduta culposa como se dolosa fosse, refletindo também na pena aplicável a cada caso” (CALLEGARI; WEBER, 2017, p.194). Em artigo publicado, Bottini (2013) também reflete acerca da proporcionalidade da pena, uma vez que garantir o mesmo tratamento entre o agente ciente da origem delitiva dos valores e que movimenta por vontade própria, e aquele que criou barreiras ao próprio conhecimento seria sobrecarregar o dolo, nas palavras do autor, afetando assim a própria proporcionalidade.

Além disso, Gallegari e Weber (2016) também alertam que esse alargamento da teoria da cegueira deliberada chega ao extremo de prejudicar o princípio do *in dubio pro reo*. De acordo com os autores, não seria a acusação que deveria comprovar a responsabilidade do réu mas sim este que deveria comprovar o seu desconhecimento acerca da origem dos valores que movimenta.

Por fim, percebe-se que apesar de almejada, existem fatores que barram o ingresso da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico nacional. Talvez seja necessário refletir sobre uma maneira de incorporá-la ao direito nacional em razão do descontrole em garantir uma persecução penal eficiente contra a lavagem de dinheiro. No entanto, pode-se afirmar categoricamente que, pelo menos por hora, a referida teoria é inadequada ao ordenamento pátrio e sua utilização é ilegítima.

Possibilidade de implantação da teoria da cegueira deliberada no Direito nacional

Como transcorremos anteriormente, a teoria da cegueira deliberada, até o presente momento, é incompatível com o sistema legal atualmente vigente. Porém, agora buscaremos justificativas que demonstrem que talvez fosse relevante se pensar em uma maneira de modificar a legislação para aderir à referida teoria, livre de controvérsias.

De início, conforme já foi exposto, o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) criticou e exigiu maior eficiência na persecução penal no crime de lavagem de

capitais no Brasil. Desse modo, o autor Lima (2016) descreveu detalhadamente em sua obra as críticas apontadas pelo citado organismo internacional. Dentre elas e de acordo com o autor, pode-se listar:

a) poucas condenações finais por lavagem de capitais; b) problemas sistêmicos no sistema judicial dificultam seriamente a capacidade de se obter condenações finais e penas; c) falta de responsabilização civil ou administrativa direta às pessoas jurídicas por crimes de lavagem de dinheiro; d) número de confiscos muito baixo, dado o tamanho da economia e o risco da lavagem de dinheiro; e) os sistemas de gerenciamento de ativos são deficientes, o que deprecia os bens apreendidos; f) a não colocação de advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes, contadores, prestadores de serviços de acessória e consultoria de empresas e corretores de imóveis como pessoas físicas como pessoas obrigadas a comunicar operações suspeitas; g) as instituições financeiras não são expressamente proibidas de estabelecer ou manter relação de correspondência bancária com bancos de fachada; h) estatísticas insuficientes sobre investigações, denúncias e condenações por lavagem de capitais, bem como sobre o número de casos e os valores dos bens confiscados (LIMA, 2016, p.286-287).

Diante das críticas apontadas acima, os legisladores elaboraram a Lei n. 12.683/2012, que modificou sobremaneira a Lei n. 9.613/1998.

Bottini (2013) reconhece como um dos requisitos para configuração da cegueira deliberada a facilitação da prática de infrações penais decorrente da própria decisão do agente em não buscar voluntariamente o conhecimento necessário. Ele age com cegueira deliberada – suspeita estar envolvido em uma situação de lavagem de dinheiro, porém recusa-se a adquirir a ciência necessária a eliminar a dúvida – e contribui com a execução do crime.

Como se observa, o estar em cegueira deliberada, os atos de suspeitar do caráter ilegal dos valores que movimenta, ser indiferente a isso, escolher não saber ou conhecer, alimenta e fortalece a lavagem de capitais, e prejudica o atuar estatal contra este crime.

Entretanto, fundamentar alguma condenação utilizando-se da teoria cegueira deliberada, mesmo em equiparação ao dolo eventual ainda é algo controverso, e não visto com bons olhos, tendo em vista que se trata apenas de uma teoria, sem força normativa, sem previsão e nem tipificação.

Nesse sentido, o próprio Bottini (2013) fornece uma solução, garantindo que seria mais viável a elaboração de novas modalidades de imputação subjetiva que fossem além do dolo e da culpa do que a equiparação da teoria de instruções de avestruz ao dolo eventual. De acordo com o autor, essa atitude evitaria “o alargamento e a imprecisão dos institutos garantindo-se a proporcionalidade na aplicação da pena” (BOTTINI, 2013).

Por sua vez, Badaró e Bottini (2016) alegam que nos locais onde a teoria da evitação de consciência é aplicada com mais frequência, ela abrange não apenas o dolo eventual, como também a culpa consciente. Como já é sabido, não existe tipificação de lavagem culposa no

Brasil, e que isso é notoriamente vantajoso para o lavador de capitais em cegueira deliberada. Logo, verifica-se que em algumas situações o que existe, de fato, é a aproximação da cegueira deliberada com a negligência ou imprudência.

