



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAMILA RIBEIRO HERNANDES

**A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA
DELIBERADA AO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

Salvador
2018

CAMILA RIBEIRO HERNANDES

**A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA
DELIBERADA AO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do grau de Mestra em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello

Salvador
2018

Hernandes, Camila Ribeiro

A impossibilidade de aplicação da teoria da
cegueira deliberada ao crime de lavagem de capitais
no direito penal brasileiro / Camila Ribeiro
Hernandes. -- Salvador, 2018.

176 f.

Orientador: Sebastian Borges de Albuquerque Mello.
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito) -- Universidade Federal da Bahia, Faculdade
de Direito, 2018.

1. Direito penal. 2. Cegueira deliberada. 3.
Lavagem de capitais. I. Mello, Sebastian Borges de
Albuquerque. II. Título.

CAMILA RIBEIRO HERNANDES

**A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA
DELIBERADA AO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da
Bahia, como requisito para a obtenção do grau de Mestra
em Direito Público.

Aprovada em 17 de agosto de 2018.

Banca Examinadora:

Sebastian Borges de Albuquerque Mello - Orientador _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Universidade Federal da Bahia

Maria Auxiliadora Minahim _____
Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Doutora em
Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Universidade Federal da Bahia

Alexandre Lima Wunderlich _____
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

Embora costumem dizer que a escrita é um trabalho solitário, não tenho dúvidas de que a conclusão dessa fase só foi possível porque sempre pude contar com o apoio e a companhia de muitas pessoas. Se “a vida é a arte do encontro, embora haja tanto desencontro pela vida”, graças a vocês “eu deixo e recebo um tanto” todos os dias e nunca me sinto sozinha.

Aos meus pais, por jamais terem poupado esforços para meu crescimento e pelo amor irrestrito, presença constante e confiança em me deixar seguir os caminhos que escolho, ensinando a “sempre pedir licença, mas nunca deixar de entrar”. Espero um dia conseguir retribuí-los por tudo que fizeram e fazem por mim.

À Priscila, maior amor da vida, por nunca duvidar de meu potencial e por ser a melhor advogada de defesa que eu poderia constituir. Obrigada por esse coração imenso e pelo olhar atento a qualquer pedido de ajuda ou de colo, muitas vezes silencioso.

Aos meus avôs Antônio e Dalva (*in memoriam*), por serem exemplos de caráter, de dedicação à família e de cuidado com os outros. O amor incondicional que sinto não poderia ser reduzido em uma frase, mas certamente é demonstrado pelos gestos e declarações diárias.

A minha família, sobretudo aos amados tios Malo, Cláudio, Tereza e Carlos e à querida prima Marina, por me darem a certeza do suporte em todos os momentos de aflição e por alegrarem os meus domingos com reuniões divertidas e afetuosas.

Ao Professor Sebastian Borges, pela dedicação em me orientar, pela bibliografia atenciosamente oferecida e, principalmente, pela paciência em sanar minhas dúvidas.

À Professora Maria Auxiliadora Minahim e ao Professor Alexandre Wunderlich, pela disposição em participar da banca de avaliação e fazer parte desse momento tão importante na minha trajetória.

À equipe do Vieira Advocacia Criminal, nas figuras de Antonio Vieira e Lourival Vieira, pelos ensinamentos diários e pela confiança depositada em meu trabalho, bem como por terem entendido minhas necessárias ausências para escrever. Como não poderia deixar de ser, é fundamental agradecer à “gêmea e sócia” Carol Peixoto, companhia cada vez mais presente na vida, e aos amigos Rodrigo Reis e Thiaguinho Vieira, pelo esforço de suprir as faltas impostas pela dissertação nos últimos tempos.

Aos amigos que o mestrado me concedeu ou estreitou os laços, especialmente Daniel Fernandes, Gabriela Ramos e Txapuã Menezes, pelas muitas madrugadas de risos e de compartilhamento das angústias e dúvidas. O mestrado teria sido muito mais pesado se não

estivéssemos juntos desde aquele longo processo seletivo. Passada essa fase, que nossos caminhos não se percam e que outras realizações e comemorações nos aguardem.

A Júlia Caribé, pela amizade leve e pela ajuda fundamental na análise de jurisprudência feita nesse trabalho, e a Vinícius Assumpção e Thiago Vieira, pela parceria e pelo cuidado na revisão do texto, apesar das rotinas cheias de compromissos. Obrigada por tudo e por tanto.

Por fim, aos meus queridos amigos do colégio, da faculdade e da vida, por vibrarem com toda e qualquer conquista e por mandarem tantas energias maravilhosas nesse período de desgaste. Em especial, agradeço aos amados colegas da UFBA – Marcelo Zanine, Thais Sanni, Adriana Mattos, Maria Fernanda Fidalgo, Julia Dantas, Julia Lipiani e Ediará Barreto –, por dividirem comigo os vários momentos de desespero desde que passamos no vestibular e por garantirem algumas fugas imprescindíveis durante os meses de trabalho, e às amigadas nada menos que sensacionais que vieram pela advocacia, pelo Patronato de Presos, pelos sambas no Carmo e, sobretudo, pelo amor – Thaissa Borges e Maria Pereira.

“Belezas são coisas acesas por dentro” e hoje sou só gratidão pelo privilégio de estar cercada de pessoas inspiradoras e que dividem comigo lutas, alegrias e desafios. Os próximos virão e, com vocês, sei que a caminhada será mais especial. Muito obrigada.

HERNANDES, Camila Ribeiro. *A impossibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada ao crime de lavagem de capitais no direito penal brasileiro*. 176 f. 2018. Dissertação (Pós-Graduação em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

A presente dissertação objetiva analisar a origem e o conteúdo da doutrina da cegueira deliberada e questionar a possibilidade de sua aplicação ao delito de lavagem de capitais, conforme previsto na Lei n. 9.613/1998. O trabalho parte da abordagem acerca da denominada “sociedade de risco”, expondo a relação entre esse fenômeno e o direito penal, especialmente no tocante à flexibilização de institutos tradicionais, dentre os quais o dolo, e a criação de novos tipos incriminadores, com destaque ao crime de reciclagem. A delimitação do elemento subjetivo nessa espécie delitiva ocupa espaço central no estudo, expondo-se a atual tendência doutrinária de normatização do dolo e as dificuldades probatórias suscitadas pela doutrina e pela jurisprudência, além do imprescindível debate em torno da admissibilidade do dolo eventual para a caracterização da infração penal de mascaramento. Em seguida, discute-se o desenvolvimento da teoria da cegueira voluntária em âmbito estrangeiro e nacional, pontuando-se as principais críticas feitas ao instituto e as razões pelas quais é errônea a equiparação realizada entre a citada construção e o dolo eventual, apta a conduzir a um indevido elasticamento do elemento subjetivo. Por fim, o estudo confere enfoque à utilização da cegueira deliberada especificamente no que tange ao delito de lavagem de capitais, adentrando nos posicionamentos doutrinários e, sobretudo, jurisprudenciais sobre a matéria, com a análise de precedentes oriundos de magistrados e tribunais brasileiros nos quais a teoria foi aplicada como forma de afirmar a presença do dolo necessário à condenação de acusados por crimes de ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores. Conclui-se que a ignorância intencional, da forma como manejada no Brasil, ofende os princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade, e que sua utilização pela jurisprudência tem como objetivo reduzir as exigências probatórias acerca do elemento subjetivo e aumentar a margem de punibilidade no delito de lavagem de capitais, inclusive como forma de suplantar a ausência da forma culposa do crime no ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Lavagem de capitais. Dolo eventual. Cegueira deliberada. Elemento subjetivo.

HERNANDES, Camila Ribeiro. *The impossibility of applying the theory of willful blindness in the crime of money laundering in Brazilian criminal law*. 176 f. 2018. Dissertation (Postgraduation in Public Law) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

This master's dissertation aims to analyze the origin and content of the doctrine of willful blindness and to question the possibility of its application to the crime of money laundering, as provided for in Law n. 9,613 / 1998. The work starts from the approach of the so-called "risk society", exposing the relationship between this phenomenon and criminal law, especially regarding the flexibilization of traditional institutes, among them fraud, and the creation of new incriminating types, with emphasis being placed at the crime of recycling. The delimitation of the subjective element in this deluding species occupies central place in the study, exposing the present doctrinal tendency of normatization of the deceit and the probatory difficulties raised by the doctrine and the jurisprudence, besides the indispensable debate about the admissibility of the possible fraud for the characterization of the criminal offense of money laundering. Hereupon, we discuss the development of the theory of willful blindness in foreign and national scope, highlighting the main criticisms made to the institute and the reasons why it is a misconception to level the aforementioned construction and the eventual felony, capable of conducting to an improper elasticity of the subjective element. Finally, the study approaches the use of willful blindness, specifically regarding the crime of money laundering, entering doctrinal and, above all, jurisprudential positions on the matter, with the analysis of precedents coming from Brazilian magistrates and courts in which the theory was applied as a way of affirming the presence of the necessary deceit to convict defendants for crimes of concealment or dissimulation of assets, rights and values. It is concluded that intentional ignorance, as it is handled in Brazil, offends the constitutional principles of legality and culpability, and that its use by jurisprudence aims to reduce the evidential requirements regarding the subjective element and increase the margin of punishment in the crime of money laundering, including as a way of overcoming the absence of the guilty modality of crime in the country's order.

Key words: Money laundering. Eventual felony. Willful blindness. Subjective element.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A SOCIEDADE DE RISCO E O DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS....	12
2.1	OS CONTORNOS DA “SOCIEDADE DE RISCO”	14
2.2	DIREITO PENAL NO CONTEXTO DA “SOCIEDADE DE RISCO”.....	17
2.2.1	A Escola de Frankfurt e o direito de intervenção de Hassemer.....	24
2.2.2	O direito penal de duas velocidades de Silva Sánchez	26
2.2.3	As posturas modernizadoras de Schunemann e Corcoy Bidasolo	30
2.2.4	Tomada de posição	34
2.3	O SURGIMENTO DO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS	37
2.3.1	Políticas de combate à lavagem de capitais.....	40
2.3.2	O problema do bem jurídico tutelado	43
2.3.3	Extinção do rol taxativo de delitos antecedentes e tipos penais	47
3	ELEMENTO SUBJETIVO NO DELITO DE LAVAGEM	51
3.1	LAVAGEM DE CAPITAIS NA LEI N. 9.613/1998 COMO CRIME EXCLUSIVAMENTE DOLOSO	52
3.1.1	A clássica estrutura e definição do dolo	55
3.1.2	As teorias volitivas e cognitivas.....	60
3.1.3	Prova do dolo	67
3.1.4	Momento do dolo.....	74
3.2	A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO O DOLO EVENTUAL	75
3.2.1	Breve percurso sobre as teorias acerca do dolo eventual. Dificuldades em estabelecer a fronteira em relação à culpa consciente	78
3.2.2	Dolo eventual e lavagem de capitais: discussão sobre a compatibilidade no ordenamento brasileiro.....	83
3.2.2.1	MODALIDADE CULPOSA NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA	87
4	A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA EQUIPARAÇÃO AO DOLO EVENTUAL	92
4.1	ORIGEM HISTÓRICA E DESENVOLVIMENTO DA TEORIA NO DIREITO	

	COMPARADO	95
4.1.1	<i>Willful blindness</i> no sistema jurídico-penal norte-americano	96
4.1.2	<i>A ignorancia deliberada</i> na doutrina espanhola	99
4.1.3	Teoria da cegueira deliberada no Brasil	101
4.2	CONCEITO E JUSTIFICATIVAS DOCTRINÁRIAS DO INSTITUTO: A DIFICULDADE DE DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA CEGUEIRA DELIBERADA	103
4.3	CRÍTICAS QUANTO À APLICAÇÃO DA TEORIA.....	111
4.4	A FRONTEIRA ENTRE O DOLO EVENTUAL E A CEGUEIRA DELIBERADA	116
5	A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA AO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	123
5.1	A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS: PANORAMA INTERNACIONAL E PERSPECTIVA BRASILEIRA	124
5.2	ANÁLISE PRÁTICA: O PROTAGONISMO DA JURISPRUDÊNCIA NA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL	131
5.2.1	Caso do Banco Central em Fortaleza	132
5.2.2	Ação Penal n. 470: caso “Mensalão”	135
5.2.3	Caso “Lava Jato” e as condenações baseadas na teoria da cegueira deliberada	139
5.3	CEGUEIRA DELIBERADA E LAVAGEM DE DINHEIRO: OS OBJETIVOS NÃO DECLARADOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA NO ORDENAMENTO PÁTRIO	146
6	CONCLUSÕES	157
	REFERÊNCIAS	164

1 INTRODUÇÃO

O momento histórico atual, marcado pela globalização, vem acompanhado de um fenômeno facilmente perceptível: a crescente demanda social por segurança, motivada pelo surgimento de novos riscos e pelo incremento daqueles já existentes. No contexto da chamada “sociedade de risco”, são inúmeras as mudanças de paradigmas em diversos campos do conhecimento humano, dentre as quais se insere, inegavelmente, o direito penal.

De fato, percebe-se, com certa preocupação, o aumento da intervenção penal na sociedade pós-moderna, caracterizada pela combinação de fatores como a introdução de novos objetos de tutela, da antecipação das fronteiras de proteção, da transição, em definitivo, dos delitos de lesão de bens individuais ao modelo de delitos de perigo de bens supraindividuais.

Em consequência, trata-se de um modelo marcadamente preventivo do direito penal, para dar resposta aos novos desafios lançados, e que promove a ampliação dos âmbitos e modos de intervenção punitiva, passando, também, pela restrição de direitos e garantias fundamentais e pela flexibilização de institutos clássicos, dentre os quais o elemento subjetivo.

Nessa correlação entre direito penal e sociedade de risco é que surge a doutrina da cegueira deliberada, tradução da *willful blindness* do *common law*, também chamada de doutrina das instruções do avestruz (*ostrich instructions*), *ignorancia deliberada* ou doutrina da evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*), dentre outras nomenclaturas.

Tendo em vista a possibilidade de adoção da teoria em estudo para a configuração do elemento subjetivo de variados tipos penais, intenta-se tratar da cegueira ou ignorância deliberada especificamente no âmbito do delito de lavagem de capitais. Com efeito, a *willful blindness* tem sido utilizada pelos tribunais norte-americanos para viabilizar a responsabilização criminal por essa modalidade delitiva, notadamente nos casos em que o agente tinha consciência da elevada probabilidade de que os bens ou recursos envolvidos em uma operação eram provenientes de infração penal antecedente e tomou medidas deliberadamente voltadas a evitar a comprovação dos fatos.

O elemento subjetivo no delito de lavagem de capitais é um tema tormentoso a ser enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência, e traz à baila a questão, nem sempre bem delimitada, sobre as distinções entre dolo e culpa no direito brasileiro. As construções doutrinárias clássicas sobre dolo ainda correspondem às teorias da vontade, representação e assentimento, cujas origens remontam ao século XIX. Quem acompanha a questão mais de perto, contudo, tem percebido abordagens contemporâneas que caminham para uma certa

"objetivação" do conceito de dolo, estabelecendo uma aparente "normativização" daquilo que tradicionalmente se chama de "conhecimento" e "vontade".

O fato é que, em delitos como o de lavagem de dinheiro, existem sensíveis dificuldades na determinação e prova do elemento subjetivo num caso concreto, devendo-se perguntar se as estruturas de imputação subjetiva devem permanecer intactas ou devem ser reposicionadas para adaptar-se à nova realidade.

Pode-se, de um lado, optar por manter inalterados os critérios tradicionais de dolo e culpa, aplicando-se, sem muitas variações, uma hermenêutica ortodoxa do artigo 18 do Código Penal, em atenção aos postulados de legalidade e segurança jurídica. De outro, em linha diametralmente oposta, é possível recorrer a critérios que, malgrado possuam nomenclaturas distintas, representam, para muitos, hipóteses de responsabilidade penal solidária e objetiva.

No Brasil, a referida doutrina tem sido utilizada amiúde como sucedâneo do dolo eventual, sobretudo como forma de compatibilizar dito instituto com o elemento subjetivo do crime de lavagem de capitais. Em nome de um discurso eficientista e utilitarista, tem-se admitido a aplicação da teoria da cegueira deliberada para a imputação de responsabilidade penal subjetiva, a pretexto de tornar mais efetiva a persecução penal do crime de reciclagem de ativos.

Como a cegueira deliberada pretende tratar igualmente casos em que não é clara a presença do elemento cognitivo, a sua aplicação equiparada ao dolo (eventual) permitiria *driblar* o desconhecimento do sujeito, ainda que em sentido psicológico, e imputar a ele um reproche mais gravoso, o que, nitidamente, representa uma tendência expansionista do direito penal, através da flexibilização dessa categoria de imputação subjetiva. Assim, o presente trabalho objetiva examinar a origem e o conteúdo da doutrina da cegueira deliberada e a viabilidade, ou não, de sua aplicação ao delito de lavagem de capitais tal como previsto na legislação brasileira.

A principal ferramenta metodológica utilizada foi a pesquisa teórica, realizada com a leitura de livros, artigos, revistas e periódicos encontrados na doutrina nacional e internacional sobre o assunto, bem como por meio da análise a respeito de questões que giram em torno da temática da lavagem de capitais, do elemento subjetivo do crime e da teoria acima comentada. Demais disso, foram realizadas consultas à jurisprudência brasileira que vem adotando o instituto, analisando-se a pertinência e a efetiva necessidade da importação da teoria estrangeira ao sistema nacional.

A primeira parte do texto dedica-se a uma visão global sobre a sociedade de risco, apresentando algumas das propostas doutrinárias que examinam os reflexos desse fenômeno no

direito penal. O capítulo também avançará na exposição acerca do surgimento do delito de lavagem de capitais, enquanto exemplo marcante da ingerência estatal sobre a delinquência econômica, com especial enfoque nas políticas de combate ao crime, o problema do bem jurídico tutelado e os tipos penais cominados pela Lei n. 9.613/1998.

O segundo capítulo apresenta uma abordagem sobre o elemento subjetivo do crime de reciclagem, iniciando por uma breve exposição acerca da clássica estrutura e definição do dolo e as teorias volitivas e cognitivas, para então ingressar nas dificuldades inerentes à prova e ao momento do dolo. Nesse viés, introduz-se o estudo pela problemática envolvendo a compatibilidade, ou não, do dolo eventual para a configuração do crime de lavagem de ativos na legislação pátria, além de ser exposta a modalidade culposa de tal infração penal, conforme previsto em outros ordenamentos.

A terceira parte do texto explora especificamente a teoria da cegueira deliberada, apresentando seu desenvolvimento nos sistemas jurídico-penais dos Estados Unidos, Espanha e Brasil, os aspectos gerais do instituto e as principais dificuldades apontadas para a sua aplicação. Após, o estudo será voltado ao exame quanto à possibilidade de equiparação da teoria ao dolo eventual, uma vez que a aludida identidade vem sendo suscitada pela maioria das decisões judiciais que aplicam a cegueira deliberada no país.

Por sua vez, o último capítulo cuida da análise da aplicação da teoria da ignorância voluntária especificamente para a imputação do elemento subjetivo do crime de lavagem de capitais, partindo do panorama doutrinário sobre o tema, em âmbito nacional e estrangeiro. Dada a inegável importância da jurisprudência na importação da teoria para o sistema jurídico brasileiro, o mesmo capítulo promove uma análise de precedentes em que a citada doutrina foi nacionalmente utilizada como instituto a amparar condenações por delitos de reciclagem.

Finalmente, a parte derradeira do trabalho confere enfoque às razões pelas quais se entende que a cegueira deliberada não possui aplicabilidade ao crime de mascaramento no direito penal brasileiro, apresentando as dificuldades e os problemas de sua acrítica utilização pelos tribunais pátrios como instrumento de ampliação do dolo.

2 A SOCIEDADE DE RISCO E O DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Inegável que as inovações tecnológicas alcançadas nas últimas décadas, a despeito dos evidentes benefícios trazidos ao ser humano, também acarretaram efeitos colaterais negativos, cada vez mais complexos, imprevisíveis e, alguns deles, incontrolláveis. Diz-se que a sociedade moderna se tornou uma sociedade de risco, cada vez mais dirigida a debater, prevenir e administrar as ameaças que ela mesma produziu.¹

Como ressaltou Maria Auxiliadora Minahim², na contemporaneidade as ameaças não são mais aquelas causadas pelas catástrofes ou acidentes naturais, mas as decorrentes de decisões humanas adotadas no manejo das novas tecnologias e que podem provocar desastres e lesões disseminados em larga escala.

A noção semântica de “risco” compreende, nessa linha, a exposição voluntária e deliberada a potenciais danos com o objetivo de obter vantagens e oportunidades (econômicas, sociais, tecnológicas etc)³, diferenciando-se do “perigo” na medida em que, aqui, os danos verificados são atribuídos a forças ou entidades externas, que não obedecem a qualquer causalidade e que não podem ser evitados⁴. Nas palavras de Luhmann⁵, ao distinguir os conceitos aqui indicados

Esta distinção pressupõe (e, portanto, difere precisamente de outras distinções) a existência de uma incerteza sobre danos futuros. Duas possibilidades são então apresentadas. Pode-se considerar que o possível dano é uma consequência da decisão, e assim falamos sobre o risco e, mais precisamente, sobre o risco da decisão. Ou se julga que o possível dano é causado externamente, ou seja, é atribuído ao meio ambiente; e, neste caso, falamos de perigo.

Em decorrência da constante sensação de insegurança provocada pelos novos riscos e pelo incremento daqueles já existentes, a sociedade atual, fortemente impulsionada pela atuação de grupos de pressão e da mídia, apela para uma crescente intervenção do sistema penal, instado a adequar-se às recentes demandas. Assim, afirma Silva Sánchez⁶ que “(...) em medida

¹ BECK, Ulrich. “Momento cosmopolita” da sociedade de risco. Tradução de Germana Barata e Rodrigo Cunha. *ComCiência*, Campinas, n. 104, 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/RXR75>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

² MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 51.

³ GELABERT, Tomeu Sales. *Democracia y tecnología en la sociedad del riesgo*. Anais do 43º Congresso de Jovens Filósofos, Palma de Mallorca, 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/8tEb6Y>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁴ Na mesma linha o pensamento de Paulo Silva Fernandes, para quem o conceito de perigo está relacionado às catástrofes naturais, ao passo que os riscos são fabricados e provenientes do ser humano. (FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 49).

⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Tradução de Javier Torres Nafarrate (coord.). México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 37.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais* [Série as Ciências Criminais no Século XXI; v. 11]. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

crecente, a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta.”

Dentro desse cenário expansionista, ganha especial destaque a ingerência estatal sobre a delinquência econômica, marcada como a criminalidade por excelência da era global. O surgimento de grupos criminosos cada vez mais organizados e das mais variadas técnicas para o cometimento – ou o encobrimento – de ilícitos penais, que englobam a circulação de grandes capitais e a movimentação de inúmeras pessoas e organizações, frequentemente à escala internacional, sem dúvida colocaram (e ainda colocam), como destacou Paulo Silva Fernandes⁷, novos e difíceis desafios ao direito penal “clássico”.

Não sem razão foi que, notadamente ao final da década de setenta e início da de oitenta, a lavagem de capitais⁸ passou a constituir uma atividade ilícita a respeito da qual o Estado toma posição em sua luta e repressão estabelecendo uma série de medidas preventivas que tendem a dificultar que o indivíduo, seja ou não o mesmo sujeito ativo do delito precedente, possa usufruir dos produtos da prática criminosa.

Com efeito, se o processo de globalização econômica, associado ao progresso da informática e da comunicação, asseguraram maior celeridade e segurança nas transações internacionais, facilitando a circulação de pessoas e valores por todo o globo, de igual forma permitiram o aperfeiçoamento das modalidades e a expansão do delito de mascaramento.

Nada obstante, ao lado dos reconhecidos efeitos negativos da intervenção penal, com seu impacto destrutivo e elevados custos sociais, o recrudescimento do sistema, especialmente no que tange à chamada delinquência de colarinho branco, tem suscitado outras críticas e questionamentos. Constantemente a doutrina se posiciona em relação à modificação e/ou flexibilização de categorias como a causalidade, a culpabilidade e a responsabilidade, além das alterações promovidas no modelo tradicional de incriminação, com a frequente utilização de tipos penais de perigo e a proliferação de bens jurídicos supraindividuais, dentre outras características.

Diante desse quadro, muitos estudiosos discutem a legitimidade da resposta penal aos desafios despontados a partir do processo de globalização, tornando-se imperioso traçar um

⁷ FERNANDES, 2001, p. 36-37.

⁸ Inicialmente, convém destacar que o legislador pátrio optou por designar as diferentes condutas elencadas no artigo 1º da Lei n. 9.613/1998 intitulado o capítulo na qual se encontram inseridas como lavagem ou ocultação de “bens, direitos e valores”, não fazendo referência, pois, ao vocábulo dinheiro, que é espécie daquele gênero. Nada obstante, certo é que a denominação lavagem de dinheiro há muito restou consagrada e aceita pela doutrina e jurisprudência brasileiras, razão pela qual no presente trabalho utilizaremos também a referida nomenclatura de forma corriqueira, sem adentrar na já superada discussão a respeito de seu emprego. De igual modo, serão utilizadas expressões similares, tais como “reciclagem” e “mascaramento”, como formas alternativas de denominação do fenômeno.

panorama geral de algumas das principais doutrinas relacionadas ao debate, após uma breve incursão no tema relativo à chamada “sociedade de risco”, para então apontar as manifestações desse novo paradigma de direito penal no que tange ao enfrentamento da lavagem de capitais.

2.1 OS CONTORNOS DA “SOCIEDADE DE RISCO”

O conceito de sociedade de risco como forma de qualificar uma nova forma de organização e estruturação da sociedade foi cunhado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck⁹, em que pese, antes dele, outros autores tenham refletido sobre os riscos na economia empresarial e na antropologia, apontando a estreita relação entre cultura e risco em diferentes sociedades pré-modernas¹⁰. Escrito originalmente em 1986, o primeiro livro de Beck sobre o tema foi profundamente influenciado pela maior conscientização acerca da crise ambiental e os avanços tecnológicos vivenciados naquele período, quando a responsabilidade pela sustentabilidade passou a se disseminar de forma mais globalizada.

A obra propõe uma reflexão acerca do momento de ruptura histórica no interior da modernidade, a qual representaria, para o autor, a própria reconfiguração da sociedade moderna, por alguns denominada de “pós-modernidade”. Este período seria caracterizado pela transição da sociedade industrial clássica, marcada pela produção e pela distribuição de riquezas, em uma chamada sociedade de risco.

Para Beck¹¹, “Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada automaticamente pela produção social de riscos”. Esse novo quadro leva à “reflexividade”, conceito que, na ótica do autor, sugere uma autoconfrontação das bases da modernização com as suas próprias consequências, à luz de novas informações e conhecimentos. De acordo com o sociólogo,

O processo de modernização torna-se “reflexivo”, convertendo-se a si mesmo em tema e problema. Às questões do desenvolvimento e do emprego de tecnologias (no âmbito da natureza, da sociedade e da personalidade) sobrepõem-se questões do “manejo” político e científico – administração, descoberta, integração, prevenção, acobertamento – dos riscos de tecnologias afetiva ou potencialmente empregáveis, tendo em vista horizontes de relevância a serem especificamente definidos. A promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser, diante de uma esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas no desenvolvimento técnico-econômico.¹²

⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

¹⁰ GELABERT, 2006, acesso em: 20 fev. 2018.

¹¹ BECK, U., op. cit., p. 23.

¹² Ibid., p. 24. Em obra mais recente, o autor afirma que “Sociedade de risco significa: o passado perdeu seu poder de determinação sob o presente. Entra em seu lugar o futuro – ou seja, algo que não existe, algo fictício e construído

Diversamente do que ocorre com a distribuição das riquezas, a repartição dos riscos seria mais equalizada e não obedeceria a uma lógica de classes sociais, segundo Beck. Embora admita que muitos riscos possam ainda ser distribuídos conforme a classe social, especialmente se analisados em escala internacional, o autor acredita que as situações de ameaça possuem uma tendência imanente à globalização¹³, de modo que, conforme um “efeito bumerangue”, os riscos decorrentes e agravados pelo progresso cedo ou tarde atingem também aqueles que os produzem ou lucram com eles, fazendo com que todos arquem com esses ônus.

Noutro ponto, os riscos na contemporaneidade são invisíveis e, justo por isso, representam oportunidades de mercado, uma vez que se baseiam no conhecimento, tendo a ciência um papel central na produção dessa nova “moeda”. O autor destaca que, para ser (re)conhecido socialmente, o risco precisa ser cientificamente comprovado, o que tem gerado consequências como a pluralização e a diversidade definitiva de riscos, verificada, por exemplo, quando aqueles que se veem confrontados como produtores de riscos refutam, com uma “contra-ciência”, os argumentos que os colocam sob os holofotes, apresentando novas causas e consequentemente novos réus à exposição pública.¹⁴

Nesse sentido, o conhecimento se converteria na mais importante manufatura intelectual da modernidade. A consciência sobre os riscos, altamente massificada e midiaticizada, torna-se alvo de debates públicos e centro de questionamentos às instituições de controle, instadas a apresentar os motivos pelos quais compactuaram com a liberação desses riscos e a justificar as razões de não conseguirem controlar as novas ameaças.¹⁵

Beck aborda, ainda, a complexidade organizacional das relações de responsabilidade nesse novo modelo de sociedade, afirmando a existência de uma certa cumplicidade geral pela criação de riscos, que termina por resultar em “irresponsabilidade generalizada” acerca dos danos deles decorrentes – assim, “Todos são causa e efeito e, portanto, uma não causa”¹⁶. Ao mesmo tempo, ainda que nenhuma ação preventiva tenha sido adotada, a concretização do risco provoca uma verdadeira alteração da ordem mundial, o que imediatamente conduz a uma busca

– como a causa da vida e da ação no presente. Quando falamos de riscos, discutimos algo que não ocorre mas que pode surgir se não for imediatamente alterada a direção do barco. Os riscos imaginários são o chicote que fazem andar o tempo presente. Quanto mais ameaçadoras as sombras que pairarem sobre o presente anunciando um tempo tenebroso, mais fortes serão os abalos, hoje solucionados pela dramaturgia do risco.” (BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo; respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 178).

¹³ BECK, U., 2011, p. 43.

¹⁴ Ibid., p. 38.

¹⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 22.

¹⁶ BECK, U., 2011, p. 39.

desenfreada por responsáveis (empresas, governantes, aqueles que lucraram com a criação dos riscos etc.) e profundas consequências de ordem social, econômica, política e jurídica.

O potencial político dos riscos ocupa, nessa linha, parte importante da argumentação de Beck, para quem a supressão das causas das ameaças no processo de modernização torna-se uma espécie de promessa a ser explorada, ainda que tal superação se revele meramente simbólica. Diante de uma sociedade amedrontada, “os políticos, em particular, podem facilmente ser forçados a proclamar uma segurança que não podem honrar – porque os custos *políticos* da omissão são muito mais elevados do que os custos do exagero.”¹⁷

Sem dúvida é criticável a pretensa universalização dos riscos tantas vezes destacada no texto, porquanto não se pode ignorar que a distribuição dessas novas e velhas ameaças ainda encontra forte vinculação com a divisão de classes, bem assim com outros fatores vulnerabilizantes. Considerando-se um país de dimensões continentais como o Brasil, por exemplo, pode-se vislumbrar que os impactos decorrentes da modernização atingem de forma mais recorrente e aprofundada aqueles se encontram nos setores mais pobres da sociedade, reforçando as desigualdades já historicamente construídas.

