



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Fernando Lima Azeredo de Aguiar

Rio de Janeiro
2019

FERNANDO LIMA AZEREDO DE AGUIAR

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2019

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Fernando Lima Azeredo de Aguiar

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduando, *lato sensu*, em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A Teoria da Cegueira Deliberada é uma construção jurisprudencial com origem no anglo-saxônico e que preconiza a possibilidade de punição do indivíduo que, deliberadamente, se mantém em estado de ignorância, se mantendo em dúvida quanto natureza ilícita de seus atos. No direito brasileiro, tal teoria vem sendo utilizada de forma crescente, equiparando a conduta do indivíduo que se mantém propositalmente ignorante com aquele que age com dolo eventual. O presente trabalho busca justamente analisar a estrutura do dolo eventual brasileiro, os requisitos para a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada e sua efetividade nos chamados crimes complexos, em especial nos crimes de lavagem de capitais.

Palavras-chave – Direito Penal. Teoria do Dolo. Dolo Eventual. Teoria da Cegueira Deliberada. Aspectos Objetivos. Crimes Complexos. Lavagem de Capitais.

Sumário – Introdução. 1. Teoria da Cegueira Deliberada: Uma Discussão Sobre Sua Aceitabilidade a Nível Internacional. 2. O Dolo nos Crimes de Lavagem de Capitais. 3. A Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de aplicação da Teoria da Cegueira deliberada aos crimes de lavagem de capitais. Procura-se demonstrar que a referida Teoria vem sendo utilizada pelo direito comparado para amenizar a impraticabilidade de se auferir o dolo específico dos agentes nos crimes que o exigem, mas é necessário apreciar se a referida teoria guarda compatibilidade com nosso ordenamento jurídico.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se é efetivamente necessário ou mesmo viável a demonstração de dolo específico em crimes complexos, bem como que mecanismos podem ser utilizados quando do seu julgamento.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a Teoria da Cegueira Deliberada, estabelecendo como essa foi construída pela doutrina e jurisprudência estrangeiras, especialmente nos países adeptos da *Common Law*, para então ponderar se tal teoria vem sendo aceita e se há embasamento para que seja utilizada à nível global pelas cortes internacionais.

Segue-se ponderando no segundo capítulo sobre o que é o Dolo e como o aspecto volitivo do agente pode tipificar ou não uma conduta. Nessa seara, o capítulo trará especial enfoque para o chamado Dolo Específico que permeia e aparta os crimes complexos dos demais, bem como se a Teoria da Cegueira Deliberada poderia ser utilizada como mecanismo para reduzir a dificuldade de produzir conteúdo probatório sobre um ponto abstrato como a própria vontade do agente.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada de forma concreta no ordenamento Jurídico Brasileiro, se esta vem sendo aceita ou não pela jurisprudência pátria, com quais tipos de delitos ela tem se compatibilizado e que requisitos são necessários para sua aplicação no Brasil.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético, uma vez que o pesquisador pretende investigar a realidade pelo estudo da sua ação recíproca, não se limitando apenas a questões doutrinárias, mas contrapondo ao conhecimento a ideia de uma mudança constante para se chegar a um teorema adequado ao mundo contemporâneo, concluindo por sua comprovação ou rejeição argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será Comparativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para traçar paralelos com o direito comparado e sustentar a sua tese.

1. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA: UMA DISCUSSÃO SOBRE SUA ACEITABILIDADE A NÍVEL INTERNACIONAL

A Teoria da Cegueira Deliberada ou *Willful Blindness Doctrine*, tem diversas nomenclaturas na doutrina. Podem ser encontradas referências sobre a mesma também por alcunhas como Instruções da Avestruz ou Ostrich Instructions, Doutrina da Evitação da Consciência ou *Conscious Avoidence Doctrine* ou ainda como Ignorância Inventada ou *Contrived Ignorance*.¹

¹ KLEIN, Ana Luiza. *A doutrina da cegueira deliberada aplicada ao delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Editora Universitária da PUCRS, 2012. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/4.pdf>>. Acesso em: 13 de abr. 2019.