Por fim, se for levar em consideração a ordem de aprimoramento dos meios e combate à lavagem de capitais emitida pelo GAFI, observa-se que uma reforma legislativa capaz de adequar a teoria da cegueira deliberada ao ordenamento nacional poderia gerar resultados positivos. Como informado, o fato de o agente estar nessa condição contribui fortemente para a execução do crime, e a falta de punição correspondente coloca em xeque perante os organismos internacionais, a credibilidade da justiça brasileira. Sendo assim, talvez a teoria fosse mais facilmente aplicável se novas modalidades de imputação além do dolo e da culpa fossem criadas, ou se fosse tipificada a lavagem de dinheiro culposa. Porém, é importante ressaltar que “a tese da ignorância deliberada pode, no máximo, ser sustentada como proposta de reforma legislativa” (CALLERI; WEBER, 2017, p. 193, *apud* GRECO, 2015, p. 67-78).

CONCLUSÃO

No presente trabalho, verificamos quais são os meios de imputação subjetiva aptos a responsabilizar penal o agente lavador de capitais. Para atingir os objetivos, discorremos sobre os elementos gerais que se relacionam à lavagem de capitais nos ditames da lei n. 9.613/98 a partir das modificações introduzidas pela Lei n. 12.683/12.

Posteriormente, tratamos do elemento subjetivo. Desse modo, no que tange ao dolo direto, observa-se que não há qualquer controvérsia e equívoco acerca de sua aplicação aos crimes de lavagem de capitais, uma vez que é adotada a teoria da vontade. Logo, estaria nessa situação o agente que conhecendo a origem ilícita do dinheiro, não se abstém de ocultar e dissimular sua origem através de movimentações financeiras.

Em relação à culpa também não existe qualquer problemática, de modo que conforme foi tratado, em razão da falta de previsão e tipificação da lavagem culposa, esta resta inaplicável.

Nesse sentido, a primeira controvérsia reside no dolo eventual, pois parte da doutrina admite sua aplicação enquanto outra não. Porém, conforme dito, a Lei 12.683/12 visou fortalecer a persecução penal nos crimes de lavagem de dinheiro, e dessa maneira suprimiu expressões como “que sabe” ou “que devia saber” para admitir que as duas modalidades de dolo são suficientes para justificar uma condenação por lavagem.

Sendo assim, reconhecendo-se a aplicação do dolo eventual, abre-se espaço para a teoria da cegueira deliberada. Esta é uma construção do direito anglo-saxão, e visa garantir que o indivíduo que se nega voluntaria e conscientemente a conhecer o caráter ilícito de suas ações venha a se responsabilizado por essa omissão.

Verificamos que a referida teoria tem sido suscitada pelo Poder Judiciário brasileiro em algumas ocasiões, sendo a mais relevante, a Ação Penal 470, conhecida como Mensalão. Nesse contexto, conforme foi tratado neste trabalho, a ministra Rosa Weber estabeleceu os limites da teoria que são: a suspeita do agente em relação ao caráter ilícito dos valores que movimenta; sua indiferença em relação à ciência; e por fim, a opção pelo desconhecimento quando é possível conhecer. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) também teve a oportunidade de apreciar a aplicabilidade prática da teoria, quando reformou a decisão de primeira instância no sentido de afastar sua incidência.

Entretanto, apesar de seu crescimento e do ganho de popularidade na comunidade acadêmica, tal teoria ainda mostra-se inadequada ao ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as razões podemos listar a incompatibilidade com o princípio da reserva legal, tendo em vista que a teoria não encontra previsão no ordenamento. Logo, se não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, não pode alguém ser indicado por lavagem de dinheiro pela teoria da cegueira deliberada, por violação ao citado princípio. Por sua vez, recorrer à teoria em equiparação ao dolo eventual seria utiliza-se da *analogia in malam partem*, visto que agravaria a situação do réu, podendo dessa maneira também violar o princípio do *in dubio pro reo*.

Portanto, cumpre afirmar que no momento jurídico atual, a teoria da cegueira deliberada mostra-se incompatível com a sistemática vigente no Brasil.

Por fim, em que pese não ser aconselhável a aplicação da teoria da evitação de consciência no Brasil, pelo menos por enquanto, verifica-se que para atender as determinações do GAFI, que exige eficiência na persecução penal por lavagem de capitais, a adoção da referida teoria poderia render resultados positivos no combate aos citados crimes, uma vez que o agente em cegueira deliberada contribui fortemente para a consumação do delito. Porém, registre-se que a única maneira viável seria uma proposta de reforma legislativa que pudesse adotar a referida teoria livre das controvérsias atualmente existentes. A doutrina recomenda a criação de novas modalidades de imputação subjetiva, ou mesmo a tipificação da lavagem culposa.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com alterações da Lei 12.683/2012**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. v. 1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A cegueira deliberada no julgamento da ação penal 470**. Conjur, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 de out. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Penal 470. Relator Min. Joaquim Barbosa. 17. d ez. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª região**. Apelação Criminal 5520-CE 2005.81.00.014586-0. Relator Rogério Moreira. 09 nov. 2008. Disponível em: http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf. Acesso em: 03 de out. 2019.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v. 1. 17 ed. Niterói: Impetus, 2015.

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