Julia Guivant¹⁸ recorda, aliás, que o próprio autor, em trabalhos posteriores, buscou explicitamente fugir da visão linear e evolutiva entre sociedade de classes e sociedade de risco, passando a reconhecer que as duas questões podem se sobrepor e se agravar mutuamente. Como destaca a pesquisadora, confrontando limites e possibilidades da obra de Beck, há, simultaneamente, países menos industrializados, ainda em busca de atingir o que se entende como as vantagens da modernização simples, ao lado de países altamente industrializados nos quais diversos setores questionam os fundamentos e os objetivos da modernidade industrial.

Noutro giro, a perspectiva de Beck acerca da exploração política dos riscos pode ser imediatamente associada ao direito penal de emergência, acionado tão logo a sociedade se veja diante de uma concretização de ameaças muitas vezes previsíveis, mas minimizadas ou até descartadas enquanto não produzam efeitos danosos. Como bem destacou Jiménez Díaz¹⁹, a preocupante expansão do ramo vincula-se basicamente à sua utilização para defender a sociedade moderna dessas novas ameaças difundidas pela era pós-industrial em curso.

Por ora, vale pontuar os perigos que tal dinâmica política dos riscos reconhecidos pode ocasionar à democracia, igualmente destacados na obra de Beck. Nesse particular, o autor

¹⁷ BECK, U., 2008, acesso em: 12 fev. 2018.

¹⁸ GUIVANT, Julia S. *A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia*. Disponível em: <<https://goo.gl/aDL8y8>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

¹⁹ DÍAZ, María José Jiménez. Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 16, p. 3, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/Kdi19M>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

afirma que “A sociedade de risco abarca uma tendência a um totalitarismo ‘legítimo’ da defesa diante do perigo, que, com a incumbência de evitar o pior, acaba provocando, como todos sabem ser praxe, algo ainda pior”²⁰. Assim, a crença de que os riscos civilizacionais podem ser contornados pela ação política tomada em nome da humanidade ameaçada autoriza, de modo consensual, que se revoguem princípios básicos da democracia, e “o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade.”²¹

2.2 DIREITO PENAL NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCO

Da crescente sensação de insegurança diante dos novos riscos surge uma autêntica e cada vez mais frequente demanda social por controle a que o Estado é chamado a atender. E, notadamente diante da gravidade com que as ameaças da modernização são percebidas pela opinião pública, com amplo reforço midiático, a reação constatada não tem sido outra que não se valer da resposta penal, apresentada como a solução mais adequada e hipoteticamente efetiva. Na crítica formulada por Zaffaroni²²,

As leis criminais são um dos meios preferidos do Estado do espetáculo e de seus operadores showmen, porque são baratas, de propaganda fácil e a opinião se engana com suficiente frequência sobre sua eficácia. Trata-se de um recurso que fornece alto ganho político a baixo custo. Daí a reprodução das leis penais, a descodificação, a irracionalidade legislativa e, acima de tudo, a condenação de todos os que duvidam de sua eficácia.

Fábio D’Ávila²³ destaca que, elaborado para tutelar bens jurídicos tradicionais como a vida, a integridade física e o patrimônio, de agressões humanas próximas e definidas, o direito penal passou a experimentar um profundo sentimento de anacronismo e impotência frente ao atual universo pós-moderno, em que as ações humanas alcançam novas dimensões e os riscos globalizam-se e geram danos muitas vezes diferidos, atingindo bens jurídicos até então desconhecidos. Nesse sentido,

A disparidade de tais universos apresenta-se de forma muito clara nos problemas enfrentados pela dogmática penal. São evidentes as inúmeras deficiências que vem atestando em sua tentativa de acompanhar a pretensão político-criminal nestes novos âmbitos de tutela, uma vez que preparada para atender uma demanda absolutamente

²⁰ BECK, U., 2011, p. 97-98.

²¹ Ibid., p. 96.

²² “*Las leyes penales son uno de los medios preferidos del estado espectáculo y de sus operadores ‘showmen’, en razón de que son baratas, de propaganda fácil y la opinión se engaña con suficiente frecuencia sobre su eficacia. Se trata de un recurso que otorga alto rédito político con bajo costo. De allí la reproducción de leyes penales, la descodificación, la irracionalidad legislativa y, sobre todo, la condena a todo el que dude de su eficacia*”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 19-20, out.-dez. 1997, tradução nossa).

²³ D’ÁVILA, Fábio Roberto. A crise da modernidade e as suas consequências no paradigma penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, São Paulo, ano 9, n. 98, Editorial, jan. 2011.

diversa daquela que ora é proposta. O direito penal liberal elaborado tendo por base o paradigmático delito de homicídio doloso, no qual há marcante clareza na determinação dos sujeitos ativo e passivo, bem como do resultado e de seu nexo de causalidade, defronta-se com delitos em que o sujeito ativo dilui-se em uma organização criminosa, em que o sujeito passivo é difuso, o bem jurídico coletivo, e o resultado de difícil apreciação. Sem falar, obviamente, do aspecto transnacional destes novos delitos, em que tanto a ação como o resultado normalmente ultrapassam os limites do Estado Nação, necessitando, por conseguinte, da cooperação internacional para a elaboração de propostas que ambicionem uma parcela qualquer de eficácia.²⁴

Na mesma toada, Silva Sánchez²⁵ destaca que a delinquência na globalização é essencialmente econômica – é dizer, lucrativa, ainda que coloque em risco outros bens jurídicos – e, assim, converte-se em desafio ao sistema jurídico-penal, que passa a ter por objeto delitos diversos do paradigma clássico. Tais delitos são criminologicamente qualificados como *crimes of the powerful*, possuem uma regulamentação legal insuficientemente assentada e uma dogmática ainda parcialmente pendente de desenvolvimento, tudo a evidenciar que sua configuração ocorre sobre bases distintas daquelas que sustentam o direito penal tradicional.²⁶

Ocorre que, se é verdadeiro o sentimento de anomia do direito penal frente aos novos riscos, igualmente correta é a percepção de que essa mesma desilusão, em lugar de impulsionar uma releitura do sistema, tem resultado, paradoxalmente, na sua utilização em escala cada vez maior de severidade²⁷. Na era da globalização, em que também o delito desconhece barreiras espaciais, experimentamos um direito penal que, a pretexto de adequar-se às recentes demandas, expande-se substancialmente, a despeito de todas as críticas formuladas a sua ineficácia na contenção da criminalidade.

Com efeito, uma das principais características levantadas pela doutrina ao direito penal na sociedade de risco é a ampliação do número de comportamentos penalmente relevantes, com o surgimento de novos âmbitos de intervenção e/ou o endurecimento do tratamento dado a condutas que estavam antes tuteladas somente por outros ramos jurídicos ou que, a despeito de criminalizadas, assumiram contornos mais amplos e rígidos após o processo de globalização.

De acordo com Hirsch²⁸, seria possível falar em três setores sobre os quais ocorreu um significativo aumento da regulação penal: a) primeiro, o grupo formado pelas situações

²⁴ D'ÁVILA, 2011.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). *Teoria geral da tutela penal transindividual* (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 111-112.

²⁶ Salvador Netto igualmente destaca a modificação dos sujeitos passivos da intervenção penal como um dos principais pontos da mutação perpetrada pelo risco no sistema, que agora passa a conviver com novos modelos incriminadores dirigidos às classes altas da sociedade. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 99).

²⁷ *Ibid.*, p. 83.

²⁸ HIRSCH apud MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 41-42.

decorrentes do progresso técnico e científico, como a informática ou a tecnologia genética; b) segundo, os comportamentos que já se encontravam, ao menos parcialmente, acobertados pelo direito administrativo sancionador, mas foram incorporados ao direito penal, a exemplo das condutas lesivas ao meio ambiente; c) por fim, os setores que, apesar de não serem estranhos ao direito penal e nem ligados aos riscos tecnológicos recentemente criados, estão associados a outros traços da sociedade atual, como a globalização e o caráter transnacional de certas formas de delinquência, experimentando um forte endurecimento da punição penal - a exemplo do ocorrido com a criminalidade vinculada às drogas e a criminalidade organizada.²⁹

Sobre a relação entre o momento histórico atual e direito penal, especificamente no que diz respeito à tipicidade, diz Salvador Netto³⁰ que

Assim, o legislador tipifica criminalmente as mais diversas e pensáveis modalidades de condutas como apelo à voz dos cidadãos inseguros. O aplicador utiliza-se irrefutavelmente deste mesmo e incessante apelo para subsumir aqueles tipos de modo severo sem qualquer comprometimento com os âmbitos de proteção estabelecidos através dos instrumentos coerentes da dogmática penal. E o jurista, por sua vez, corre desesperadamente atrás de um entendimento possível da calamitosa situação, na busca da construção de um sistema razoável para o direito penal da modernidade. Eis aí o fenômeno da sociedade de risco.

O esforço de munir o direito penal de respostas aos novos desafios impostos pela sociedade de risco trouxe impactos significativos, outrossim, a diversos aspectos da dogmática constantemente destacados pela doutrina, dividida entre uma corrente efficientista, de maior aceitação popular, e um discurso de resistência, que alerta para os malefícios de um expansionismo desenfreado.

No centro das questões problemáticas associadas à evolução do direito penal encontra-se o tema do bem jurídico. Isso porque, notadamente quanto às novas figuras penais criadas, verifica-se que as ameaças ensejadas pelos riscos da sociedade globalizada constantemente ultrapassam a ofensa a um bem individual e, conseqüentemente, de vítimas definidas.

Para Luciana Carneiro da Silva³¹, tal situação tem impulsionado, sem prejuízo da contribuição de outros fatores, “o deslocamento de um direito penal voltado à proteção de bem jurídicos individuais e de objetividade natural para outro modelo, ligado à tutela jurídico-penal de bens supraindividuais, imateriais e imprecisos.”

²⁹ Corroborando a percepção de que as mudanças verificadas no direito penal não se restringem aos novos riscos, Mendoza Buergo assinala que o mesmo fenômeno se manifesta em âmbitos não estritamente novos – como drogas ou paz pública -, nos quais as reformas legislativas se orientam na mesma direção: antecipar a proteção e agravar a reação penal, tendo por objetivo declarado tornar mais eficaz a salvaguarda dos bens jurídicos. (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 113).

³⁰ SALVADOR NETTO, 2006, p. 85.

³¹ SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 5, p. 99, set.-dez. 2010.

São inúmeras as críticas formuladas quanto ao novo modelo, sobretudo no que tange à suscitada perda do caráter fragmentário e subsidiário do direito penal, cuja excepcional intervenção somente se justificaria no intento de reprimir as condutas mais graves aos bens jurídicos mais importantes ao convívio em sociedade, quando outras esferas do direito não se revelassem suficientemente capazes de responder à violação do direito ou interesse protegido.

A sociedade de risco promoveria o rompimento dos ideários iluministas, convertendo o princípio da proteção exclusiva de bens jurídicos em critério de ampliação – para passar a fundamentar as novas incriminações do direito penal econômico e ambiental, por exemplo – e não de limitação do poder punitivo do Estado³². Na lição de Érica Babini³³,

Como consequência da proteção de riscos, dá-se a produção acalorada de leis penais, levando a um processo que vai da descodificação à banalização, representando um avanço do Estado policial sobre o Estado de Direito (ZAFFARONI, 1998). Daí não é estranho concluir que o Direito Penal nesse modelo tem um caráter antigarantista e o pior, desmaterializa o conceito de bem jurídico, admitindo qualquer substrato social justificante da intervenção penal, basta a atribuição de valor.

Mas a tendência expansionista, ao dissolver a própria função do bem jurídico, já que os ilícitos não são ligados à responsabilidade pelo fato, mas pela incumbência de proteger entidades supraindividuais, denuncia a própria incapacidade daquele em limitar o Direito Penal. Isto é, recorrendo ao conceito de bem jurídico, dá-se a expansão penal, o que Padovani denominou de “metáfora conceitual”, pois, devido a pluralidade de valores “O único modo de tornar possível a coexistência democrática de todos os grupos sociais é renunciar a imposição coercitiva de exigências meramente éticas como a justiça, e limitar-se a evitar a lesão dos bens sociais” (MIR PUIG, 2006, p. 39).

Outros autores destacam, de forma enfática, a escassa efetividade da intervenção do direito penal na prevenção dos novos riscos, reforçando o caráter meramente simbólico do ramo. A expansão promovida teria por intento fornecer uma resposta aos cidadãos inseguros, suscitando na sociedade a confiança de que se está fazendo algo em relação aos problemas que àquela pareceriam insolúveis, mas, em verdade, não conseguiria produzir instrumentos aptos para a luta eficiente contra a criminalidade real.³⁴

De outro lado, Paulo Silva Fernandes³⁵ constata que a tutela de interesses supraindividuais pelo direito penal exige redobrada cautela, a fim de não desvincular do seu caráter de *ultima ratio*, bem como “para não se operar a *liquefação dos bens jurídicos*, ou a eleição de bens que

³² MACHADO, Érica B. L. do Amaral. A teoria dos bens jurídico-penais e o direito penal moderno: uma releitura a partir dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 176, jul.-dez. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/KjrETZ>>. Acesso em: 15 fev. 2018. No mesmo sentido, Mendoza Buergo destaca que a progressiva expansão do significado de bem jurídico é acompanhada por uma paulatina dissipação tanto de seus referenciais empíricos como, também, de sua função de garantia quanto aos limites ou às condições de justificação da proibição penal. (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 77).

³³ *Ibid.*, p. 172, acesso em: 15 fev. 2018.

³⁴ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminas - RBCCrim*, v. 12, n. 46, p. 91, jan.-fev. 2004.

³⁵ FERNANDES, 2001, p. 90, destaques no original.

coloquem em xeque a relação de proporcionalidade e igualdade material dos critérios de eleição dos mesmos”. Nada obstante, o autor considera que a coexistência entre bens jurídicos de natureza individual e outros interesses e direitos que não se limitam com exclusividade a um sujeito não vulnera a função de exclusiva proteção subsidiária de bens jurídicos do direito penal, “dado que – apesar de estarmos em presença de bens mais vagos, de difícil definição – continuamos a estar defronte de verdadeiros bens jurídico-penais.”³⁶

A atualização do ramo para abarcar a tutela de bens jurídicos supraindividuais seria, então, fruto inevitável e mesmo essencial da modernidade, na qual a criação de riscos com aptidão de expor a perigo uma quantidade indeterminada de pessoas exige a instrumentalização de novas técnicas de imputação jurídico-penal. Para Alessandra Mascarenhas Prado³⁷, a questão residiria em buscar um equilíbrio, “pois o direito penal não pode permanecer intocável em razão de uma presumida intangibilidade e anacronismo das garantias fundamentais, nem tampouco ser meramente instrumental, convertendo-se em um direito sancionatório das sociedades de risco.”

A expansão de condutas penalmente tipificadas com o fim de proteger bens jurídicos transindividuais, excessivamente amplos e indeterminados, resulta, ademais, no frequente recurso a crimes de perigo, especialmente de perigo abstrato, além de compreender a antecipação do momento de intervenção penal, seja através da tipificação de comportamentos que eram considerados somente ilícitos administrativos, civis ou comerciais, seja com o aumento da repressão penal de determinados atos preparatórios.

De acordo com Cláudio Guimarães e Davi Rego³⁸, a opção legislativa por tipos penais de perigo abstrato busca atender ao princípio da precaução, não apenas evitando a produção de resultados lesivos, mas, de igual modo, prevenindo que estes ocorram, a fim de propiciar uma sensação de segurança. É também essa a crítica formulada por Juliana Cabral³⁹, para quem as expectativas atuais da sociedade não seriam satisfeitas com a exigência de uma lesão concreta a um bem jurídico como fundamento para a punição na esfera penal, estando, sim, mais afinadas com a sanção imposta ao perigo, ao risco que pode vir a gerar a lesão.

Assim, a autorização estatal para a punição de ações potencialmente lesivas demonstra, simbolicamente, o esforço das instituições de controle para apaziguar os níveis de insegurança

³⁶ FERNANDES, 2001, p. 96.

³⁷ PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. *Crime de poluição: uma resposta do direito penal aos novos riscos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 40.

³⁸ GUIMARÃES, Cláudio A. G.; REGO, Davi Uruçu. Funções dogmáticas e legitimidade dos tipos penais na sociedade de risco. In: PRADO, L.; DOTTI (org.), 2011, p. 484.

³⁹ CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 66.

da população amedrontada, pouco importando os poucos resultados práticos dessa intervenção, na medida em que “É tudo uma questão de signos de controle, ainda que sejam puros simulacros, sem qualquer correspondência com o real”⁴⁰. Mendoza Buergo⁴¹ aponta que

Resulta manifesto que um dos traços que mais claramente caracteriza o Direito penal moderno é a crescente utilização, na maioria das reformas penais, da técnica dos tipos de perigo abstrato, assim como de delitos de empreendimento ou de consumação antecipada e a punição específica de atos preparatórios, com a finalidade confessada de ampliar a capacidade de resposta e a eficácia no controle de condutas, posto que ao diminuir nesses delitos os requisitos da punibilidade, facilitam enormemente a aplicação do tipo e com isso o alcance da utilização do instrumento penal.

O recurso a crimes de perigo abstrato e a antecipação da tutela penal lançam dúvidas quanto à legitimidade da repressão penal em alcançar condutas que não exigem como elemento constitutivo a ocorrência de um dano, conforme determina o princípio da ofensividade. Outrossim, ao retirar do tipo penal a lesão ou o perigo concreto a um bem jurídico, os delitos de perigo abstrato diminuiriam as possibilidades de defesa, além de ampliar a liberdade de ação do juiz, que somente necessitaria demonstrar a violação à norma jurídica.⁴²

Para Feijoo Sánchez⁴³, a utilização exacerbada de tipos penais de perigo abstrato constitui exemplo claro de um processo de “administrativização” do direito penal. Infrações dessa natureza seriam perfeitamente compatíveis com o direito administrativo, pautado por objetivos estritamente preventivo-instrumentais numa perspectiva global, sem a necessidade de justificar individualmente a lesividade social da conduta; contudo, a sanção penal apenas poderia cumprir seus objetivos preventivos através da retribuição de um fato concreto dotado de lesividade, sem o que a intervenção do direito penal seria ilegítima.⁴⁴

Outra característica do direito penal moderno seria a flexibilização de certos princípios, bem assim de categorias tanto de direito penal material como processual. De acordo com

⁴⁰ CABRAL, 2005, p. 67.

⁴¹ “*Resulta manifesto que uno de los rasgos que más claramente caracteriza este Derecho penal moderno es la creciente utilización en la mayoría de las reformas penales de la técnica de los tipos de peligro abstracto, así como de delitos de empreendimento o de consumación anticipada y la punición específica de actos preparatorios, con la finalidad confessada de ampliar la capacidad de respuesta y la eficacia en el control de conductas, puesto que al disminuir estos delitos los requisitos de punibilidad, facilitan enormemente la aplicación del tipo y con ello el alcance de la utilización del instrumento penal*”. (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 78, tradução nossa).

⁴² CERESO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto em el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 10, p. 55, 2002. Disponível em: <<https://goo.gl/zrCmos>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁴³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. Tradução de Bruna Abranches Arthidoro de Castro. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 7, p. 39 e ss., maio-ago. 2011.

⁴⁴ Nas palavras do autor, “O direito penal só pode prevenir riscos futuros com base na retribuição de riscos efetivos passados com os quais a sociedade tem que aprender, enquanto ao direito administrativo cabe a prevenção de situações de risco ou de insegurança. Para ser legítima, à pena estatal é vedada a possibilidade de punir um fato que, individualmente considerado, careça de lesividade ou periculosidade para outros âmbitos de organização, isto é, que não seja uma organização defeituosa capaz de afetar, por si mesma, outros âmbitos de organização”. (Ibid., p. 41).

Mendoza Buergo⁴⁵, a fim de reagir aos problemas da sociedade de risco e às demandas por segurança, relativiza-se ou mesmo se restringe as barreiras ou limites que, criados pelas exigências de um direito penal que respeite o estado de direito, parecem dificultar a persecução de certas finalidades político-criminais atuais. A autora, dessa forma, destaca a grande quantidade de categorias dogmáticas e critérios de imputação alcançados por esse fenômeno, aduzindo que

Este "relaxamento" apareceria tanto nos critérios e princípios dogmáticos de imputação objetiva e subjetiva, como fulminando a clara distinção entre autoria e participação, entre condutas preparatórias, tentadas ou consumadas de crime que, em algumas áreas, estão perdendo ou já perderam o significado básico que possuíam. Sem dúvida, como observa Hassemer, isso implica, além da clara redução dos requisitos de punição, a redução das possibilidades de defesa e controle através de critérios dogmáticos da decisão judicial, que por sua vez está muito subordinada ao legislador. A lista de categorias afetadas em maior ou menor grau por esta flexibilização pode ser ampla: a determinação da relação causal, cada vez mais apoiada por uma "causalidade geral", a imputação individual, o ônus da prova, a concretização individual do risco penalmente relevante, o conceito de dolo e sua diferenciação com a imprudência consciente - na medida em que se identifica dolo com consciência do risco -, bem como a clara distinção entre autores e meros partícipes e entre consumação e formas preparatórias ou tentadas do crime.⁴⁶

Fixada a situação atual, Jiménez Díaz⁴⁷ elenca três questionamentos, assim resumidos: é adequada a expansão do direito penal para atender à nova criminalidade associada à sociedade de risco, ou, ao contrário, este deve se manter dentro de seu âmbito clássico de tutela, relegando a outros ramos os novos espaços que reclamam proteção? Sendo positiva a primeira pergunta, a ampliação do direito punitivo deve ser realizada mantendo a configuração tradicional daquele ramo? Por fim, a citada expansão supõe uma perda das garantias individuais dos cidadãos, em prol da segurança da sociedade?

Entre variados discursos, há desde quem defenda o afastamento do direito penal em prol de instâncias administrativas, como quem sustente a necessidade de efetiva intervenção do ramo sobre as ameaças verificadas no contexto da globalização. De fato, diferentes correntes se formaram ao longo das últimas décadas, sendo relevante destacar, nos limites deste trabalho,

⁴⁵ MENDOZA BUERGO, 2001, p. 92.

⁴⁶ "Este 'relajamiento' aparecería tanto en los criterios e principios dogmáticos de imputación objetiva y subjetiva, como enturbando la clara distinción entre autoría e participación, entre conductas preparatorias, intentadas o consumadas del delito que, en algunos ámbitos, están perdiendo o han perdido ya el significado básico que tenían. Indudablemente, como señala Hassemer, ello conlleva, además de la clara disminución de los requisitos de punibilidad, la merma de las posibilidades de defensa y de control a través de criterios dogmáticos de la decisión del juez, que a su vez está muy supeditado por el legislador. La enumeración de categorías a las que afecta en mayor o menor medida esta flexibilización puede ser amplia: la determinación de la relación de causalidad, cada vez más apoyada en una 'causalidad general', la imputación individual, la carga de la prueba, la concreción individual del riesgo penalmente relevante, el concepto de dolo y su diferencia con la imprudencia consciente - en la medida en que se identifica dolo con conciencia del riesgo -, así como la nítida diferenciación entre autores y meros partícipes y entre consumación y formas preparatorias o intentadas del delito". (Ibid., p. 97, tradução nossa).

⁴⁷ DÍAZ, 2014, p. 4, acesso em: 19 fev. 2018.

algumas das principais tendências doutrinárias que surgiram como resposta ao direito penal expansivo da sociedade moderna.

2.2.1 A Escola de Frankfurt⁴⁸ e o direito de intervenção de Hassemer

Dentre as correntes de resistência à modernização do direito penal, que negam sua capacidade de responder aos desafios surgidos na modernidade, merece destaque aquela propugnada pela “Escola de Frankfurt”. Esse movimento denuncia a funcionalização do ramo, identificando de que forma se articula a relação entre a insegurança da coletividade e a demanda pela intervenção punitiva, bem como, por via de consequência, a desformalização resultante desse fenômeno, com o objetivo de adequar o direito penal às exigências da sociedade hodierna.

Ao expor a questão, Herzog⁴⁹ afirma que, quanto maior a sensação de insegurança, mais arcaicas são as demandas sociais colocadas ao Estado, forçado a produzir estabilidade através da violência. Esta violência estabilizadora é precisamente o direito penal, o qual, incapaz de neutralizar os riscos percebidos pela coletividade, enfrenta uma situação paradoxal: a decepção com a eficácia da resposta penal que, no entanto, conduz a novos apelos pelo incremento de sua intervenção. Cada novo incremento infrutífero resulta em maior ansiedade e, com isso, reproduz-se o modelo, chamando o Estado a restituir a ordem mediante mais violência.

Maior expoente da “Escola de Frankfurt”, Winfried Hassemer⁵⁰ chama atenção para os riscos que o direito penal da atualidade promove a sua função de garantia ao se afastar, com uma velocidade crescente, do “centro ideal” do direito penal clássico, ao qual pertencem “as tradições democráticas da determinação e da subsidiariedade do direito penal, bem como o crime de dano como a forma normal de comportamento delitivo”. Segundo o autor, a ampliação do direito penal, com a utilização de novos instrumentos (dentre os quais a já mencionada proliferação de bens jurídicos supraindividuais, a preferência por crimes de perigo abstrato, a antecipação da tutela penal etc.), denota uma modificação nas funções do ramo e conduz, também, a problemas e custos específicos.

⁴⁸ Feijoo Sánchez destaca que, considerando a pluralidade de autores com diferentes enfoques normalmente incluídos nesta escola, parte da doutrina nega a existência de uma escola no sentido tradicional de um movimento com orientação definida. Nada obstante, tal como o próprio Sánchez, optamos por adotar a nomenclatura vastamente utilizada, reconhecendo que, a despeito de algumas diferenças, os autores da “Escola de Frankfurt” compartilham grande parte de suas posições fundamentais, notadamente quanto às críticas formuladas ao direito penal. (FEIJOO SÁNCHEZ, 2011, p. 26-27).

⁴⁹ HERZOG, Félix. Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo. Tradução de Enrique Anarte Borrallo. *Revista Penal*, n. 4, p. 55, 1999. Disponível em: <<https://goo.gl/oRZdsj>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁵⁰ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, p. 146, fev.-mar. 2003.

De fato, Hassemer⁵¹ sublinha que o direito penal atual deixa de ser um instrumento de reação frente às lesões mais graves aos interesses de liberdade dos cidadãos e se converte em instrumento de defesa da política interna, aproximando-se das funções do direito civil ou do direito administrativo. Entretanto, os setores centrais do moderno direito penal padeceriam de *déficits* de execução crônicos, assumindo um caráter eminentemente formal e sem efetividade prática⁵², além de resultar em prejuízos próprios da necessidade de abandonar os tradicionais pressupostos de imputação penal no intuito de tornar mais eficiente a política criminal.

Assim é que as características da sociedade moderna estariam provocando a desnaturalização do direito penal, a fim de dar resposta aos novos riscos procedentes dos avanços tecnológicos. O processo de expansão, contudo, teria desnudado a incapacidade do ramo de proteger eficazmente os novos bens jurídicos a si atribuídos, tornando-o meramente simbólico.

Referida concepção é também destacada por Prittwitz⁵³, segundo o qual

O direito penal, cujo perfil se alterou, e até mesmo se deformou sob o peso das tarefas que lhe foram atribuídas, nada ou quase nada tem a apresentar como sucessos ou prognósticos plausíveis de sucesso. Pior: os problemas urgentes da sociedade moderna e em muitos aspectos em rápida evolução - mencione-se aqui apenas os exemplos da ecologia e da economia - na verdade permanecem sem solução devido ao fato de terem sido transferidos de forma excessiva para a esfera do direito penal. Às vezes há até que se temer efeitos colaterais contraproducentes pela aplicação do direito penal. Ajustes posteriores distorcem continuamente o perfil do direito penal característico do Estado de Direito, devido ao fato de não se ver as causas estruturais dos problemas - ou talvez seja mais exato denominá-las sistêmicas - que tendem a levar ao fracasso do solucionador de problemas que é o direito penal.

Hassemer⁵⁴ prega que a solução estaria em “eliminar uma parte da modernidade do atual direito penal”, através de uma dupla abordagem: por um lado, reduzindo o verdadeiro direito penal ao que se denomina “direito penal básico” e, por outro, favorecendo o surgimento de um novo ramo jurídico, “que permita tratar adequadamente os problemas que apenas de maneira forçada podem ser tratados dentro do direito penal clássico.”

⁵¹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en el derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 25.

⁵² Nesse ponto o autor destaca, exemplificativamente, a grande quantidade de processos que não ultrapassam a fase de investigação, as altas taxas de “cifras ocultas de criminalidade” e o fato de que apenas seriam alcançados pela justiça penal os indivíduos mais vulneráveis. (Ibid., p. 26).

⁵³ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendência atuais em direito penal e política criminal. Tradução de Helga Sabotta de Araújo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas - RBCCrim*, v. 12, n. 47, p. 36-37, mar.-abr. 2004.

⁵⁴ “*En mi opinión la solución está en eliminar una parte de la modernidad del actual derecho penal, llevando a cabo una doble tarea: por un lado, reduciendo el verdadero derecho penal a lo que se denomina ‘derecho penal básico’ (a), y, por otro, potenciando la creación de un ‘derecho de intervención’ (b) que permita tratar adecuadamente los problemas que solo de manera forzada se pueden tratar dentro del derecho penal clásico*”. (HASSEMER, op. cit., p. 32, tradução nossa).

Dentro da primeira perspectiva, objetiva-se a redução do direito penal a seu núcleo central, o qual compreenderia todas as lesões aos bens jurídicos individuais mais importantes e, apenas de modo excepcional, também os perigos mais graves e visíveis, tais como os delitos contra a segurança do Estado ou a condução de veículo sob efeito de bebidas alcoólicas. No que diz respeito aos bens jurídicos coletivos, esses deveriam ser reduzidos ao mínimo necessário, descritos com a maior precisão possível e interpretados em função da proteção dos bens jurídicos individuais.⁵⁵

De outro lado, o autor propõe a busca por alternativas de atuação sobre as ameaças surgidas na modernidade através de instrumentos alheios ao direito penal, mediante a criação de um “direito de intervenção”, intermediário entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, entre o direito público e o direito privado. Suas garantias e formalidades seriam menores em relação àquelas que regem o direito penal e o direito processual penal, mas as sanções aplicáveis seriam também menos gravosas, sem a possibilidade de punições severas como a privação de liberdade.⁵⁶

Como destaca Renato de Mello Jorge Silveira⁵⁷, a elaboração formulada por Hassemer, pautado na concepção de que o direito penal é incapaz de acolher os problemas da sociedade moderna, ainda careceria de padrões mais precisos e técnicas de limitação. Nada obstante, sua proposta não é a única que busca assegurar o espaço mínimo do direito penal tradicional e que considera viável a existência de um modelo que contraponha a flexibilização de garantias com a menor intensidade da intervenção estatal sobre o indivíduo, como se verá adiante.

2.2.2 O direito penal de duas velocidades de Silva Sánchez

Na Espanha, a postura reducionista de maior destaque é, sem dúvida, aquela defendida por Jesús-María Silva Sánchez. Em sua obra mais célebre, o autor observa que, na era da globalização, em virtude da força que conquistou a linha político-criminal punitivista, não é difícil constatar uma exagerada e desconhecida expansão do direito penal, representada por uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da criação de novos tipos penais, do agravamento daqueles já existentes, além da restrição ou da “reinterpretação” das garantias clássicas do direito penal liberal, construído a partir do Iluminismo.⁵⁸

⁵⁵ HASSEMER, 1999, p. 32-33.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 34-35.

⁵⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 200.

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 21.

Embora se manifeste contrariamente ao expansionismo do direito penal, Silva Sánchez o compreende como um fenômeno inevitável e que resulta de inúmeros fatores. O autor não ignora que, em muitas ocasiões, o controle penal constitui um expediente fácil a que os poderes públicos recorrem para resolver problemas sociais, mas afirma que existem outros elementos que orientam essa tendência, dentre os quais a atuação dos meios de comunicação e das próprias instituições públicas de repressão da criminalidade na difusão social da sensação de insegurança.

