
A Possibilidade de Adoção da Teoria da Cegueira Deliberada nos Crimes de Lavagem de Capitais

Patrícia Philippi

Advogada. Pós-Graduada em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT).

Resumo: A edição da Lei 12.683/2012, que introduziu diversas modificações na Lei 9.613/1998, com a finalidade de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro, trouxe discussões fervorosas na doutrina sobre seus aspectos positivos e negativos. O foco de discussão do presente artigo se refere à caracterização do delito na hipótese de dolo eventual, especificamente na conduta descrita no inc. I, § 2º, do artigo 1º. Referida questão foi arduamente debatida no julgamento da AP 470, pelo Supremo Tribunal Federal, conhecida nacionalmente como “mensalão”. Apresenta-se também a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada e o seu uso pela jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Lei 12.683/2012. AP 470. Teoria da cegueira deliberada.

Sumário: Introdução. 1 Alterações Materiais na Lei 9.613/98 Provocadas pela Lei 12.683/12. 2 A Dogmática Referente ao Dolo Eventual. 2.1 O Dolo Eventual e a Lei de Lavagem de Dinheiro. 3 Breves Linhas acerca da Teoria da Cegueira Deliberada e a Jurisprudência Brasileira. 4 Terceira Velocidade do Direito Penal: a Expansão do Direito Penal na Seara do Direito Econômico. 5 O Erro de Tipo e o Erro de Proibição como Proposta de Exclusão da Tipicidade e Culpabilidade. 6 Conclusão. Referências.

Introdução

A constatação de que certas espécies de ilícitos, quer em razão de sua pulverização no tecido social, quer em decorrência do respectivo *modus operandi*, não se exauriram com a simples prática da conduta vedada, gerando um proveito econômico que não só recompensava o autor do ilícito, como realimentava o sistema, tornou necessário o redimensionamento dos mecanismos tradicionais de coibição. O refinamento das organizações criminosas exigiu fosse instituída uma segunda ordem de ilícitos, cujo objetivo primordial seria impedir a utilização, mansa e pacífica, do capital auferido com a prática de condutas ilícitas.

Essa pequena, mas densa introdução apresentada por Emerson Garcia e Rogério Alves (2011, p. 296) nos faz refletir sobre a importância de um diploma que regulamente a punição de atos que têm como origem um fato ilícito e que, em suas palavras, realimentam o sistema, dando aparência de legalidade a situações oriundas da prática de condutas ilícitas.

A edição da Lei 9.613/1998 buscou coibir, segundo o item 77 da Exposição de Motivos¹, a origem ilícita dos recursos vindos da prática de condutas vedadas e, portanto, os seus usufrutos, e apagar “[...] os vestígios que permitam às autoridades públicas descobrir essa origem”.

O rápido avanço nas formas de cometimento do referido crime justificaram a edição da Lei 12.683/2012, que como

¹ Disponíveis em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1/exposicao-de-motivos-da-lei-9.613>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

ressaltado pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, no Seminário Nacional: Inovações e Desafios da Nova Lei sobre Crimes de Lavagem de Dinheiro, ocorrido em março deste ano², aperfeiçoou o combate ao crime de lavagem de dinheiro – aliás, escopo da própria modificação ao mencionar que a Lei 12.683/2012 altera a Lei 9.613/1998 para tornar mais eficiente a persecução penal nos delitos de lavagem de capitais³. Ademais, a citada inovação, nas palavras do Excelentíssimo Ministro, “[...] incorporou uma tipificação mais abrangente, fortalecendo a autonomia desse delito e a existência de um mero vínculo lógico formal com a infração penal precedente”.

Ele ressaltou ainda que a nova legislação ajustou-se ao caráter internacional dessa prática criminosa ao incluir a possibilidade de a infração penal antecedente ser também considerada, mesmo que não tenha sido cometida no Brasil⁴.

Uma das maiores e mais significativas alterações apresentadas pela Lei 12.683/2012 foi a supressão no art. 1º, § 2º, inc. I, da exigência de dolo direto. A doutrina já discute as consequências dessa modificação.

² Notícia do dia 11 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233142&tip=UN>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 17 jun. 2013.

⁴ Notícia do dia 11 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233142&tip=UN>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

Essa foi, inclusive, uma das questões debatidas no julgamento da Ação Penal 470, ou seja, se é necessário tenha o réu conhecimento da origem ilícita dos valores.

Claramente são três as situações apresentadas pelos Ministros da Suprema Corte⁵. A primeira se refere ao dolo direto, ou seja, quando o acusado conhece a origem ilícita do dinheiro e age com a intenção de ocultá-lo. Nesse caso, não há dúvidas sobre a possibilidade de condenação. A segunda situação envolve a forma culposa, chamada de lavagem culposa, quando o acusado não sabe que os valores recebidos têm origem ilícita. Com relação à forma culposa é pacífico o entendimento no sentido da atipicidade do fato. Por fim, a última situação engloba a lavagem de dinheiro com dolo eventual, motivo de acalorados debates entre os Ministros.

Especificamente sobre a possibilidade da admissão de dolo eventual na lei de lavagem, o Ministro Celso de Mello apresentou a teoria da cegueira deliberada, com a qual reiterou que seu uso deve ser feito com cautela⁶.

Claro é que devemos buscar um equilíbrio entre as posições adotadas, não sendo rigorosos a ponto de não ver cumprida a função da coibição dos crimes de lavagem de dinheiro, qual

⁵ Disponível em: <<http://www.amp.org.br/institucional/mostrar-noticias/descricao/Not%C3%ADcias/pagina/16/noticia/6861>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

⁶ Notícia do dia 17 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=221405>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

seja, punir qualquer vantagem oriunda de uma infração penal antecedente.

1 Alterações Materiais⁷ na Lei 9.613/98 Provocadas pela Lei 12.683/12

Uma das principais modificações introduzidas pela Lei 12.683/2012 foi o fim do rol exaustivo previsto no artigo 1º e seus incisos, da Lei 9.613/1998. Anteriormente, para existir tipicidade formal – entendida como a mera adequação do fato à lei penal – era necessário existir subsunção com os crimes descritos nesse rol taxativo anteriormente mencionado.

Quando da edição da Lei 9.613/1998 alguns tipos penais foram excluídos do rol de crimes antecedentes. Para o STJ, no julgamento do HC 54.850/MG, essa supressão foi proposital:

[...] por exemplo, no caso da receptação, o legislador fez questão de ressaltar, na Exposição de Motivos da Lei de ‘Lavagem’, que havia desinteresse na massificação desse delito por conectar-se com uma infinidade de outros crimes, tal como o furto de pequeno valor⁸.

⁷ Não serão mencionadas neste trabalho as alterações processuais advindas da Lei 12.683/12.

⁸ DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. FRAUDE A EXECUÇÃO. QUADRILHA OU BANDO. SONEGAÇÃO FISCAL. (1) TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PENDÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. EXISTÊNCIA DE PARCELAMENTO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. CONSTRANGIMENTO. NÃO APURAÇÃO. (2) TIPO PENAL DE LAVAGEM DE DINHEIRO. DELITO PRECEDENTE. (A) SONEGAÇÃO FISCAL. ROL TAXATIVO. CONSTRANGIMENTO. RECONHECIMENTO. (B) ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NATUREZA JURÍDICA.