Tem sua origem na *Common Law*, tendo sido primeiro citada no emblemático caso *Regina v. Sleep* de 1861. Nesse precedente, o tribunal inglês julgou o caso de Sleep, um ferrageiro acusado de desviar bens públicos, assim resumido por Ana Luiza Klein²:

Sleep era um ferrageiro, que embarcou em um navio contêineres com parafusos de cobre, alguns dos quais continham a marca de propriedade do Estado inglês. O acusado foi considerado culpado pelo júri por desvio de bens públicos – infração esta que requeria conhecimento por parte do sujeito ativo. Ante a arguição da defesa do réu, de que não sabia que os bens pertenciam ao Estado, Sleep foi absolvido pelo juiz, sob a justificação de que não restou provado que o réu tinha deveras conhecimento da origem dos bens, bem como não houve prova de que Sleep se abstera de obter tal conhecimento. Tal julgamento levou a parecer que, caso restasse provado que o acusado tivesse se absterido de obter algum conhecimento da origem de tais bens, a pena cabível poderia equiparar-se àquela aplicada aos casos de conhecimento.

Desse precedente, pode-se extrair a raiz do instituto, qual seja, a ação de se abster de obter conhecimento sobre a ilicitude de determinada conduta. A jurisprudência Inglesa continuou a evoluir com o caso *Bosley v. Davies* de 1.875³, no julgamento do proprietário de uma pensão por permitir que jogos ilegais fossem realizados em seu estabelecimento. A ilicitude de tal conduta, sustentava o Réu, demandaria o conhecimento dos ilícitos ali sendo praticados.

O Tribunal, contudo, discordou.⁴ Para a corte, ainda que o conhecimento não fosse obrigatório, as circunstâncias do caso levavam à conclusão de que Davies tinha ou deveria ter o conhecimento quanto a esses ilícitos, ainda que alegasse o oposto.

A Teoria da Cegueira Deliberada, veio a ganhar força e aplicabilidade real no ordenamento Jurídico Estadunidense, em especial no combate ao crescente narcotráfico a partir da Década de 1970. No emblemático caso *Estados Unidos v Jewel* de 1976, consolidou-se o seguinte entendimento:

Ignorância deliberada e conhecimento positivo são igualmente culpáveis. A justificativa textual é de que, no conhecimento padrão, diz-se que uma pessoa “sabe” fatos dos quais não tem certeza absoluta. Agir “dolosamente”, portanto, não é necessariamente um agir com conhecimento concreto do fato, mas também quando se age com conhecimento da alta probabilidade da existência do fato em questão. Quando tal percepção se faz presente, o conhecimento positivo não é requerido. (Tradução livre).⁵

Assim, para as cortes Norte Americanas, a conduta daquele que age dolosamente para o cometimento de um crime é equiparável à conduta daquele que age consciente da alta

² Ibidem.

³ Ibid..

⁴ ROBBINS, Ira P. *The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. The Journal of Criminal Law Criminology. Northwestern University School of Law, USA. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc>>. Acesso em: 13 de abr. 2019.

⁵ ESTADOS UNIDOS. *United States v Jewel*. Disponível em:<<https://h2o.law.harvard.edu/collages/19227>> Acesso em: 13 abr. 2019.

probabilidade de o poder estar cometendo. Frise-se, contudo que aqui também se pode retirar um limite negativo. Não seria equiparável tal conduta se a aludida consciência da alta probabilidade não se fizer presente.

Diferentemente do modelo Brasileiro, onde a União tem competência privativa para editar leis de cunho penal, o modelo Norte Americano é Federativo, pelo que, cada um dos seus cinquenta estados tem competência legislativa própria, inclusive para editar normas criminais. Como forma de unificar essas legislações, o Instituto Americano de Direito ou *American Law Institute*, publica o chamado Código Penal Modelo – MPC – que serve como orientação aos Estados.

Nesse sentido, pode-se observar as disposições do MPC para avaliar a Culpabilidade. Para o modelo estadunidense, para que uma conduta seja considerada culpável, o indivíduo tem que ter agido com uma de quatro condutas, quais sejam: *Purposely*, Conscientemente ou *Knowingly*, Imprudentemente ou *Recklessly* ou ainda Negligentemente ou *Negligently*.⁶

Desses, sob o ponto de vista do Direito comparado, pode-se equiparar a conduta daquele que age Conscientemente ao que se chama de Dolo Eventual. Ao disciplinar o tema, o MPC, na sessão 2.02, item 07 apontou que para que sejam supridos os requisitos de modo a se considerar que uma conduta foi realizada Conscientemente, basta que haja a consciência quanto a alta probabilidade do delito. Nesse sentido, assim se apresenta:

Quando o conhecimento quanto a existência de um fato particular for elementar do tipo penal, tal conhecimento restará estabelecido se a pessoa tiver ciência da alta probabilidade de sua existência, a menos que ele realmente acredite que o mesmo tal fato é inexistente.⁷ (tradução livre)

Desse dispositivo pode-se concluir um fato interessante, qual seja, diante de um caso onde seja aparente a alta a probabilidade de um ilícito, para se aferir o Conhecimento do Fato do agente em busca de seu dolo, não se buscam mais indícios de que esse poderia ter conhecimento quanto ao crime, mas sim indícios de sua convicção por sua inexistência. Ou seja, opera-se aqui uma inversão no ônus probatório, de modo que ao Réu caberia apresentar provas que justificassem sua falsa percepção da realidade de modo a afastar a culpabilidade.