Demais disso, destaca a “expansão da imputação de responsabilidade” como característica cultural da sociedade contemporânea, com isso correlacionando o medo generalizado e a busca por sujeitos culpáveis aos quais seja possível atribuir todo e qualquer resultado lesivo, partindo-se do axioma de que “sempre há de existir um terceiro responsável a quem imputar o fato e suas consequências, patrimoniais e/ou penais.”⁵⁹

Há ainda que se salientar que a expansão do direito penal, para Silva Sánchez, evidencia o descrédito da coletividade em relação às demais instâncias de proteção, notadamente a ética social, o direito civil e o direito administrativo. Alerta-se, contudo, que a visão do direito penal como único instrumento eficaz de resolução dos conflitos contemporâneos supõe uma superação ilimitada e preocupante do conceito de *ultima ratio* e, pior do que isso, revela um discurso ilusório, que transfere ao ramo “um fardo que ele não pode carregar”, mesmo se mantido um modelo análogo ao tradicional.⁶⁰

A aspiração ingênua de eficácia do direito penal na obtenção de segurança à coletividade amedrontada conduziria, então, a uma repulsa social em relação a alguns dos elementos característicos do direito penal clássico, os quais seriam contemplados como obstáculos à consecução dos objetivos esperados com a luta contra a criminalidade. Dentre outras características, a globalização traz consigo demandas fundamentalmente práticas ao direito penal e lhe exige respostas quase sempre punitivistas, daí porque, para Silva Sánchez⁶¹,

[...] o Direito Penal da globalização econômica e da integração supranacional será um Direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual se flexibilizarão as regras de imputação e se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais. Nesse ponto, destarte, o Direito Penal da globalização não fará mais que acentuar a tendência que já se percebe nas legislações nacionais, de modo especial nas últimas leis em matéria de luta contra a criminalidade econômica, a criminalidade organizada e a corrupção.

Reforçando as características elencadas em relação ao direito penal contemporâneo, marcado pela transição do modelo de “delitos de lesão a bens individuais” ao modelo de “delitos

⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 46-47.

⁶⁰ Ibid., p. 61.

⁶¹ Ibid., p. 75-76.

de perigo (presumido) a bens supraindividuais”, o autor alude a um processo de “administrativização” do ramo, que estaria assumindo o modo de raciocínio próprio do direito administrativo sancionatório. Exemplo desse fenômeno seria a assunção da lesividade global derivada de acumulações ou repetições, que exime uma valoração do fato específico, do grau de lesividade de um comportamento individual ao bem jurídico que se busca tutelar, e passa a colocar como problema as grandes cifras ou a realização de fatos similares por vários sujeitos.⁶²

Como aponta Marta Rodriguez Machado⁶³, a racionalidade dos delitos cumulativos é, de fato, estranha ao direito penal clássico, operando em incompatibilidade com os princípios da lesividade, da culpabilidade e da proporcionalidade. Se a conduta de cada agente, isoladamente considerada, não acarreta lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, não se justifica a pena individualmente imposta.

Referido “direito penal da globalização”, entretanto, não incluiria todo o direito penal, concentrando-se na delinquência econômica ou organizada e em modalidades delitivas conexas. Duas alternativas se abririam, diante dessa constatação: ou se promove uma “setorialização” das regras da parte geral do direito penal, ou se assume que, devido à força da nova criminalidade, a modificação das regras de tratamento quanto a esses crimes deve atingir igualmente as modalidades clássicas de delinquência⁶⁴. Silva Sánchez opta pela primeira opção, sugerindo a formulação de um “direito penal de duas velocidades”.

Como define Salvador Netto⁶⁵, a crítica de Silva Sánchez ao direito penal contemporâneo reside, principalmente, “na relação existente entre as *garantias incorporadas* pelo sistema de imputação e as *sanções resultantes* da concretude das normas em face do cidadão”. Essa linha de pensamento difere daquela sustentada por Hassemer, porquanto a preocupação do autor espanhol não estaria propriamente na subtração da incidência do direito penal diante dos novos bens jurídicos, mas em garantir uma adaptabilidade dos mecanismos sancionadores com uma proteção do indivíduo em face do poder do Estado.

A proposta de Sánchez, em suma, não envolve a criação de um novo sistema jurídico que faça frente aos desafios surgidos ou ampliados na modernidade, mas, ao contrário, efetua uma

⁶² Diz Silva Sánchez, como exemplo: “Os resíduos de uma empresa – de apenas uma -, por muito que superem amplamente os graus de concentração de metais pesados estabelecidos na normativa administrativa, não têm como colocar em perigo – por si só – o equilíbrio dos sistemas naturais. [...] O problema se deriva da generalização de resíduos com certos graus de concentração de metais. Nessa medida, é lógico que sob a perspectiva global do Direito Administrativo sancionador se considerem pertinentes a intervenção e a sanção. Pois o somatório de resíduos teria – aliás, tem – um inadmissível efeito lesivo. Mas, novamente, não se mostra justificável a sanção penal da conduta isolada que, por si só, não coloca realmente em perigo o bem jurídico que se afirma proteger”. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 119).

⁶³ MACHADO, M., 2005, p. 144.

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 84.

⁶⁵ SALVADOR NETTO, 2006, p. 162-163, destaques no original.

diferenciação no tratamento dos novos riscos de maneira interna ao direito penal, num sistema em que as regras de imputação e garantias funcionariam em dois níveis diferentes de intensidade.

O “direito penal de duas velocidades” possui como ponto de partida “a direta relação existente entre as garantias que incorpora um determinado sistema de imputação e a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação”⁶⁶: de um lado ficariam os fatos atingíveis por um direito penal “nuclear”, caracterizados pela possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade e, por essa razão, a exigir o mais rígido atendimento a todos os princípios político-criminais; de outro, a segunda velocidade integraria a tutela dos novos riscos sociais, dos delitos de acumulação ou de perigo presumido, os quais poderiam experimentar uma certa flexibilização das garantias penais e processuais uma vez que somente admitiriam o uso de penas restritivas de direitos e penas pecuniárias, sem possibilidade de pena de prisão.

Convicto de que a expansão do direito penal é uma realidade imutável, o problema residiria, assim, na expansão da pena privativa de liberdade. Para o autor,

O espaço da expansão razoável do Direito Penal da pena de prisão é dado pela existência de condutas que, por si sós, lesionam ou põem em perigo real um bem individual; eventualmente, cabe admitir o mesmo a propósito de bens supra-individuais, sempre que efetivamente lesionados ou colocados sob perigo real pela conduta do sujeito em concreto. Nesse âmbito, ademais, a razoabilidade da expansão requereria plena salvaguarda de todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia. Paralelamente a isso, pode-se admitir resignadamente a expansão – já produzida – do Direito Penal até os ilícitos de acumulação ou de perigo presumido, isto é, a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais (e inclusive supra-individuais, desde que concebidos com um mínimo rigor). Mas a admissão da razoabilidade dessa segunda expansão, que parece acompanhada dos traços de flexibilização reiteradamente aludidos, exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão. Na medida em que essa exigência não vem sendo respeitada pelos ordenamentos jurídicos de diversos países, até o momento, a expansão do Direito Penal carece, em minha opinião, da requerida razoabilidade político-jurídica.⁶⁷

Por fim, o autor acena a uma terceira velocidade do direito penal, na qual a pena de prisão esteja acompanhada da relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Essa terceira velocidade já existiria no direito penal socioeconômico, mas em relação ao contexto citado deveria ser reconduzido à primeira ou à segunda velocidade; de outro lado, a existência de um espaço de direito penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas que as do direito penal da primeira velocidade seria, em relação a alguns fenômenos excepcionalmente graves – a exemplo da delinquência sexual violenta e reiterada, ou do terrorismo –, e por tempo limitado, inevitável.⁶⁸

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 137.

⁶⁷ Ibid., p. 147.

⁶⁸ Ibid., p. 148-149.

2.2.3 As posturas modernizadoras de Schunemann e Corcoy Bidasolo

Dentro das correntes favoráveis à modernização do direito penal, visualiza-se duas diferentes linhas: uma primeira que considera ser o direito penal um instrumento necessário e adequado para lidar com os novos riscos e que aceita a possível flexibilização dos critérios de imputação e garantias penais e processuais que porventura decorram dessa interferência, e uma segunda que, embora admitindo a intervenção punitiva para combater as ameaças advindas da sociedade moderna, defende que o direito penal não venha a sofrer com qualquer redução ou relativização de seus institutos e princípios.⁶⁹

Representante da primeira corrente, Bernd Schunemann⁷⁰ afirma que o raciocínio sistemático e a elaboração de um sistema são irrenunciáveis para uma cultura jurídica desenvolvida e racional, mas, por outro lado, o surgimento de novos problemas deve colocar à prova a sistematização existente. Em resumo, o ideal de elaboração sistemática no direito penal – como na ciência jurídica em geral – deve ser representado por um “sistema aberto” que ordene e conserve os conhecimentos alcançados através do debate científico, mas que não esteja imune a modificações, ou mesmo subversões, provocadas pela aparição de novas soluções aos problemas ou de novos conhecimentos materiais.

Disso decorre o entendimento do autor no sentido de que a modernização da sociedade naturalmente abarcaria a modernização da criminalidade, exigindo a correspondente atualização do direito para lidar com a nova realidade. Ao direito penal se exigiria uma reação proporcional à danosidade social das formas específicas de riscos surgidas a partir da sociedade industrial desenvolvida, o que envolveria, dentre outros fatores, a mudança de perspectiva do ramo em direção às classes média e alta, e a cuidadosa diferenciação entre os bens jurídicos coletivos puros e os bens jurídicos aparentes.⁷¹

Schunemann⁷² aponta que, desde o seu nascimento, o direito penal concentrou esforços nas classes sociais mais baixas, seja para a configuração dos tipos penais, seja na perspectiva de sua atuação prática. Há algumas décadas, entretanto, seria possível verificar uma mudança nessa tendência, de modo a transformar os comportamentos associados às classes média e alta como centro da legislação penal e da atividade de persecução punitiva.

⁶⁹ DÍAZ, 2014, p. 13, acesso em: 23 fev. 2018.

⁷⁰ SCHUNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Introdução, tradução e notas de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 42-43.

⁷¹ SCHUNEMANN apud DÍAZ, 2014, p. 13-14, acesso em: 23 fev. 2018.

⁷² Id. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tradução de Lourdes Baza. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 50-51.

Dentro desse contexto, a manutenção das regras tradicionais do direito penal

[...] tem consequência nefastas porque não apenas dificulta e em parte impossibilita uma persecução penal efetiva das modernas formas de criminalidade, como porque também destrói simultaneamente a legitimidade da persecução penal da “criminalidade clássica”. Como se justificará a ulterior persecução intensa da criminalidade aventureira e miserável, se se fecham os olhos frente às necessidades de persecução efetiva da criminalidade organizada moderna, gerando desse modo uma pressão desigual na persecução, em prejuízo daquelas formas de criminalidade que no fundo são menos gravosas?⁷³

O jurista alemão não acredita no afastamento do direito penal, em prol de outras instâncias jurídicas, para enfrentar os problemas da sociedade pós-industrial, na medida em que o mecanismo específico de eficácia do direito penal consistiria em sua aptidão preventiva, ao apresentar ao autor motivos “racionais para evitar o delito”, através da ameaça de custos muito superiores aos benefícios que teria com a prática criminosa⁷⁴. Tal finalidade não seria obtida com a simples intervenção do direito administrativo ou do direito civil, haja vista o menor grau de intensidade das sanções aplicadas por esses ramos.

Parte considerável do trabalho de Schunemann se debruça sobre a importância da teoria da proteção do bem jurídico, considerada pelo autor, especialmente no momento atual da globalização, como irrenunciável para a interpretação dos tipos penais, sua legitimação constitucional e, também, para a limitação do poder sancionador estatal⁷⁵. Crítico contundente do posicionamento da “Escola de Frankfurt”, sustenta que os questionamentos formulados aos bens jurídicos coletivos pecam por uma análise insuficiente da relação entre o bem jurídico e a estrutura do delito, por um estreitamento sobre o conceito de bem jurídico a partir dos interesses dos membros de uma sociedade determinada e, finalmente, por não atentar à realização de um inventário de necessidades político-criminais concretas.⁷⁶

O autor destaca que o conceito meramente individual de bem jurídico não leva em consideração as dimensões das distintas potencialidades de lesão à sociedade em função de seu desenvolvimento tecnológico. Dois dos principais elementos característicos da “sociedade de risco” seriam precisamente o incremento das interconexões causais – dificultando, por exemplo,

⁷³ “[...] tiene consecuencias nefastas porque no sólo dificulta y en parte impossibilita una persecución penal efectiva de las modernas formas de criminalidad, sino porque también destruye simultaneamente la legitimidad de la persecución penal de la ‘criminalidad clásica’. Pues ¿como va a justificarse la ulterior persecución intensa de la criminalidad aventurera y de miseria, si se cierran los ojos frente a las necesidades de la persecución efectiva de la criminalidad organizada moderna, generando de este modo una presión desigual en la persecución, en perjuicio de aquellas formas de criminalidad que en el fondo son menos graves?”. (SCHUNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Tradução de Manuel C. Meliá. In: SCHUNEMANN, Bernd. *Obras* – v. 1. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 239, tradução nossa).

⁷⁴ Id., 2002, p. 64.

⁷⁵ Id. *¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!* Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho. (Coleção Cadernos de Conferências e Artigos; n. 38). Tradução de Ângela de la Torre Benítez. Bogotá: Editorial Universidad del Externado de Colombia, 2007, passim.

⁷⁶ Id., 2002, p. 58.

que a produção de danos na saúde dos habitantes de uma comunidade seja explicada por uma só relação de causalidade, como a emissão de substâncias tóxicas por uma determinada fábrica⁷⁷ - e a substituição dos contextos de ação individuais por contextos de ação coletivos.

Assim é que, para Schunemann⁷⁸, quando a “Escola de Frankfurt” pugna pelo afastamento de bens jurídicos supraindividuais e pela recondução aos delitos de resultado, negando a modernização do direito penal, essa negativa necessariamente o conduziria a fracassar em seu propósito de proteção de bens jurídicos, ao ignorar as condições de ação da sociedade moderna. A solução, em sua opinião, seria reconhecer a premissa fundamental inalterável de que o direito penal somente pode e deve ser empregado como *ultima ratio* para a prevenção dos danos sociais, mas sem descuidar que a realização prática desse objetivo restaria impossível sem uma revolução prévia dos institutos tradicionais do ramo.

Divergindo quanto à flexibilização dos institutos e garantias tradicionais do direito penal, Corcoy Bidasolo busca compatibilizar a modernização do ramo com o respeito aos princípios da proporcionalidade, da lesividade e do *ne bis in idem*, sobretudo através da exigência de que a norma jurídico-penal cumpra efetivamente sua função de proteção de bens jurídicos e que, no caso concreto, reste provada a ofensa ou o perigo a esse objeto de tutela.

Para a autora, ao lado das vantagens percebidas com os avanços científicos, a sociedade moderna trouxe consigo riscos que demandam a intervenção do direito penal mediante a criação de novos crimes. Discordando das correntes que advogam pela limitação do direito penal nuclear em nome da liberdade e da ausência de eficácia do ramo sobre os novos âmbitos de incidência, sua posição, pode-se dizer, parte do reconhecimento da inevitabilidade do processo expansivo do direito penal, mas busca aliá-lo à proteção das garantias e preceitos penais clássicos, frequentemente ofendidos na realidade atual. Assim,

A partir dessa situação de endurecimento do sistema penal, que é acompanhada de uma paulatina diminuição das garantias derivadas do direito de defesa, devemos considerar que direito penal queremos – dever ser – e, sobretudo, que direito penal garantista e “médio” podemos conseguir – ser. Nessa direção devemos estar conscientes de que dificilmente se poderá limitar a legislação penal, em termos de número de modalidades típicas, que aumentam em uma progressão nunca conhecida. Creio, contudo, que é possível realizar uma interpretação restritiva e uma aplicação que respeite as garantias dos preceitos penais, ao mesmo tempo em que em propõe uma melhoria da técnica legislativa.⁷⁹

⁷⁷ SCHUNEMANN, 2009, p. 234.

⁷⁸ Ibid., p. 236.

⁷⁹ “A partir de esta situación de endurecimiento del sistema penal, que va de la mano a una paulatina disminución de las garantías derivadas del derecho de defensa, debemos plantearnos qué Derecho penal queremos –deber ser– y sobre todo qué Derecho penal garantista y “medio” podemos conseguir –ser–. En esta dirección hay que ser conscientes de que dificilmente se podrá limitar la legislación penal, en cuanto a número de modalidades típicas, que aumentan en una progresión nunca conocida. Creo, sin embargo, que es posible realizar una interpretación restrictiva y una aplicación respetuosa con las garantías de los preceptos penales, al mismo tiempo

Outrossim, Corcoy Bidasolo⁸⁰ acredita que o ideal de liberdade não pode ser exercido de forma plena pelos cidadãos sem um ambiente de certa segurança e confiança, bem assim que, havendo interesse político, seria possível dotar os sistemas policial e judicial com os meios necessários a combater as novas formas de criminalidade. Para a autora, a crítica quanto à baixa eficácia do direito penal sobre os novos âmbitos de intervenção não deslegitima, por si só, esses delitos, impondo, de outro lado, a análise das causas desse fenômeno – o qual pode ser resultado da falta de instrumentos e/ou de vontade política de perseguir determinadas condutas – para, apenas se comprovada a impossibilidade absoluta de apreciação judicial, cogitar-se da descriminalização dos tipos penais criados.

A proposta de Bidasolo⁸¹ compreende que a função do bem jurídico enquanto limite à intervenção penal deve possuir ainda mais importância na sociedade atual, precisamente pela proliferação de delitos, especialmente no campo socioeconômico, em relação aos quais não se chega a um consenso sobre qual seria o bem jurídico protegido. Associado à exigência de proteção de um bem jurídico-penal estaria o respeito a outros princípios de restrição da punibilidade, tais como os princípios da subsidiariedade, da *ultima ratio* e da fragmentariedade.

Quanto aos bens jurídicos supraindividuais, a importância residiria em evitar a “desmaterialização” do objeto de tutela, sendo legítimo sancionar apenas as condutas sobre as quais seja possível provar sua lesividade *ex post* para o interesse protegido no caso concreto. Em outras palavras, não seria legítimo condenar um indivíduo pela realização formal dos elementos típicos (antijuridicidade formal), sem provar que, no caso concreto, sua conduta era efetivamente lesiva ao bem jurídico que se pretende tutelar (antijuridicidade material).⁸²

Como exemplo, a autora cita o crime de lavagem de capitais, cuja ampliação do âmbito de incidência para abarcar, de forma desmedida, a mera detenção de bens provenientes de ilícitos seria de constitucionalidade duvidosa, devendo-se exigir dos tribunais a realização de restrições típicas com base em critérios de proporcionalidade e lesividade material, a fim de alcançar somente as condutas que concretamente afetem o bem jurídico protegido.⁸³

que se propone una mejora de la técnica legislativa”. (CORCOY BIDASOLO, M. Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales, *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidade Viña del Mar, n. 8, p. 46-47, 2012, tradução nossa. Disponível em: <<https://goo.gl/iJm8SH>>. Acesso em: 25 fev. 2018).

⁸⁰ Id. Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho penal mínimo. In: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal del siglo XXI* (Cuadernos de Derecho Judicial; v. VIII-2007). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 401.

⁸¹ Id, 2012, p. 55, acesso em: 25 fev. 2018.

⁸² Ibid., p. 52-53, acesso em: 25 fev. 2018. Adiante, a autora reafirma sua posição, aduzindo que o respeito ao princípio da lesividade como elemento essencial da antijuridicidade penal corresponde, em outras palavras, à tarefa de encontrar o objeto de proteção concreta de cada um dos bens jurídicos supraindividuais e provar *ex post*, no caso especificamente analisado, que esse objeto de proteção restou afetado (p. 74).

⁸³ Ibid., p. 68, acesso em: 25 fev. 2018.

Apresentadas algumas das principais propostas doutrinárias sobre a intervenção penal no contexto da “sociedade de risco”, resta, por fim, apresentar uma visão pessoal sobre o tema, conforme se fará do subtópico posterior.

2.2.4 Tomada de posição

Conforme assinalado, as discussões em torno do direito penal no contexto da sociedade de risco remetem à questão central sobre se seria esse o ramo idôneo para atender as demandas criadas pelos novos riscos e, em caso afirmativo, se tal intervenção deverá ser realizada com a manutenção da sistemática e dos princípios informadores do direito penal clássico, ou demandaria, necessariamente, profundas alterações no modelo tradicional.

Se de um lado direito penal não pode e nem deve acomodar-se em torno de seu núcleo tradicional, tornando-se um organismo regulador ultrapassado, incapaz de atender às novas demandas sociais, de outro é evidente que essa inevitável expansão precisa ser feita corretamente, sem conduzir a uma intervenção penal excessiva, que desvincule o ramo de seu caráter de *ultima ratio*. Para Cerezo Mir⁸⁴, o moderno direito penal olvida-se perigosamente do princípio da subsidiariedade, produzindo o paradoxo da coexistência de um processo despenalizador e de uma hipertrofia da intervenção penal nas novas zonas da atividade social em que se destaca.

Em suma, seria impossível deixar o direito penal à margem da discussão atual, alheio aos riscos da sociedade pós-moderna, mas uma política criminal inadequada inevitavelmente resulta no uso meramente simbólico do ramo, “terminando por decepcionar todos os cidadãos que inicialmente se deixaram impressionar positivamente pela eleição da via penal para resolução de determinados problemas, porém ao final se dão conta de que este caminho, em muitos casos, não serve para nada.”⁸⁵

Jiménez Díaz⁸⁶ entende que o “duelo” entre liberdade e segurança deve ser resolvido por uma solução conciliatória, que garanta razoavelmente ambos os interesses, uma vez que “tão negativo é um direito penal que almeje conseguir o máximo de segurança, à custa da liberdade

⁸⁴ CEREZO MIR, 2002, p. 58, acesso em: 26 fev. 2018.

⁸⁵ “[...] termina por decepcionar a todos aquellos ciudadanos que, aunque inicialmente, se dejaron impresionar positivamente por la elección de la vía penal para resolver determinados problemas, al final se dan cuenta de que ese camino, en muchos de los casos, no sirve para nada”. (DÍAZ, 2014, p. 20, tradução nossa, acesso em: 26 fev. 2018).

⁸⁶ “[...] tan negativo es un Derecho penal que persiga conseguir el máximo nivel de seguridad, a costa de la libertad individual (que sería, en suma, un Derecho penal autoritario), como lo es uno que, en aras de una mal entendida libertad, deje a sus ciudadanos indefensos e inseguros”. (Ibid., p. 21, tradução nossa, acesso em: 26 fev. 2018).

individual (o que seria, em suma, um direito penal autoritário), como um que, por causa de uma mal compreendida liberdade, deixe os seus cidadãos indefesos e inseguros.”

O direito penal, portanto, deve encontrar um equilíbrio entre os dois extremos e só deve intervir na medida em que seja absolutamente essencial para proteger a sociedade e seus membros, seja contra os novos riscos, seja contra os perigos clássicos.

Fundamental ressaltar, demais disso, que devem ser respeitados os critérios dogmáticos de imputação e as garantias que compõem o Estado democrático de direito, porquanto, como ensina Figueiredo Dias⁸⁷, a tutela a ser dispensada aos “novos riscos” é a tutela que se mostra estritamente necessária e possível a um direito penal fiel aos seus princípios fundamentais. Nesse cenário estão inseridas a manutenção da teoria de proteção do bem jurídico como modelo reitor do direito penal, mas, também, a necessidade de que a intervenção punitiva somente ocorra quando absolutamente necessária e adequada, e diante de um risco concreto para o ordenamento jurídico, comprovando-se a lesividade da conduta.

Gregor Staechelin⁸⁸ anuncia que a proteção de bens jurídicos é uma condição necessária, porém não suficiente para legitimar a proibição penal. Diante dos anseios de segurança da modernidade, o legislador teria encontrado amparo no princípio da proibição de infraproteção para, em paralelo, exceder-se na proliferação de bens jurídicos, sendo por isso necessário exigir a retomada de um sistema de justiça penal orientado por princípios que prestigiem a dignidade e a liberdade individuais.

A figura da proibição de infraproteção desenvolvida no contexto da sociedade de risco e sua busca por segurança enfraqueceriam os processos de ponderação do legislador na determinação dos bens jurídicos que efetivamente demandem a esfera de proteção penal. Assim,

A consequência de uma abordagem centrada no pensamento de segurança é [...] uma profunda desconfiança em relação ao caráter conclusivo da intervenção do legislador em conformidade com o dever de proteção. Por uma questão de princípio, deve ser da competência do legislador avaliar o perigo de um bem protegido, ponderar os interesses opostos em jogo e, nessa base, adotar uma medida. Somente quando nenhuma ação é tomada, ou quando as adotadas são completamente insuficientes ou inadequadas, a decisão legislativa deve estar sujeita ao controle judicial. Dado que o único ponto de vista deve ser a eficácia, pode ser que, para esse fim, apenas um meio esteja disponível: o direito penal. Nesse caso - esta é a tese -, o dever de proteção estabelece uma proibição de infraproteção a critério do legislador.⁸⁹

⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal; Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 173.

⁸⁸ STAECHELIN, Gregor. ¿Es compatible la ‘prohibición de infraprotección’ con una concepción liberal del Derecho penal? In: CASABONA, Carlos M. Romeo (coord.). *La insostenible situación del Derecho penal* (Estudios de Derecho Penal). Granada: Editorial Comares, 2000, p. 304.

⁸⁹ “Consecuencia de un enfoque centrado en el pensamiento de la seguridad es [...] una profunda desconfianza hacia el carácter concluyente de la intervención del legislador en cumplimiento del deber de protección. Por principio, debería ser competencia del legislador valorar el peligro para un bien protegido, ponderar los intereses contrapuestos en juego y, sobre esa base, adoptar una medida. Sólo cuando no se toma medida alguna, o bien

Noutros termos, considerado o carácter de *ultima ratio* do direito penal, não se pode admitir que o princípio de proteção de bens jurídicos seja desvirtuado como instrumento orientado à criminalização, deixando de lado as essenciais reflexões quanto à necessidade da tutela penal. Para além do papel de salvaguardar os interesses mais relevantes à coletividade existem princípios orientadores de limitação de punibilidade que devem ser observados, a exemplo da subsidiariedade, da lesividade e da dignidade da pessoa humana.

Para Herzog⁹⁰, há que se exigir que o direito penal moderno não transgrida os limites de uma imputação individual precisa e que a responsabilidade penal não se fundamente em meras “disfunções” de autores sobre o funcionamento global do sistema. Em resumo, a revisão crítica da dogmática do direito penal do risco passaria pelos seguintes pontos: nenhum delito de perigo sem a probabilidade de uma lesão ao bem jurídico; nenhuma renúncia à sujeição do direito penal ao delito de resultado; nenhuma subjetivização da responsabilidade penal pelo perigo através da ideia de lesão de um dever; nenhuma equiparação e, sobretudo, nenhuma renúncia da atribuição precisa e individual no interesse do “sistema e da direção do comportamento”.

A conquista dos princípios e garantias individuais – a exemplo dos princípios da legalidade, da culpabilidade, da proporcionalidade e da intervenção mínima, dentre inúmeros outros – decorre de elevado esforço que tem por objetivo limitar o poder punitivo estatal, e sua defesa encontra-se umbilicalmente relacionada ao modelo de sociedade que se deseja. A adequação do ordenamento penal aos postulados do Estado democrático de direito, nessa perspectiva, passa necessariamente pelo fortalecimento e salvaguarda dos direitos fundamentais, racionalizando o uso dos instrumentos de política e intervenção criminal.

A importância desse controle, relevante frisar, justifica-se igualmente diante dos reflexos evidentes da flexibilização de institutos e garantias penais aos delitos clássicos. Não se pode desconsiderar que o processo expansivo experimentado pelo direito penal em face das novas formas assumidas pela criminalidade tem apresentado como consequência o recrudescimento punitivo também no que diz respeito à persecução da chamada “criminalidade tradicional”, reforçando a utilização do sistema penal como instrumento e gestão e controle social dos segmentos subalternos da população.

cuando las adoptadas com completamente insuficientes o inapropiadas, la decisión legislativa debe ser objeto de control judicial. Dado que el único punto de mira debe ser la efectividad, puede que, a tal efecto, solo este disponible un único medio: el Derecho penal. En tal caso – ésta es la tesis -, el deber de protección establece una prohibición de infraprotección a la discrecionalidad del legislador”. (STAECHELIN, 2000, p. 296-297, tradução nossa).

⁹⁰ HERZOG, Félix. Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el derecho penal em peligro. Tradução de Elena L. Pijoan e Fernando P. Alvarez. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, p. 326, 1993. Disponível em: <<https://goo.gl/CwyZC1>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

Sobre esse ponto, Maiquel Wermuth⁹¹ aponta que, paralelamente às preocupações político-criminais com a megacriminalidade característica da sociedade de risco, o fato de o fenômeno do expansionismo penal nesse setor coincidir com um processo de agudização das desigualdades sociais resulta no ressurgimento do repressivismo e do punitivismo como formas por excelência de se combater, também, a criminalidade “clássica”, sempre apresentada como ascendente pelos meios de comunicação.

Segundo o autor, o sentimento geral de insegurança característico das sociedades contemporâneas faz com que o medo de se tornar vítima de um delito “clássico” – tais como crimes contra a vida ou contra o patrimônio – aumente consideravelmente, tanto em função da proximidade da população em geral com a “pequena delinquência” como em virtude de um sentimento generalizado de “desilusão” quanto à persecução penal dos poderosos⁹². Esses e outros fatores impulsionam o exacerbamento punitivo voltado à criminalidade exercida majoritariamente por membros dos grupos socialmente excluídos.

Também por esse motivo, pois, deve-se questionar o uso desmedido do direito penal, por vezes defendido inclusive por setores sociais que, críticos ao intervencionismo perpetrado contra os indivíduos marginalizados, consideram-no adequado como reação à “criminalidade dos poderosos”, incorrendo no erro de não sopesar os reflexos desse fenômeno sobre aquela que permanece sendo a maior parcela da delinquência perseguida pelos sistemas de controle.

2.3 O DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS COMO RESULTADO DO “DIREITO PENAL DO RISCO”

No amplo rol de delitos surgidos a partir da crescente demanda punitiva em face dos riscos criados ou ampliados com a globalização, notadamente no âmbito econômico, possivelmente o mais expressivo é o de lavagem de capitais. Fruto da repercussão desse fenômeno sobre a economia, que provocou uma mobilização internacional para o enfrentamento do tema, referido ilícito encerra diversas das características do “direito penal do risco”, seja no tocante à formação do tipo, ao problema de identificação do bem jurídico ou à dificuldade de dissociá-lo de aspectos simbólicos decorrentes de uma funcionalização do crime⁹³, dentre outros fatores.

⁹¹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 39, 2011, p. 151.

⁹² *Ibid.*, p. 151-153.

⁹³ FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 3.

O Brasil assumiu o compromisso internacional de criminalizar a lavagem de dinheiro quando assinou a Convenção de Viena, incorporada ao direito interno através do Decreto n. 154/1991. Nada obstante, a Lei n. 9.613, que tipifica o delito no país, apenas foi sancionada em 1998, sofrendo modificações em 2002 (Lei n. 10.467), em 2003 (Lei n. 10.701) e, sobretudo, em 2012, quando a Lei n. 12.683 introduziu profundas alterações no texto em vigor.

A expressão lavagem de capitais corresponde ao conjunto de operações que tem por objetivo precípua conferir aparência de licitude a bens, recursos e valores provenientes de um fato criminoso, com a sua consequente reinserção no sistema econômico-financeiro. De forma objetiva, Nuno Brandão⁹⁴ indica que “O branqueamento⁹⁵ de capitais é a atividade pela qual se procura dissimular a origem criminoso de bens ou produtos, procurando dar-lhes uma aparência legal”. Ou, conforme a autorizada lição de Fabián Caparrós⁹⁶, o processo tendente a conferir progressiva aparência de legalidade a uma massa patrimonial derivada de condutas ilícitas, objetivando sua posterior aplicação em atividades econômicas regulares.