Modificado pela Lei 12.683/2012, o artigo 1º da Lei 9.613/1998 passou a prever como crime de lavagem de dinheiro a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal⁹. A redação atribuída pela nova lei fala em infração penal, como gênero; já a Lei 9.613/1998, em sua redação original, falava apenas em crime.

Nesse ponto é importante destacar que estamos diante de

CONTROVÉRSIA. MELHOR EXAME: VIA ORDINÁRIA.

1. O trancamento de ação penal é medida excepcional, que depende, na estreita via do writ, de prova preconstituída do constrangimento ilegal. In casu, as alegações de que seria atípica a irrogada conduta de sonegação fiscal, em razão da pendência de recurso administrativo/existência de parcelamento do débito não colhem dada a deficiência na instrução.

2. O crime de lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de crime antecedente, o qual deverá encontrar-se listado no rol taxativo do art. 1.º da Lei 9.613/98. Não se encontra em tal catálogo o crime de sonegação fiscal - inteligência autorizada pelo teor a Exposição de Motivos da legislação de regência. Já no tocante à referência a atuação de organização criminosa, inciso VII do art. 1.º da Lei 9.613/98, é inviável na angusta via do writ, perquirir acerca de tema tão controvertido.

3. Ordem em parte concedida apenas para afastar da imputação constante da denúncia a referência ao inciso V do art. 1.º da Lei 9.613/98. (HC 54.850/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009).

⁹ O artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, Decreto-lei 3.914 de 9 de dezembro de 1941, nos dá um gênero infração penal que tem como espécie crime e contravenção penal: considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

novatio legis incriminadora (neocriminalização): criou-se um novo crime, razão pela qual somente pode ser aplicado após a sua entrada em vigor, como corolário do princípio da anterioridade da lei penal.

Outra modificação se refere à conduta equiparada prevista no § 2º, inc. I, do art. 1º, da Lei 9.613/1998. Operou-se a supressão da expressão “que sabe serem provenientes”¹⁰. Sustenta-se que esse artigo, agora modificado, admitiria também a figura do dolo eventual. Especificamente nesse tema e nessa alteração defendemos a possibilidade da adoção da teoria da cegueira deliberada.

Por último, a Lei 12.683/2012 corrigiu e substituiu de maneira técnica a antiga expressão “habitual” por “reiterada”, prevista na redação do artigo 1º, § 4º, da Lei 9.613/1998.

2 A Dogmática Referente ao Dolo Eventual

Antes de entrarmos na discussão apresentada no julgamento da Ação Penal (AP) 470 vamos delimitar o que se entende por dolo eventual nos termos da mais alta doutrina penal.

Nos dizeres de Francisco Muñoz Conde (1989, p. 63, 205):

En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual realización. El sujeto no quiere el resultado, pero ‘cuenta con él’, ‘admite su producción’, ‘acepta

¹⁰ Artigo 1º, parágrafo 2º, inciso I, da Lei 9.613/98 (não modificada): “Incorre, ainda, na mesma pena quem: utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo”.

el riesgo', etc. Con todas estas expresiones se pretende describir un complejo proceso psicológico en el que se entremezclan elementos intelectuales y volitivos, conscientes o inconscientes, de difícil reducción a un concepto unitario de dolo o culpa. El dolo eventual constituye, por lo tanto, la frontera entre el dolo y la imprudencia o culpa y dado el diverso tratamiento jurídico de una y otra categoría es necesario distinguirlas con la mayor claridad.

Em suma, no dolo eventual: “El autor se representa la producción del resultado típico como probable y acepta su producción”.

No entendimento de Hans Welzel (2003, p. 122), criador do finalismo penal:

Há que ter sempre presente, que pode existir *dolus eventualis* somente quando o autor foi realmente consciente das consequências possíveis. Se nelas não pensou em absoluto, havendo podido conhecê-las, atua somente (inconscientemente) culposamente, mas nunca com *dolus eventualis*.

Nesse ponto devemos observar que o dolo e a culpa no finalismo penal foram transferidos da culpabilidade para o fato típico, precisamente no elemento conduta. Logo, sua análise deve ser feita com base no homem médio, pois a conduta é elemento do fato típico. Na análise do fato típico e na ilicitude levamos em consideração a figura do homem médio.

Já afirmava Claus Roxin (2001, p. 424) em sua obra *Direito Penal* que a questão de como se determinar e delimitar o dolo eventual frente à imprudência (culpa consciente) não é só importante para a prática, mas constitui também uma das questões

mais difíceis e discutidas em Direito Penal. Ele se refere ao caso da cinta de couro¹¹ que aqueceu a discussão no pós-guerra.

Puppe mencionando quando do estudo do dolo eventual o caso da cinta de couro esclarece que:

Mais de um século depois, o BGH, no famoso caso da cinta de couro, no qual os autores não só não almejaram, nem aprovaram, nem desejaram o resultado, nem eram indiferentes a seu respeito, mas tinham manifestado uma vontade de evitá-lo, afirma o dolo com as palavras de Mittermeier: *'Pode existir dolo eventual mesmo quando a ocorrência do resultado é algo indesejável pelo autor*. Em sentido jurídico ele aprova o resultado quando age para atingir sua finalidade última, sabendo que *não poderá alcançar seu objetivo de outra maneira*, aceitando que sua ação provoque o resultado em si indesejado, de maneira que o autor *o quer, na eventualidade de que ele ocorra*'. (PUPPE, 2004, p. 30, grifo nosso).

Ademais, especificamente com relação aos crimes tipificados pela legislação referente a lavagem de capitais, Pierpaolo Cruz Bottini (2013) entende não ser qualquer suspeita suficiente para

¹¹ K y J querían robar a M. Decidieron estrangularlo con una correa de cuero hasta que perdiera el conocimiento y sustraerle entonces sus pertenencias. Como se percataron de que el estrangulamiento podría conducir en determinadas circunstancias a la muerte de M, que preferían evitar, resolvieron golpearle con un saco de arena en la cabeza y hacerle perder la consciencia de ese modo. Durante la ejecución del hecho reventó el saco de arena y se produjo una pelea con M. Entonces K y J recurrieron a la correa de cuero que habían llevado por si acaso. Hicieron un lazo en torno al cuello de M e tiraron de ambos extremos hasta que aquél dejó de moverse. Acto seguido se apoderaron de las pertenencias de M. A continuación les surgieron dudas si M estaría aún vivo y realizaron intentos de reanimación, que resultaron inútiles. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 2001, p. 424. *Tomo I*.

caracterizar o dolo eventual, ou seja, a mera imprudência não seria suficiente para caracterizar mencionado elemento subjetivo. É preciso que o agente atue com “consciência concreta do contexto”. Referido autor utiliza-se dos claros ensinamentos de Roxin para sustentar tal afirmação:

Como ensina Roxin, não basta uma *consciência potencial, marginal*, ou *um sentimento*. É preciso mais: é necessária uma percepção clara das circunstâncias, uma compreensão consciente dos elementos objetivos que justifiquem a dúvida sobre a licitude dos bens. Deve-se averiguar se o agente percebeu o *perigo* de agir, e se assumiu o risco de contribuir para um ato de lavagem. A mera imprudência ou desídia não é suficiente para o *dolo eventual*. (ROXIN apud BOTTINI, 2013, grifo do autor).