⁶ ESTADOS UNIDOS. *Model Penal Code: Official Draft And Explanatory Notes*. Disponível em: <<http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>> Acesso em: 24 fev. 2019.

⁷ *Ibidem*.

A Suprema Corte dos Estados Unidos proferiu sua primeira decisão aplicando as Instruções da Avestruz em 2011 no caso *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB, S.A.*⁸. Não obstante se tratar de um caso cível, entendeu a Suprema Corte que o precedente referendaria principalmente a aplicação da teoria nos casos criminais. Além disso, balizou o instituto para ser validamente aplicado, estabelecendo para tanto

O primeiro deles é de que o réu subjetivamente acredite que há uma alta probabilidade de o fato existir. Aqui, se atrela tanto o grau de consciência quanto à probabilidade ao grau de consciência do agente por si só. Um indivíduo que não está em suas plenas capacidades psíquicas não poderia ser considerado consciente quanto à probabilidade do fato típico.

Em segundo lugar, o réu deve deliberadamente atuar para evitar o conhecimento do fato. Havendo prova desses fatos, poderia concluir-se que a vontade do agente ultrapassou a mera culpa, atingindo teria um estado mental que ultrapassaria o estado de Imprudência - *Recklessly*, permitindo se afirmar que o mesmo atuou com dolo eventual, ou seja, Conscientemente - *Knowingly*.

A Teoria da Cegueira Deliberada, contudo, não mais se restringe aos países adeptos da *Common Law*. O Estatuto de Roma, internalizado no Brasil pelo Decreto n.º 4.388/02⁹ e ratificado atualmente por 123 países, instituiu o Tribunal Penal Internacional. Considerando este elevado número, pode-se concluir que quase dois terços do mundo hoje se submetem à sua jurisdição.

O artigo 28, a, I do referido estatuto internalizou a Teoria da Cegueira deliberada, ao responsabilizar criminalmente os chefes militares e outros superiores hierárquicos que tinham conhecimento ou em virtude das circunstâncias do momento, deveriam ter tido conhecimento de que as forças sob seu comando estavam a cometer ou preparavam-se para cometer crimes.

No que tange especificamente aos Crimes de Lavagem de Dinheiro e corrupção, a Teoria da Cegueira tem sido igualmente bastante recepcionada. Como destaques nesse sentido, pode-se apontar as recomendações do *Group d'actions financières Le blanchiment de capitaux - GAFI*¹⁰, padrão internacional no combate à lavagem de dinheiro e o Terrorismo, bem como na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, internalizada pelo

⁸ ESTADOS UNIDOS. *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.* Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1935&context=btlj>> Acesso em: 24 fev. 2019.

⁹ BRASIL. *Decreto n.º 4.388*, de 25 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019

¹⁰ GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. *Recomendações do GAFI de fevereiro de 2012*. Disponível em: <<https://www.fatf-.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2019

Decreto 5.015/04¹¹ e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto 5.687/06¹².

Nesse sentido, a fim de entender as nuances da adequação da Teoria da Cegueira Deliberada e como esta tem se moldado às peculiaridades do combate aos crimes complexos, em especial o de lavagem de capitais, necessário se faz um aprofundamento específico, como será visto a seguir.

2. O DOLO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Ao falar-se de dolo, é imprescindível uma breve análise da evolução dos sistemas penais, com destaque para as teorias da ação e sua evolução. Assim, inicialmente cabe apontar o sistema clássico ou causal de Von Liszt e Beling.

Para Von Liszt, o sistema penal deveria ser construído sob aspectos puramente técnico-jurídicos, tendo por objeto a legislação positiva.¹³ Esse partia da premissa – equivocada – de que o Direito se extraía da natureza humana, ou seja, do *ser*. O Causalismo analisava o comportamento humano de um prisma puramente descritivo: matar alguém, sob a ótica causalista, seria meramente provocar o resultado morte. Analisava-se apenas se um comportamento humano voluntário teria ou não causado esse resultado morte. Isso porque o conceito de ação se transcrevia apenas como um movimento corporal causador de um resultado.

O aspecto técnico jurídico a que Von Liszt se referia nada mais era do que o exame da legislação sem qualquer apreciação valorativa de seu conteúdo. Deste modo, o enfoque de sua teoria acabava por residir em aspectos estruturais e não nas possíveis funções do Direito Penal. Isso porque o positivismo Jurídico buscava intrinsecamente elevar o Direito ao status de ciência em sua época.