Sem pretender resgatar os primórdios da lavagem de capitais, porquanto não é esse o objeto do presente estudo, importante destacar os principais vetores contemporâneos do crime. Nesse ponto, registra Godinho Costa⁹⁷ que “a noção inicial de *lavagem de dinheiro* surgiu, ou pelo menos a ele esteve estritamente vinculada, à constante tramitação de significativas quantias de valores obtidas com o tráfico internacional de substâncias entorpecentes.”

Especialmente ao final da década de setenta e início da de oitenta, as nações desenvolvidas, capitaneadas pelos Estados Unidos da América, compreenderam que o fenômeno do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes não estava adstrito aos limites de seus territórios, bem assim que as medidas de combate ao crime deveriam coexistir com outras destinadas a coibir o desfrute dos elevados lucros alcançados por aquela conduta delitiva.

Diante desse quadro, não causa espécie que o primeiro esforço internacional concreto de repressão à lavagem de capitais esteja contemplado dentre os dispositivos da Convenção contra

⁹⁴ BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 15, tradução nossa.

⁹⁵ Nações como a França, Bélgica, Espanha e Portugal adotam como núcleo da denominação do crime a palavra “branqueamento”. No Brasil, O Ministério da Justiça fundamentou a opção legislativa pelo vocábulo “lavagem” em duas razões, expressamente destacadas na exposição de motivos da Lei n. 9.613/1998, segundo a qual “A expressão ‘lavagem de dinheiro’ já está consagrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em consequência de seu emprego internacional (*money laundering*). Por outro lado, conforme o Ministro da Justiça teve oportunidade de sustentar em reunião com seus colegas de língua portuguesa em Maputo (Moçambique), a denominação ‘*branqueamento*’, além de não estar inserida no contexto da linguagem formal ou coloquial em nosso País, sugere a inferência racista do vocábulo, motivando estereis e inoportunas discussões.”

⁹⁶ CAPARRÓS, Eduardo Fabián. El delito de blanqueo de capitales. Madrid: Colex, 1998, p. 76.

⁹⁷ COSTA, Gerson Godinho. O tipo objetivo da lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (org.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 29-30, destaques no original.

o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, em 20 de dezembro de 1988⁹⁸. Originou-se desse contexto o chamado sistema único ou legislação de primeira geração, caracterizado por limitar o delito precedente à lavagem de dinheiro exclusivamente ao tráfico ilícito de drogas ou substâncias afins.

Se o impulso inicial da preocupação dos organismos internacionais era o tráfico de narcóticos, não tardou para que as autoridades enxergassem a necessidade de punição da lavagem do capital oriundo de outras infrações penais de significativa relevância. Cria-se, por conseguinte, o sistema parcial ou legislação de segunda geração, o qual admite que outros delitos sejam erigidos à condição de possíveis antecedentes à lavagem, embora ainda limitados a um rol taxativo.⁹⁹

Finalmente, por entender-se que a conduta por si só da lavagem de capitais teria potencialidade de comprometer o sistema econômico-financeiro e o comércio mundial¹⁰⁰, demandando particular atenção estatal, surge a denominada legislação de terceira geração, ou sistema total. Nos países que agasalharam tal modelo, a punição do crime de lavagem independeria da natureza do bem jurídico ofendido pelo delito antecedente, razão pela qual essas nações admitem que qualquer infração penal seja havida como delito predicado, desde que, por óbvio, seja capaz de produzir ativos ilícitos.

A breve incursão histórica realizada evidencia a relação entre o surgimento e o alargamento da tipicidade penal relativa ao crime de lavagem de dinheiro com o fenômeno da sociedade de risco, impulsionador, como mencionado, da intervenção do ramo sobre condutas associadas à ordem econômica e ao sistema financeiro.

Esse processo, além de representar o esforço do direito penal em fornecer uma resposta (supostamente) satisfatória a delitos de dimensões transindividuais, traduziria, para Vera Regina Pereira de Andrade¹⁰¹, “um sentimento difuso de indignação contra a impunidade das

⁹⁸ Promulgada pelo Brasil em 1991, o compromisso assumido pelos países signatários da citada Convenção, especificamente no que se refere ao tema ora analisado, resta facilmente verificado pela leitura de seu artigo 3º, § 1º, b. (BRASIL. Presidência da República. Divisão de Atos Internacionais. *Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena – Áustria, 20 de dezembro de 1988). Disponível em: <<https://goo.gl/9Chk3P>>. Acesso em: 5 mar. 2018).

⁹⁹ Nesse particular, ganha relevo o entendimento exarado através da Convenção de Palermo, ao cristalizar que a gama dos crimes precedentes à lavagem deveria ser a mais vasta possível, abarcando todas as assim consideradas infrações graves, aí incluídas, pelo menos, “uma gama completa de infrações relacionadas com grupos criminosos organizados”, conforme artigo 6º, § 2º, do Decreto n. 5.015/2005. (BRASIL. Presidência da República. Divisão de Atos Internacionais. *Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <<https://goo.gl/zWJ1Cw>>. Acesso em: 5 mar. 2018).

¹⁰⁰ Cumpre frisar que as ponderações em relação a essa potencialidade de lesão serão formuladas no tópico 2.3.2, infra, referente ao exame do bem jurídico que seria tutelado pela norma.

¹⁰¹ ANDRADE, Vera R. P. de. O controle penal no capitalismo globalizado. In: PRADO, L.; DOTTI, 2011, p. 801.

múltiplas facetas da ‘criminalidade de colarinho branco’”, além de aglutinar algumas respostas instrumentais e, sobretudo, simbólicas do sistema. Nas palavras da autora,

Este campo, que também tem para com ele uma relação midiática e uma mídia simpatizante, alarga o tradicional horizonte de projeção do controle penal moderno em nível de criminalização primária (produção de Leis penais incriminadoras), ou seja, em nível simbólico, gerando a ilusão de que esta criminalidade está sendo olhada e combatida, ao tempo em que, em nível de criminalização secundária, o sistema penal lhe preserva inúmeros mecanismos de impunidade, com toda sorte de artifícios jurídicos e proteções.¹⁰²

Thais Bandeira¹⁰³, por sua vez, aborda o que chama de “neosseletividade do sistema penal”, aduzindo que a origem da criminalização da lavagem de capitais, em âmbito internacional, foi utilizada para escamotear algumas funções, tais como o expansionismo punitivo norte-americano, o combate ao tráfico de drogas e a intenção em evitar certos crimes antecedentes. A lei brasileira não teria fugido a essa regra, uma vez que, “no momento da sua criação, alguns pontos que norteiam o direito penal, como suas missões de proteção a bens jurídicos, aliada à subsidiariedade e à fragmentariedade, deixaram de ser explicados razoavelmente”, representando um contundente exemplo de legislação emergencial.

Não por outro motivo, diversos questionamentos são suscitados pela doutrina quanto à caracterização do delito no ordenamento penal e à flexibilização de institutos e garantias em sua aplicação, alguns dos quais serão pormenorizados ao longo desse estudo. Num primeiro momento, cabe adentrar ao exame, embora sucinto, do sistema de combate ao crime, da questão relativa ao bem jurídico protegido e dos tipos penais previstos na Lei n. 9.613/1998.

2.3.1 Políticas de combate à lavagem de capitais: a questão da cooperação privada

Consoante indicado, a luta contra a reciclagem de ativos surgiu como um meio aparentemente mais eficaz de combater determinadas atividades delitivas e, para tal efeito, os países, seguindo as diretrizes e as recomendações fixadas por distintos organismos internacionais, dedicaram-se a penalizar a referida conduta como um crime autônomo, independente da prática infracional que tenha gerado os capitais objetos da lavagem.

O mascaramento dos benefícios econômicos procedentes de uma infração penal passa a constituir, portanto, uma atividade ilícita a respeito da qual o Estado toma posição em sua luta e repressão, estabelecendo uma série de medidas preventivas que tendem a dificultar que o

¹⁰² ANDRADE, 2001, p. 801.

¹⁰³ PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. *A neosseletividade do sistema penal: a lei de lavagem de capitais como uma demonstração da vulnerabilidade do criminoso de colarinho branco. Uma aproximação entre a dogmática e os aspectos criminológicos*. Tese (Tese em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015, p. 189. Disponível em: <<https://bit.ly/2lQLsnH>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

indivíduo, seja ou não o autor do delito precedente, possa usufruir dos produtos da prática criminosa.

De fato, se o processo de globalização econômica, associado ao progresso da informática e da comunicação, assegurou maior celeridade e segurança nas transações internacionais, facilitando a circulação de pessoas e valores por todo o globo, de igual forma permitiu o aperfeiçoamento das modalidades e a expansão da lavagem de dinheiro. Na observação de Vladimir Aras¹⁰⁴,

O quadro logístico montado para atender a legítimos negócios internacionais passou a ser utilizado por organizações criminosas de todo o mundo. E as vantagens econômicas advindas desses negócios ilícitos passaram a transitar pela economia global, contando com as mesmas facilidades dos capitais legítimos.

Trata-se de um fenômeno de alcance transnacional, uma vez que tanto os delitos de que provêm os bens a serem lavados como as atividades voltadas à reciclagem geralmente não se circunscrevem às fronteiras de um único país. Essa constatação deu lugar à adoção de iniciativas de nível internacional com o objetivo de impulsionar a harmonização das diversas legislações, assim como a coordenação das atividades internacionais de luta contra a lavagem, com a aprovação de medidas legislativas por parte dos Estados afetados.¹⁰⁵

Sem pretender esgotar a temática, é relevante frisar que as políticas de combate à lavagem são construídas sobre a cooperação entre o setor público e o setor privado, esse último representado pelas pessoas físicas e jurídicas que, atuando em atividades comumente utilizadas no processo de mascaramento, são convocadas a contribuir com a prevenção ao crime. Explicando a referida estratégia, diz a doutrina que ela se daria face ao “reconhecimento da incapacidade do Poder Público para prevenir ou investigar tal delito sem a colaboração das instituições privadas que atuam nos setores mais sensíveis à prática do crime.”¹⁰⁶

Para Marco Antonio de Barros¹⁰⁷, diversos são os motivos que conduziram à criação desse modelo de parceria. Em primeiro lugar, destaca-se o caráter transnacional da lavagem de ativos e a sua característica de, normalmente, não possuir uma vítima identificável – nem, conseqüentemente, ensejar a formalização de queixas ou reclamações –, situações que explicam

¹⁰⁴ ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.411, 13 maio 2007. Disponível em: <<https://goo.gl/4kM5Ai>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

¹⁰⁵ CABANA, Patricia Faraldo. Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal Español de 1995. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los Abogados y Asesores Fiscales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, vol. LIX, p. 136, 2006.

¹⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32-33.

¹⁰⁷ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 308-309.

a grande dificuldade percebida na atividade investigativa do crime. Ademais, para o autor, três objetivos principais justificaram o surgimento desse vínculo obrigacional para o setor privado: i) evitar que o sistema financeiro e os setores produtivos da economia sejam utilizados no processo de reciclagem; ii) chamar a atenção da sociedade sobre a impossibilidade de que a fiscalização das operações ilegais fique inteiramente a cargo do Estado; e iii) colher subsídios que possam garantir o êxito da persecução penal na fase da apuração judicial do delito.¹⁰⁸

Diante dessa realidade, a Lei n. 9.613/1998, além de criar um órgão especializado na prevenção e combate ao delito de lavagem de capitais¹⁰⁹, busca fixar procedimentos que dificultem o encobrimento da origem infracional dos bens, direitos e valores e permitam alcançar o pretendido isolamento econômico do agente criminoso. Na esteira das normativas internacionais, o legislador brasileiro incorporou as regras de cooperação privada na luta contra o delito de reciclagem, impondo a determinados sujeitos que atuam em setores considerados sensíveis ao crime deveres especiais de vigilância sobre atos que possam constituir o delito.

As instituições e as pessoas chamadas a cooperar no combate à lavagem de dinheiro estão elencadas no artigo 9º da legislação brasileira, cuja redação sofreu diversas alterações após a entrada em vigor da Lei n. 12.683/2012. As pessoas físicas ou jurídicas que desenvolvam, em caráter permanente ou eventual, de forma principal ou acessória, cumulativamente ou não, qualquer das atividades mencionadas no dispositivo têm a obrigação de desenvolver algumas tarefas no propósito de impedir a utilização desses setores representativos da economia no processo de mascaramento.

Se, inicialmente, o rol de sujeitos obrigados se centralizou exclusivamente no sistema financeiro, certo é que a sofisticação das modalidades e técnicas de reciclagem de ativos evidenciou que novas áreas passaram a ser utilizadas no processo de ocultação, dissimulação e integração do capital ilícito, demandando a consequente ampliação do texto legal.

Trata-se de um reflexo do movimento de uniformização da legislação penal, impulsionado pelo fenômeno da globalização, uma vez que a diversidade de diplomas legais e métodos de combate e prevenção ao crime de lavagem de capitais se mostrou ineficaz para enfrentar um fenômeno criminal que se articula transnacionalmente, exigindo maior cooperação e uniformidade normativa a buscar uma tutela pretensamente efetiva.

¹⁰⁸ BARROS, 2012, p. 309.

¹⁰⁹ O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), instituído pelo artigo 14 da lei brasileira de lavagem e órgão integrante do Ministério da Fazenda, possui a incumbência legal de coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à lavagem de dinheiro, além de disciplinar e aplicar penas administrativas e receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas.

A doutrina adverte, contudo, para o possível exagero na imposição a particulares de atribuições que cabem às autoridades públicas, sobretudo diante da constante ampliação do rol de destinatários das obrigações tendentes a prevenir a lavagem de dinheiro. Nesse sentido, Nuno Brandão¹¹⁰ defende a busca por um equilibrado compromisso nesse propósito de defesa social, de forma a não ofender o núcleo essencial de outros valores e princípios fundamentais do Estado democrático de direito.

Para o autor, embora seja papel do Estado combater eficazmente o crime e aparelhar suas instituições, é legítimo que se imponha a certas pessoas e organizações que estejam em posição privilegiada uma função de colaboração nessa tarefa, desde que tal comprometimento não seja levado a níveis extremados¹¹¹. O problema não estaria no chamamento de particulares para atuar como uma espécie de *longa manus* dos órgãos policiais do Poder Público, mas, sim, na extensão e intensidade desse auxílio, que não deverá sobrecarregá-los nem eximir o Estado de atribuições que lhe são próprias.

De outro lado, é importante reiterar que todo o arcabouço normativo de combate ao delito em estudo se volta ao objetivo primordial de impedir a utilização do produto econômico da infração penal antecedente, convertendo o direito penal em instrumento de recuperação de ativos ilícitos, numa demonstração do fenômeno de administrativização do ramo. Às pessoas físicas e jurídicas que deixem de cumprir com os deveres impostos pela Lei n. 9.613/1998 serão aplicadas as sanções previstas no artigo 12 do mesmo diploma, situação que, aliada à ampliação do rol de sujeitos obrigados, contribuiu para o recebimento de 6.806.769 comunicações de operações suspeitas, apenas entre os anos 2013 e 2017.¹¹²

2.3.2 O problema do bem jurídico tutelado

Cediço que o exame do bem jurídico resguardado pela norma penal revela-se como um limite ao poder de punir do Estado, atendendo aos ditames do princípio da ofensividade, segundo o qual o direito penal apenas estaria autorizado a intervir com vistas a proteger aqueles valores tidos como mais relevantes dentro de determinada sociedade. Ainda que não seja tarefa fácil declinar com exatidão quais valores e bens são dotados de tal importância merecedora da tutela penal, uma vez que constantemente mutáveis, a fixação de parâmetros para essa proteção

¹¹⁰ BRANDÃO, 2002, p. 33.

¹¹¹ Ibid., p. 32-33.

¹¹² A título comparativo, o número total de comunicações recebidas pelo órgão nos 14 anos anteriores, entre 1999 e 2012, foi de 7.168.316, segundo dados disponíveis em: <<https://goo.gl/YMfvqV>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

é imprescindível porque funciona como um critério negativo, distinguindo os comportamentos de relevância jurídico-penal dos problemas de caráter eminentemente moral ou político.

Dentro desse contexto, Prittwitz¹¹³ chama atenção para o fato de que, no direito penal do risco, “um comportamento não é penalmente tipificado *porque* é considerado socialmente inadequado, mas *a fim de que* seja visto como socialmente inadequado”. Paulo Silva Fernandes¹¹⁴, em sentido semelhante, destaca que, em sede de direito penal econômico, o bem jurídico é de natureza “artificial” ou construída pelo devir histórico-social, não possuindo, então, o substrato onto-antropológico sedimentado com que contam os bens jurídicos clássicos, como a vida ou a integridade física.

De acordo com o autor, a eleição dos bens jurídicos na seara penal-econômica ocorre, muitas vezes, posteriormente à própria incriminação da conduta, de modo que

Assim, o resultado será o aparecimento de, a lare dos delitos clássicos, muitos outros que muito pouco em comum têm com aqueles, seja a nível de sedimentação histórica e social, seja quanto à direção do âmbito de proteção que tomam, o que se torna particularmente impressivo do domínio dos (novos) bens jurídicos do Direito Penal Econômico, donde se pode retirar, também, o seu caráter de bens jurídicos mutáveis e normativamente orientados para o prosseguimento de um determinado objetivo político-econômico, decantável em cada contexto histórico.¹¹⁵

No que tange ao crime de lavagem de capitais, a discussão em derredor do bem jurídico protegido é calorosa. Considerando que os dois primeiros valores constantemente citados como passíveis de proteção por meio da legislação que tipifica o delito de reciclagem - a saber, a *saúde pública* e o *mesmo bem jurídico ofendido pelo crime antecedente*¹¹⁶ - estão intimamente relacionados ao momento de criação dessa figura típica, ainda unicamente atrelada aos valores ilícitamente obtidos através do tráfico de substâncias entorpecentes, cumpre-nos adentrar na análise dos bens jurídicos mais regularmente defendidos pela doutrina atual como dignos de tutela penal através da Lei n. 9.613/1998: a *administração da justiça* e a *ordem econômica*.

Roberto Podval¹¹⁷ esclarece que o legislador, ao incriminar a lavagem de capitais, busca dificultar a proliferação dos delitos antecedentes, em razão dos malefícios reais que esses trazem para a ordem social. Assim, diz que a figura típica prevista na Lei n. 9.613/1998 seria

¹¹³ PRITTWITZ, 2004, p. 36.

¹¹⁴ FERNANDES, 2001, p. 84.

¹¹⁵ Ibid., p. 84-85, destaques no original.

¹¹⁶ Cf. FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. *Comentários críticos à Lei brasileira de lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14 e ss.; BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 49 e ss.; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 72 e ss.; CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 153 e ss.

¹¹⁷ PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, René Ariel (org.). *Direito penal da administração pública* (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 4). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1035.

uma espécie de favorecimento real, vez que concebida para proteger a administração da justiça frente à impossibilidade de punir os responsáveis pelos crimes antecedentes em razão do auxílio prestado aos delinquentes.¹¹⁸

A vertente em questão, propagada por muitos autores¹¹⁹, contudo, não se revela imune a críticas, consoante demonstra o trecho a seguir destacado:

[...] definir a administração da Justiça como bem tutelado é dizer que aquele que praticou o crime precedente tem o dever de acusar-se. [...] E, em sociedade alguma, parece razoável, longe de aceitável, que se exija a autoacusação por parte do réu. Ao contrário, é facultado a este, inclusive, o direito ao silêncio, bem como à não auto-incriminação. Logo, não parece sustentar-se a administração da Justiça como o valor digno de proteção.¹²⁰

Além da possível infringência à garantia da não autoincriminação, há quem mencione que o conceito de administração da justiça, sendo carecedor de definição mais exata, permite que sejam abrangidas sob sua tutela uma infinidade de condutas, muitas das quais sequer dotadas de ofensividade que justifique a intervenção penal¹²¹. Outrossim, Moraes Pitombo¹²² questiona a adoção desse posicionamento teórico face à dificuldade de comprovação do dolo direto do agente em afetar o funcionamento da justiça, especialmente nas hipóteses de lavagem de dinheiro impulsionadas pelo lucro.

Para muitos autores¹²³, então, o primordial intuito da Lei n. 9.613/1998 seria evitar o ingresso de capitais lavados na economia formal, situação que, no mais das vezes, conduziria a um desequilíbrio no mercado, favorecendo os agentes envolvidos com o crime em detrimento daqueles que atuam dentro da legalidade, além de colocar em risco a estrutura e funcionamento da ordem econômica. A preocupação maior da normativa dirigida ao combate do delito, portanto, seria garantir a higidez da economia, de modo a impedir a circulação de ativos ilícitos e a consumação de negócios jurídicos ilegítimos.

Nesse sentido, a título ilustrativo, a lição de Nuno Brandão¹²⁴, para quem, em termos macroeconômicos, o fluxo de grandes somas de dinheiro sujo na economia provoca distorções no sistema financeiro, dando sinais errados aos mercados e podendo afetar seriamente a

¹¹⁸ PODVAL, 2011, p. 1037.

¹¹⁹ Defendendo essa postura é possível citar, além de Podval: MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime)*: anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 57; BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 57; DE GRANDIS, Rodrigo de. O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Verissimo (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 121.

¹²⁰ FÖPPEL; LUZ, 2011, p. 18-19.

¹²¹ Ibid., p. 21.

¹²² PITOMBO, 2003, p. 76.

¹²³ Dentre outros: BARROS, 2012, p. 44; FÖPPEL; LUZ, op. cit., p. 22.

¹²⁴ BRANDÃO, 2002, p. 21. Ainda sobre os efeitos macroeconômicos da lavagem de dinheiro, vide QUIRK, Peter J. Money laundering: muddying the macroeconomy. *Finance & Development*, ano 1, vol. 34, mar. 1997. Disponível em: <<https://goo.gl/GBTfHq>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

estabilidade das vulneráveis economias das nações subdesenvolvidas, comumente eleitas para servirem de pontos de passagem ou de destino das operações de reciclagem em razão da expectativa de menor probabilidade de detecção da origem criminosa dos ativos. De igual modo, o conhecimento de que determinado mercado de valores é utilizado como plataforma no processo de lavagem de dinheiro inevitavelmente macula a sua credibilidade e afasta progressivamente os investidores.

Noutra perspectiva, o autor pontua que o impacto microeconômico da prática delitiva em apreço poderia ser ilustrado pela concorrência desleal verificada entre as empresas utilizadas no processo de mascaramento e os empreendimentos legítimos já instalados, que não contam com o aporte de dinheiro ilícito. Esse financiamento ilegal permite que as empresas que lavam dinheiro pratiquem preços mais baixos e políticas comerciais que a concorrência não pode acompanhar, passando conseqüentemente a enfrentar condições mais difíceis de manutenção no mercado.¹²⁵

Para alguns autores, a tese se apresentaria em consonância com a ampliação do rol dos crimes antecedentes operada pela Lei n. 12.683/2012, além de seguir a linha que parece ser adotada por documentos de cunho internacional¹²⁶. Sobre esse tópico, esclarecem Badaró e Bottini¹²⁷ que, adotando-se a ideia de ordem econômica como bem jurídico afetado pelo crime de lavagem, não haveria razão para estabelecer um elenco fechado de delitos precedentes, posto que “O prejuízo ao regular funcionamento da economia será o mesmo se o crime anterior for *tráfico de drogas, roubo* ou qualquer outra atividade criminosa.”

O posicionamento em questão, entretanto, não pode estar dissociado do devido atendimento ao princípio da lesividade, o que significa admitir os atos de lavagem que merecem atenção do direito penal apenas poderiam ser aqueles com magnitude tal que sejam capazes de efetivamente atingir a ordem econômica. Daí porque Silva Sánchez¹²⁸ considera que, na maioria dos casos, o delito de lavagem de capitais constitui exemplo de “expansão desarrazoada do direito penal”, haja vista que, a despeito de poucas hipóteses em que a entrada maciça de recursos procedentes de atividades criminosas em determinado setor da economia tenha potencial para provocar sua desestabilização (quando, então, seria razoável a resposta penal),

¹²⁵ BRANDÃO, 2002, p. 22.

¹²⁶ Por exemplo, a Diretiva (EU) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa “à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo”, traz expressamente em seu preâmbulo a preocupação com “[...] A solidez, integridade e estabilidade das instituições de crédito e das instituições financeiras e a confiança no sistema financeiro no seu conjunto”. Disponível em: <<https://goo.gl/ooozhq>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

¹²⁷ BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 55, destaques no original.

¹²⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 28.

não se justificaria a criminalização de qualquer conduta de utilização de pequenas e médias quantias de dinheiro maculado na aquisição de bens ou na retribuição de serviços.

Não fosse apenas isso, Thais Bandeira¹²⁹ destaca que a identificação do bem jurídico da lavagem de capitais como sendo a ordem econômica não se coaduna com os núcleos do tipo, nem com o momento consumativo do crime, é dizer: o artigo 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998 traz como um dos núcleos do tipo o verbo “ocultar”, evidenciando que o delito se consuma no ato de encobrimento inicial, mesmo que o autor não consiga reinserir os valores na economia. Assim, adotar o posicionamento de que o bem jurídico é a ordem econômica seria criar uma figura odiosa de tipo de perigo abstrato, atraindo as inúmeras críticas doutrinárias expostas.

Assim é que, para a autora, o delito de lavagem de dinheiro encerra “uma tipificação de conduta criminosa que não se coaduna com as missões do direito penal: não há genuinamente um bem jurídico a se proteger”¹³⁰. Tratar-se-ia, dessa maneira, de uma manifestação do “direito penal da sociedade do risco”, mormente no que se refere à perda do caráter fragmentário e subsidiário do ramo, cuja intervenção somente seria cabível nos casos em que for pujante a agressão à ordem econômica e, ainda, quando o próprio direito econômico não for suficiente para conter a prática do ilícito.

2.3.3 Extinção do rol taxativo de delitos antecedentes e tipos penais

Na oportunidade de sua promulgação, a lei brasileira alinhou-se ao sistema parcial¹³¹, adotando um rol restritivo de crimes aptos a gerar proveitos ilícitos a serem mascarados, expressamente elencados na redação anterior do artigo 1º, incisos I a VIII, da Lei n. 9.613/1998.¹³²

A exposição de motivos do mencionada diploma explica que, sem reservar o novo tipo penal aos recursos oriundos daqueles delitos considerados graves e com características

¹²⁹ PASSOS, 2015, p. 195, acesso em: 15 mar. 2018.

¹³⁰ Ibid., p. 196, acesso em: 15 mar. 2018.

¹³¹ Discute-se a efetiva adoção do sistema parcial, uma vez que a inclusão, no rol de delitos antecedentes, dos crimes praticados por organização criminosa resultaria em uma acentuada ampliação das hipóteses de abrangência do tipo, “quebrando” a pretensa taxatividade da lista. Sobre o tema, v. PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. *Lavagem de capitais: (dis)funções político-criminais no seu combate*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 88 e ss.

¹³² Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II - de terrorismo; II – de terrorismo e seu financiamento; III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV - de extorsão mediante sequestro; V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI - contra o sistema financeiro nacional; VII - praticado por organização criminosa; VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira [...] Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

transnacionais, o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de infrações como antecedentes do tipo de lavagem. E arremata: “Assim, o autor do furto de pequeno valor estaria realizando um dos tipos previstos no projeto se ocultasse o valor ou o convertesse em outro bem, como a compra de um relógio, por exemplo.”¹³³

Inúmeras imperfeições foram apontadas pela doutrina¹³⁴ aos crimes eleitos pelo legislador como passíveis de preceder a lavagem de capitais, as quais não serão aqui abordadas devido à entrada em vigor da Lei n. 12.683/2012. Isso porque o aludido diploma, adotando um discurso de tornar mais eficiente a persecução penal do delito, eliminou o elenco taxativo de crimes predicados, admitindo a mera existência de um ilícito penal que resulte em ganhos ilegais para que possa ser configurada a reciclagem de ativos.

Conforme explica Vladimir Aras¹³⁵,

A supressão do rol de crimes antecedentes permitirá ao Ministério Público denunciar por lavagem de dinheiro o autor de qualquer “infração penal produtora de ativos ilícitos” que os dissimule ou os oculte. Como não há mais uma lista fechada, poderá haver lavagem sempre que bens, direitos ou valores provenientes de uma infração penal (crime ou contravenção) forem reciclados e integrados à economia formal ou ao patrimônio do suspeito, ainda que por interposta pessoa.

A extinção do rol de crimes antecedentes, com o conseqüente aumento do âmbito de abrangência típico do delito de lavagem de capitais, imediatamente foi relacionada pela doutrina como mais uma evidência do expansionismo penal que, com o escopo de reprimir as novas formas de criminalidade, acaba por criar regras e dispositivos que ampliam sobremaneira a norma punitiva. Outrossim, a substituição do termo “crime” para a expressão “infração penal”, no *caput* do artigo 1º da Lei n. 9.613/1998, torna ainda mais nítido o propósito do legislador em impedir que todo e qualquer valor supostamente maculado seja reinserido na economia regular, ainda que procedente de meras contravenções penais ou de crimes de menor potencial ofensivo.

Assim, se o propósito inicial da lei de lavagem era prezar pela taxatividade, o escopo deixa de existir com a ampliação do rol de infrações antecedentes para um elenco completamente aberto, capaz de abranger, inclusive, condutas típicas de gravidade bastante inferior ao delito de reciclagem. Não por outra razão, frequentemente se destaca a violação ao princípio da proporcionalidade, visto que, com a mudança legislativa, passou-se a admitir que funcionem como infrações antecedentes crimes e contravenções penais cujas penas cominadas são significativamente menores do que a reprimenda fixada à lavagem de capitais, a exemplo

¹³³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Exposição de Motivos n. 692/MJ*, de 18 de dezembro de 1996, publicada no Diário do Senado Federal de 25 de novembro de 1997, item 24. Disponível em: <<https://goo.gl/LtXeno>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

¹³⁴ Para melhor visualizar algumas das principais críticas oferecidas à lei, vide FÖPPEL; LUZ, 2011, *passim*.

¹³⁵ ARAS, Vladimir. Estamos quase lá: a nova lei de lavagem. *Blog do Vladimir*, 8 de junho de 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/4rqo2q>>. Acesso em: 15 mar. 2018. Destaques no original.

do que ocorre com a exploração de jogos de azar, sancionada com prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

A severa sanção aplicada ao delito, aliás, com pena de reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e multa, além possibilidade de aplicação de majorante no patamar de um a dois terços quando cometido o crime de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa, já era apontada pela doutrina desde a entrada em vigor da lei, notadamente porque o legislador não promoveu qualquer diferenciação entre as inúmeras modalidades de lavagem, sendo todas punidas com o mesmo grau de rigor¹³⁶. O problema sem dúvida se tornou mais agudo a partir da ampliação referida, vez que, atualmente, possuem a mesma pena *in abstracto* a lavagem perpetrada sobre quantias oriundas de crime antecedente de corrupção e o processo de ocultação dos valores obtidos com a exploração de jogo do bicho, contravenção penal punida com 4 (quatro) meses a 1 (um) ano de prisão simples.