Por fim, não devemos confundir o dolo eventual com a culpa consciente. A lei em abstrato não faz diferença nenhuma, entretanto, pode o juiz no caso concreto aplicar penas distintas. O dolo eventual e a culpa consciente possuem em comum a previsão. De um lado na culpa consciente o agente prevê o resultado, mas não o aceita. Já no dolo eventual o agente, além de prever o resultado, aceita-o.

Delimitando especificamente a linha tênue entre dolo eventual e culpa consciente nos delitos referentes à lei de lavagem de capitais, Renato Brasileiro nos indica que:

De se ver, nesse contexto, o grau de dificuldade quanto à comprovação do elemento subjetivo da lavagem de capitais, sobretudo devido à existência de uma linha muito tênue a distinguir o dolo eventual da culpa consciente. É bem verdade que, no âmbito material, [...], a distinção se dá pela aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado. No

entanto, questiona-se: como conciliar a comprovação desse dolo eventual, sem violação ao princípio da presunção de inocência e sem que se incorra em verdadeira responsabilidade penal objetiva? (LIMA, 2010, p. 657).

2.1 O Dolo Eventual e a Lei de Lavagem de Dinheiro

O julgamento pelo STF da AP 470 trouxe a discussão sobre a possibilidade do dolo eventual no cometimento de crimes de lavagem de capitais.

Como já afirmado, claramente são três as situações apresentadas pelos Ministros da Suprema Corte¹². E, com o fim do julgamento envolvendo a AP 470, o Excelso Pretório deixou em aberto a possibilidade de condenação na hipótese de dolo eventual.¹³

Com relação à admissão ou não do dolo eventual nos crimes previstos na Lei 9.613/1998, José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 613) se posiciona pelo cabimento do dolo eventual “[...] como consignado na exposição de motivos, o que, de resto, pode ser inferido pela substituição da expressão sabendo serem oriundos, constante do projeto originário, por provenientes constante do caput do art. 1º”. Como não houve modificação na edição da Lei 12.683/2012 ao termo “provenientes”, previsto no *caput* do art.

¹² Disponível em: < <http://www.amp.org.br/institucional/mostrar-noticias/descricao/Not%C3%ADcias/pagina/16/noticia/6861>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

¹³ Disponível em: < <http://www.amp.org.br/institucional/mostrar-noticias/descricao/Not%C3%ADcias/pagina/14/noticia/6923>>. Acesso em 19 jun. 2013.

1º, concordamos com esse entendimento.

O problema surge na análise do § 2º, inc. I, do art. 1º, da Lei 9.613/1998, modificado pela Lei 12.683/2012. Da leitura da redação antiga tínhamos um forte indicativo de que especificamente a essa hipótese exigir-se-ia o dolo direto, e, portanto, não caberia o dolo eventual, pela própria redação que dizia: “Incorre ainda na mesma pena quem: utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que *sabe serem provenientes* de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo”.

Com a exclusão na nova redação do termo “sabe serem provenientes” devemos questionar: o legislador optou pela previsão também do dolo eventual? Se a resposta for positiva, cuida-se de presunção de dolo eventual?

Há divergência doutrinária acerca do tema. Rodrigo Sánchez Rios (2012, p. 4) sustenta a admissão do dolo eventual:

Adstritos ao campo da dogmática jurídico-penal, a reforma do art. 1.º, § 2.º, I, admite, ao lado do dolo direto, a modalidade do dolo eventual como elemento subjetivo do tipo. Desse modo, incidirá na figura típica quem utilizar na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe ou deveria saber serem provenientes de infração penal. Não obstante esta inovação possa ser auspiciada por alguns estudiosos da matéria, quer nos parecer que as dificuldades de distinção entre condutas especialmente aptas e condutas neutras continuarão existindo, sobretudo quando, numa perspectiva social, seja necessário esclarecer se um sujeito realizou o juízo de atribuição em que se fundamenta o dolo do resultado, ou se, diversamente, se possa conferir verossimilhança a sua alegação de não haver realizado dito juízo. Parece óbvio que a doutrina e a jurisprudência têm um árduo caminho a percorrer.

A corrente doutrinária que admite a utilização do dolo eventual para caracterização do delito de lavagem de capitais, acolhendo para tanto a mera suspeita da origem ilícita dos bens, também o faz com fundamento na Convenção de Varsóvia (2005) a qual:

[...] indica que os Estados membros da Comunidade Europeia podem tomar medidas para entender como crime os casos de lavagem em que o agente *suspeitava da origem ilícita dos bens* ou deveria conhecer a origem ilícita dos bens, indicando a possibilidade da prática do crime a título de dolo eventual ou mesmo de imprudência (artigo 9, 3) (BOTTINI, 2013).

Por outro lado, Celso Sanchez Vilardi (2012, p. 18) defende que a modificação da Lei 9.613/1998 não alterou o sentido da redação anterior:

Ao alterar o tipo previsto no inciso I do § 2.º do art. 1.º da Lei 9.613/1998, a nova lei excluiu a expressão “que sabe serem provenientes”, passando a tipificar a utilização de bem, direito ou valor proveniente de infração, independentemente da ciência da origem criminosa. A modificação, no entanto, não alterou o sentido da redação anterior. Sendo a lavagem de dinheiro um processo a que o agente adere dolosamente, só se pode cogitar de utilização de bem, direito ou valor, se ele souber da origem criminosa, da aparência de licitude e, ainda assim, decidir utilizá-lo. A menção expressa à ciência da infração anterior, consagrada no antigo tipo penal, era supérflua, tendo em vista que o conhecimento da infração anterior integra o dolo típico do delito de lavagem de dinheiro.

Em outras palavras, a linha doutrinária que sustenta ser o conhecimento da origem ilícita dos bens o elemento subjetivo do

tipo, entendido como o dolo direto na atuação do agente, exige a ciência completa da origem delitiva dos bens. Nesse sentido,

[...] a Convenção de Viena (artigo 3, 1, b), de Palermo (artigo 6, 1) e a Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (26/10/2005) (artigo 1, 2, a e b) indicam que apenas quem *tem conhecimento* da proveniência dos bens pratica *lavagem de dinheiro* (BOTTINI, 2013, grifo do autor).

José Paulo Baltazar Júnior (2010, p. 613) recorda que há nos Estados Unidos construção doutrinária sobre a cegueira deliberada (*wilfull blindness*). Essa teoria se aplicaria para os casos “[...] em que o acusado pretende não ver os fatos que ocorreram. Exige-se prova de que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que os valores eram objeto de crime e que isso lhe seja indiferente”.

Ressalte-se, entretanto, que no julgamento da AP 470 prevaleceu a admissão do dolo eventual em todas as formas de lavagem de dinheiro (BOTTINI, 2013). Daí a importância de delimitarmos a aplicação do referido elemento subjetivo para caracterização do delito de lavagem de capitais.

Como bem colocado por Renato Brasileiro (2010, p. 657):

Restará configurado, portanto, o dolo eventual, quando estiver comprovado que o agente tenha deliberado pela escolha de permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando tinha essa possibilidade, ou seja, conquanto tivesse condições de aprofundar seu conhecimento quanto à origem dos bens, direitos ou valores, preferiu permanecer alheio a esse conhecimento.

Analizamos no próximo ponto a teoria da cegueira deliberada e a possibilidade de sua aplicação no direito pátrio.