A grande falha do sistema Causalista era desligar o comportamento humano de um controle mental. Para esta teoria, Dolo e culpa, estavam inseridos na culpabilidade, o que permitiria que o dolo fosse quantificado, de modo que poder-se-ia falar, por exemplo, em dolo intenso.

¹¹ BRASIL. *Decreto n.º 5.015*, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019

¹² Idem. *Decreto n.º 5.687*, de 31 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019

¹³ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017, p. 96.

A fim de minorar o dogma causal, mas ainda interpretando o Direito como uma ciência do ser, surgiram o movimento Neoclássico e o Neokantismo. Criticavam os modelos de Liszt e Beling pela separação metodológica que esses últimos faziam entre injusto e a culpabilidade, reservando ao primeiro todos os elementos objetivos do delito e à segunda seus aspectos subjetivos.

Como avanço, destaca-se o fato de que o Neokantismo não mais estuda o crime sob uma perspectiva meramente descritiva e neutra como no sistema Clássico, passando agora a valorar a ação enquanto devida ou indevida. Assim, a culpabilidade, até então vista como o aspecto subjetivo do crime ou psicológico da ação, adquiriu um novo status, passando a abranger a censurabilidade ou a reprovação jurídica do comportamento pessoal do agente, que deveria ter agido de outro modo, segundo as prescrições legais.¹⁴

Nesse sentido, a parte mais importante desta teoria está em terem sido agregados elementos normativos à culpabilidade. Aqui entra a expressão “poder agir de outro modo”, referente às hipóteses em que é possível exigir do agente um comportamento distinto a ser tomado, mantendo a conformidade ao Direito.

A seguir, tem-se o Finalismo. Enquanto os Causalistas podem ser considerados idealistas por criar um conceito ideal de conduta que se aplica apenas ao Direito Penal, os Finalistas, são realistas, porque trabalham com um conceito real de conduta segundo o qual a voluntariedade e a finalidade da conduta não podem ser separadas.

A Teoria Finalista é atribuída precipuamente a Hans Welzel. Welzel buscou um conceito de conduta fora do mundo do Direito, passando a entender que toda ação, seja ela penalmente relevante ou não, pressupõe um plano subjetivo, ou seja, que toda ação voluntária é finalisticamente dirigida.

Ademais, Welzel defendia que não faria sentido considerar penalmente relevantes condutas que não fossem dotadas de consciência e vontade, excluindo-se da aplicação da norma penal, por consequência, meros atos de reflexos ou oriundos de coação física irresistível.

Assim, a ação enquanto mera causa de um resultado seria irrelevante, não merecendo designação. Já a ação final, ou seja, de uma vontade dirigida pela antecipação das consequências do ato, seria vidente, e por isso, passível de regulação pelo Direito.¹⁵

Numa perspectiva finalista, dolo e culpa não se quantificam. Assim, o grau de reprovabilidade, no Finalismo, é sopesado na esfera da culpabilidade, para onde dolo e culpa foram deslocados. Com a transferência da consciência da ilicitude, para a culpabilidade, a

¹⁴ Ibidem. p. 99.

¹⁵ Ibidem. p. 101.

doutrina hoje entende que basta a potencial consciência da ilicitude para que se configure o crime.

Assim, para os finalistas, são elementos da culpabilidade a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Tem-se, portanto, uma culpabilidade normativa pura, pois ela só possui elementos normativos.

O dolo do Finalismo se despe de qualquer conteúdo valorativo, razão pela qual é chamado de dolo natural. Conseqüentemente, o injusto passa a ser objetivo-subjetivo, uma vez que é composto pela tipicidade objetiva pela subsunção da conduta à norma penal incriminadora e pela tipicidade subjetiva na seara do dolo ou da culpa.

Superada essa compreensão inicial, pode-se concluir que o Direito Penal Brasileiro, ao adotar precipuamente a teoria finalista, permitiu que seja analisada não apenas o desvalor do resultado do crime, mas também o desvalor da conduta do agente.

Assim, pode-se concluir que o indivíduo que atua com consciência e vontade visando atingir um resultado atua com desvalor diferente daquele que jamais quis o resultado, mas apenas violou um dever objetivo de cuidado, acabando por agir de forma culposa.

Ademais, passou a ser possível uma separação entre a conduta deste agente que viola o dever objetivo de cuidado com a do agente que, mesmo sem desejar diretamente sua produção, recepciona ou é indiferente ao risco de que este se produza, agindo com o chamado Dolo Eventual.