Logo após a promulgação da *novel* legislação, Rodrigo Sanchez Rios¹³⁷ destacou que, em que pese as alterações em tela estivessem alinhadas com as orientações dos instrumentos internacionais que sugerem a ampliação da tipificação dos atos de lavagem, sobretudo em face do alcance da criminalidade organizada com ramificações transnacionais, a receptividade a essa nova realidade sempre esteve acompanhada de um acentuado pensamento crítico doutrinário, seja no âmbito pátrio, seja na experiência comparativa. Assim,

[...] Não é de se estranhar, portanto, que na doutrina estrangeira se considera “aberrante, desmesurada, radical e incompreensível” a ampliação do rol prévio dos crimes antecedentes. Caberia buscar adjetivos capazes de descrever a incongruência da sua total eliminação. Outrossim, denota, no mínimo, péssima técnica legislativa a incorporação da contravenção penal, que sequer reúne em seus contornos a dimensão do injusto pessoal, apta a avalizar os pressupostos de um fato punível.¹³⁸

Aliada à busca por maior homogeneidade legislativa em âmbito externo, Thais Bandeira¹³⁹ pontua, ademais, que as modificações introduzidas pela Lei n. 12.683/2012 não escapam à própria pressão interna exercida por casos criminais de grande repercussão no país naquele período, a exemplo da Ação Penal 470 (caso Mensalão) e, sobretudo, da denominada Operação Monte Carlo, que passava a investigar os casos de jogos de azar no Estado de Goiás.

Outrossim, a análise dos tipos penais previstos pela Lei n. 9.613/1998 aponta para outras problemáticas, sendo a última variação do delito o maior alvo de críticas pela doutrina.

¹³⁶ Vide, por exemplo, a crítica formulada por MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Microsistemas jurídico-penais e a lavagem de dinheiro – Aspectos da Lei 9.613/98*. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, ano 4, v. VI, p. 338-339, jun.-dez. 1999.

¹³⁷ RIOS, Rodrigo Sanchez. Alterações na lei de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 237, p. 3, ago. 2012.

¹³⁸ *Ibid.*, mesma página, destaques no original.

¹³⁹ PASSOS, 2015, p. 202, acesso em: 16 mar. 2018.

A tipificação penal prevista no §2º, inciso II, do artigo 1º da Lei se preocuparia com a associação instituída para viabilizar a prática da lavagem, mas exige, *a priori*, o mero pertencimento ao grupo, ainda que em caráter secundário e eventual, permitindo a imputação típica ainda que o sujeito ativo não pratique diretamente os atos característicos do crime descritos pelo *caput* e parágrafo primeiro, mas desde que saiba o objetivo da organização. É que o dispositivo em questão pune, com a mesma sanção cominada ao *caput*, quem “participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.”

Sebastian de Albuquerque Mello¹⁴⁰ pontua que a incidência do tipo em questão representa uma espécie de responsabilização objetiva ou mesmo um modelo de “responsabilidade sem causa”, transformando a lavagem de capitais em crime de mera atividade, sem vinculação a nenhum resultado naturalístico. Conforme lição do autor,

O referido dispositivo cria uma nova forma de afrontar princípios fundamentais de Direito Penal, como os da culpabilidade, lesividade, taxatividade e o da intervenção mínima, e nega vigência aos arts. 13 e 29 do Código Penal. Ora, levando-se em conta a noção de causa e de culpabilidade previstas no Código Penal, evidente que a participação em grupo, tendo o conhecimento de sua atividade ilícita, não pode ser considerada causa do resultado, salvo se o agente praticou ou concorreu dolosamente para a prática de algum dos outros crimes previstos nos demais dispositivos incriminadores da Lei de Lavagem de Capitais. Nessa ordem de ideias, a incriminação da referida participação seria de todo inútil, pois quem deu causa dolosamente a alguns dos crimes tipificados no artigo 1º, *caput*, e seus parágrafos responderia pelos referidos crimes na medida de sua culpabilidade, na forma do artigo 29 do Código Penal.^{141 142}

Ocorre que, se a demasiada expansão do rol de infrações antecedentes e a previsão de tipos penais de discutível constitucionalidade reforçam aspectos próprios da relação entre a sociedade de risco e a lei de lavagem de capitais, decerto não é apenas na tipicidade objetiva que se verifica a incidência desse fenômeno. Considerando a importância do tema para o presente trabalho, o próximo capítulo aborda a questão do elemento subjetivo no delito em foco, incluindo a discussão acerca da admissibilidade do dolo eventual e os reflexos de tal problemática no contexto da aplicação, no Brasil, da teoria da cegueira deliberada.

¹⁴⁰ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Direito penal: sistemas, códigos e microsistemas jurídicos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 139.

¹⁴¹ *Ibid.*, mesma página.

¹⁴² Na mesma linha, Callegari questiona a necessidade da aludida previsão, observando que “a punibilidade do sujeito ficaria abarcada pela norma prevista no art. 29, CP, que trata do concurso de pessoas”. (CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004, p. 156). Noutra banda, Tigre Maia destaca a redação mal elaborada do tipo, o qual faz uso dos vocábulos grupo e escritório, ambos juridicamente indeterminados, que “não concedem ao aplicador da lei qualquer parâmetro objetivo para fixar o quantitativo mínimo de agentes necessários (e.g., duas ou mais pessoas etc.) à prática do ilícito associativo”. (MAIA, 1999, p.102).

3 ELEMENTO SUBJETIVO NO DELITO DE LAVAGEM

O elemento subjetivo no crime de lavagem de capitais encerra diversas discussões na doutrina e na jurisprudência. Ausente a figura culposa do delito no ordenamento brasileiro, é nítido que as abordagens mais contemporâneas sobre o dolo fogem à tradicional utilização das teorias da vontade, representação e assentimento, oferecendo outras visões acerca do instituto.

Particularmente sobre essa temática, sabe-se que o direito brasileiro conceitua o dolo no artigo 18, I, do Código Penal, preceituando que o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. A seu turno, o artigo 20 do mesmo diploma determina que o agente que erra a respeito de elemento constitutivo do tipo penal somente pode ser punido por crime culposos, desde que tal modalidade esteja prevista em lei. Para a maioria da doutrina, a opção legislativa por tais definições representaria, respectivamente, a exigência de um elemento volitivo e outro intelectual para a caracterização do dolo.

Ocorre que, de acordo com Pedro Costa¹⁴³, o aumento da segurança jurídica ocasionado pelos dispositivos em questão seria em grande medida aparente, uma vez que o Código Penal “não indica os elementos necessários para que se possa dizer que o agente conheceu algo, quis o resultado ou assumiu o risco de sua produção”. Tratando-se de fórmulas demasiadamente genéricas, o sentido de conhecimento e vontade de realização do tipo dependeriam da concreção de seus termos para a aplicação prática, o que tampouco afastaria, ao menos *prima facie*, as propostas de normatização do elemento intelectual do dolo.¹⁴⁴

A flexibilização de categorias como o dolo é também marca da tendência para a desformalização do direito penal dentro da já apresentada sociedade de risco. Na lição de Salvador Netto¹⁴⁵, a análise sobre o conhecimento dos riscos é dinâmica e, para manter as expectativas normativas, o sistema penal se expande e se torna adaptável, aqui se incluindo a constatação do autor de que os liames de imputação subjetiva dos tipos penais abandonam sua faceta descritivo-psicológica (“querer”) e alcançam um grau normativo-atributivo (“responsabilizar”).

No mesmo sentido, pode-se argumentar que as crescentes demandas por uma maior intervenção penal não compreendem apenas o clamor social por mais punições, mas também

¹⁴³ COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea; v. 3). São Paulo: Atlas, 2015, p. 3.

¹⁴⁴ *Ibid.*, mesma página. Também para Luís Greco, o artigo 18, I, do Código Penal brasileiro “é totalmente inconclusivo”. (GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. XVII).

¹⁴⁵ SALVADOR NETTO, 2006, p. 132.

para que essas sejam impostas com mais facilidade. Diante de um quadro em que as garantias penais se tornam obstáculos a remover com vistas à satisfação dos novos fins a serem alcançados pelo direito penal, produz-se, nas palavras de Juan Sotomayor¹⁴⁶, “uma revisão quase generalizada dos critérios de atribuição de responsabilidade, cuja característica principal é a substituição dos elementos que são probatoriamente exigentes por critérios puramente normativos.”

Considerando que muitos delitos surgidos na pós-modernidade apresentam sensíveis dificuldades na determinação e na prova do elemento subjetivo num caso concreto, questiona-se a necessidade de repensar as estruturas de imputação subjetiva para que se adaptem ao contexto atual. Os tópicos que seguem apresentarão algumas das principais questões suscitadas em torno do elemento subjetivo no direito penal brasileiro, abordando especialmente seu tratamento quanto ao crime de lavagem de dinheiro.

3.1 LAVAGEM DE CAPITAIS NA LEI N. 9.613/1998 COMO CRIME EXCLUSIVAMENTE DOLOSO

Sabe-se que, na redação original da Lei n. 9.613/1998, bem como nas sucessivas mudanças legislativas subsequentes, não houve qualquer consideração especial do legislador no que se refere ao elemento subjetivo do tipo de lavagem de dinheiro. Certo é que, não havendo previsão expressa da modalidade culposa, o delito somente pode ser praticado a título de dolo, haja vista a excepcionalidade do crime culposo no ordenamento pátrio.

Partindo do conceito de dolo consoante majoritariamente adotado no direito pátrio, na hipótese específica do delito em estudo, então, a caracterização do comportamento doloso do indivíduo residiria na consciência de que os bens, direitos ou valores têm origem criminosa, cumulada com a vontade de ocultar ou dissimular sua natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade, ou com a assunção do risco de produzir um ou mais desses resultados. Em sede processual penal, essa opção do legislador leva a um aumento do ônus probatório do órgão de acusação, que deverá apresentar não apenas os indícios de que os ativos envolvidos no processo de mascaramento possuem origem infracional, como, também, de que o agente reciclador tinha consciência dessa procedência.

¹⁴⁶ “[...] se produce una revisión casi generalizada de los criterios de atribución de responsabilidad, cuya característica principal es la sustitución de los elementos probatoriamente exigentes por criterios puramente normativos [...]”. (SOTOMAYOR, Juan. Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano. *Política criminal*, Chile, v. 11, n. 22, p. 677, dez. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2EoCWDq>>. Acesso em: 6 abr. 2018. Tradução nossa).

Para Badaró e Bottini¹⁴⁷, conquanto o artigo 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998 não faça menção a qualquer elemento subjetivo especial, uma interpretação teleológica do tipo penal faz agregar uma intenção transcendental ao comportamento típico, qual seja “a vontade de reciclar o capital por operações comerciais ou financeiras aparentemente lícitas”. Dentro dessa corrente, não seria suficiente a mera intenção de ocultar ou dissimular o capital maculado, exigindo-se, ademais, a vontade de utilizar operações diversas para reinseri-lo ao sistema econômico.

Os autores pontuam, inclusive, que, sem a consideração de um elemento subjetivo especial nos crimes de lavagem de dinheiro, haverá identidade entre esse delito e o tipo de favorecimento real, previsto no artigo 349 do Código Penal¹⁴⁸, inviabilizando a punição da chamada “autolavagem”¹⁴⁹ – quando o próprio agente que cometeu a infração penal antecedente atua para ocultar ou dissimular a origem ilícita do produto dela decorrente. Isso porque

O ato de “tornar seguro o proveito do crime” – elemento típico do favorecimento real – incorpora necessariamente alguma forma de encobrimento. Logo, se a ocultação com a simples intenção de esconder o produto do crime for suficiente para a lavagem de dinheiro, não existirá mais o delito de favorecimento real, que seria abrangido em todas as suas formas pelo crime de lavagem de dinheiro. E essa identificação da lavagem com o favorecimento real impediria a punição da autolavagem, pois a simples ocultação do produto do delito por seu autor, sem intenções outras, é desdobramento natural do ato infracional e a repressão do agente do crime por essa prática é inviável diante da inexigibilidade de conduta diversa. Como ensina a doutrina, é descabida a pretensão normativa de que o agente criminoso não busque encobrir ou ocultar de alguma forma o seu proveito.¹⁵⁰

Na jurisprudência, há precedentes que expressamente apontam a necessidade de um elemento subjetivo específico para o crime de lavagem, qual seja a intenção de conferir aparência lícita aos ativos obtidos com a infração penal antecedente. Apenas para apresentar um exemplo, no julgamento do AgRg no AREsp n. 328.229/SP, o relator, Ministro Rogério Schietti, do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que, ainda que a mera ocultação caracterize objetivamente o crime descrito no artigo 1º da Lei n. 9.613/1998, a conduta, para ser reconhecida como típica, deve estar acompanhada “da finalidade de emprestar aparência de licitude aos valores ocultados, em preparação para as fases seguintes, denominadas dissimulação e reintegração.”¹⁵¹

¹⁴⁷ BADARÓ; BOTTINI, 2012, p.103.

¹⁴⁸ Artigo 349 do Código Penal - Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

¹⁴⁹ A imputação simultânea, ao mesmo indivíduo, da infração penal antecedente, produtora de ativos, e do crime de lavagem de capitais é tema bastante controverso na doutrina, sendo, contudo, admitido pela jurisprudência majoritária, desde que “comprovados atos subsequentes, autônomos, tendentes a converter o produto do crime em ativos lícitos, e capazes de ligar o agente lavador à pretendida higienização do produto do crime antecedente”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Penal n. 694. Relatora: Ministra Rosa Weber. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 2 de maio de 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2uXT4fA>>. Acesso em: 8 abr. 2018).

¹⁵⁰ BADARÓ; BOTTINI, op. cit., p. 104.

¹⁵¹ A íntegra do acórdão pode ser conferida em: <<https://bit.ly/2qeV26l>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

A previsão exclusiva da forma dolosa representa, ainda na visão de Badaró e Bottini¹⁵², uma importante garantia de imputação subjetiva, afastando a possibilidade de responsabilização objetiva na seara penal ao exigir, dentro de uma concepção volitiva de dolo¹⁵³, a demonstração de uma relação *psíquica* com os fatos, englobando o *conhecimento* dos elementos típicos e a *vontade* de executar ou colaborar com sua realização. Em sentido semelhante, para Isabela Rocha Câmara¹⁵⁴

A garantia que emana do princípio da taxatividade penal alcança, necessariamente, todos os elementos constitutivos do chamado fato típico e isso porque a determinabilidade do injusto típico não se liga apenas aos seus elementos objetivos e normativos, mas, também, e principalmente, ao seu elemento subjetivo. Não se pode conceber imputação de fato criminalmente relevante sem a exata previsão e demonstração inequívoca de culpa, aqui entendida em sentido lato, enquanto motivação anímica da conduta perpetrada. Caso contrário, legitimar-se-iam formas ou modelos penais de responsabilidade objetiva, carentes de liame causal entre a conduta e o resultado lesivo que se pretende coibir.

Num viés que interpreta o elemento subjetivo de maneira mais extensiva e utilitarista, Sérgio Moro¹⁵⁵ destaca que, malgrado o dolo no crime de lavagem abarque a consciência da infração penal antecedente, exigir do sujeito ativo preciso conhecimento acerca de suas circunstâncias e elementos teria significativo impacto na eficácia da lei, notadamente em virtude da “terceirização” do delito, que tem como consequência certo distanciamento entre o seu agente e o autor da conduta que produziu os ativos a serem reciclados.

Para essa linha de pensamento, exige-se apenas que o agente detenha conhecimento de que o objeto da lavagem constitui produto de alguma infração penal, mas não que ele saiba, de forma detalhada, a espécie de atividade criminosa¹⁵⁶, máxime quando se tem em mente que a Lei n. 12.683/2012, como abordado, eliminou o rol taxativo antes previsto no artigo 1º, permitindo que qualquer infração penal produtora de ativos seja antecedente ao mascaramento.

Malgrado tratar-se de garantia inegável, a mera previsão da forma dolosa não resolve uma série de questões pendentes, desde a admissibilidade ou não do dolo eventual, bem como a

¹⁵² BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 93, destaques no original.

¹⁵³ O tema será retomado adiante, na abordagem acerca das teorias volitivas e cognitivas de dolo, conforme tópico 3.1.2, *infra*.

¹⁵⁴ CÂMARA, Isabela Tarquínio Rocha. O tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, ano 26, n. 141, p. 69, mar. 2018.

¹⁵⁵ MORO, Sérgio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR; MORO (org.), 2007, p. 95. Também Regis Prado, para quem “Não é necessário um conhecimento exato sobre a procedência criminosa dos bens, capitais ou valores”. (PRADO, Luiz Regis. Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório. In: PRADO, L.; DOTTI (org.), 2011, p. 716).

¹⁵⁶ Badaró e Bottini, por sua vez, destacam que não é suficiente apenas o conhecimento das circunstâncias fáticas, de modo que “o autor da lavagem deve também perceber o caráter ilícito penal da origem dos bens, ou seja, deve valorar os fatos antecedentes como crime ou contravenção penal. Se o agente conhece o contexto fático do comportamento anterior, mas não o valora como infração penal, não haverá lavagem de dinheiro”. (BADARÓ; BOTTINI, *op. cit.*, p. 100).

assunção do risco nos delitos de lavagem de capitais e o tema concernente à prova do elemento subjetivo. Dentro desse contexto, forçoso concluir que a pesquisa do dolo na conduta de ocultar ou dissimular o produto resultante de anterior infração penal, a fim conferir-lhe aparência lícita e promover sua reintegração à economia formal, é de suma importância para a caracterização do crime de lavagem de capitais.

3.1.1. A clássica estrutura e definição do dolo

Primeira tentativa de sistematização analítica do delito, o sistema clássico do fato punível, também denominado sistema Liszt-Beling, foi responsável por elaborar um modelo causal de ação, definida como produção causal de um resultado no mundo exterior por um comportamento humano voluntário¹⁵⁷. A voluntariedade da ação, nesse sistema, indica apenas ausência de coação física absoluta, sendo “o simples movimento corporal”¹⁵⁸, que produz uma modificação no mundo exterior.

O conceito de ação compreenderia a verificação dos componentes vontade, expressão externa dessa vontade através de um movimento corpóreo e resultado, de forma que a causalidade assume aspectos inteiramente objetivos¹⁵⁹. A ação seria típica quando fosse possível o juízo – puramente objetivo e descritivo – de subsunção do fato a um tipo penal, ao passo que a antijuridicidade corresponderia, também numa lógica meramente objetiva-normativa, à simples contrariedade existente entre a conduta do sujeito e a ordem jurídica.

Ao lado da causalidade objetiva da conduta, exige-se, contudo, para a completa integração do delito, que o agente tenha se ligado ao resultado subjetivamente. Os elementos subjetivos do delito – incluídos, logicamente, o dolo e a culpa – estariam situados no segundo estágio legal dessa análise, constituindo a base da culpabilidade, como resume Juarez Tavares.¹⁶⁰

Do exposto se extrai que, no sistema clássico, injusto e culpabilidade se comportam, respectivamente, como a parte externa e a parte interna do crime¹⁶¹. Não por outra razão, diz

¹⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 82.

¹⁵⁸ VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 47.

¹⁵⁹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 17-18.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 20. Diz o autor: “Fazendo-se da causalidade objetiva e do liame subjetivo partes constitutivas essenciais do delito, dissocia-se sua análise, conseqüentemente, em dois estágios legais, de maneira que a primeira (causalidade) se encontra caracterizada na tipicidade e na antijuridicidade, e a última parte (vínculo psicológico) constitui a base da culpabilidade.”

¹⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. La herencia de Franz von Liszt. *Revista de Derecho Penal e Procesal Penal*, Buenos Aires, fasc. 1, p. 25, 2011.

Viana¹⁶² que, “no âmbito da análise do tipo, não havia qualquer formulação de juízo de valor sobre a ação (análise reservada à antijuridicidade), bem assim qualquer indagação sobre a relação psíquica existente entre o autor do fato e o resultado (análise reservada à culpabilidade).”

Como ensina o autor, o causalismo concebeu o dolo enquanto uma das formas possíveis de culpabilidade, havendo que se destacar que, nesse momento do desenvolvimento dogmático, o dolo era, em geral, compreendido como um querer e uma decisão do agente de realizar o tipo penal *consciente da sua ilicitude* (o chamado *dolus malus*). Nas palavras de Viana¹⁶³,

Era justamente essa *vontade ilícita* no sentido de realização do tipo, núcleo da culpabilidade àquela altura, que justificava não apenas o porquê da maior reprovabilidade que pesava sobre o comportamento doloso, como também abria o flanco para a admissibilidade do *erro de direito*. O dolo, portanto, além do duplo conteúdo psicológico, também exigia um lastro ético-jurídico consubstanciado na consciência da ilicitude do comportamento; sem a presença de todos esses elementos, não havia fundamento para afirmar a existência do comportamento doloso e, portanto, para a imposição de uma pena mais elevada (chamada *teoria do dolo*).

De outro lado, o modelo final de ação, desenvolvido por Hans Welzel, parte da distinção entre o fato natural, fenômeno determinado pela causalidade, e a ação humana, compreendida enquanto acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim¹⁶⁴. Na orientação e direção final dessa conduta, o agente percorre duas etapas de desenvolvimento: a) primeiro, no plano intelectual, antecipa o fim que quer realizar, seleciona os meios de ação para alcançá-lo e considera os efeitos colaterais necessários ou possíveis ligados causalmente aos meios selecionados; b) na segunda etapa, o sujeito efetua a ação real, isto é, realiza a conduta finalista.¹⁶⁵

Tal como ocorre no causalismo, o finalismo concebe o delito, analiticamente, como uma ação típica, antijurídica e culpável. A diferença essencial reside no fato de que o sistema de Welzel gira em torno da natureza finalista do agir humano, do que decorre, dentre outras constatações, que o dolo deva pertencer ao tipo. Como explica o próprio jurista alemão, a espinha dorsal da ação finalista é a vontade consciente do objetivo, a qual configura “[...] o fator de direção, que sobredetermina o acontecimento causal externo, sem o qual este, destruído em sua estrutura material, degeneraria em um processo causal cego.”¹⁶⁶

¹⁶² VIANA, 2017, p. 47.

¹⁶³ Ibid., p. 49, destaques no original.

¹⁶⁴ SANTOS, 2012, p. 86.

¹⁶⁵ TAVARES, 1980, p. 59.

¹⁶⁶ “[...] *la voluntad conciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista. Ella es el factor de dirección, que sobredetermina el acontecimiento causal exterior, sin el cual éste, destruído en su estructura material, degeneraría en un proceso causal ciego*”. (WELZEL, Hans. *Teoría de la acción finalista*. Tradução de Eduardo Friker. Buenos Aires: Astrea, 1951, p. 21, tradução nossa).

Ademais, se o causalismo definiu o dolo como *dolus malus*, incluindo nesse conceito o conhecimento acerca da antijuridicidade da conduta, o finalismo pugnou pelo abandono a essa concepção, postulando que o dolo seria parte do tipo subjetivo e que não abarcava a consciência da ilicitude, situada como elemento da culpabilidade.

Assim é que, dentro da perspectiva finalista, adotada pela reforma do Código Penal de 1984, o dolo e a culpa passam a integrar o próprio tipo penal, de forma que a verificação desses elementos se torna indispensável já no plano da tipicidade. A mera causação do resultado previsto na norma, se destituída do elemento subjetivo, não é relevante para fins penais. Para imputar penalmente qualquer fato a um indivíduo é necessário que esse tipo objetivo envolva a objetivação ou a realização de uma decisão prévia, ou da vontade, do agente, a qual somente será relevante para o direito penal quando puder ser qualificado como dolosa ou culposa.¹⁶⁷

A divisão analítica do delito, como se percebe, firmou definitivamente a necessidade de que o autor do delito tenha contribuído subjetivamente para a realização do resultado jurídico desvalioso¹⁶⁸. A garantia da responsabilidade subjetiva, também chamada de culpabilidade em sentido estrito, representaria, para a doutrina majoritária, a derivação por excelência do princípio da culpabilidade, elemento fundamental e instrumento limitador da intervenção punitiva estatal. Como ressalta Mir Puig¹⁶⁹,

O princípio do dolo ou da culpa - tradicionalmente a expressão mais clara do princípio da culpabilidade - considera insuficiente a produção de um resultado lesivo ou a realização objetiva de uma conduta nociva para fundar a responsabilidade penal. No Direito primitivo (bem, especialmente no germânico) não se aplicava esse princípio, mas sim o princípio oposto da "responsabilidade objetiva" ou "responsabilidade pelo resultado", segundo o qual bastava a causação de uma lesão para que fosse possível a responsabilidade penal, ainda que o autor não tivesse desejado a referida lesão nem que essa decorresse de imprudência. A evolução do Direito penal tem seguido uma linha tendente à espiritualização da responsabilidade penal, que já se iniciou no Direito romano (não em seus princípios) e chega aos nossos dias, após o parêntese alemão da Idade Média. Hoje é geralmente aceito que a pena por crime doloso (querido) deve ser maior que a do delito imprudente (culposo), e que se nem mesmo ocorre imprudência, porque o sujeito agiu com o cuidado que lhe era exigido, não cabe impor nenhuma sanção.

¹⁶⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 9.

¹⁶⁸ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013a, p. 202.

¹⁶⁹ "El principio de dolo o culpa - tradicionalmente la expresión más clara del principio de culpabilidad - considera insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal. En el Derecho primitivo (así, especialmente en el germánico) no regía este principio, sino el contrario de la "responsabilidad objetiva" o "responsabilidad por el resultado", según el cual bastaba la causación de una lesión para que fuese posible la responsabilidad penal, aunque el autor no hubiese querido dicha lesión ni la misma se debiera a imprudencia. La evolución del Derecho penal ha seguido una línea tendente a la espiritualización de la responsabilidad penal, que ya se inició en el Derecho romano (no en sus principios) y llega a nuestros días, tras el paréntesis germánico de la Edad Media. Hoy se admite generalmente que la pena del delito doloso (querido) debe ser mayor que la del delito imprudente (culposo), y que si ni siquiera concurre imprudencia, porque el sujeto actuó con el cuidado que le era exigible, no cabe imponer pena alguna". (MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011, p. 129, destaques no original, tradução nossa).

A regra geral insculpida no parágrafo único do artigo 18 do Código Penal é de que “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Analisando previsão bastante semelhante trazida pelo artigo 14 do Código Penal português¹⁷⁰, Jorge Figueiredo Dias¹⁷¹ afirma que a redação dada pelo legislador evidencia a maior gravidade da criminalidade dolosa, ainda que, no contexto da sociedade de risco, identifique-se um aumento no número de tipos penais culposos. Daí porque, para o autor, “a estrutura dogmática do dolo do tipo há de ser por isso, ela também, *político-criminalmente condicionada* por esta diferente relevância dos delitos dolosos e dos negligentes, concretamente, pelo *desvalor jurídico mais alto* que àqueles cabe, em princípio, face a estes.”

Adentrando à estrutura do elemento subjetivo, certamente não se desconhece a clássica descrição segundo a qual age dolosamente o indivíduo que consciente e voluntariamente realiza os elementos do tipo objetivo. Diz-se tradicionalmente que, pela definição legal, o conceito de dolo no ordenamento brasileiro é constituído por dois elementos: um cognitivo, representado pelo conhecimento ou consciência do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, consistente na vontade ou, no caso do dolo eventual, na assunção do risco de realizá-la. O primeiro elemento, o conhecimento (representação), é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele.¹⁷²

As definições doutrinárias mais comuns em relação ao dolo consagram a presença dos dois elementos mencionados. Exemplificativamente, Cirino dos Santos¹⁷³ define o dolo como sendo “a vontade consciente de realizar um crime ou – mais tecnicamente – a vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime, também definível como saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal”. Zaffaroni e Batista¹⁷⁴, por sua vez, afirmam que “dolo é a vontade de realizar o tipo, guiado pelo conhecimento dos elementos do tipo objetivo necessários para sua configuração.”

Explica Viana¹⁷⁵ que, para a concepção tradicional, é justamente a coexistência de ambos os elementos estudados que permitirá estabelecer a fronteira entre o dolo e a culpa, visto que, de acordo com a corrente clássica,

¹⁷⁰ O dispositivo em questão dispõe que “Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência”. (Disponível em: <<http://www.codigopenal.pt/>>. Acesso em: 18 abr. 2018).

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I – questões fundamentais; a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 349. Destaques no original.

¹⁷² MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Claudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 210-211.

¹⁷³ SANTOS, 2012, p. 126.

¹⁷⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro – segundo volume: teoria do delito; introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 270.

¹⁷⁵ VIANA, 2017, p. 57.

[...] o elemento intelectual é incapaz de funcionar como elemento de diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente, uma vez que a representação também estaria presente nos crimes culposos conscientes. Apenas recorrendo-se à vontade do agente – evidentemente conectada ao elemento cognitivo – será possível elaborar a chave de ajuste do nível de responsabilidade penal a ser atribuído à pessoa. Por poucas palavras, somente a vontade é capaz de indicar – de modo seguro – a relação de contrariedade psíquica entre o comportamento do agente e as exigências da norma de conduta.

Ainda partindo da concepção defendida pela doutrina majoritária, o componente intelectual do dolo deve abranger correta e completamente todos os elementos essenciais e constitutivos do tipo, conforme se depreende da leitura do referido artigo 20 do Código Penal, segundo o qual a ausência de representação dos elementos que integram a descrição típica exclui a possibilidade de imputação dolosa. Outrossim, a consciência elementar do dolo deve ser atual, efetiva, não bastando conhecimento potencial ou capaz de ser atualizado.¹⁷⁶

Já o elemento volitivo consiste na vontade de realizar o tipo objetivo de um crime, ou a vontade dirigida à realização do fato tipificado como uma infração penal. Esse componente, insta frisar, não necessariamente tem como objeto todos os elementos do tipo penal, mas apenas o resultado típico, uma vez que existem elementos que não podem ser queridos pelo agente.¹⁷⁷

Ademais, a vontade deve apresentar duas características para constituir elemento do dolo: a) deve ser incondicionada, como decisão de ação já definida; e b) deve ser capaz de influenciar o acontecimento real, permitindo definir o resultado típico como obra do autor, e não como mera esperança ou desejo deste. Nessa linha, a vontade, definida formalmente como decisão incondicionada de realizar a ação típica representada, pode ser concebida materialmente como projeção de energia psíquica dirigida à lesão de bens jurídicos protegidos no tipo legal.¹⁷⁸

Mesmo o Projeto de Lei do Senado – PLS 236/2012 apresenta uma proposta de novo Código Penal sem alterar substancialmente o tratamento do dolo no ordenamento pátrio. Conquanto não seja o escopo do presente trabalho analisar detidamente as alterações legais pretendidas pelo referido projeto – alvo de contundentes críticas doutrinárias –, é relevante frisar que a redação proposta ao artigo 18, I, do diploma mantém incólume o texto atual, acrescentando-lhe, ao final, uma aparente explicação do conceito de dolo. Diz o dispositivo, no PLS em questão, que o crime é doloso “quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realizá-lo, *consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado.*”¹⁷⁹

¹⁷⁶ SANTOS, 2012, p. 126. Destaca o autor, entretanto, neste ponto citando Welzel e Roxin, que “[...] também não se exige um conhecimento refletido, no sentido de conhecimento verbalizado.”

¹⁷⁷ VIANA, 2017, p. 63. É o que ocorre, por exemplo, com a idade da vítima nos crimes de estupro de vulnerável, em relação ao qual apenas se pode exigir o conhecimento por parte do autor.

¹⁷⁸ SANTOS, op. cit., p. 127.

¹⁷⁹ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado – PLS 236, de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <<https://goo.gl/pbMt5A>>. Acesso em: 5 abr. 2018. Sem destaques no original.

Para Viana¹⁸⁰, o artigo sugerido pelo projeto recorre a terminologias que expressam duas distintas teorias de disposição de ânimo, quais sejam a teoria do consentimento e a teoria da indiferença, tornando ainda mais fluidos os campos do dolo e da culpa e, nessa medida, admitindo uma ampliação desmedida da imputação dolosa, que sempre poderia ser sustentada.

O autor, então, defende uma “redação minimalista” ao dispositivo, evitando qualquer opção legal por determinada teoria volitiva, em detrimento de outras teorias de disposição de ânimo ou teorias cognitivas, a fim de entregar “[...] à ciência a responsabilidade pela determinação e precisão das fronteiras da imputação subjetiva, sem que seja necessário recorrer a um dispositivo legal que aponte para fronteiras imprecisas.”¹⁸¹

A questão, como se nota, relaciona-se intrinsecamente ao debate sobre a necessidade de um elemento volitivo do dolo, assim como a discussão acerca da compreensão da vontade enquanto elemento ontológico ou normativo. O próximo tópico destina-se a expor, portanto, ainda que sem esgotar a temática, um panorama geral das teorias volitivas e cognitivas.