3 Breves Linhas acerca da Teoria da Cegueira Deliberada e a Jurisprudência Brasileira

A teoria da cegueira deliberada tem origem na Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso conhecido como *In re Aimster Copyright Litigation*¹⁴. Na ocasião, entendeu-se por *willful blindness* como “[...] a situação em que o agente, sabendo ou suspeitando fortemente que ele está envolvido em negócios escusos ou ilícitos, toma medidas para se certificar que ele não vai adquirir o pleno conhecimento ou a exata natureza das transações realizadas para um intuito criminoso” (CABETTE, 2013).

¹⁴ We also reject Aimster’s argument that because the Court said in Sony that mere “constructive knowledge” of infringing uses is not enough for contributory infringement, 464 U.S. at 439, 104 S.Ct. 774, and the encryption feature of Aimster’s service prevented Deep from knowing what songs were being copied by the users of his system, he lacked the knowledge of infringing uses that liability for contributory infringement requires. *Willful blindness is knowledge*, in copyright law (where indeed it may be enough that the defendant should have known of the direct infringement, *Casella v. Morris*, 820 F.2d 362, 365 (11th Cir.1987); 2 Goldstein, *supra*, § 6.1, p. 6:6), as it is in the law generally. See, e.g., *Louis Vuitton S.A. v. Lee*, 875 F.2d 584, 590 (7th Cir.1989) (contributory trademark infringement). *One who, knowing or strongly suspecting that he is involved in shady dealings, takes steps to make sure that he does not acquire full or exact knowledge of the nature and extent of those dealings is held to have a criminal intent (...)*. Disponível em <<http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/inreaimster%289c6-30-03%29.htm>>. Acesso em 18 jun. 2013.

Em linhas gerais, no entendimento sucinto do Ministro Celso de Mello, proferido na ocasião do julgamento da AP 470¹⁵, temos na teoria da cegueira deliberada a situação “[...] em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida”.

¹⁵ O Min. Celso de Mello, por sua vez, acentuou que o processo penal só poderia ser concebido como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. Enfatizou, assim, que a exigência de comprovação dos elementos que dariam suporte à acusação penal recairia por inteiro sobre o órgão ministerial. Apontou que os membros do poder, quando atuassem em transgressão às exigências éticas que deveriam pautar e condicionar a atividade política, ofenderiam o princípio da moralidade, que traduziria valor constitucional de observância necessária na esfera institucional de qualquer dos Poderes da República. A seu turno, não acolheu a pretensão punitiva do Estado, no que se refere ao inciso VII do art. 1º da Lei 9.613/98. Repeleu a aplicação da Convenção de Palermo quanto ao estabelecimento de diretrizes conceituais sobre criminalidade organizada. Reputou prevalecer sempre, em matéria penal, o postulado da reserva constitucional absoluta de lei em sentido formal. Pronunciou não ser possível invocar-se, para efeito de incriminação, norma consubstanciada em pactos ou em convenções internacionais, ainda que formalmente incorporados ao plano do direito positivo interno. No tocante ao crime de lavagem de dinheiro, observou possível sua configuração mediante dolo eventual, notadamente no que pertine ao caput do art. 1º da referida norma, e cujo reconhecimento apoiar-se-ia no denominado critério da teoria da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida. Mencionou jurisprudência no sentido de que o crime de lavagem de dinheiro consumir-se-ia com a prática de quaisquer das condutas típicas descritas ao longo do art. 1º, caput, da lei de regência, sendo, pois, desnecessário que o agente procedesse à conversão dos ativos ilícitos em lícitos. Bastaria mera ocultação, simulação do dinheiro oriundo do crime anterior sem a necessidade de se recorrer aos requintes de sofisticada engenharia financeira. AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 27, 29 e 30.8.2012. (AP-470). Informativo 677, STF.

Após as mudanças trazidas pela Lei 12.683/2012, inexistiu manifestação das Cortes superiores acerca da possibilidade de aplicação dessa teoria.

Entretanto, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região analisou a teoria da cegueira deliberada no famoso caso envolvendo o furto de aproximadamente R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais) dos cofres do Banco Central do Brasil em Fortaleza.

Houve em primeira instância a condenação dos donos de uma concessionária pela transição de onze automóveis adquiridos e pagos em espécie. O juiz entendeu na ocasião que:

- a) no que diz respeito ao dolo eventual, ou seja, quando o agente, apesar de não desejar o resultado do crime, assume o risco de sua produção, caracterizável quando o agente é indiferente quanto à procedência criminosa do objeto da lavagem, assumindo o risco de ocultar ou dissimular a sua origem ou natureza [...].
- b) questão que se coloca é se há aqui uma lacuna legislativa colmatável no mesmo sentido dos incisos I e II do § 2.º, restringindo o crime de lavagem ao dolo direto, ou se trata-se de deliberada omissão do legislador, ou seja, de silêncio eloquente a fim de permitir a incidência da lei no caso de dolo eventual. Admitindo o dolo eventual, o crime de lavagem do art. 1.º restaria configurado ainda que o agente não tivesse o conhecimento pleno da origem ou natureza criminosa dos bens, direitos ou valores envolvidos, bastando que tivesse conhecimento da probabilidade desse fato, agindo de forma indiferente quanto à ocorrência do resultado delitivo [...].
- c) A lei norte-americana não é explícita quanto à admissão ou não do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro. Não obstante, por construção jurisprudencial, tal figura vem sendo admitida nos tribunais norte-americanos através da assim denominada *willful blindness* ou *conscious avoidance doctrine*,

literalmente a doutrina da “cegueira deliberada” e de “evitar a consciência”. As instruções dirigidas ao júri em casos da espécie são ilustrativamente denominadas de ostrich instructions, literamente “as instruções da avestruz” [...]

d) A willful blindness doctrine tem sido aceita pelas Cortes norte-americanas, quando há prova de: a) que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime; e b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento [...]

e) Tais construções, em uma ou outra forma, assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Por isso e considerando a previsão genérica do art. 18, I, do CP, e a falta de disposição legal específica na lei de lavagem contra a admissão do dolo eventual, podem elas ser trazidas para a nossa prática jurídica.

Contudo, em sede recursal o TRF da 5ª Região¹⁶ entendeu

¹⁶ Penal e processual penal. Furto qualificado à caixa-forte do banco central em Fortaleza. Imputação de crimes conexos de formação de quadrilha, falsa identidade, uso de documento falso, lavagem de dinheiro e de posse de arma de uso proibido ou restrito. Sentença condenatória. Preliminares: juntada de novas razões recursais. Impossibilidade. Preclusão consumativa. Cerceamento de defesa. Omissão da sentença quanto à apreciação de todas as teses da defesa. Livre convencimento. Alegação de nulidade por falta de correlação entre a acusação (de lavagem de dinheiro) e a sentença condenatória. Hipótese de emendatio libelli. Inexistência. Mérito: autoria e materialidade. Parcial procedência da denúncia. Crime contra a administração na prática de furto contra a autarquia. Não configuração. Sendo o crime praticado por organização criminosa, devidamente configurada, reconhece-se o delito antecedente do crime de branqueamento de valores. Teoria da cegueira deliberada (willful blindness). Inexistência da prova de dolo eventual por parte de empresários que efetuam a venda de veículos antes da descoberta do furto. Absolvição em relação ao crime de lavagem de dinheiro. Não constitui crime o mero porte de documento de terceiro, mormente quando parente próximo. Absolvição pelo crime de falsa identidade. A ampliar a margem de erro, resolve-se da imputação de formação de quadrilha o acusado de quem não se demonstrou a relação estável com os integrantes do bando. Fixação das penas: circunstâncias do artigo 59

não se aplicar a teoria da cegueira deliberada, pois segundo o voto do Desembargador Rogério Fialho Moreira:

[...] não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por eles recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.º 9.613/98. O inciso II do parágrafo 2.º do art. 1.º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do parágrafo 2.º.