O Código Penal Brasileiro¹⁶ definiu o crime doloso em seu art. 18 inciso I, ao estabelecer que o mesmo ocorre quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Desta forma, tornou-se clara a intenção do legislador em equiparar a conduta daquele que comete o crime doloso aquele que age com o Dolo Eventual. Nessa seara, a individualização se dará durante a aplicação da pena com a análise das circunstâncias judiciais, entre as quais, a culpabilidade.

Os crimes de lavagem de capitais são, precipuamente, crimes complexos, decorrendo de dissimulação e ocultação de forma a evitar sua detecção pelas autoridades públicas. Assim, via de regra, envolvem transações financeiras complexas, com o emprego de subterfúgios como a utilização de pessoas interpostas, *off-shores* e remessas de dinheiro para paraísos fiscais, aproveitando-se das dificuldades inerentes à cooperação judiciária internacional para dificultar seu rastreamento.

¹⁶ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 13 abr. 2019.

Não bastassem tal aspecto probatório material intrincado, talvez seja ainda mais difícil provar o elemento subjetivo nesses crimes. Isso porque os crimes de lavagem de capitais favorecem, por sua complexidade material, a apresentação de escusas a princípio razoáveis por parte dos agentes. Numa égide comparativa, é deveras mais simples apresentar justificativas para a prática de atos financeiros complexos do que justificativas para crimes simples, como um homicídio ou um roubo.

Para contornar essa situação, a legislação internacional tende a criar regras mais compatíveis com as dificuldades probatórias dos crimes complexos, em especial permitindo que se infiram os aspectos subjetivos do agente através de uma análise das circunstâncias fáticas objetivas.

Nesse sentido, pode-se apontar a antes citada Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto N° 5.687/06. Tal convenção buscou flexibilizar e estabelecer mecanismos para combater o crime de corrupção e outras formas de delinquência que lhe são conexas, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo nesta lavagem de dinheiro e assim dispôs em seu artigo 28:

Art.28 Conhecimento, intenção e propósito como elementos de um delito:
O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.¹⁷

De tal regra conclui-se, portanto, que o elemento subjetivo do crime de lavagem de capitais, ou seja, a intenção criminosa, poderá ser provado por meio de elementos objetivos, pelo que, dependendo das provas colacionadas aos autos, poderá o juiz inferir que o desconhecimento do agente seria impossível no caso concreto.

Dentre outros aspectos probatórios, poderá o magistrado considerar as partes envolvidas, os valores, a frequência, as formas de realização, os instrumentos utilizados ou a falta de fundamento econômico ou legal das operações econômicas. Nesse sentido, a Carta Circular N° 3.542/2012 do BACEN¹⁸, 106 indícios de ocorrência do crime de lavagem de capitais que são passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).

Entre tais indícios pode-se encontrar situações como a realização de depósitos ou saques incompatíveis com a capacidade econômica do cliente; o aumento substancial de

¹⁷ BRASIL. *Decreto n.º 5.687*, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 17 mar. 2019.

¹⁸ BRASIL. *Circular n.º 3.542*, de 12 de março de 2012. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49233/C_Circ_3542_v1_O.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

depósitos em espécie; a fragmentação de depósitos em espécie de forma a dissimular o valor total da movimentação; realização de depósitos de grandes valores em espécie, de forma parcelada, especialmente em regiões geográficas de maior risco, principalmente nos mesmos caixas ou terminais de autoatendimento próximos, destinados a uma única conta ou a várias contas em municípios ou agências distintas, negociações atípicas em moeda estrangeira e cheques de viagem, realização ou proposta de operação com pessoas naturais ou jurídicas, inclusive sociedades e instituições financeiras, situadas em países que não apliquem ou apliquem insuficientemente as recomendações do Grupo de Ação contra a Lavagem de Dinheiro, entre outros.

Superadas tais premissas, necessário se faz discutir se o crime de lavagem de capitais no Brasil requer Dolo Direto para sua configuração ou se este admite também a modalidade de Dolo Eventual. Em outras palavras, passa a ser necessário avaliar quando se pode dizer que um agente assumiu o risco de utilizar, na atividade econômica ou financeira, valores que poderiam ser provenientes de crimes anteriores e se tal assunção seria penalmente punível.

Nesse sentido, tende o direito penal pátrio a equiparar a conduta do agente que deseja o resultado direto da conduta com a do agente que, suspeitando ou devendo suspeitar que seu comportamento pode ser criminoso, opta conscientemente por se manter na ignorância acreditando que, assim, seria possível evitar uma futura condenação penal, assumindo o risco de produzir o resultado típico, ou seja, aplica-se aqui a Teoria da Cegueira Deliberada.