3.1.2 As teorias volitivas e cognitivas do dolo

Como visto no tópico anterior, a despeito de ser possível argumentar sobre a existência de um conceito tradicional de dolo, adotado de forma majoritária na doutrina brasileira, são inúmeras as teorias a respeito do aludido elemento subjetivo. Dentre as discussões travadas pelas diversas correntes, cabe-nos apresentar um panorama geral – e muito distante de exaurir o tema¹⁸² – das diferentes vertentes teóricas existentes no que tange à inclusão ou não da vontade, ao lado do conhecimento, como elementos de composição do dolo.

Sem dúvida, o debate aqui focado é essencial para definir o ajuste de uma conduta como dolosa ou culposa, o que deságua em severas consequências punitivas – inclusive, quanto ao crime de lavagem de capitais, a distinção equivalerá, como visto, à decisão entre a punição e a não punição, tendo em vista que o delito, no ordenamento brasileiro, não admite a modalidade imprudente. Para Viana¹⁸³, nessa problemática é possível seguir três grandes vias:

¹⁸⁰ VIANA, Eduardo. Sobre a proposta alternativa da parte geral do Código Penal: uma contraproposta para a redação do art. 18. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, São Paulo, ano 26, n. 303, p. 9-10, fev. 2018.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 10-11. A sugestão de redação para o artigo 18 seria, nesse passo, a seguinte: “Art. 18. Quando a lei expressamente não cominar pena à atuação culposa, somente é punível a atuação dolosa.”

¹⁸² Voltando-se a uma apresentação mais completa das diversas teorias volitivas e cognitivas: VIANA, 2017, *passim*; PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” e do “subjetivo” en el tipo penal*. Hacia la “exteriorización de lo interno”. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2014, *passim*; BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, *passim*.

¹⁸³ VIANA, 2017, p. 87-88, destaques no original.

i) a primeira delas composta por um grupo de teorias o qual se poderia denominar genericamente teorias da disposição de ânimo; grosseiramente, essa via não permite renunciar à dupla programação volitiva do dolo e, portanto, exige que a decisão sobre a maior ou menor punição do comportamento seja realizada com base nas balizas indicadas pela vontade do agente; ii) a segunda via é integrada pelo grupo que rivaliza com o anterior, um grupo de teorias que poderíamos denominar genericamente teorias da representação; basicamente, os seus defensores negam a necessidade de um elemento volitivo dentro da estrutura do crime doloso e preferem traçar os limites entre as duas modalidades intermediárias de imputação a partir de uma base meramente cognitiva; iii) finalmente, o terceiro grupo de teorias, aqui também genericamente denominadas teorias do risco. Igualmente vinculada a uma concepção cognitiva, mantém o elemento intelectual do dolo, posto que irrenunciável, mas alteram a programação do seu conteúdo: no lugar do resultado, a representação do perigo de realização do tipo passa a ser o objeto de referência do comportamento doloso.

Diferentemente do que se pode supor, Armando Carrillo¹⁸⁴ destaca que é apenas parcialmente correto afirmar que as teorias da vontade partem sempre de um enfoque psicológico e as teorias da representação abandonam por completo tal perspectiva. Isso porque existem propostas que, embora partindo de uma concepção volitiva do dolo, propõem um enfoque normativo ao problema; de outro lado, as tradicionais teorias da representação, apesar de se negarem a estabelecer um vínculo psíquico entre autor e resultado, mantêm um enfoque psicológico ao defender um juízo subjetivo de probabilidade do sujeito, o que somente vem a ser superado a partir das modernas teorias do dolo cognitivo.¹⁸⁵

Conforme mencionado, as teorias que compreendem o dolo como conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo ilícito justificam a inclusão do elemento volitivo como principal ponto distintivo entre os tipos dolosos e os culposos, na medida em que o elemento intelectual, existindo também na chamada culpa consciente, por si mesmo não seria suficiente para promover tal diferenciação.

Como aponta Jorge de Figueiredo Dias¹⁸⁶, é a vontade, quando associada à representação de um fato que preenche determinado tipo de ilícito penal, “que verdadeiramente serve para *indiciar* (embora ainda não para fundamentar) uma posição ou atitude do agente contrária ou indiferente à norma de comportamento, numa palavra, uma *culpa dolosa* e a conseqüente possibilidade de o agente ser punido a título de dolo.”

Carrillo¹⁸⁷ denomina de “teorias da vontade” todas as posições doutrinárias que conferem papel predominante ao elemento volitivo. Referida tendência doutrinária surge entre o final do século XVIII e o início do século XIX, quando se consolidam as ideias sobre o dolo como

¹⁸⁴ CARRILLO, Armando Sánchez Málaga. *Concepto y delimitación del dolo*. Teoría de las condiciones para el conocimiento. Tese – Universitat de Barcelona. Barcelona, 2017, p. 212. Disponível em: <<https://bit.ly/2Hd6k53>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

¹⁸⁵ Ibid., mesma página.

¹⁸⁶ DIAS, 2007, p. 350. Destaques no original.

¹⁸⁷ CARRILLO, op. cit., p. 218, acesso em: 11 abr. 2018.

intenção psicológica, e possui como destaque a chamada teoria do consentimento¹⁸⁸. A distinção entre os comportamentos doloso e culposo residiria, nessa linha, especialmente no centro anímico do agente, devendo-se perquirir, no momento de definir o nível de imputação subjetiva, a atitude volitiva interna do sujeito dirigida à realização do fato representado.

Para que se fale em conduta dolosa, assim, não basta que o agente tenha desejado agir, mas, também, que tenha almejado o resultado, dispondo-se a realizá-lo. É nesse sentido que ensinam Maurach e Zipf¹⁸⁹, segundo os quais o dolo seria a “imagem reflexa” subjetiva do tipo objetivo, a vontade do resultado típico, devendo compreender, portanto, a ação, o resultado previsto no tipo penal e a linha de conexão entre ambos (causalidade). Tal “querer” pressupõe um “saber”, razão pela qual atua dolosamente o agente que inclui em sua vontade “o quadro completo da representação do fato, tal como exposto na parte objetiva do tipo.”¹⁹⁰

A compreensão do dolo enquanto conhecimento e vontade, contudo, necessitaria abarcar também as situações limites em que, embora não restasse evidente que o agente queria a realização do resultado típico, não parecesse recomendável a punição por delito culposo. A fim de solucionar essa questão, Ragués i Vallès¹⁹¹ destaca que os adeptos das teorias volitivas recorreram a ampliações do conceito de “querer”, passando a admitir que também “quer” o sujeito que, além de representar como possível a realização do tipo, mantém “relação subjetiva especial” com o resultado ou com outras circunstâncias do fato que devem ser abarcadas dolosamente. Referida observação vincula-se especialmente à chamada teoria do consentimento, entre nós adotada, de acordo com a doutrina, para a justificação do dolo eventual.

Ainda mantendo a ideia de que o dolo contém um elemento cognitivo e um elemento volitivo, Claus Roxin¹⁹², precursor da corrente funcionalista moderna do Direito Penal¹⁹³, compreende a atuação dolosa enquanto uma decisão de atuar conscientemente contra o bem

¹⁸⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Jose Maria Bosh Editor, 1999, p. 60.

¹⁸⁹ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. Tomo 1 – teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. 7. ed. Tradução de Jorge B. Genzsch e Enrique A. Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 380.

¹⁹⁰ “[...] *actúa dolosamente quien incluye en su voluntand el íntegro cuadro de la representación del hecho, tal como se expone conforme a la parte objetiva del tipo*”. (Ibid., p. 381, tradução nossa).

¹⁹¹ RAGUÉS I VALLÈS, op. cit., p. 60-61.

¹⁹² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general; tomo I – Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Tradução e notas de Diego-Manuel L. Penã, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 416-417.

¹⁹³ Aqui, a expressão “funcionalismo moderno” é extraída do ensinamento de Carrillo, que busca contrapor o sistema elaborado por Roxin com as formulações anteriormente feitas por Jakobs, as quais o autor denomina “funcionalismo radical”. Para uma digressão histórica sobre a proposta, vide: CARRILLO, 2017, p. 119 e ss., acesso em: 12 abr. 2018.

jurídico, a qual deve ser inferida de atos conclusivos que deixem nítida a manifestação do agente. A teoria em questão aponta, pois, para a adoção de um enfoque normativo, constituindo um importante ponto de quebra com a anterior discussão acerca do dolo, centrada em aspectos psicológicos.

Como alerta Greco¹⁹⁴, essa nova tendência, nada obstante mantenha, ao menos em seu aspecto exterior básico, o modelo finalista – uma vez que não rompe com a ideia de que o dolo faz parte da tipicidade –, entende que a construção do sistema jurídico-penal, de seus conceitos e suas categorias, deve estar orientado pela missão constitucional do direito penal, que teria por finalidade, para Roxin, proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial. Partindo dessa concepção, o problema que se coloca dentro da tensão liberdade *versus* proteção consiste em estabelecer quando se mostra necessária e legítima a pena por crime doloso – e a resposta estaria na compreensão de que o resultado doloso é à realização do *plano* do agente em uma valoração objetiva, o que justifica uma pena mais grave.

Winfried Hassemer¹⁹⁵ aderiu à posição teleológica de Roxin e de outros autores, definindo o dolo como decisão e adotando, também, uma concepção volitiva com enfoque normativo. A imputação por um delito doloso exigiria, além do conhecimento, uma aceitação, admissão, decisão a favor do injusto, ou outra forma de manifestação do querer do agente. Sem embargo, diante da notória ênfase do autor ao aspecto processual, ressaltando uma relação entre o conceito de dolo e a própria prova de sua existência, a teoria por ele desenvolvida – chamada “teoria dos indicadores externos” – será retomada adiante.

Notadamente no cenário internacional, contudo, debate-se a existência da dimensão volitiva no âmbito da teoria do dolo. Há significativa corrente de pensamento contemporâneo que prescinde da vontade e considera suficiente para o dolo o conhecimento do sujeito, desde que esse conhecimento englobe não apenas os dados fáticos, presentes no momento de realização da conduta, como também o resultado de vulneração de um bem jurídico ou, ao menos, o risco da produção de tal resultado.¹⁹⁶

Para Eduardo Viana¹⁹⁷, a corrente cognitiva do dolo ainda não obteve ressonância no cenário científico brasileiro devido à “petrificação conceitual estampada em nossa legislação”.

¹⁹⁴ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 20, p. 229, 2001. Disponível em: <<https://bit.ly/2Lig7G9>>. Acesso em: 12 maio 2018.

¹⁹⁵ HASSEMER, Winfried. Los elementos características del dolo. Tradução de María del Mar Díaz Pita. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/2GZtMiS>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

¹⁹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO (coord.), 2014, p. 39.

¹⁹⁷ VIANA, 2017, p. 25.

Isso porque, como mencionado, o Código Penal brasileiro previu uma “definição”¹⁹⁸ do comportamento doloso, sendo comum que doutrina e jurisprudência extraiam do citado artigo 18, I, do diploma repressivo duas consequências essenciais: a) dolo é vontade e representação; e b) o código adota a teoria da vontade (quanto ao dolo direto) complementada pela teoria do consentimento (no que tange ao dolo eventual). Conclui o autor, então, que o dolo “é tratado como categoria com conteúdo duplamente psicológico: o *conhecimento* e a *vontade*.”

Como mencionado, também em relação às teses cognitivas é possível identificar enfoques de caráter psicológico e outros de caráter normativo. No primeiro grupo se enquadram as correntes que consideram irrelevante a presença de um elemento volitivo para delimitar o dolo e a culpa, porém compreendem o dolo como um elemento interno, sendo decisivo, para caracterizar o conhecimento, descobrir o que o autor sabe na situação concreta na qual decidiu realizar a ação típica.¹⁹⁹

Apontado como primeiro representante das teorias clássicas da representação, Franz von Liszt²⁰⁰ definiu o dolo como sendo “a representação da importância do ato voluntário como causa (representação da causalidade)”. Consequentemente, a ideia do dolo compreenderia a representação do ato voluntário, quando esse corresponde à ideia de um crime determinado; a previsão do resultado, quando esse é necessário para a ideia do crime; e a representação de que o resultado será efeito do ato voluntário, e esse causa do resultado.²⁰¹

Sendo o ato doloso a consciente realização de todas as circunstâncias que caracterizam o crime, o dolo ocorreria “quando o agente tem em vista o resultado, isto é, quando a previsão do resultado é o motivo do ato”, mas, também, quando o agente prevê o resultado, conquanto essa previsão não seja a razão de sua conduta²⁰². A outra forma de culpabilidade seria a culpa, definida como a ausência de previsão (ou o não conhecimento), contrária ao dever de cuidado, da importância da ação ou da omissão como causa do resultado.

Para Ragués i Vallès²⁰³, a versão mais difundida das teorias da representação é a teoria da probabilidade, segundo a qual ocorre dolo se, apesar de ter sido representada como provável

¹⁹⁸ Em verdade, o autor considera que o Código Penal não definiu efetivamente o conceito de dolo, uma vez que “definir é, antes de tudo, determinar o significado e as fronteiras do *definiendum*” e, no que se refere ao dolo, o diploma não desempenha essa tarefa. (VIANA, 2017, p. 25, cf. nota de rodapé 4).

¹⁹⁹ CARRILLO, 2017, p. 244.

²⁰⁰ VON LIZST, Franz. *Tratado de direito penal alemão*, vol. I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial; Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 270.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 271-272.

²⁰² Como exemplo do segundo caso, o autor cita que “quem sabe que a máquina infernal colocada em um navio, explodindo, sacrificará muitas vidas, comete dolosamente o crime de homicídio, embora o motivo do seu ato seja somente lucrar o soma que é objeto do seguro” e que “a meretriz que, sabendo estar acometida de sífilis, entregasse por amor ao lucro, faz-se culpada de ofensa dolosa à saúde”. (*Ibid.*, p. 274).

²⁰³ RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 67.

a realização do tipo, o sujeito tenha decidido agir. Assim, se a teoria do consentimento confere relevância, na definição da conduta como dolosa, à relação emocional do sujeito com o resultado, a teoria da probabilidade centra sua análise na conduta perigosa, que o indivíduo deve conhecer como tal, sem que seja necessária atitude emocional de nenhuma espécie. As duas teorias serão retomadas no tópico acerca do dolo eventual, dada a relação com o tema.

De outro lado temos as teorias cognitivas que apresentam um enfoque normativo, elaborando critérios objetivos de atribuição do conhecimento para qualificar a conduta como dolosa. Essas correntes não concebem o dolo como uma realidade natural de caráter psicológico que deve ser descoberta, mas, sim, como uma atribuição normativa, sendo essencial determinar quando imputar – atribuir – o dolo a uma determinada conduta.

Ingeborg Puppe²⁰⁴ destaca que a ambiguidade da palavra “querer” permitiria uma mudança de paradigma no tratamento do elemento subjetivo, saindo do conceito descritivo para o conceito normativo de vontade. Por vezes, utiliza-se a expressão “o autor quis o resultado” a fim de designar uma situação em que tal resultado era almejado pelo agente, isto é, constituía a finalidade do seu agir, de modo que a “vontade” é entendida como conceito psicológico-descritivo, designando um estado mental. Noutro giro, em sentido atributivo-normativo, a mesma afirmação (“o autor quis o resultado”) significa que ele não poderá isentar-se de responsabilidade, alegando que não o almejou em sentido psicológico, uma vez que “vontade” representa uma atribuição, ou seja, uma forma de interpretar um comportamento, com ampla independência da situação psíquica do autor.²⁰⁵

A autora propõe, assim, uma absoluta objetivização do dolo, a partir de uma ideia de que dolo é o conhecimento de um perigo qualificado, é o conhecimento de que a ocorrência do resultado é algo provável²⁰⁶. A particularidade da teoria do dolo em Puppe está em afirmar que deve ser o direito, e não o autor, o competente para decidir sobre a relevância jurídica do perigo de realização do tipo de que era consciente o agente. Não importa, portanto, qual era a atitude do sujeito diante da representação, mas “qual seria, nessas circunstâncias, a atitude de uma pessoa razoável e conhecedora da relevância do bem jurídico.”

²⁰⁴ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 31 e ss.

²⁰⁵ Para exemplificar as diferentes abordagens, Luís Greco pede ao leitor que imagine “[...] o caso do estudante que não estuda até a véspera da prova e, ao abrir livro, recebe um telefonema, sai, bebe, não dorme e chega direto da discoteca para fazer a prova. Pode ser que ele lamente com sinceridade a reprovação: ‘Minha vontade não era isso’, ‘foi sem querer’. O amigo honesto talvez responda: ‘não reclame, você quis ser reprovado’. Neste diálogo, o estudante usa o termo vontade em sentido psicológico-descritivo, o amigo em sentido atributivo-normativo”. (GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS et al. (coords.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 887).

²⁰⁶ Segundo Greco, a penalista seria uma defensora moderna da teoria da probabilidade (Ibid., p. 902).

Consequentemente, para a autora, existe dolo quando o sujeito – a nível objetivo – emprega uma estratégia racional e idônea de causação do resultado²⁰⁷. Como explica Costa²⁰⁸,

A autora parte da existência de dois tipos de perigo, o perigo de dolo e o de imprudência. Alguns perigos, por sua própria qualidade, permitem que qualquer pessoa racional confie validamente na sua ausência de realização. Exemplificativamente, os do trânsito de automóveis são dessa categoria, de modo que constituem perigo de imprudência. Por outro lado, há perigos cujo conhecimento mostram a sua aceitação pelo agente. Se o agente os conhece e ainda assim atua, está de acordo com ele. São os perigos de dolo.

Dentre os modernos defensores da concepção cognitiva, Greco²⁰⁹ afirma que dolo é conhecimento, porque só o conhecimento gera domínio e é esse o fundamento essencial do tratamento mais severo dispensado às condutas dolosas: pune-se com maior rigor os casos de dolo em razão da “maior necessidade de prevenção diante dos riscos que se dominam e a maior responsabilidade do autor por aquilo que ele realiza sob seu domínio”. A vontade em nada altera o domínio, tratando-se de um elemento absolutamente dispensável naquele conceito.²¹⁰

O mesmo entendimento é compartilhado por Viana²¹¹ e, também, por Porciúncula²¹², o qual destaca que, quando alguém realiza uma ação com consciência de seu significado típico, é possível afirmar que essa pessoa “quer” (em sentido atributivo-normativo), com sua ação, expressar esse significado típico – o que ocorreria, por exemplo, no caso do agente que, conscientemente, dispara cinco vezes em direção à cabeça da vítima, e com isso evidencia que “quer” praticar um homicídio. Dolo e conhecimento, para o autor, tornam-se sinônimos.

Uma das principais objeções elencadas pela doutrina contrária às concepções cognitivas, entretanto, possui intrínseca relação com a apontada flexibilização de categorias penais e processuais, própria da sociedade de risco. Nessa linha, Díaz Pita²¹³ identifica, na defesa das

²⁰⁷ Segundo Ragués, conquanto a decisão sobre quando concorre um método idôneo de causação do resultado seja algo que se determina objetivamente, não pretendia Puppe criar um conceito inteiramente objetivo de dolo. O conhecimento do agente, na teoria de Puppe, continuam desempenhando um importante papel, já que “apenas se pode falar de um método para a causação de um resultado quando, segundo o conhecimento de quem emprega tal método, a possibilidade de alcançar o objetivo seja relativamente elevada”. (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 148).

²⁰⁸ COSTA, P., 2015, p. 119.

²⁰⁹ GRECO, 2009, p. 903.

²¹⁰ Nas palavras do autor: “Se o domínio já é suficiente para fundamentar o tratamento mais severo que se reserva aos casos de dolo, uma vez que faz surgir uma maior necessidade de prevenção e uma maior responsabilidade, não se vê que papel uma vontade pode ainda ter, qualquer que seja o seu sentido, coincidente ou contrário àquilo que o autor conhece e, portanto, domina. Ou o agente quer o que domina, e neste caso a vontade parece redundante; ou ele não o quer, e neste caso não se vê porque o que ele não quer tem de ter mais importância do que aquilo que ele conscientemente domina. A vontade não acrescenta, nem retira nada às necessidades de prevenção e possibilidades de responsabilização geradas pela existência do domínio”. (Ibid., p. 896).

²¹¹ “A imputação a título de dolo não tem relação com a postura volitiva psíquica do indivíduo, pois dolo não é vontade, dolo é representação. A essencial diferença entre o dolo e a culpa, portanto, equivale fundamentalmente à distinção entre o conhecimento e o desconhecimento do perigo com qualidade dolosa”. (VIANA, 2017, p. 366).

²¹² PORCIÚNCULA, 2014, p. 308-309.

²¹³ DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. Tradução e notas de Paulo César Busato. In: BUSATO (coord.), 2014, p. 21.

teorias cognitivas do dolo, “[...] uma tendência expansiva do Direito Penal, caracterizada pela eliminação progressiva de elementos e barreiras que afetam a imputação”. Para a autora espanhola, essa eliminação “alivia o objeto da prova e permite imputar com maior facilidade casos como dolosos cuja natureza resulta mais que duvidosa”²¹⁴, o que deve ser contido com vistas à racionalidade da intervenção punitiva.

O novo problema que se coloca é, pois, se esse processo de normativização do dolo pode implicar a anulação do princípio da responsabilidade subjetiva, sua flexibilidade, ou corresponde apenas à adaptação do instituto aos novos tempos. O tema, não há dúvidas, percorrerá todo o estudo aqui apresentado, desde a questão relativa à prova do dolo até a discussão central acerca da possibilidade de utilização da teoria da cegueira deliberada para o preenchimento do elemento subjetivo doloso nos crimes de lavagem de capitais.

3.1.3 Prova do dolo

A prova do elemento subjetivo, tarefa sempre penosa para a acusação, reveste-se de dificuldade ainda mais acentuada face à complexidade do crime de lavagem de capitais. Diante dessa realidade, é comum a referência em documentos internacionais à possibilidade de comprovação do dolo por elementos objetivos, como no artigo 6º, § 2º, f, da Convenção de Palermo, segundo o qual “O conhecimento, a intenção ou a motivação, enquanto elementos constitutivos de uma infração enunciada no parágrafo 1 do presente Artigo, poderão inferir-se de circunstâncias fatuais objetivas.”²¹⁵

O entendimento conferido às normas presentes nos instrumentos internacionais sobre o tema da reciclagem de ativos mereceu certa atenção da doutrina.

Como esclarece Moro²¹⁶, a objetividade da prova do dolo “não deve ser interpretada no sentido de que pode ser dispensada a prova do elemento subjetivo, reduzindo a carga imposta à acusação e impondo alguma espécie de responsabilidade objetiva pelo crime de lavagem.”

Por sua vez, para Badaró e Bottini²¹⁷, admitir que a comprovação do dolo seja feita a partir de circunstâncias objetivas não significa substituí-lo por elementos objetivos, transformando-o em um conceito carente de qualquer conteúdo psicológico. O direito penal, para os autores, pressupõe a responsabilidade somente por fatos que decorram da vontade do

²¹⁴ DÍAZ PITA, 2014, p. 21.

²¹⁵ Na mesma linha encontra-se o artigo 28 da Convenção de Mérida (promulgada através do Decreto n. 5.687/2006) e o artigo 3º, § 3º, da Convenção de Viena (Decreto n. 154/1991).

²¹⁶ MORO, 2007, p. 103.

²¹⁷ BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 93-94.

agente, observando-se necessariamente o aspecto subjetivo da conduta, sem o qual não se poderá falar em tipicidade.

Para grande parte da doutrina atual, entretanto, a antiga concepção do dolo como um componente psicológico, situado no “âmbito interno” do agente, vem sendo paulatinamente substituída por uma noção daquele elemento em sentido “exteriorizado”, é dizer, tendo por base a ação manifestada pelo autor no âmbito externo.

Com efeito, Porciúncula²¹⁸ destaca que, independentemente da adoção de uma concepção volitiva ou cognitiva, aqueles que se debruçavam sobre o tema do dolo estavam permanentemente em busca de algo que teria ocorrido “na cabeça do autor” e que poderia refletir uma atitude especialmente grave de negação do direito. Na atualidade, contudo, mesmo os representantes de teorias distintas têm defendido a necessidade de parâmetros normativos para a determinação do dolo, numa tendência que restou comumente denominada como a “objetivação” do elemento subjetivo e que o autor, em termos gerais, prefere batizar como a “exteriorização” ou a “intersubjetivização” do dolo.

A discussão acerca de quais são os elementos que devem conformar a conduta dolosa, então, cede lugar a outro debate, concernente à definição sobre se o dolo é um elemento a ser aferido segundo uma perspectiva psicológica ou de acordo com uma perspectiva normativa. Ao distinguir as abordagens e sua importância na prova do dolo, diz Martínez-Buján Pérez²¹⁹ que

Portanto, a característica básica de tal perspectiva normativa consiste em conceber a realidade não como algo empírico (perceptível diretamente através dos métodos de pesquisa próprios das ciências da natureza), mas como uma realidade valorada. E, no que agora nos interessa, a perspectiva normativa possui como principal repercussão considerar os elementos subjetivos do delito, entre eles o dolo, como títulos de atribuição (cuja finalidade é assinalar uma responsabilidade a alguém), e não de mera descrição (cuja finalidade é a mera constatação de fatos), o que tem como consequência, por sua vez, que no âmbito do Direito processual o objetivo do processo penal não seja o descobrimento da verdade empírica, mas o da verdade forense, a saber, aquela parcela da realidade à qual tem acesso o juiz através das provas legalmente estabelecidas que, ademais, terão que ser respeitadas com os direitos fundamentais de todos os intervenientes no processo.

Para Greco²²⁰, o problema relativo à prova do dolo, nas concepções que adotam um conceito volitivo do elemento subjetivo, residiria no “acesso privilegiado que tem o autor em relação aos seus estados mentais”. O autor destaca que, a rigor, sempre será possível ao agente negar ter agido com o estado mental exigido pela teoria volitiva aplicada, sem que o juiz possa provar a existência desse elemento de maneira compatível com as exigências da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Existindo condenações por crimes dolosos mesmo nos casos

²¹⁸ PORCIÚNCULA, 2014, p. 301-302.

²¹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, p. 35.

²²⁰ GRECO, 2009, p. 897.

em que não haja confissão do acusado, então, restaria claro que, em verdade, a vontade em sentido psicológico jamais teria sido efetivamente considerada.

Em semelhante sentido, Busato²²¹ informa que o entendimento tradicional de dolo como um fenômeno real, algo que existe no mundo ontológico, sempre careceu de demonstração empírica, pelo que toda afirmação sobre o dolo contém certo grau de valoração, gerando grande insegurança. Assim, para o penalista, “o dolo não é algo que existe, que seja constatável, mas sim o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos que faz com que se impute a responsabilidade penal nesses termos.”²²²

O mesmo entendimento é compartilhado por Pedro Costa²²³, ao afirmar que o dolo é um

[...] conceito jurídico, sem existência no mundo da natureza, embora se possam debater a existência e o modo de existência dos seus componentes empíricos. Constrói-se esse conceito juridicamente a partir dos fins do direito penal e da ratio legis para a maior pena do crime doloso relativamente ao culposo. Consequentemente, não se prova o dolo, tanto quanto não se provam conceitos jurídicos como a hipoteca, a pessoa jurídica nem, no âmbito penal, a culpabilidade ou a imprudência. Provam-se os elementos empíricos, existentes no mundo dos fatos, se necessários para possibilitar a eventual aplicação de consequências jurídicas. No direito brasileiro, a questão é provar o conhecimento e ao menos a assunção do risco.

Essencial destacar, contudo, que a adoção de um enfoque normativo acerca do dolo não afasta a existência de problemas em torno da questão probatória, tampouco elimina o risco de gerar decisões arbitrárias, sobretudo diante da possibilidade de incongruência entre a realidade psicológica interna da intenção do agente e a atribuição realizada. Exige-se, efetivamente, na precisa observação feita por Busato²²⁴, a adoção de critérios concretos que ofereçam justificações adequadas para a atribuição do dolo e que possam levar a resultados mais seguros do que aqueles obtidos a partir de uma perspectiva psicológica.

Uma das propostas mais suscitadas pela doutrina foi fornecida por Hassemer, com a chamada “teoria dos indicadores externos”. O autor alemão propõe que, se o dolo não pode ser objeto de contemplação por parte do observador, então a afirmação ou negação desse elemento, como decisão a favor da lesão ao bem jurídico, necessita ser feita de forma indireta, através de indicadores objetivos que cumpram três condições: seu caráter observável, sua exaustividade e sua relevância para o elemento subjetivo em questão.²²⁵

Referidos indicadores externos, ressalta Hassemer²²⁶, não estão elencados em um catálogo exaustivo, exigindo a análise de todas as circunstâncias que estão ao redor da conduta

²²¹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013b, p. 403.

²²² *Ibid.*, p. 404.

²²³ COSTA, P., 2015, p. 154.

²²⁴ BUSATO, op. cit., p. 405.

²²⁵ HASSEMER, 1990, p. 924-925, acesso em: 20 maio 2018.

²²⁶ *Ibid.*, p. 928-929, acesso em: 20 maio 2018.

do agente. Os elementos externos que caracterizam o dolo se ordenam em três níveis – quais sejam, a demonstração de uma situação de perigo concreto ao bem jurídico, a representação desse perigo pelo agente e a sua decisão em favor da realização do perigo reconhecido –, mas somente o primeiro nível contém dados descritíveis, observáveis; os últimos dois passos não podem ser descritos a partir de uma observação, mas apenas deduzidos a partir de indicadores.

A teoria proposta por Hassemer é criticada por inserir os indicadores externos no próprio conceito de dolo, bem assim porque apresenta um método que concretiza esse conceito através de indícios²²⁷. De fato, ao propor uma série de indicadores externos para a afirmação do dolo, sem apontar concretamente a relação entre eles e a importância relativa de cada qual, abre-se um campo vasto ao arbítrio judicial, em prejuízo da segurança jurídica.

Grande referência sobre o tema da prova do dolo, Ragués i Vallés²²⁸, em uma perspectiva mais radical, conclui que a aplicação coerente de abordagens psicológicas implicaria uma renúncia à possibilidade de condenar pelo crime doloso. O autor adota uma concepção cognitiva do elemento subjetivo – no sentido de conhecimento, por parte do autor, da realização do tipo penal – e pontua que a caracterização de uma conduta como dolosa não deve depender de determinados dados psíquicos “cuja apreensão resulta impossível, tanto para o juiz como para os cidadãos”, mas, em lugar disso, deve resultar da avaliação de que tal conduta, “de acordo com suas características externas e perceptíveis, seja socialmente valorada como negação consciente de uma norma penal concreta.”

Ragués²²⁹ rejeita que os resultados obtidos a partir das ciências empíricas, da confissão do acusado ou da prova por indícios sempre coincidam com o que era a realidade psíquica do sujeito no momento do fato. O dolo existe se, a partir do sentido social do fato e de suas circunstâncias, pode-se afirmar inequivocamente que o agente cometeu o crime tendo conhecimento da aptidão de sua conduta para tanto²³⁰, razão pela qual o autor defende a adoção de regras de imputação para a determinação processual do dolo, as quais reduziriam o arbítrio judicial e aumentariam a segurança jurídica, permitindo decisões mais uniformes e previsíveis.

Contrariando em parte essa posição, Pedro Costa²³¹ acredita que a única prova possível dos elementos do dolo são os indícios, partindo-se de fatos externos provados. Assumindo que o juízo de certeza em relação ao elemento subjetivo seria inalcançável, o autor defende o critério

²²⁷ GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 54.

²²⁸ RAGUÉS I VALLÉS, 1999, p. 324.

²²⁹ *Ibid.*, p. 221 e ss.