Devemos apenas atentar para o fato de que esse acórdão se refere a fato ocorrido antes da edição da Lei 12.683/2012. Como exposto anteriormente, a Lei 9.613/1998 exigia expressamente no § 2º, inc. I, do art. 1º a atuação com dolo direto, utilizando para tanto a expressão “sabe serem provenientes”. Não por outra razão o desembargador no caso envolvendo o Banco Central do Brasil com sede em Fortaleza absolveu os acusados em relação ao crime de lavagem de dinheiro. Entretanto, após a edição da referida lei sustentamos que poderia haver condenação, por dolo direto ou eventual, com aplicação do inciso I, do § 2º, do artigo 1º.

Por fim, é importante destacarmos o voto da Ministra Rosa Weber no julgamento da AP 470, no qual enfatiza a adoção de critérios para aplicação da referida teoria:

do Código Penal. Exacerbação excessiva da pena-base. Redução. Atenuante da confissão espontânea. Não incidência. Afastamento da circunstância especial de aumento em relação ao delito de lavagem. Inexistência de prova quanto à habitualidade das condutas. Reforma parcial da sentença. (...) Processo: 200581000145860, ACR5520/CE, relator: desembargador federal Rogério Fialho Moreira, Segunda Turma, JULGAMENTO: 9/9/2008, PUBLICAÇÃO: DJ 22/10/2008 - página 207).

i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que bens, direitos ou valores provenham de crimes; ii) o atuar de forma indiferente a esse conhecimento; iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa (folha 1.273 do acórdão) (BOTTINI, 2013).

4 Terceira Velocidade do Direito Penal: a Expansão do Direito Penal na Seara do Direito Econômico

No contexto do Direito Processual Penal, diante da ocorrência de um provável ilícito penal, para que o Estado possa satisfazer a sua pretensão punitiva ele precisa antes obter do Poder Judiciário o reconhecimento do seu direito de punir (*ius puniendi*); e vai fazer isso por meio de uma ação penal. Trata-se de uma forma de limitar a atividade do Estado, pois esse deve ir ao Judiciário e obter uma sentença condenatória. Ou seja, a essa pretensão punitiva do Estado se contrapõe o direito do réu de não ser punido (*status libertatis*). Não por outra razão menciona-se que se trata a prisão de medida excepcional.

Nesse contexto, surge uma teoria encampada pelo catedrático Jésus Maria Silva Sánchez denominada velocidades do Direito Penal, que observa a relação entre o direito de punir do Estado e as garantias asseguradas ao agente. De forma ampla, sem esgotar o assunto, vamos apontar as três velocidades do Direito Penal.

A primeira velocidade diz respeito à pena privativa de liberdade sem mitigação de garantias. Surge no contexto do Direito Penal no Estado Liberal, em que a pena privativa de

liberdade foi erigida como pena principal, como uma forma de humanizar o Direito Penal, vez que as penas do regime anterior eram atrozes. Essa pena privativa que foi defendida como pena principal na obra de Beccaria, com o princípio da legalidade, ocorreu dentro de um processo e procedimento de garantia, sem relativização de garantias, ou seja, com o devido processo, com ampla defesa. Temos na primeira velocidade então uma ampla possibilidade de defesa.

A segunda velocidade do Direito Penal, por sua vez, é representada pelas penas restritivas de direito com mitigação de garantias. Podemos falar em flexibilização dos direitos e garantias fundamentais, mas não há se falar em pena privativa de liberdade.

Com relação à terceira velocidade do Direito Penal temos a possibilidade de decretação da pena privativa com mitigação das garantias fundamentais.

Delimitando especificamente a terceira velocidade do Direito Penal, André Vinícius de Almeida aponta as três crises do Direito Penal mencionadas por Silva Sánchez (2005, p. 11-12), contextualizando-a. Esclarece o autor que

Como figura representativa da terceira crise noticiada por Silva Sánchez, surge o Direito Penal Econômico, que busca combater parte da moderna criminalidade por meio de técnicas legislativas e recursos processuais que limitam o rol das garantias constitucionais inerentes ao denominado Direito Penal fundamental ou nuclear.

É cediço que os crimes relativos à lavagem de capitais exigem um modo de operação muito mais complexo e sofisticado,

fato esse que muitas vezes dificulta a produção de provas por parte da acusação. Como consequência temos uma produção limitada de provas, o que muitas vezes leva ao uso de meios invasivos da privacidade, como as interceptações telefônicas e as buscas e apreensões, inclusive, menciona-se o uso da presunção pelas chamadas “regras de experiência” (ALMEIDA, 2010).

O professor Renato Brasileiro (2010, p. 658) mencionando a lição de Gustavo Badaró (2003, p. 308) expõe que: “[...] a presunção de dolo nada mais é do que uma regra de julgamento no sentido de que, havendo dúvida sobre se o acusado agiu ou não dolosamente, deverá ser condenado, pois incumbia a ele provar que não agiu dolosamente”.

Por fim, preciosa é a lição do referido autor ao demonstrar que

[...] resulta de importância inquestionável a denominada prova indiciária, também chamada de prova indireta, classe de prova especialmente idônea e útil para demonstrar o conhecimento da origem ilícita dos valores, diante da dificuldade de se encontrar prova direta, o que se atribui à capacidade de camuflagem e hermetismo com que atuam as organizações especializadas em reciclagem de capitais. Na prática processual penal será comum que não existam provas diretas dessas circunstâncias, cuja ausência deverá ser inferida de dados externos e objetivos, tais como o incremento patrimonial injustificado, operações financeiras anômalas, inexistência de atividades econômicas ou comerciais legais como lastro para o incremento patrimonial [...] (LIMA, 2010, p. 660-661).

5 O Erro de Tipo e o Erro de Proibição como Proposta de Exclusão da Tipicidade e Culpabilidade

Apesar da inexistência de julgados, após a edição da Lei 12.683/2012, acerca da possibilidade de adoção da teoria da cegueira deliberada pelo ordenamento jurídico brasileiro, e embora exista divergência doutrinária sobre a previsão do dolo eventual como elemento subjetivo do tipo, certo é que devemos na prática delinear e delimitar a conduta dos agentes a fim de não vermos frustrada a persecução penal pela ocorrência de erro de tipo, ou proibição, conforme será demonstrado a seguir.

Necessário, porém, ressaltar a importância do princípio da legalidade para o tema ora em estudo. Indica o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Dessa forma podemos afirmar que referido princípio busca delimitar a atuação do Estado, evitando-se assim uma punição arbitrária, e assegurando na lei estrita, escrita, prévia e certa um dos corolários do Estado Democrático de Direito, qual seja, a segurança jurídica (ALMEIDA, 2005, p. 22-24). O cidadão possui a segurança de que o Estado só buscará uma pretensão punitiva se sua conduta estiver estritamente delineada em um tipo penal incriminador.