Assim, as cortes nacionais tem crescentemente se valido da antes referida Teoria da Cegueira Deliberada como forma de se delinear o aspecto volitivo do agente nos chamados crimes complexos, utilizando os elementos objetivos do crime para inferir os elementos subjetivos, valendo-se dos princípios e normas acima elencados, através da jurisprudência analisada no próximo capítulo.

3. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL

A primeira aparição relevante da Teoria da Cegueira Deliberada nas cortes nacionais deu-se na Ação Penal 2005.81.00.014586-0 CE¹⁹, que julgou réus acusados de envolvimento no furto qualificado ao caixa-forte do Banco Central de Fortaleza. Na ocasião, discutia-se também a culpabilidade dos sócios de uma revendedora de carros quanto ao crime de lavagem

¹⁹ BRASIL. TRF5. *Apelação Criminal* nº 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: 24 fev. 2019

de dinheiro, por estes terem vendido aos autores do assalto aproximadamente um milhão de Reais em veículos, pagos à vista e em pacotes de notas de Cinquenta Reais.

Argumentava-se que, ainda que os sócios não tivessem a percepção de que o numerário utilizado tinha origem direta no furto ao Banco Central, certamente deveriam ter se valido do senso comum para vislumbrar a origem ilícita do dinheiro. Com esse entendimento, o juiz de primeira instância condenou a ambos os sócios pelo crime de Lavagem de Dinheiro, com base na Teoria da Cegueira Deliberada, argumentando que a ignorância deliberada equivaleria à Dolo Eventual.

No entanto, em sede recursal, o TRF5 entendeu pela absolvição dos Réus, em decisão com um importante entendimento: Que a Teoria da Cegueira Deliberada estava, sim, recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico, mas que, para a sua aplicação, seria necessário que o crime cometido admitisse o Dolo Eventual, o que não seria o caso no crime de Lavagem de Dinheiro.

Isso porque, para os doutos julgadores na ocasião, se fosse da vontade do legislador prever o dolo eventual para o crime de lavagem de dinheiro, este deveria tê-lo feito de forma expressa na lei 9.613/98. Assim, ao não fazê-lo, seria necessário o dolo direto para que houvesse condenação dos réus pela lavagem de capitais, o que não poderia ser percebido no caso concreto. Ademais, haveria requerimento expresso de dolo direto pela redação então vigente do artigo 1º, parágrafo 2º, inciso I da Lei de Lavagem de Capitais, que demandava o conhecimento do agente quanto à proveniência criminosa dos valores, assim se apresentando:

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

(...) § 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.²⁰

Tal entendimento, no entanto, foi posteriormente afastado pelo STF na emblemática ação penal 470, o caso mensalão. Nesse julgamento, o decano da corte, Ministro Celso de Mello admitiu a possibilidade de se configurar crime de lavagem de capitais quando o agente age com dolo eventual, com apoio direto na Teoria da Cegueira Deliberada, mesmo sob os crimes cometidos sob a égide dessa redação da lei de lavagem de capitais. Nesse sentido,

²⁰ Idem. *Lei nº 9.613*, de 03 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

apontou o Ministro que os agentes fingiam não perceber determinadas situações de ilicitude para, então, alcançar a vantagem indevida pretendida.

No entanto, ao condenar os Réus Anderson Aduato, João Magno e Paulo Rocha, entendeu que suas condutas foram tomadas por dolo direto, uma vez que estes buscaram ativamente conferir aparência lícita a dinheiro de origem ilícita, além de se valerem de mecanismos que visavam ocultar o rastro de suas participações no delito.

Em 2012 foi editada a lei 12.683²¹, que trouxe significativas mudanças para a lei de Lavagem de Capitais, suprimindo, em especial, os termos “sabe serem provenientes” de seu artigo 1º, parágrafo 2º, inciso I, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal:
 (...)§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:
 I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal.

Com essa alteração, restou clara a intenção do legislador em estender o alcance da norma ao indivíduo que assume o risco de se utilizar de bens, direitos ou valores cuja procedência desconheça, mas que, por suas peculiaridades, devessem fazê-lo suspeitar de sua origem criminosa.

Após tais precedentes, a Teoria da Cegueira deliberada vem sido aplicada de forma crescente, em especial pelas cortes ordinárias não só para o crime de lavagem, mas para uma diversa gama de delitos.