²³⁰ *Ibid.*, p. 353.

²³¹ COSTA, P., 2015, p. 192.

da “prova além da dúvida razoável”²³² e afirma que a condenação seria possível “com regras de experiência ou leis científicas que estabelecem a probabilidade de uma realidade”²³³. O desafio, que Costa se propõe a solucionar, seria identificar os indícios do componente empírico dos elementos subjetivos, ou os padrões de comportamento que os constituem, no intento de diminuir a margem de discricionariedade da decisão.

Outra contribuição ao tema é dada por Porciúncula²³⁴, segundo o qual, para a comprovação do dolo – dentro da concepção cognitiva, defendida pelo autor –, seria possível verificar o que o agente conhecia por meio de elementos externos, isto é, por meio de seu comportamento e das circunstâncias. Assim, “o contexto social constitutivo do significado da ação se converte no critério para a atribuição do conhecimento exigido pelo dolo. Desse modo se chega à noção de que *dolus in actio ipsa*: todo dolo se encontra sempre na ação.”²³⁵

Por fim, Carrillo²³⁶ apresenta o que chama de “teoria das condições para o conhecimento”. O autor afirma que dolo é um juízo subjetivo-normativo de atribuição do conhecimento ao agente, sendo esse – o conhecimento – o objeto da prova do dolo no processo penal. Assim, a imputação dolosa seria possível quando fossem verificadas determinadas condições objetivas que indiquem que, em um contexto social e pessoal de ação, o agente a) possuía o dever de conhecer um risco específico; b) tinha condições efetivas de conhecê-lo; e c) estava impossibilitado de confiar na não realização do risco ou na não afetação do interesse tutelado.

Dentro da teoria ora abordada, para a imputação subjetiva do crime a um determinado agente o julgador deverá dispor de duas classes de informação: fatos provados e condições de imputação do conhecimento. O autor, então, aponta que a concepção por ele defendida torna evidente a necessidade de vincular a teoria geral do delito e o processo penal, sem descuidar do devido respeito às garantias e princípios do Estado democrático de direito, afirmando que

²³² Introduzida nos sistemas de *common law* no final do século XVIII, a fórmula *beyond any reasonable doubt* tem encontrado ressonância em parte da doutrina e na jurisprudência, havendo precedentes com sua aplicação, inclusive, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (vide, por exemplo, trecho do acórdão prolatado nos autos da Ação Penal 580, o qual consignou que “[...] A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o standard anglo-saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) e que foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. [...]”). Nada obstante, sustenta-se que o critério possui significado excessivamente vago, pontuando Michele Taruffo que “Por um lado, não é possível saber como ele é efetivamente aplicado pelos jùris norte-americanos, que não motivam seus vereditos; por outro, a definição de dúvida razoável é tudo menos clara, e as tentativas de quantificá-la não produziram qualquer resultado”. (TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 250).

²³³ COSTA, P., 2015, p. 190.

²³⁴ PORCIÚNCULA, 2014, p. 309.

²³⁵ “En definitiva: el contexto social constitutivo del significado de la acción se convierte en el criterio para la atribución del conocimiento requerido por el dolo. De este modo se llega a la noción de *dolus in actio ipsa*: todo dolo se encuentra siempre em la acción”. (Ibid., p. 317, tradução nossa).

²³⁶ CARRILLO, 2017, p. 575-576, acesso em: 20 maio 2018.

O ponto de conexão entre os dois elementos é encontrado no raciocínio judicial que, em minha opinião, deve se basear em um processo de inferência que respeite as garantias do Estado social e democrático de Direito [...]. O juiz criminal, baseado nos fatos provados, infere a configuração das três condições para imputar o conhecimento. Esse processo envolve generalizações, que são as razões de cada passo que o juiz toma para obter as inferências. Essas generalizações implicam uma série de riscos que, em um processo penal próprio do constitucionalismo penal, devem ser evitados. A maneira de reduzir os riscos de tais generalizações é, em minha opinião, através do estabelecimento de um catálogo de indicadores que orientem o processo de inferência e o mantenham dentro dos canais da racionalidade, entendida esta como respeito aos princípios limitadores do *ius puniendi*.²³⁷

Conquanto não se pretenda aprofundar todas as críticas apresentadas pela doutrina aos critérios suscitados para a comprovação do dolo, importante perceber que as teorias expostas ao longo do presente trabalho possuem como ponto em comum a tentativa de elencar critérios objetivos de imputação subjetiva, os quais, contudo, invariavelmente envolvem conceitos e categorias de elevada vagueza (tais como as “características pessoais do agente” e os “comportamentos antecedentes ou experiências prévias do autor”), permitindo ao julgador uma grande margem de discricionariedade.

De mais a mais, resta inviável que se esgotem todos os critérios e indicadores que serviriam para a imputação do dolo a um determinado comportamento humano, razão pela qual sempre haverá, de fato, espaço para o arbítrio judicial, não raro dotado de abstrações que dificultam o exercício da defesa voltado ao afastamento do elemento subjetivo.²³⁸

Guilherme Lucchesi²³⁹ concorda que, independentemente da filiação a teorias volitivas ou cognitivas, haveria dificuldades em compreender o dolo enquanto categoria interna ao indivíduo, inacessível a ele próprio ou a terceiros. Lado outro, pontua o autor que

Não há, porém, uma teoria que tenha conseguido captar com efetividade os critérios adequados para a atribuição de conhecimento ou de vontade a partir de critérios puramente normativos. Se de um lado trabalhar com conhecimento e vontade em um sentido psicológico é inviável diante da impossibilidade de constatação segura de tais elementos, nenhuma teoria normativo-atributiva obteve êxito em fornecer categorias seguras para a imputação de conhecimento ou de vontade. Conceitos como “sentido

²³⁷ “El punto de conexión entre ambos elementos se encuentra en el razonamiento judicial que, en mi opinión, debe sustentarse en un proceso de inferencia que respete las garantías propias del Estado social y democrático de Derecho [...]. El juez penal, a partir de los hechos probados, infiere la configuración de las tres condiciones para imputar el conocimiento. En ese proceso intervienen generalizaciones, que son las razones de cada paso que el juez realiza para obtener las inferencias. Estas generalizaciones conllevan una serie de riesgos que, en un proceso penal propio del constitucionalismo penal, deben ser evitados. La forma de reducir los riesgos de dichas generalizaciones es, a mi criterio, a través del establecimiento de un catálogo de indicadores, que guíen el proceso de inferencia y lo mantengan dentro de los cauces de la racionalidad entendida esta como respeto de los principios limitadores del *ius puniendi*”. (CARRILLO, 2017, p. 577, tradução nossa, acesso em: 20 maio 2018).

²³⁸ O próprio Carrillo, aliás, admite a impossibilidade de impedir completamente os riscos de generalizações no momento da imputação subjetiva, alegando que o desaparecimento total desses riscos implicaria no abandono do sistema de livre valoração da prova e sua substituição por um sistema de prova taxada ou por um *standard* matemático que não proporcionaria soluções adequadas. (Ibid., p. 595, acesso em: 20 maio 2018).

²³⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada "cegueira deliberada"*. Tese (Tese em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017, p. 201. Disponível em: <<https://bit.ly/2Lkn1tJ>>. Acesso em: 23 maio 2018.

social” ou “significado típico” dizem pouco, tratando-se de categorias etéreas. São bases pouco sólidas para o estabelecimento de critérios seguros para atribuir responsabilidade penal.

Parte da doutrina destaca que a dificuldade probatória dos elementos subjetivos, e especificamente do dolo, independeria da adoção de uma concepção volitiva ou cognitiva, visto que, qualquer que seja a corrente eleita, os elementos internos da ação típica – seja o conhecimento, apenas, ou o conhecimento e a vontade – pressupõem necessariamente algumas referências empíricas²⁴⁰. Para Schunemann²⁴¹, “[...] no dolo se trata, em primeiro lugar, de um evento de consciência, que obviamente deve ser valorado juridicamente, mas sem uma realidade a valorar não pode existir valoração alguma”. Assim, arremata o referido autor: “a dificuldade das comprovações processuais não pode ser confundida com a própria inexistência da realidade.”

Por sua vez, Jacson Zilio²⁴² refere, com bastante preocupação, à utilização de categorias processuais para um certo “apagamento” de categorias penais, utilizando como principal exemplo o dolo. Cita o autor que, no exame do dolo, um problema que classicamente estava relacionado ao elemento interno do agente foi convertido em um problema externo, simplesmente reduzido à prova, “ao ponto de se dizer que o dolo é, na verdade, a prova do dolo”. As teorias cognitivas atuais, ao eliminar o elemento volitivo, terminariam tratando um problema de direito material como uma mera categoria de prova externa ao fato, com isso se apagando a base psíquica da vontade, que seria fundamental para entender como o sujeito atua em uma dada formação social.

O tema indubitavelmente se relaciona ao objeto do presente estudo, questionando-se se a aplicação do instituto da ignorância deliberada teria por escopo conferir maior efetividade à persecução penal do Estado, sobretudo para contornar a falta de provas acerca do elemento subjetivo do agente no caso concreto.

Nessa linha, Corcoy Bidasolo²⁴³ aduz que, para contornar o obstáculo da prova ilícita ou da ausência de prova, verifica-se uma tendência à adoção de um modelo de responsabilidade objetiva, com uma ampliação do conceito de dolo que abarca a teoria da ignorância deliberada (tal como denominada na doutrina e na jurisprudência espanholas), importada do direito anglo-

²⁴⁰ SOTOMAYOR, 2016, p. 696-697, acesso em: 23 maio 2018.

²⁴¹ “[...] *en el dolo se trata en primer lugar de un suceso de consciencia, que obviamente debe ser a continuación valorado juridicamente, pero sin una realidad a valorar no puede haber valoración alguna. [...] De ahí que la dificultad de las comprobaciones procesales no pueda ser confundida con la propia inexistencia de la realidad*”. (SCHUNEMANN, Bernd. De un concepto filológico a um concepto tipológico del dolo. Tradução de Mariana Sacher. In: SCHUNEMANN, Bernd. *Obras* – v. 1. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 434).

²⁴² ZILIO, Jacson. Apresentação verbal. *V Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória*. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Curitiba, dias 26 e 27 de abril de 2018.

²⁴³ CORCOY BIDASOLO, 2012, p. 51-52, acesso em: 23 maio 2018.

saxão sem maior aprofundamento teórico, inclusive quanto aos requisitos que seriam necessários a sua aplicação.

3.1.4 Momento do dolo

Outro tema de interesse quanto ao elemento subjetivo no delito de lavagem de capitais é a determinação da dimensão temporal do dolo, ou seja, o momento no qual o conhecimento do indivíduo precisa estar presente para que se possa falar em atuação dolosa. Regra geral, é assente a tese de que apenas o momento da execução deve ser considerado para fins de determinação do nível da imputação. Para Puppe²⁴⁴, tal coincidência temporal entre o dolo e o fato não configura mera característica acidental do delito doloso, mas, sim, um elemento fundamental do próprio conceito de dolo.

O dolo da lavagem deve ser atual e acompanhar a execução dos atos de encobrimento, do que decorre, em primeiro lugar, a afirmação de que o conhecimento ou a vontade anterior (dolo antecedente), presente apenas na cogitação ou nos atos preparatórios, não é suficiente para permitir a imputação penal do crime. Consoante Badaró e Bottini²⁴⁵, a questão é especialmente importante para os casos de “autolavagem”, visto que, ainda que o autor da infração antecedente tenha a intenção de mascarar a origem ilícita dos valores obtidos, o dolo somente será eficaz se for iniciado o processo de encobrimento. Caso o agente mude de ideia e utilize o dinheiro para pagamento de uma dívida, por exemplo, não há dolo de lavagem.

Da mesma forma, o dolo exclusivamente subsequente – é dizer, os atos posteriores à realização da conduta – não bastam para sua configuração, ainda que o agente concorde, aceite ou aprove eventual resultado posterior decorrente da ação não dolosa. Seria o caso, por exemplo, do indivíduo que, sendo beneficiário final do patrimônio reciclado, não tenha participado ou desconheça as operações anteriores de lavagem no momento de sua efetivação, o qual não responderá pelo delito previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998, muito embora possa ser enquadrado pela modalidade equiparada do §2º, I, se presentes os requisitos legais.²⁴⁶

Callegari e Weber²⁴⁷ assinalam que o momento do conhecimento deve ocorrer quando da consumação do delito previsto na lei, vez que o agente precisa saber que os bens procedem de

²⁴⁴ PUPPE, 2004, p. 123.

²⁴⁵ BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 101-102. Nesse exemplo, “Mesmo que o destinatário do dinheiro – no caso, o credor – escamoteie os valores para sonegar imposto de renda, [...] não haveria crime de lavagem de dinheiro praticado pelo autor do roubo inicial pois ausente o dolo no início da execução dos atos delitivos.”

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 102.

²⁴⁷ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 90.

uma infração penal e, ainda que saiba antes da realização do delito prévio, só haverá delito de lavagem quando o autor realizar uma das atividades descritas no tipo do artigo 1º da Lei n. 9.613/1998. Nessa linha, ainda que o sujeito tenha conhecimento da comissão de um crime de evasão de divisas, só ocorrerá a atividade de lavagem se e quando foram iniciados os atos de ocultação do dinheiro proveniente daquele delito.

A Convenção de Viena menciona expressamente em seu artigo 3º, §1º, c, I²⁴⁸, que o conhecimento sobre a proveniência ilícita dos bens deve existir no momento em que o agente os recebe. A referida previsão não deve ser tomada literalmente, segundo Jorge Alexandre Godinho²⁴⁹: se o indivíduo apenas tomar conhecimento da origem dos fundos após tê-los recebido, mas, posteriormente, tendo presente essa procedência, praticar ações no sentido de ocultar ou dissimular sua origem, naturalmente que se deve afirmar o dolo, não havendo uma situação de *dolus subsequens*. A questão é tratada como relativa ao dolo superveniente, caracterizado por situações nas quais o dolo surge durante a execução, inicialmente culposa, atípica ou voltada para outra finalidade.

Badaró e Bottini²⁵⁰, por sua vez, afirmam que, nos casos de lavagem de dinheiro, a solução dependerá de qual seja a natureza conferida ao delito. Sendo considerado um crime permanente, o agente que recebe dinheiro em sua conta corrente, desconhecendo a origem infracional dos valores, poderá incidir no delito de reciclagem ao manter o numerário em sua posse depois de alcançar a consciência sobre tal procedência ilícita; noutro lado, adotada a posição de que a lavagem configura crime instantâneo, a consumação da ocultação ocorre no momento do depósito, de modo que o conhecimento apenas posterior da proveniência delitiva dos valores será caracterizado como dolo subsequente e a conduta, por conseguinte, atípica.²⁵¹

3.2 A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO O DOLO EVENTUAL

A maioria dos autores entende que o direito brasileiro, no artigo 18, I, do Código Penal, adotou um conceito bipartido de dolo, prevendo as modalidades de dolo direto e eventual,

²⁴⁸ Artigo 3º, §1º, do Decreto n. 154/1991 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: c) de acordo com seus princípios constitucionais e com os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico; i) a aquisição, posse ou utilização de bens, tendo conhecimento, *no momento em que os recebe*, de que tais bens procedem de algum ou alguns delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de ato de participação no delito ou delitos em questão.

²⁴⁹ GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de "branqueamento" de capitais*: introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, p. 209.

²⁵⁰ BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 102.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 102-103. Os autores destacam, contudo, que, "se o titular da conta movimentar os bens, transferi-los, substituí-los, agora com ciência de sua origem e intenção de mascaramento, haverá dolo atual nessa nova consumação, caracterizando-se a lavagem de dinheiro."

respectivamente associadas à teoria da vontade e à teoria do consentimento ou da anuência. Nada obstante, parte da doutrina nacional²⁵² trabalha com a concepção tripartida do dolo, majoritariamente acolhida em âmbito internacional; assim, falar-se-ia na existência do dolo direto de primeiro grau, representado pela orientação da conduta dirigida a um fim almejado, do dolo direto de segundo grau, que compreende todos os prováveis e inevitáveis resultados da ação criminosa, ainda que não queridos diretamente, e, por fim, do dolo eventual, que informa os efeitos colaterais possíveis, porém incertos, da conduta do agente.²⁵³

Há, ainda, quem considere equivocado trabalhar com variadas formas de dolo, defendendo uma teoria unitária desse conceito. Na linha aqui exposta, Luís Greco²⁵⁴ afirma que, “se todo dolo é conhecimento, e a vontade não tem relevância alguma, não há mais qualquer razão para diferenciar dolo direto (em suas duas formas, de primeiro ou de segundo grau) e dolo eventual. Há apenas uma forma de dolo.”

A distinção entre as diferentes espécies de dolo não é meramente dogmática. De fato, embora normalmente se mencione que o dolo eventual pode ser subsumido a todos os tipos penais, existem infrações previstas na legislação pátria que exigem uma modalidade específica de dolo, notadamente o dolo direto²⁵⁵. A discussão permeia o delito de lavagem de capitais, em relação ao qual, desde o seu surgimento, questiona-se a possibilidade de imputação a título de dolo eventual.

Para Sotomayor²⁵⁶, os diferentes tratamentos conferidos ao tema decorrem das dificuldades que tanto as teorias volitivas como as teorias cognitivas possuem em explicar o dolo eventual, por razões que o autor resume afirmando que

[as perspectivas] volitivas, pela ambigüidade no uso do termo “vontade”, pois se essa vontade for entendida em sentido psicológico-descritivo não é fácil afirmar a

²⁵² Por todos, v. SANTOS, 2012, p. 128 e ss.

²⁵³ BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO (coord.), 2014, p. 60.

²⁵⁴ GRECO, 2009, p. 902.

²⁵⁵ VIANA, 2017, p. 78. É o que ocorre, por exemplo, no crime de denúncia caluniosa, previsto no artigo 339 do Código Penal (“Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, *imputando-lhe crime de que o sabe inocente*”), ou no delito de comunicação falsa de crime (artigo 340 do Código Penal: “Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção *que sabe não se ter verificado*”).

²⁵⁶ “*Ambas perspectivas, sin embargo, enfrentan serias dificultades a la hora de explicar el dolo eventual: las volitivas por la ambigüedad en el uso del término “voluntad”, pues si dicha voluntad se entiende en sentido psicológico descriptivo no resulta fácil afirmar la existencia de tal elemento en el dolo eventual, toda vez que difícilmente una mera aceptación de la probable realización del tipo puede ser identificada con la voluntad de realización propia del dolo; pero sobre todo, se cuestiona que en el dolo eventual se exija una aceptación interior de la realización del tipo que en la práctica resulta imposible de probar, por lo que se introduce un amplio margen de discrecionalidad judicial*15. Por su parte las doctrinas cognitivas, si bien –en tanto afirman el dolo de manera exclusiva a partir de sus componentes cognoscitivos– no tienen problemas para incluir en su definición los supuestos de dolo eventual, sí lo tienen para diferenciar el comportamiento doloso del culposo, toda vez que también en la culpa consciente el sujeto se representa la probable realización de la infracción penal”. (SOTOMAYOR, 2016, p. 681, tradução nossa, acesso em: 24 maio 2018).

existência de tal elemento no dolo eventual, uma vez que dificilmente a mera aceitação da provável realização do tipo pode ser identificada com a vontade de realização própria do dolo; mas, sobretudo, questiona-se que no dolo eventual se exija uma aceitação interior de realização do tipo penal que na prática é impossível de provar, com o que se introduz uma ampla margem de discricionariedade judicial. Por sua vez, as teorias cognitivas, embora – na medida em que afirmam o dolo exclusivamente a partir de seus componentes cognitivos – não tenham problemas para incluir em sua definição as suposições de dolo eventual, os possuem para diferenciar o comportamento doloso do culposo, uma vez que também na culpa consciente o sujeito representa a provável realização da infração penal.

A culpa, por sua vez, possui caráter expressamente excepcional²⁵⁷ e encontra previsão no ordenamento brasileiro no artigo 18, II, do Código Penal, o qual dispõe que o crime será culposo quando o agente der causa ao resultado típico por imprudência, negligência ou imperícia. Aqui, o agente não quer nem tampouco assume o risco de produzir o resultado, sendo esse derivado de uma falta de dever de cuidado que cria um risco não permitido, o qual se realiza no resultado.²⁵⁸

A doutrina costuma identificar duas modalidades de culpa. Na culpa consciente, o agente representa a possibilidade de produção do resultado, mas confia que esse não irá ocorrer, supondo poder evitá-lo com sua habilidade; na culpa inconsciente, a despeito de dispor de conhecimentos que lhe permitiriam representar a possibilidade de ocorrência do resultado, o sujeito não os atualiza e, então, não tem consciência de que o resultado típico pode originar-se do perigo por ele criado.²⁵⁹

María Laura Manrique²⁶⁰, então, aduz que as doutrinas acerca do dolo eventual estão baseadas em duas ideias centrais: de um lado, que dolo e imprudência não podem ser reprovados em igual medida; e, de outro, que o dolo eventual merece o mesmo tratamento fornecido ao dolo direto. Assim, afirma a autora que as teorias sobre a modalidade de dolo aqui enfocada precisa explicar ambas as questões, ou seja, a) a diferença entre dolo eventual e culpa consciente e b) a natureza genuinamente dolosa do dolo eventual.

Enfrentaremos brevemente os dois pontos suscitados, para então adentrar na discussão acerca do cabimento, ou não, de dolo eventual no que tange ao delito de reciclagem consoante previsão da Lei n. 9.613/1998, imprescindível ao presente tema.

²⁵⁷ Como referido, diz o artigo 18, parágrafo único, do Código Penal - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

²⁵⁸ BUSATO, 2013b, p. 422. O mesmo ensina Cirino dos Santos, ao afirmar que “[...] o tipo de injusto de imprudência é formado por dois elementos correlacionados: a) primeiro, a lesão do dever de cuidado objetivo, como criação de risco não permitido, que define o desvalor da ação; b) segundo, o resultado de lesão do bem jurídico, como produto da violação do dever de cuidado objetivo ou realização de risco não permitido, que define o desvalor de resultado”. (SANTOS, 2012, p. 163).

²⁵⁹ ZAFFARONI; BATISTA, 2010, p. 317.

²⁶⁰ MANRIQUE, María Laura. Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto. *DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 30, p. 423, 2007. Disponível em: <<https://bit.ly/2xf9PEi>>. Acesso em: 25 maio 2018.

3.2.1 Breve percurso sobre as teorias acerca do dolo eventual. Dificuldades em estabelecer a fronteira em relação à culpa consciente

Conforme exposto, dentro da concepção tradicional que considera a confluência dos elementos conhecimento e vontade como necessária ao aperfeiçoamento do dolo, inclusive no que tange ao dolo eventual, tal modalidade de elemento subjetivo seria uma “forma imperfeita de dolo, em razão de a realização do tipo penal não se encontrar no mesmo percurso do propósito perseguido pelo autor”²⁶¹. Em linha semelhante, Busato²⁶² anota que, conquanto não perca sua natureza dolosa, o dolo eventual seria a forma mais tênue de dolo e, por consequência, “igualmente a forma mais próxima da imprudência dentro da escala de desvalor subjetivo do injusto, compondo, por assim dizer, a fronteira inferior do dolo.”

A doutrina majoritária alinha a concepção clássica sobre o dolo eventual à chamada teoria do consentimento ou da anuência, a qual teria sido adotada pelo Código Penal brasileiro na segunda parte do seu artigo 18, I. Ao afirmar que atua dolosamente o agente que assume o risco de produzir o resultado, diz-se, tradicionalmente, que “assumir o risco de produzir o resultado típico significa aceitar seriamente que ele ocorra, como efeito da indissociabilidade entre os meios escolhidos e empregados pelo agente e o fim ao qual não renunciará”²⁶³, traduzindo uma situação em que o agente anui quanto à realização do tipo que por ele já havia sido previsto.

Vários defensores da teoria do consentimento recorreram às chamadas “Fórmulas de Frank”, assim chamadas por terem sido desenvolvidas por Reinhard Frank, paradoxalmente declarado como partidário da teoria da representação²⁶⁴. A primeira fórmula de Frank, elaborada em 1890, foi inicialmente utilizada pela teoria em estudo para afirmar que o consentimento necessário para a atuação com dolo eventual estaria presente quando, tendo o autor previsto como possível a ocorrência do resultado, seja correto dizer que ele teria agido igualmente se o tivesse previsto como certo. Após, explica Ragués i Vallès²⁶⁵ que

²⁶¹ VIANA, 2017, p. 73.

²⁶² BUSATO, 2013b, p. 422.

²⁶³ ZAFFARONI; BATISTA, 2010, p. 277.

²⁶⁴ RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 62. Carrillo, de outro lado, afirma que as “Fórmula de Frank” foram usadas para resolver os problemas de determinação do dolo por adeptos da teoria da probabilidade (CARRILLO, 2017, p. 251, acesso em: 25 maio 2018).

²⁶⁵ “Las críticas recibidas por su primera fórmula llevaron a que Frank variara parcialmente su postura y en trabajos posteriores plantea la denominada segunda fórmula de Frank: existe dolo cuando el sujeto, presentándose como posible la realización del tipo, se dice a sí mismo: “con independencia de lo que pueda pasar, en cualquier caso, yo actúo”. Esta fórmula sustituye o acompaña a la primera en las diversas ediciones de su obra, aunque, si se presta atención en su contenido, el elemento emocional del consentimiento ya no parece tener una substancialidad propia, pues la nueva fórmula sólo se basa en la concurrencia de dos elementos: primera, que el autor se represente la posibilidad del resultado (‘con independencia de lo que pueda pasar...’) y, segundo,

As críticas recebidas por sua primeira fórmula levaram Frank a mudar parcialmente sua posição e em trabalhos subsequentes se levanta a chamada segunda fórmula de Frank: há dolo quando o sujeito, representando como possível a realização do tipo, diz a si mesmo: "independentemente do que pode acontecer, em qualquer caso, eu atuo ". Esta fórmula substitui ou acompanha a primeira nas várias edições de seu trabalho, embora, se for dada atenção ao seu conteúdo, o elemento emocional do consentimento não mais parece ter uma substancialidade própria, uma vez que a nova fórmula é baseada apenas na concorrência de dois elementos: primeiro, que o autor represente a possibilidade do resultado ("independentemente do que pode acontecer...") e, em segundo lugar, que apesar disso ele leve a cabo seu comportamento ("... em todo caso, eu atuo "), isto é, ação acompanhada de representação.

A despeito das considerações acima, as quais pontuam que o elemento emocional-volitivo do dolo eventual se apresentaria de modo “turvo” na segunda fórmula de Frank²⁶⁶, é certo que a doutrina incorporou atitudes internas, componentes emocionais, à teoria do consentimento, trabalhando com o que Ragués²⁶⁷ denominou de “sucedâneos da vontade”. Tais “sucedâneos da vontade” seriam, portanto, utilizados para afirmar a presença de dolo quando o autor tenha “se resignado com o resultado”, “aprovado o resultado”, “consentido com o resultado”, “estado de acordo com o resultado”, dentre outras formulações no mesmo sentido, notadamente no intuito de não permitir a punição de condutas mais graves a título de simples negligência.

Em suma, a teoria do consentimento – como uma das clássicas teorias volitivas –, em relação ao dolo eventual, substitui a vontade, em seu sentido cotidiano, por um dado psíquico equivalente a um “estar de acordo” ou “anuir” com a ocorrência do resultado, considerando que a adoção dessa postura interna de aprovação equivale a querer a realização do tipo. Por outro lado, nos casos em que um sujeito tenha atuado acreditando que o resultado típico não se realizaria, não se poderia afirmar o dolo eventual.

A questão deixa claro que, se a demarcação entre o dolo e a culpa não traz maiores problemas quando se tem em mente o dolo direto, a situação é diferente no que tange à distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente. Isso porque, conforme a lição de Espinar²⁶⁸,

O dolo eventual tem em comum com a culpa consciente que o autor representa a realização do tipo como possível. No entanto, o conceito de dolo eventual exige mais

que pese a ello lleve a cabo su conducta ('...en cualquier caso, yo actúo'), esto es, acción acompañada de representación". (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 63).

²⁶⁶ “[...] el elemento emocional-volitivo del dolo eventual aparece claramente desdibujado en la segunda fórmula de Frank”. (Ibid., p. 64).

²⁶⁷ Ibid., p. 65.

²⁶⁸ “El dolo eventual tiene en común con la culpa consciente que el autor se representa la realización del tipo como posible. Sin embargo, el concepto de dolo eventual requiere algo más que la representación de la posibilidad de la realización del tipo penal: cuando se actúa con dolo eventual, se afirma, se añade al actuar imprudente un dato que conlleva un plus de gravedad del ilícito debido a una decisión más grave del autor frente a la realización del tipo. En que consiste este plus - que, en definitiva, va a permitir afirmar que la realización del tipo ha sido de algún modo querido por el autor - es algo que se discute en la teoría y en la práctica aunque no siempre con la claridad que la importancia del tema requeriría”. (ESPINAR, Jose Miguel Zugaldía. La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 39, n. 2, p. 396-397, 1986. Disponível em: <<https://bit.ly/2GUgxPy>>. Acesso em: 27 maio 2018).

do que a representação da possibilidade de realização do tipo penal: quando se atua com dolo eventual, afirma-se, acrescenta-se ao ato imprudente um dado que acarreta um plus de gravidade do ilícito devido a uma decisão mais grave do autor frente à realização do tipo. Em que consiste este plus - que, em suma, nos permitirá afirmar que a realização do tipo foi de alguma forma desejada pelo autor - é algo que é discutido na teoria e na prática, embora nem sempre com a clareza que a importância do assunto exigiria.

Viana²⁶⁹ destaca que o responsável pela aproximação entre o dolo eventual e a culpa consciente seria o duplo enfraquecimento dos elementos psíquicos naquela primeira modalidade de elemento subjetivo. Não há no dolo eventual, como ocorre no dolo direto, uma meta, imediata ou mediata, de realização do tipo. No dolo eventual, os dois elementos que classicamente o comporiam perdem intensidade: o indivíduo apenas representa a realização do tipo como *possível* (enfraquecida representação) e sustenta a relação psíquica de *conformidade e/ou aprovação* quanto a sua eventual ocorrência (enfraquecida vontade).

Explica Cirino dos Santos²⁷⁰ que a distinção entre dolo eventual e culpa consciente é uma das mais difíceis questões do direito penal, na medida em que exige a identificação de atitudes fundadas, em última instância, na afetividade do autor. Adotando-se a exposta teoria do consentimento, “o dolo eventual constitui decisão pela possível lesão do bem jurídico protegido no tipo, e a imprudência consciente representa leviana confiança na evitação do resultado de lesão do bem jurídico”, mas, como reconhece o autor, o escopo de apresentar identidades e diferenças entre os dois elementos demandaria a apresentação de critérios mais precisos.

Busato²⁷¹, por sua vez, explica a teoria do consentimento afirmando que, para essa corrente, “estando presente uma possibilidade de ocorrência do resultado digna de ser *levada a sério*, se o sujeito ainda insiste em atuar, age com *aprovação* em face do resultado, ou seja, o *consente*, pelo que está presente o dolo eventual”. O autor, entretanto, apresenta críticas a essa definição, destacando que a aprovação do resultado seria própria do dolo direto²⁷² e que, ademais, seria possível que um resultado muito improvável fosse objeto justamente da pretensão do agente, a exemplo de uma situação envolvendo disparos de arma de fogo a longa distância para o cometimento de delito de homicídio.

Apresentando também objeções à corrente dominante, Leonardo Schmitt²⁷³ afirma que o problema das concepções volitivas do dolo, especificamente no que tange à configuração do

²⁶⁹ VIANA, 2017, p. 73-74, destaques no original.

²⁷⁰ SANTOS, 2012, p. 131-132.

²⁷¹ BUSATO, 2013b, p. 447, destaques no original.