Temos uma relação entre a busca da eficácia do Direito Penal Econômico e a necessária observância da legalidade, e dos princípios que dela decorrem, especialmente os da taxatividade e intervenção mínima. André Vinícius nos apresenta uma dupla relação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, afirmando que:

[...] a par de colher nos textos constitucionais importantes e imprescindíveis indicativos acerca dos bens jurídicos que deve proteger por meio da sanção penal, é também na Carta Magna que aquela encontra os contornos de sua atuação: o direito de punir do Estado não é, como se pensava outrora, ilimitado (ALMEIDA, 2005, p. 12, 20).

Contextualizando o princípio da legalidade no âmbito do Direito Penal Econômico, referido autor (ALMEIDA, 2005, p. 24) ainda aponta uma crítica referente às características da legalidade (ser a lei escrita, estrita, prévia e certa), pois temos a dicotomia combate a criminalidade moderna *versus* cerceamento do princípio da legalidade.

O mesmo autor ainda indica que os tipos penais incriminadores previstos na legislação referente ao Direito Penal Econômico caracterizam-se pelo “[...] incremento no uso de elementos normativos, de elementos de valoração global do fato e de normas penais em branco”. Entretanto, ele critica esse fato indicando que:

É de se ver, contudo, que a reiterada utilização desses recursos se mostra perigosa à liberdade individual, na medida em que implica o desmerecimento ou a elasticidade do princípio da legalidade, *bem ainda por ampliar a margem de erro, ora na formação da vontade do agente, ora no aperfeiçoamento da consciência da ilicitude de sua conduta* (ALMEIDA, 2005, p. 12, grifo nosso).

Outra questão apresentada na obra “O Erro de Tipo no Direito Penal Econômico” (ALMEIDA, 2005, p. 46-47) diz respeito ao princípio da culpabilidade cujo entendimento abrange

“[...] a reprovação do agente em função de sua conduta, e não simplesmente da produção de um resultado”. Entretanto, André Vinícius esclarece que: “[...], busca-se, na esfera do Direito Penal Econômico, com frequência cada vez maior, relativizar o princípio da culpabilidade para que se equilibre a necessidade de propiciar a eficácia da tutela penal com as dificuldades probatórias no tocante à autoria”.

Ademais, um fato que merece destaque se refere à aplicação do mesmo patamar relativo às penas, de condutas relativas ao dolo, no caso de o agente ter consciência e vontade de alcançar o resultado almejado, e caso o agente não atue com a necessária consciência da ilicitude. Fato apontado por parte da doutrina como de aplicação desproporcional. Senão, vejamos:

Será dolosa a ação típica na qual o agente conheça o contexto no qual atua e queira o resultado, bem como aquela na qual o sujeito não queira o resultado e nem mesmo conheça a criação do risco porque criou mecanismos que lhe impediram a ciência deste. Ainda que ambos sejam reprováveis, caracterizar os dois da mesma forma sobrecarrega o instituto do dolo e afeta a proporcionalidade na aplicação da norma penal (BOTTINI, 2013).

Ainda com relação à culpabilidade, devemos destacar que a sua capacidade implica a observância de três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. O erro de proibição surge como excludente de culpabilidade no tocante a potencial consciência da ilicitude.

Afirmamos que o tratamento do erro no sistema jurídico penal é compreendido no estudo do dolo, conforme ensinamento

de André Vinícius (2005, p. 61). Pois como bem salienta Luiz Flávio Gomes (2001, p. 68) “Dentro dessa concepção, não há espaço para a distinção entre erro de fato e erro de direito [...]. Com efeito, se o erro do agente recai sobre a proibição da conduta também afeta o dolo, porque dele faz parte a consciência da ilicitude”. Entretanto, devemos atentar para o fato de que referido entendimento só tem aplicação na Teoria Causal ou, ainda, na Teoria Social da Ação, as quais, de maneira diferente, trabalham o dolo na culpabilidade. O Código Penal Brasileiro adotou a Teoria Finalista da Ação, razão pela qual não podemos defender uma dupla valoração do dolo, conforme será demonstrado a seguir.

Ainda sobre a potencial consciência da ilicitude, importante destacarmos a figura da co-consciência apresentada por André Vinícius:

Surge, aqui, a figura da co-consciência, cujo conteúdo é a interiorização pelo agente da antijuridicidade de certas situações, o que se faz suficiente para caracterizar a sua adequada orientação quando da realização da conduta, mesmo que, nesse momento, não reflita sobre o caráter ilícito daquilo que faz: basta, pois, a possibilidade de conhecimento, o que se denominou, no marco teórico do finalismo, de consciência potencial da ilicitude (ALMEIDA, 2005, p. 102).

Na esteira do raciocínio acima exposto, outro elemento que merece destaque no referido estudo diz respeito ao dolo. O dolo está ligado intimamente ao erro, e na lição de Luiz Flávio Gomes, além do dolo e da culpa serem importantes para a configuração do fato típico, pois fazem parte de sua composição, também o

são para o reconhecimento da censura de culpabilidade. Não por outra razão, esclarece que o dolo:

[...] como forma de conduta e como forma de culpabilidade, tem que preencher uma dupla função no sistema do delito [...]. Em outras palavras: “a) no tipo de injusto ele é, como forma de conduta, o portador do sentido jurídico-social da ação, que compreende as relações psíquicas do autor para com o acontecimento fático exterior (= dolo do tipo em sentido estrito, como realização consciente e volitiva das circunstâncias objetivas); b) no setor da culpabilidade, o dolo é, como forma de culpa, o portador do desvalor do ânimo, que expressa o deficiente ânimo jurídico especificamente ligado à realização dolosa do tipo (= posição dolosa e defeituosa para com a ordem jurídica) (GOMES, 2001, p. 171).

O professor Luiz Flávio Gomes (2001) na obra “Erro de tipo e erro de proibição” elenca renomados autores que partilham da posição da dupla valoração do dolo, mas destaca entendimento diverso de Muñoz Conde. Ressalta, entretanto, não se tratar de dar ao dolo dupla posição na teoria do crime, mas como bem afirma Roxin:

O dolo é essencial para o tipo, porque sem ele não se pode precisar na forma que exige o estado de Direito a descrição legal do delito; porém, é igualmente relevante para a culpabilidade, porque deve delimitar a forma mais grave da culpabilidade da mais leve (a imprudência) e por isso deve configurar-se seu conteúdo de acordo com os princípios valorativos destas categorias (ROXIN, 2001, p. 173).

Daí conclui mencionando que “Dolo, portanto, não significa só consciência e vontade de realizar os requisitos objetivos do tipo; ele também revela uma atitude de menosprezo ou indiferença

diante da violação ao bem jurídico” (GOMES, 2001, p. 174). Essa atitude de menosprezo seria traduzida pelo dolo direto e a indiferença pelo dolo eventual.