Na ACR nº501703-08.2014.4.04.7002/PR²², o TRF4 manteve a condenação do réu pelo crime de contrabando se valendo da Teoria, sob o argumento de que “eventual ignorância voluntária quanto ao conteúdo da carga transportada não exime o réu pela responsabilidade pela prática do delito, eis que anuiu na produção do resultado, o qual podia claramente prever.”.

Na APR 10699130095242001/MG²³, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que o réu poderia ser condenado pelo crime de tráfico de drogas, apontando que “segundo a teoria da cegueira deliberada, não fica eximido da responsabilidade o agente que ignora voluntariamente o próprio em negócios escusos ou ilícitos” e que “a acusada sabia e permitia

²¹ BRASIL. *Lei nº 12.683 de 09 de julho de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

²² Idem. TRF4. *Apelação Criminal nº 501703-08.2014.4.04.7002/PR*. Relator Claudia Cristina Cristofani. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/668554618/apelacao-criminal-acr-50107030820144047002-pr-5010703-0820144047002>> Acesso em: 24 fev. 2019.

²³ Idem. TJ-MG. *APR 10699130095242001/MG*. Relator Agostinho Gomes de Azevedo. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/679134733/apelacao-criminal-apr-10699130095242001-mg>> Acesso em: 24 fev. 2019.

que em sua residência ocorresse a comercialização de drogas, inclusive por adolescentes.”. Esse caso, no entanto, resultou em uma absolvição em razão da prescrição.

Na AP 0000126-57.2015.7.02.0202/SP²⁴, o Superior Tribunal Militar manteve a condenação da Ré pelo crime de falsificação de documento público previsto no art. 311 do Código Penal Militar, sob o argumento de que “Não comparecer à qualquer consulta médica e ignorar o conteúdo do documento falso comprovam que a Acusada agiu a título de dolo eventual, com base na Teoria da Cegueira Deliberada.”.

Talvez a mais emblemática aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada na jurisprudência brasileira contemporânea seja na Ação penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR²⁵, que julgou os crimes ocorridos no âmbito da chamada operação Lava Jato. Nessa, as instruções da avestruz têm sido utilizadas de forma reiterada para embasar condenações pelos crimes de lavagem de dinheiro. Nesse sentido, o então Juiz Sérgio Fernando Moro, hoje Ministro da Justiça, apontou que:

Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.

Em estudo mais amplo e prévio à referida ação, o próprio Moro já havia balizado a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada para aferir as condutas criminosas nos crimes de lavagem de dinheiro. Entre outros apontamentos em seus livros e processos, entendeu o Ministro, fazendo um estudo à época sobre a égide do antigo texto da lei de lavagem de Capitais, que o dolo direto no crime de lavagem de dinheiro exigiria o conhecimento de que os bens, direitos ou valores envolvidos são provenientes de atividade criminosa, mas não necessariamente o conhecimento específico do crime antecedente, inclusive quanto à sua espécie.

Com esse entendimento, seria admissível o dolo eventual para o crime de lavagem de dinheiro, respondendo o agente que, mesmo sem conhecimento pleno, assumiu o risco de que os valores por ele geridos sejam provenientes de atividade criminosa, ao se manter em um estado de ignorância deliberada na esteira da Teoria da Cegueira Deliberada.

²⁴ Idem. STM. *Ação Penal nº 0000126-57.2015.7.02.0202/SP*. Relator Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Disponível em: <<https://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461154379/apelacao-ap-1265720157020202-sp>> Acesso em: 24 fev. 2019.

²⁵ Idem. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. *Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR*. Juiz Sergio Moro. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339694341/apelacao-criminal-acr-50262128220144047000-pr-5026212-8220144047000/inteiro-teor-339694381>> Acesso em: 24 fev. 2019.

Além disso, também podemos auferir de seus estudos que o dolo poderia ser inferido da prova dos elementos objetivos do crime de lavagem quando esses autorizassem a conclusão de que era impossível ao agente desconhecer a procedência ilícita dos bens, direitos e valores por ele utilizados.

Pelo exposto, a aplicação da Teoria da Cegueira deliberada tem se consolidado na jurisprudência pátria, tendo se mostrado hábil no combate a um leque amplo de crimes que se compatibilizam com o dolo eventual. Ademais, tem sido apresentada como mecanismo efetivo para se julgar os chamados crimes complexos, em especial o de lavagem de capitais, agindo como ferramenta para contrabalancear a dificuldade de se aferir o aspecto volitivo e o grau de conhecimento da realidade do agente, que refreavam sua possível condenação.