Importante mencionar que analisando a culpabilidade, como elemento da teoria do crime, levamos em consideração o perfil subjetivo do agente, percepção clara inclusive da leitura do artigo 21, parágrafo único, do Código Penal. Com isso não queremos afirmar que teríamos no caso um direito penal do autor, e não do fato. Conforme exposto por Luiz Flávio Gomes, mencionando os ensinamentos de Jescheck “[...] o juízo de culpabilidade recai sobre o fato do agente, não sobre o caráter ou modo de pensar do agente do fato”. É a lição esposada na obra “Erro de tipo e erro de proibição”:

O juízo de censura jurídico-penal, assim como juízo do fato, não recai sobre um abstrato “modo de pensar defeituoso ou adverso à ordem jurídica”, mas sim, sobre a concreta posição de antagonismo do agente para com a ordem jurídica manifestada ou exteriorizada na sua conduta injusta. O agente é reprovado não pelo que abstratamente “pensa” contra a ordem jurídica, mas pela sua concreta posição defeituosa ou antagônica para com a ordem jurídica, revelada na sua conduta típica e ilícita. O que se reprova sempre, como conclui Jescheck, “o fato e não só a atitude interna. Mas o fato recebe, graças a atitude interna de que surge, seu próprio conteúdo de valor ou desvalor. A atitude interna constitui, assim, a razão pela qual o fato se reprova com maior ou menor intensidade ao autor” (JESCHECK, 1981, v. 2, p. 580 apud GOMES, 2001, p. 181).

Entretanto, só poderíamos defender a dupla valoração do dolo na Teoria Social da Ação, pois, como sabemos, o dolo é compreendido como consciência e vontade; e que,

además, constitui-se em elemento do fato típico, transferido da culpabilidade para o elemento conduta por ocasião do finalismo penal de Welzel. Com relação ao sistema finalista esclarece André Vinícius que:

A distinção básica traçada por Hans Welzel, a quem se atribui a feição final do finalismo, reside no conceito de ação, desde logo separado da noção de resultado, que passa a pertencer ao tipo legal. Sobretudo, o sistema finalista de delito se caracterizou, desde os primeiros traços welzelianos, por incluir a vontade, em sua inteireza, já na ação. [...] Com a remessa do dolo e da culpa à ação, o conceito de culpabilidade fica totalmente desprovido de seus aspectos psicológicos, transformando-se em juízo puro de censura pessoal do autor em razão de sua conduta (ALMEIDA, 2005, p. 63).

E, aliás, como bem colocado por Luiz Regis Prado mencionando a lição de Welzel (2001, p. 225 apud PRADO, 2008, p. 379): “[...] o dolo e o conhecimento do injusto exigem psicologicamente espécies diferentes de consciência: aquele exige necessariamente a representação ou percepção atual ao tempo do fato, esta se conforma com um ‘saber’ inatual”.

Precisa é a lição de Cezar Roberto Bitencourt ao mencionar que

A consciência elementar do dolo deve ser atual, efetiva, ao contrário da consciência da ilicitude, que pode ser potencial. Mas a consciência do dolo abrange dela a consciência da ilicitude, que hoje, como elemento normativo, está deslocada para o interior da culpabilidade. É desnecessário o conhecimento da configuração típica, sendo suficiente o conhecimento de circunstâncias de fato necessárias à composição da figura típica. Sintetizando, em termos bem esquemáticos, dolo é a vontade de realizar o tipo

objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto (BITENCOURT; MONTEIRO, 2013, p. 187).

Segundo exposto na obra “O Erro de Tipo no Direito Penal Econômico” o erro sobre os elementos constitutivos do tipo está ligado à tipicidade, e o erro de proibição, por sua vez, refere-se à culpabilidade. André Vinícius (2005, p. 68) ainda menciona sobre a possibilidade de condenação do agente por culpa, se previsto o tipo penal em lei, concluindo que esse fato só é possível em estando o dolo localizado no tipo e não na culpabilidade. Daí também a afirmação de que o artigo 20 é a maior prova de que o Código Penal é finalista.

Entretanto, ainda com relação ao erro de tipo estar ligado à tipicidade, cabe uma observação do professor Luiz Flávio Gomes (2001, p. 117) o qual entende que “Considerando-se o dolo também como parte integrante do tipo conclui-se que o erro de tipo não chega a afetar a culpabilidade ou a ilicitude; antes, inexistente o próprio tipo”.

Afirmamos anteriormente que o tratamento do erro no sistema jurídico penal é compreendido no estudo do dolo, podemos adentrar então no estudo do erro de tipo e erro de proibição, previstos respectivamente nos artigos 20 e 21 do Código Penal.

Em linhas gerais, erro de tipo é a falsa percepção de um ou mais elementos do tipo penal. O erro de tipo relaciona-se com fatos, o sujeito desconhece a realidade fática que o cerca (não sabe o que faz). Já o erro de proibição relaciona-se com a licitude do fato, o sujeito conhece a realidade fática tendo plena consciência do fato praticado, mas não sabe que é contrário ao direito. No erro

de proibição o agente conhece perfeitamente a realidade fática que o cerca – o agente sabe o que faz, só não sabe que aquilo é contrário ao direito.

Em relação ao tratamento conferido às espécies de erro previstas no Código Penal, ambas admitem a vencibilidade e a invencibilidade.

O erro de tipo sempre exclui o dolo seja ele escusável, seja ele inescusável, mas o erro de tipo quando escusável também exclui a culpa. Por outro lado, o erro inescusável permite a punição por crime culposos se previsto em lei.

O erro de proibição não exclui o dolo, mas afasta, por completo, a culpabilidade do agente quando escusável e reduz a pena de um sexto a um terço quando inescusável, atenuando a culpabilidade, ou seja, o erro de proibição se inescusável, evitável funciona como causa de diminuição da pena. Luiz Flávio Gomes (2001, p. 145, grifo nosso) indica hipóteses em que observaríamos o erro de proibição inescusável: “a) quando o agente podia conhecer a ilicitude de sua conduta ‘mediante o esforço de sua inteligência’; b) *quando propositadamente não quis se informar*; e c) quando não se informou sobre sua atitude regulamentada”.

Diante de todo o exposto quer-se concluir que:

- a) O estudo da dupla valoração do dolo poderia auxiliar o magistrado na sua convicção sobre a possível ocorrência ou não de um delito frente à lei de lavagem de capitais, entretanto, essa análise somente seria viável na Teoria Social da Ação, o que não se faz possível, vez que o

Código Penal Brasileiro adota a Teoria Finalista da Ação, transferindo o dolo da culpabilidade para o fato típico.

- b) O estudo aprofundado de importantes temáticas como o dolo, a culpabilidade e o princípio da legalidade são de especial relevância para a caracterização do erro na problemática jurídico-penal referente aos crimes de lavagem de dinheiro, pois, como afirmado anteriormente por André Vinícius (ALMEIDA, 2005, p. 12), principalmente a legalidade pode ampliar a margem de erro, tanto na formação da vontade do agente quanto no aperfeiçoamento da consciência da ilicitude de sua conduta.
- c) O agente em tese cometerá erro de tipo desde que este incida sobre as elementares ou circunstâncias do fato típico. Ensino conciso e preciso de Francisco de Assis Toledo (1994, p. 280) nos demonstra que: “Como o dolo do agente deve abranger corretamente os elementos essenciais do tipo objetivo, o erro de tipo impede essa abrangência pelo que será sempre uma causa de exclusão do dolo, mas permitirá a punição por culpa [...] se estiver prevista em lei”.
- d) O agente estará acobertado por uma causa excludente da culpabilidade, qual seja, o erro de proibição, desde que não tenha no caso concreto a potencial consciência da ilicitude. Francisco de Assis Toledo nos chama atenção para um fato: de que algumas proibições não são dotadas

de um conteúdo moral. Dessa forma, esclarece o autor, que Welzel reformulou o conceito de “consciência da ilicitude”, introduzindo o dever de informar como elemento.

- e) Nesse contexto, surge a questão: em quais situações estaria o magistrado autorizado a exigir do agente esse especial fim de se informar? Novamente Francisco de Assis Toledo contribui brilhantemente nos esclarecendo que:

Confinado, assim, o “dever de informar-se” no círculo hoje bastante amplo das atividades regulamentadas – profissões liberais, técnicas, comércio habitual etc. – teremos: onde houver um conjunto de normas jurídicas (legais, regulamentares, costumeiras ou estatutárias) estabelecendo condições e regras para o exercício de certas atividades que não fazem parte, necessariamente, da vida de todos e de cada um, aí existirá um especial dever jurídico de informar-se, pois o Estado e a sociedade, *omnium consensu*, permitem ao indivíduo o desfrute dos benefícios decorrentes da prática dessas atividades, que fogem ao padrão normal de conduta, mas, ao mesmo tempo, regulamentam a condição de seu exercício. Fora disso, o dever de informar-se será de exigibilidade realmente discutível (TOLEDO, 1994, p. 261).

- f) O agente não se aproveitaria da falta da consciência da ilicitude, ou seja, não incorreria em erro de proibição, quando:
- teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, obter essa consciência com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio;

- propositadamente [...], recusa-se a instruir-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida;
- não procura informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas.

Em outras palavras, o agente eventualmente pode vir estar acobertado pela excludente da culpabilidade que incide sob a potencial consciência da ilicitude, entretanto, baseado no dever de informar pode vir a ser condenado, conforme sustentado ao longo desse estudo, por dolo eventual, inclusive com respaldo na teoria da cegueira deliberada, desde que crie mecanismos que o impeçam de perceber determinada situação de ilicitude;

- g) Ambos os erros são compatíveis com os delitos previstos na lei de lavagem de capitais.
- h) Por fim, acreditamos que a maior complexidade resida na prova do dolo, que na opinião de Antonio Henrique Suxberger (2012) não se dá como incursão do magistrado na psiquê do agente, mas na “[...] contextualização das opções que o agente dispunha, da eleição dos meios a sua disposição, da exteriorização de suas ações, dos motivos da conduta desse agente”. Devemos, portanto, analisar as circunstâncias objetivas do caso concreto para aferir o dolo, a má-fé do agente.
- i) O professor Renato Brasileiro aponta situações em que poderíamos reconhecer a presença do elemento subjetivo

do crime de lavagem de capitais, seja a título de dolo direto ou eventual. Seriam indicativos:

[...] a magnitude das operações financeiras que possam configurar indício de ocorrência de lavagem de capitais, considerando as partes envolvidas, os valores, a forma de realização, os instrumentos utilizados ou a falta de fundamento econômico legal, com omissão dolosa do dever de identificação dos clientes e comunicação às autoridades competentes (LIMA, 2010, p. 661).

6 Conclusão

Como visto ao longo do presente trabalho a edição da Lei 12.683/2012 introduziu diversas modificações na Lei 9.613/1998, especificamente na conduta descrita no inc. I, § 2º, do artigo 1º e a caracterização do delito na hipótese de dolo eventual.

Referida questão foi arduamente debatida no julgamento da AP470, pelo Supremo Tribunal Federal, conhecida nacionalmente como “mensalão”. Entretanto, com o fim do julgamento envolvendo referida ação penal, o Excelso Pretório deixou em aberto a possibilidade de condenação na hipótese de dolo eventual. Existe uma inclinação da Suprema Corte em admitir o dolo eventual em todas as formas de lavagem de dinheiro.

Logo, apesar de existir uma manifestação do Tribunal Regional Federal da 5ª Região inadmitindo a aplicação da teoria da cegueira deliberada, referente ao julgamento do furto ao Banco Central, sede em Fortaleza, a hipótese do inc. I, § 2º, do artigo 1º não admitira o dolo eventual; devemos ressaltar que essa decisão julgou um fato ocorrido antes da edição da Lei 12.683/2012.

Vimos também que, após as mudanças trazidas pela Lei 12.683/2012, inexistiu manifestação das Cortes superiores acerca da possibilidade de aplicação dessa teoria.

Após a edição da Lei 12.683/2012 parece-nos clara a opção do legislador em tornar mais rigorosa a aplicação do instrumento de coibição aos crimes de lavagem de capitais, permitindo inclusive a condenação na hipótese de dolo eventual.

Apenas a título de esclarecimento, com relação ao artigo 1º, como não houve modificação da nova lei de 2012 ao termo “provenientes”, previsto no *caput*, concordamos com entendimento de que se aplica a hipótese o dolo eventual.

Claro é que devemos buscar um equilíbrio entre as posições adotadas, não sendo rigorosos a ponto de não ver cumprida a função da coibição dos crimes de lavagem de dinheiro, qual seja, punir qualquer vantagem oriunda de uma infração penal antecedente.

Title: The Possibility of Adopting the Theory of Willful Blindness on Crimes of Money Laundering

Abstract: The enactment of Law 12.683/2012, which introduced several changes in the Law 9.613/1998, in order to make more efficient prosecution of crimes of money laundering, brought in fervent discussions about teaching their positives and negatives. The focus of the discussion in this article refers to the characterization of the offense in the event of any willful misconduct, specifically in the conduct described in inc. I, § 2, of Article 1. That question was debated in the hard trial of AP 470, the Supreme Court, known nationally as “mensalão”. It also presents the possibility of application of the theory of willful blindness and its use by Brazilian law.

Keywords: Money laundering. Law 12.683/2012. AP 470. Willful blindness.

Referências

ALMEIDA, André Vinícius de. *O erro de tipo no direito penal econômico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Os limites da presunção no processo penal. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 3, jan./abr. 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/29-ARTIGO>. Acesso em: 26 nov. 2013.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n.102, maio/jun. 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 30 jul. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470#_ftn12_8778>. Acesso em: 24 nov. 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Teoria da cegueira deliberada e crime de receptação*. São Paulo, 21 ago. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2013/02/09/teoria-da-cegueira-deliberada-e-crime-de-receptacao/>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. Lavagem ou ocultação de bens: Lei 9.613, 03.03.1998. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). *Legislação criminal especial*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 516-670. (Coleção ciências criminais; 6).

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri, SP: Manole, 2004.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Alterações na Lei de Lavagem de Dinheiro: breves apontamentos críticos. *Boletim IBCCRIM*, ano 20, n. 237, ago. de 2012. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general: fundamentos - la estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 2001. Tomo I.

SUXBERGER, Antonio. *A difícil prova desse tal de “dolo”*. 12 jan. 2012. Disponível em: <<http://suxblog.wordpress.com/2012/01/12/a-dificil-prova-desse-tal-de-dolo/>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

TOLEDO, Francisco Assis de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VILARDI, Celso Sanchez. A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. *Boletim IBCCRIM*, ano 20, n. 237, ago. de 2012. Disponível em: <www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

WELZEL, Hans. *Direito penal*. Afonso Celso Rezende (Trad.). Campinas: Romana, 2003.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PHILIPPI, Patrícia. A possibilidade de adoção da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de capitais. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 637-675, 2014. Anual.

Submissão: 23/5/2014

Aceite: 27/6/2014