CONCLUSÃO

A evolução da Teoria do Crime, demonstrou a essencialidade de se aferir não apenas a conduta do agente, mas também o seu elemento volitivo para a individualização do seu delito. Tendo a responsabilização penal do indivíduo apenas pelo dolo direto se mostrado insuficiente para coibir todas as condutas penalmente reprováveis, o Direito Penal encontrou no Dolo Eventual e na Culpa Consciente instrumentos hábeis para abarcar uma miríade maior de fatos típicos.

Nessa seara, ainda havia um vácuo de responsabilização penal a ser suprido no que se tangia ao indivíduo que, propositalmente, se blindava da plena consciência quanto a ilicitude de seus atos, tanto para se salvaguardar quanto por ser este o modus operandi essencial dos crimes que visava cometer.

O surgimento da Teoria da Cegueira Deliberada se deu justamente para evitar que essas condutas de negação ativa conscientes e prévias do indivíduo pudessem permitir que esse se beneficiasse de sua própria torpeza.

Como foi observado, a Teoria da Cegueira Deliberada tem sido amplamente recepcionada pela jurisprudência brasileira, a utilizando como mecanismo hábil a permitir uma equiparação da conduta do agente ao Dolo Eventual, o que implica a possibilidade de sua responsabilização por crimes dolosos.

Nesse sentido, tem sido especialmente bem-sucedida para aferir a responsabilidade do agente nos crimes complexos, como corrupção e lavagem de dinheiro, onde suas condutas poderiam ser consideradas atípicas se vistas de forma isolada ou mesmo ser afastada naqueles

que não admitem modalidade culposa. Assim, acaba por contrabalancear a dificuldade de se aferir o aspecto volitivo e o grau de conhecimento da realidade do agente, que refreavam sua possível condenação.

Obviamente, não é uma panaceia a ser utilizada para toda e qualquer conduta, sendo necessária uma maior ponderação do magistrado para sua aplicação, bem como que esse verifique se estão presentes os requisitos para a sua adoção. Não basta alegar que o agente agiu com mera assunção de risco de ocorrência do ato, sob pena de uma indevida inversão do ônus probatório no processo penal, o que forçaria ao agente a ter de produzir prova negativa.

Nesse sentido, em que pese não se consiga comprovar a consciência de ilicitude no momento do atuar criminoso do agente, cabe à acusação comprovar e ao magistrado concluir que ou a ausência de consciência se deu por uma atuação voluntária anterior do agente ou que, ao cidadão médio, seria extremamente improvável, tal desconhecimento, se esse houvesse diligenciado minimamente para que a Teoria da Cegueira Deliberada seja corretamente empregada.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo e MORO, Sérgio Fernando (Org). *In Lavagem de Dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.50 de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. *Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR*. Juiz Sergio Moro. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339694341/apelacao-criminal-acr-50262128220144047000-pr-5026212-8220144047000/inteiro-teor-339694381>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. Circular nº 3.542, de 12 de março de 2012. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49233/C_Circ_3542_v1_O.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

_____. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019

_____. Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.613*, de 03 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. STM. *Ação Penal nº 0000126-57.2015.7.02.0202/SP*. Relator Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Disponível em: <<https://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461154379/apelacao-ap-1265720157020202-sp>> Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. TJ-MG. *APR nº 10699130095242001/MG*. Relator Agostinho Gomes de Azevedo. Disponível em: <<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/679134733/apelacao-criminal-apr-10699130095242001-mg>> Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. TRF4. *Apelação Criminal nº 501703-08.2014.4.04.7002/PR*. Relator Claudia Cristina Cristofani. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/668554618/apelacao-criminal-acr-50107030820144047002-pr-5010703-0820144047002>> Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. TRF5. *Apelação Criminal nº 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: 24 fev. 2019.

_____. *Decreto nº 4.388*, de 25 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 24 fev. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, V. 1.: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTADOS UNIDOS. *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.* Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1935&context=btlj>> Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. *Model Penal Code: Official Draft And Explanatory Notes*. Disponível em: <<http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>> Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. *United States v Jewel*. Disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/collages/19227>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

GALVAO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

KLEIN, Ana Luiza. A doutrina da cegueira deliberada aplicada ao delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro. Porto Alegre: Editora Universitária da PUCRS, 2012. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/4.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

PODGOR, Ellen. *Supreme court speaks about willful blindness*. Disponível em: <http://lawprofessors.typepad.com/whitecollarcrime_blog/2011/06/supreme-court-speaks-about-willful-blindness-.html> Acesso em: 17 mar. 2019.

GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. *Recomendações do GAFI*, de fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

ROBBINS, Ira. P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, 81 J. Crim. L. & Criminology 191 (1990-1991), p. 196. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

ROBINSON, Paul H. e DUBBER, Markus Dirk. *An introduction to the model penal code*. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/fac/phrobins/intromodpencode.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2019.