²⁷² Neste ponto, afirma o autor que “[...] a aprovação da realização não precisa traduzir-se em um resultado desejado pelo sujeito para derivar, por exemplo, em uma situação de dolo direto de segundo grau. Assim, essa teoria estaria restringindo excessivamente o dolo direto em favor do dolo eventual”. (Ibid., mesma página).

²⁷³ BEM, Leonardo Schmitt de. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 36, p. 89, jan.-mar. 2010.

dolo eventual, estaria na preocupação demasiada com a valoração das circunstâncias do caso concreto para alcançar a “aprovação interna”, em detrimento de outra preocupação fundamental: demonstrar a conexão entre a dita aprovação interna e a conduta praticada. De acordo com o autor, priorizar a primeira análise significaria julgar com mais importância o interior do que o exterior, dando margem a uma espécie de “direito penal do ânimo”.

Outras teorias também buscaram distinguir dolo eventual e culpa consciente, havendo aquelas que, tal como a teoria do consentimento, defendem que a separação deve ser buscada no elemento volitivo do dolo, e outras que focam a identificação e a delimitação entre os conceitos no âmbito do conhecimento. Serão elencadas algumas das principais correntes, novamente sem a pretensão de esgotar a infinidade de posições trazidas pela doutrina.²⁷⁴

Segundo a teoria da indiferença, haveria também vontade em decorrência de um sentimento pelo autor, de modo semelhante à teoria do consentimento, mas, aqui, não apenas são considerados dolosos os casos em que a relação emocional do sujeito com a realização do tipo é positiva (no sentido da aprovação ou anuência), como basta que o agente não se oponha internamente ao resultado²⁷⁵. A tese criada por Engisch sustenta que o dolo eventual se traduz em uma atitude de alto grau de indiferença do sujeito quanto aos efeitos eventualmente advindos de sua conduta, excluindo-se aqueles indesejados.²⁷⁶

Costa²⁷⁷ destaca, entretanto, que a teoria da indiferença elaborada por Engisch não se aplica a todos os casos de dolo eventual, mas apenas àqueles em que há simples probabilidade ou mera possibilidade de produção do resultado típico. Havendo alta probabilidade de ocorrência do resultado, a teoria do autor alemão é da probabilidade, sendo irrelevante para o dolo a atitude interna do agente, de confiança ou de indiferença.

Na teoria da indiferença, é esse componente emocional, acrescido da representação da consequência típica, o conceito diferenciador entre dolo e culpa²⁷⁸ – se o resultado for provável ou meramente possível e o agente for a ele indiferente, sua ação será perpetrada com dolo eventual; de outro lado, atuando com esperança ou confiante de que o tipo não será realizado, ou sendo ínfima a probabilidade de produção do resultado com a conduta concretamente eleita, fica excluído o dolo e o sujeito poderá responder a título de culpa.

A principal crítica a essa postura diz respeito, justamente, à utilização da indiferença como critério de imputação do dolo eventual, uma vez que a expressão seria igualmente válida

²⁷⁴ Para um quadro mais completo, vide RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 60 e ss.; COSTA, P., 2015, p. 79 e ss.

²⁷⁵ ENGISCH apud RAGUÉS I VALLÈS, op. cit., p. 78.

²⁷⁶ BUSATO, 2013b, p. 447.

²⁷⁷ COSTA, P., op. cit., p. 101.

²⁷⁸ Ibid., p. 104.

para caracterizar os atos cometidos culposamente. Ademais, Ragués i Vallès²⁷⁹ destaca que um problema central da teoria é que essa não seria ajustável a uma definição global de dolo, “pois se há algo diferente de querer um resultado, é mostrar-se indiferente a sua ocorrência.”

No âmbito das teorias da representação, a teoria da probabilidade compreende que o liame entre dolo e imprudência está fundamentado no grau de probabilidade com que o autor haja representado a realização da conduta típica²⁸⁰. Nesse sentido, ocorre dolo se, apesar de ter representado como provável a realização do tipo penal, o agente decidiu atuar; de outro lado, a situação será de culpa se o sujeito representou a ocorrência do resultado simplesmente como improvável. Quanto ao resultado querido, mesmo sendo ínfima a probabilidade de sua ocorrência o crime é doloso.²⁸¹

Costa²⁸² aponta que, iniciada com uma vertente subjetiva (porquanto o ponto de vista da representação, na formulação exposta acima, seria o do autor), outros autores passaram a defender uma teoria da probabilidade objetiva, onde a chance de ocorrência do resultado se verifica não a partir da perspectiva do próprio agente, mas de um terceiro. A conduta intencional seria ou não dolosa a depender da probabilidade de realização do tipo penal, analisada objetivamente – o que não resolveria, contudo, a objeção apresentada por parte da doutrina, no sentido de que a delimitação entre dolo e culpa não poderia ficar a cargo de um critério meramente quantitativo.

Já a teoria da possibilidade afirma que, para se falar em dolo eventual, basta que o autor haja representado a ocorrência do resultado como algo que era especificamente possível, independentemente de componentes emocionais. Somente escapa ao dolo aquilo que não figura, como representado, no campo da possibilidade²⁸³. A imprudência envolve, então, necessariamente, uma não representação da possibilidade do resultado, o que tem como consequência a existência, apenas, da culpa inconsciente.

Por fim, cumpre-nos trazer a observação de Stefano Canestrari²⁸⁴, para quem a utilidade dos critérios até então criados pela doutrina e pela jurisprudência para a definição do dolo eventual e sua delimitação em relação à culpa consciente se mostrou ilusória, não sendo suficientes para atender e solucionar as questões surgidas na atualidade. A rejeição a essas

²⁷⁹ “Sin embargo, el principal problema de la teoría de la indiferencia probablemente sea que ya no resulta conjugable con una definición global de dolo, pues si algo hay distinto a querer un resultado es mostrarse indiferente ante su acaecimiento”. (RAGUÉS I VALLÈS, 1999, p. 78, tradução nossa).

²⁸⁰ Ibid., p. 67.

²⁸¹ COSTA, P., 2015, p. 92.

²⁸² Ibid., p. 93.

²⁸³ BUSATO, 2013b, p. 443.

²⁸⁴ CANESTRARI, Stefano. La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo. *Ius et Praxis*, Talca, v. 10, n. 2, p. 59-95, 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2kxqFor>>. Acesso em: 29 maio 2018.

visões tradicionais refletiu, segundo o autor, numa recente abertura, ainda “imperceptível”, para previsões de reforma tendentes a unificar esses conceitos, cientes das dificuldades de indicar com clareza e objetividade os parâmetros para promover tão dramática diferenciação.

Para Roxin²⁸⁵, entretanto, não haveria como igualar situações potencialmente desiguais relativas a uma decisão contrária ao bem jurídico e a uma atitude meramente descuidada com relação a ele. Ademais, o ponto de vista não solucionaria o problema, visto que criaria, em verdade, uma nova dupla fronteira, agora entre o dolo e a categoria intermediária (abrangendo tanto o dolo eventual como a culpa consciente), e entre essa e a imprudência.

3.2.2 Dolo eventual e lavagem de capitais: discussão sobre a compatibilidade no ordenamento brasileiro

Sem olvidar das próprias peculiaridades que envolvem o conceito de dolo na atualidade, conforme exposto, há sérias controvérsias sobre a admissibilidade do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro.

Não há dúvida de que alguns delitos previstos na Lei n. 9.613/1998, em razão da própria redação dos respectivos tipos, apenas se compatibilizam com o dolo direto. O artigo 1º, § 1º²⁸⁶, mesmo a partir das modificações introduzidas pela Lei n. 12.683/2012, estabelece que a punição do infrator resta condicionada à existência de um especial fim de agir, sem o qual não se perfectibiliza o delito de lavagem. Por outro lado, a norma legal incriminadora prevista no artigo 1º, § 2º, II, da citada lei²⁸⁷ exige um elemento subjetivo do tipo, fazendo-se mister a comprovação de que o sujeito tem conhecimento de que a atividade principal ou secundária do grupo a que pertence está dirigida à prática do mascaramento de capitais.²⁸⁸

Antes das alterações introduzidas no referido diploma legal, unânime era o entendimento acima também no que se refere ao tipo previsto no inciso I do § 2º, haja vista que sua redação original, textualmente, exigia a ciência da origem espúria dos ativos²⁸⁹. Com a supressão da expressão “que sabe” no texto sancionado pela Presidência da República, entretanto, surgiu o

²⁸⁵ ROXIN, 1997, p. 448.

²⁸⁶ § 1º Incorre na mesma pena quem, *para ocultar ou dissimular* a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: [...] (sem destaques no original).

²⁸⁷ § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: (...) II - participa de grupo, associação ou escritório *tendo conhecimento* de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta lei. (sem destaques no original).

²⁸⁸ MELLO, 1999, p. 38.

²⁸⁹ Dizia o texto anterior à Lei n. 12.683/2012: “§ 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”. (sem destaques no original).

questionamento na doutrina sobre se teria sido substituído o dolo direto pelo dolo eventual, autorizando a punição mesmo em casos nos quais o agente não tem ciência plena de que os bens que recebe tem procedência infracional.

Ademais, quanto ao tipo básico do *caput* do artigo 1º a discussão remonta ao próprio surgimento da lei e encontra inúmeros defensores tanto de uma como de outra corrente. Entre os adeptos do dolo eventual para a configuração do delito, recorrente é a referência ao item 40 da Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/1998²⁹⁰, que deixaria evidente a intenção do legislador sobre a questão:

40. Equipara o projeto, ainda, ao crime de lavagem de dinheiro a importação ou exportação de bens com valores inexatos (art. 1º, § 1º, III). Nesta hipótese, como nas anteriores, exige o projeto que a conduta descrita tenha como objetivo a ocultação ou a dissimulação da utilização de bens, direitos ou valores oriundos dos referidos crimes antecedentes. Exige o projeto, nesses casos, o dolo direto, admitindo o dolo eventual somente para a hipótese do *caput* do artigo.

Fazendo coro à tese ora abordada, Rodrigo Leite Prado²⁹¹ acrescenta que a limitação da prática delitiva às hipóteses de dolo direto “reduziria à inutilidade boa parte do arcabouço normativo do qual é produto a Lei brasileira”, cujo principal intuito seria o de reprimir a lavagem terceirizada, posto que “o profissional da lavagem dificilmente tem notícia da proveniência do objeto material do delito”. Noutro viés, aponta que a regra em nosso ordenamento é a equiparação do dolo direto ao dolo eventual, desde que não haja norma em sentido contrário – assim, mesmo na ausência de menção direta a essa última modalidade no *caput* do artigo 1º, haveria a possibilidade de admiti-la diante da previsão geral contida no artigo 18, I, do Código Penal e de sua relevância para a eficácia da lei de lavagem.²⁹²

Semelhante é o posicionamento adotado por Francis Beck²⁹³, para quem os delitos dolosos admitem as formas dolosas direta e eventual, exceto naqueles casos em que o próprio tipo usa expressões típicas do dolo direto. Logo, conclui que, nos termos da teoria geral do delito, não é possível a exclusão apriorística do dolo eventual no delito de lavagem de capitais. Para Mendroni²⁹⁴, se a lei penal geralmente não prevê expressamente o dolo eventual, que estaria inserido no núcleo dos dispositivos, o caso seria apenas de interpretação do juízo, especialmente quando a lavagem de dinheiro remete a um dano social, não individual.

²⁹⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1997, item 40, sem destaques no original.

²⁹¹ PRADO, Rodrigo Leite. O controle penal da lavagem de dinheiro – Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI (org.), 2011, p. 230.

²⁹² De igual forma conclui Sérgio Moro, que admite a pertinência do dolo eventual para a utilidade da lei, “máxime quando não se vislumbram objeções jurídicas ou morais para tanto”. (MORO, 2007, p. 101).

²⁹³ BECK, Francis. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in) aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, n. 41, p. 59-60, set. 2011.

²⁹⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 84.

O autor também destaca que, se as alterações promovidas pela Lei n. 12.683/2012 visam “tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”²⁹⁵, então o afastamento da incidência de dolo eventual seria incompatível com o aludido objetivo, inclusive inviabilizando a punição do agente testa-de-ferro, em desfavor do qual a legislação brasileira passou a expressamente prever a aplicação de medidas assecuratórias.²⁹⁶

Nada obstante, a questão crucial em relação ao tema se daria no tocante à colheita probatória, uma vez que não seriam suficientes meras presunções, sendo imperioso, nessa linha, “obter indícios importantes ou elementos de prova que denotem dedução do fato de que o agente tinha conhecimento da possível origem ilícita dos bens direitos ou valores – a ponto de se configurar circunstância em que ele ‘*deveria saber serem provenientes de infração penal*’.”²⁹⁷

Em sentido oposto, há quem sustente que apenas pratica lavagem de dinheiro aquele que atua com dolo direto, possuindo plena ciência de que o produto tem origem delitiva e, a partir desse dado, agindo de forma livre e consciente com o propósito de promover sua ocultação ou dissimulação. Nessa linha, a Convenção de Viena (artigo 3º, § 1º, b²⁹⁸) e a Convenção de Palermo (artigo 6º, § 1º²⁹⁹) indicam que apenas quem tem conhecimento da proveniência dos bens pode ser enquadrado no delito.

Para Marco Antonio de Barros³⁰⁰ seria demasiadamente prejudicial ao sujeito acusado de lavagem uma interpretação extensiva que, na ausência de previsão legal da forma culposa para o crime, admita sua substituição pela aplicação da teoria do dolo eventual, para o fim de servir

²⁹⁵ Nesse sentido prevê o artigo 1º do aludido diploma.

²⁹⁶ Artigo 4º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998 - O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, *ou existentes em nome de interpostas pessoas*, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. (sem destaques no original).

²⁹⁷ MENDRONI, 2015, p. 86, destaques no original.

²⁹⁸ Artigo 3º, § 1º, do Decreto n. 154/1991 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: [...] b) i) a conversão ou a transferência de bens, *com conhecimento* de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos; ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, *sabendo que* procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão. (sem destaques no original).

²⁹⁹ Artigo 6º do Decreto n. 5.015/2004 - 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente: a) i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz *tem conhecimento* de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos; ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, *sabendo o seu autor* que os ditos bens são produto do crime. (sem destaques no original).

³⁰⁰ BARROS, 2012, p. 63-64.

de instrumento de contenção social. Nessa senda, sem a demonstração da ciência prévia do agente sobre a origem ilícita dos valores, restará caracterizada a situação de erro de tipo quanto ao delito de lavagem, excluindo o dolo.

Para essa corrente, em qualquer das modalidades do crime de lavagem de capitais, compreendendo não apenas a figura principal descrita no *caput* do artigo 1º da Lei n. 9.613/1998, mas também as figuras equiparadas evidenciadas nos parágrafos seguintes, utiliza-se o termo “proveniente” como elemento normativo do tipo, do que decorre a necessária comprovação da ciência prévia, por parte do agente, no sentido de que os bens procedem de uma infração penal anterior³⁰¹. Não satisfaz, para efeito de imputação penal, tão somente a comprovação, tampouco a mera indução, de “indiferença” ou de “elevada probabilidade” sobre tal proveniência para justificar aceite ao dolo eventual, abrindo margem a um alto risco de se proferir uma sentença penal injusta.

Na mesma linha de argumentação, Badaró e Bottini³⁰² salientam que, malgrado a Exposição de Motivos da lei original contemple expressamente o cabimento do dolo eventual nas hipóteses do *caput* do artigo 1º, deve-se apreender o sentido da norma por meio de uma interpretação sistemática. Desse modo, destacam os autores que, acaso pretendesse o legislador, de fato, considerar possível a incidência do dolo eventual, teria evidenciado sua opção por meio da utilização da expressão “deve saber”, tal como fez na redação de outros tipos penais que pressupõem o conhecimento de um estado, fato ou circunstância anterior.³⁰³

A jurisprudência pátria, especialmente após a reforma da lei brasileira de lavagem, indica uma tendência à admissibilidade do dolo eventual. Sem ainda aprofundar a análise do tema conforme orientação dos tribunais, relevante frisar que no julgamento da Ação Penal 470³⁰⁴, conhecido como caso do “Mensalão”, algumas incursões foram feitas acerca da matéria, as quais serão oportunamente abordadas. Mais recentemente, no bojo da chamada “Operação Lava Jato”, diversas decisões proferidas partem da premissa de compatibilidade do crime de mascaramento com o dolo eventual, inclusive valendo-se, com vistas a preencher o elemento subjetivo, da teoria da cegueira deliberada.

³⁰¹ SILVA, Thiago Minetti A.; BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 104, n. 957, p. 236, jul. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2GIXPem>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

³⁰² BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 95-96.

³⁰³ Como exemplo, mencionam os doutrinadores o crime de perigo de contágio venéreo, assim descrito pelo artigo 130 do CP: Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a perigo de contágio de moléstia venérea, de que sabe ou *deve saber* que está contaminado. (sem destaques no original).

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Penal n. 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 24, 26 e 27 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/ZJeXiv>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

A aceitação do dolo eventual para a tipificação do delito de lavagem de capitais traz sérias implicações do ponto de vista político criminal. A rigor, dada a fungibilidade do objeto do crime, sempre seria possível duvidar da procedência de determinado bem ou capital, situação que imporia aos profissionais que atuam nos setores sensíveis da economia incessante investigação sobre toda e qualquer operação que efetivem. Difícil ponderar, portanto, o parâmetro para que se considere que o agente esteve consciente do risco de estar lidando com bens de origem infracional e, ainda assim, escolheu prosseguir com sua conduta.

Abordando o mesmo tema, embora aplicado ao ordenamento português, Godinho³⁰⁵ aponta que a consideração de que a lei conteria um dever genérico de esclarecimento quanto à origem dos bens representaria uma “desmesurada hipervalorização da danosidade” do crime de lavagem. Para o autor, ainda, a aceitação do dolo eventual implicaria uma real possibilidade de perturbação do comércio jurídico e do funcionamento normal dos circuitos econômicos, onde os agentes sentiriam uma tendência natural a se retraírem, preferindo não se expor a riscos. E arremata: “a norma não pode exigir que quaisquer agentes econômicos só recebam fundos quando estão seguros de que não estão perante proventos de crimes, correndo o risco da incerteza em seu desfavor.”³⁰⁶

Assim é que resulta bastante criticável a ampliação punitiva que tem permitido aos julgadores a tipificação do delito de lavagem de dinheiro também na modalidade do dolo eventual. No cipoal de entendimentos divergentes e conflitantes sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem de dinheiro, passou-se a invocar a doutrina da cegueira deliberada como possível fundamento para a imputação subjetiva do delito, tema que, constituindo o foco principal deste trabalho, será pormenorizada em capítulo próprio.

3.3 MODALIDADE CULPOSA NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

A despeito de todas as controvérsias já suscitadas em torno do elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro na legislação brasileira, importante reiterar a inexistência da modalidade culposa do delito, caracterizada por um “comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que poderia ter sido evitado”³⁰⁷. Nos termos do artigo 18, II, do Código Penal, o crime culposos ocorre quando há conformação do tipo objetivo não desejada

³⁰⁵ GODINHO, 2001, p. 218.

³⁰⁶ Ibid., p. 219.

³⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 225.

pelo agente, que produziu o resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Como o delito culposo só pode existir quando expressamente previsto em lei, não é tal modalidade aplicada nos crimes descritos pela Lei n. 9.613/1998.

De forma diversa, a versão culposa do delito foi incorporada pela legislação alemã no §261, (5), do Código Penal alemão³⁰⁸, o qual prevê sanção de até dois anos de prisão, ou multa, ao agente que pratica atos de lavagem sem reconhecer, por descuido, que o bem é proveniente de uma das infrações penais antecedentes elencadas no diploma. Já na Suíça (artigo 305-bis, 1, do Código Penal suíço³⁰⁹) existe previsão expressa de punição de “qualquer pessoa que pratique um ato com vistas a frustrar a identificação da origem, o rastreio ou a perda de bens cuja origem saiba ou deva presumir que seja proveniente de um crime ou de uma contravenção fiscal grave”, cominando-se pena privativa de liberdade de até três anos de reclusão, ou multa.

Também a normativa espanhola contempla uma modalidade culposa do crime no artigo 301.3 do Código Penal vigente, onde se utiliza a expressão “imprudência grave”. Veja-se:

Artigo 301.

1. Aquele que adquire, possui, utiliza, converte ou transmite bens, sabendo que estes possuem origem em uma atividade delitativa, cometida por ele ou por qualquer terceira pessoa, ou realiza qualquer outro ato para ocultar ou encobrir sua origem ilícita, ou para ajudar a pessoa que tenha participado da infração ou das infrações a evitar as consequências legais de seus atos, será punido com pena de prisão de seis meses a seis anos e multa de três vezes o valor dos bens. Nesses casos, os juízes ou tribunais, atendendo à gravidade do fato e às circunstâncias pessoais do delinquente, poderão impor também a pena de inabilitação especial para o exercício de sua profissão ou indústria pelo período de um a três anos, e acordar medida de encerramento temporário ou definitivo do estabelecimento ou instalação. Se o encerramento for temporário, sua duração não poderá exceder cinco anos.

(...)

3. Se os fatos foram praticados por imprudência grave, a pena será de prisão de seis meses a dois anos e multa de três vezes.³¹⁰

³⁰⁸ §261, (5), do StGB – Quem, nos casos do inciso 1 ou 2, não reconheça, por descuido, que o objeto provém de algum dos fatos antijurídicos descritos no inciso 1, será punido com pena privativa de liberdade de até dois anos, ou multa. (*Quien en los casos del inciso 1 o 2, no reconozca por ligereza que el objeto provenga de alguno de los hechos antijurídicos descritos en el inciso 1, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.* A versão em espanhol do Código Penal alemão está disponível em: <<https://bit.ly/2EC17TJ>>. Acesso em: 15 abr. 2018. Tradução nossa).

³⁰⁹ *Article 305-bis, 1. Any person who carries out an act that is aimed at frustrating the identification of the origin, the tracing or the forfeiture of assets which he knows or must assume originate from a felony or aggravated tax misdemeanor is liable to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty.* (versão em inglês disponível em: <<https://bit.ly/2qz3RHN>>. Acesso em: 15 abr. 2018. Tradução nossa).

³¹⁰ *Artículo 301. 1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años. (...) 3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión*

Fabián Caparrós³¹¹ pontua que, apesar de constituir um dos fenômenos criminais que tem merecido mais atenção por parte da comunidade internacional, a lavagem de dinheiro, na modalidade imprudente, recebeu apenas uma escassa acolhida nas iniciativas adotadas até o momento atual.

Com efeito, alerta o autor que nenhuma das convenções sobre a matéria aprovadas no âmbito das Nações Unidas contempla a figura culposa, nada obstante estabeleçam uma cláusula aberta segundo a qual os Estados estão autorizados a adotar medidas complementares mais severas às estabelecidas – como poderia ser a tipificação da lavagem imprudente³¹². De outro lado, alguns documentos subscritos pelo Conselho da Europa demonstram um interesse na punição de uma ampla gama de formas de conhecimento atenuado sobre a procedência ilícita dos bens, embora somente tragam disposições de caráter propositivo e não obrigatório.³¹³

Abordando a legislação espanhola, Caparrós³¹⁴ explica que o delito imprudente de reciclagem, embora cumpra formalmente com o artigo 12 do Código Penal do país³¹⁵, transfere ao operador a obrigação de realizar um esforço interpretativo semelhante ao que exigem as cláusulas gerais. Ademais, não tendo o legislador previsto um tipo distinto, descrevendo as condutas baseadas na infração de um dever de cuidado, mas, sim, optando por remeter às correspondentes figuras dolosas, haveria grave prejuízo à autonomia do crime imprudente.

O autor também ressalta que os incisos aos quais faz referência o artigo 301.3 exigem o conhecimento da origem delitativa dos bens, o que não seria facilmente conciliável com a ideia de imprudência, além de pontuar as críticas formuladas por parte da doutrina espanhola no sentido de que a existência do tipo culposo ofenderia o princípio da proporcionalidade e o caráter de *ultima ratio* do direito penal, originando-se dos excessos da recente política criminal³¹⁶. Conclui, contudo, que o principal argumento para a manutenção da modalidade imprudente de lavagem possui razões práticas tão discutíveis como questionáveis, vez que

de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo. (disponível em: <<https://bit.ly/2HqIZgg>>. Acesso em: 15 abr. 2018. Tradução nossa).

³¹¹ CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales). *Iustitia*, Universidad Santo Tomás Bucaramanga, n. 8, p. 63, 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2HpHi2z>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

³¹² *Ibid.*, p. 64.

³¹³ O autor cita como exemplo o artigo 6º, §3º, a, do Convênio de Estrasburgo (1990), que prevê a possibilidade de que sejam criminalizadas as ações de lavagem nos casos em que o sujeito ativo “deveria ter presumido que os bens eram produtos de um delito” (disponível em: <<https://bit.ly/2EKFhZe>>. Acesso em: 14 abr. 2018), bem como o artigo 9º, §3º, do Convênio de Varsóvia (2005), o qual também propõe aos Estados que penalizem os atos de reciclagem quando o autor “possuía suspeitas de que os bens eram produto de um delito” (disponível em: <<https://bit.ly/2IUWYbf>>. Acesso em: 14 abr. 2018).

³¹⁴ CAPARRÓS, op. cit., p. 67, acesso em: 14 abr. 2018.

³¹⁵ De maneira semelhante ao que ocorre com o artigo 18, II, do Código Penal brasileiro, o diploma espanhol prevê que “as ações ou omissões imprudentes apenas serão punidas quando expressamente previstas em lei”.

³¹⁶ CAPARRÓS, op. cit., p. 82-83, acesso em: 14 abr. 2018.

A possibilidade de punir os casos de negligência, associada à necessidade de respeitar o princípio da presunção de inocência, permite afirmar que o art. 301.1 é um instrumento orientado a penalizar atos de lavagem a respeito dos quais não tenha sido possível provar o dolo do sujeito. Sendo assim, a lavagem imprudente se converte em um tipo de cobrança em que não se pretende tanto punir aqueles que operam sobre bens cuja origem criminosa não conhecia, devendo tê-lo feito, como aqueles, sendo suspeitos de ter conhecimento dessa procedência, não se pode provar. Como apontei anos atrás, enquanto a principal dificuldade enfrentada pelas autoridades é demonstrar que o acusado cumpriu com o elemento subjetivo do tipo, o legislador pode optar por negar ao máximo, isto é, prescindir de tal regulação desconfortável quando for aplicável substituí-lo por outra tipicidade cuja parte subjetiva seja menos exigente.³¹⁷

A par de todas essas críticas, Débora Cardoso³¹⁸ argumenta que, se a tipificação do crime de lavagem de capitais na modalidade culposa pode levar a exageros punitivos, ou até mesmo à banalização do tipo penal, “não é menos verdade que já nos deparamos em casos concretos com esses mesmos excessos, em face da punição por dolo eventual nas hipóteses nas quais o que se verifica, em verdade, é a ocorrência da culpa.”

A autora argumenta que, diante da utilização crescente do dolo eventual, inclusive através da teoria da cegueira deliberada, para afirmar a existência do elemento subjetivo, a criação do tipo penal culposos no ordenamento brasileiro poderia constituir uma alternativa para, ao menos, evitar a exasperação da pena nos casos em que o agente não tivesse consciência da procedência infracional dos bens, embora pudesse ter agido com maior diligência para obter esse conhecimento.

Com efeito, merece destaque a observação da jurista de que, ao se permitir a utilização indiscriminada da teoria da cegueira deliberada, “estaremos diante da consagração jurisprudencial, ainda que tácita, do tipo penal da lavagem culposa, punido, no entanto, de maneira incorreta com as penas do crime doloso”³¹⁹. Como método alternativo para uma justa dosimetria da pena, Cardoso sugere a introdução, na Lei n. 9.613/1998, de uma atenuante facultativa específica para o crime praticado por omissão imprópria tendo em vista sua menor reprovação social frente à conduta ativa dos lavadores de dinheiro.³²⁰

³¹⁷ “La posibilidad de castigar supuestos de negligencia, asociada a la necesidad de respetar el principio de presunción de inocencia, permite afirmar que el art. 301.3 es un instrumento orientado a penalizar actos de blanqueo respecto de los cuales no haya sido posible probar el dolo del sujeto. Siendo así, el blanqueo imprudente se convierte en un tipo de recogida en el que no se pretende tanto castigar a quien opera sobre unos bienes cuyo origen criminal no conoció, debiendo haberlo hecho, como a quien, siendo sospechoso de haber tenido noticia de esa procedencia, no se le pudo probar. Como ya indiqué hace años, en tanto la principal dificultad ante la que se hallen las autoridades consista en demostrar que el acusado ha cumplido la vertiente subjetiva del tipo, el legislador puede decantarse por negar la mayor, esto es, prescindir de esa regulación tan incómoda cuando sea inaplicable para sustituirla por otra tipicidad cuya vertiente subjetiva sea menos exigente”. (CAPARRÓS, 2010, p. 83, tradução nossa, acesso em: 15 abr. 2018).

³¹⁸ CARDOSO, Débora Motta. A lavagem de dinheiro culposa frente aos excessos punitivos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 114-115. Disponível em: <<https://goo.gl/GN2Bo6>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

³¹⁹ Ibid., p. 113, acesso em: 15 abr. 2018.

³²⁰ Ibid., p. 117, acesso em: 15 abr. 2018.

Parece-nos bastante louvável uma proposta que, considerando a realidade atual de efetiva ampliação da punição pelo dolo eventual nos crimes de lavagem de capitais – em muitos casos, com amparo na controversa teoria da cegueira deliberada, como se analisará –, busca alternativas à aplicação desproporcional da sanção cominada à modalidade dolosa em casos que, na pior das hipóteses, poderiam ser enquadrados como delitos culposos.

Nada obstante, deve-se conduzir com bastante cautela a criação do tipo culposo de reciclagem, na medida em que, para além de todas as dúvidas sobre a legitimidade dessa imputação, bastante criticada mesmo nos países que contemplam tal modalidade delitiva, a alteração legislativa poderia conduzir a exageros significativos na atribuição do crime de lavagem, especialmente aos sujeitos que operem nos setores mais sensíveis da economia.

Se são inúmeras as críticas suscitadas ao delito de mascaramento no ordenamento brasileiro, ainda que o tipo penal esteja exclusivamente limitado à figura dolosa, a incorporação ao crime na modalidade culposa intensificaria ainda mais o processo de expansão da responsabilidade penal que já se verifica a partir da admissibilidade do dolo eventual. A ausência de consenso nas discussões sobre o elemento subjetivo do tipo de lavagem, especialmente na doutrina e na jurisprudência espanholas – utilizadas com frequência para a amparar a utilização, no Brasil, da cegueira deliberada – torna ainda mais imperioso o aprofundamento do debate nesse país.

4 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA EQUIPARAÇÃO COM O DOLO EVENTUAL

A abordagem da representação como elemento de consenso no debate sobre o dolo – consoante exposto no capítulo anterior – não significa afirmar que há unanimidade. Viana³²¹ pontua que existe, ao menos, um posicionamento na doutrina que, além de prescindir do elemento volitivo, considera também o conhecimento (em sentido psicológico) dispensável para a imputação subjetiva a título doloso: a teoria da cegueira deliberada.

Conforme essa doutrina, partindo-se da premissa de que alguns casos não poderão ser valorados de modo justo enquanto se exigir o conhecimento real da situação fática para fins de imputação, havendo *ignorância direcionada* sobre os fatos, o agente deverá ser tratado como aquele que efetivamente realizou a conduta.³²²

Originada nos tribunais ingleses, a teoria da cegueira deliberada, igualmente chamada *willful blindness*, *deliberate ignorance*, *conscious avoidance doctrine* ou *ignorancia deliberada*, dentre outras denominações³²³, relaciona-se a casos em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida. Em termos gerais, referida proposta busca a equiparação dos casos em que há o efetivo conhecimento dos elementos objetivos que configuram o tipo e aqueles em que há o “desconhecimento intencional ou construído” de tais elementares, baseado na premissa de que o grau de culpabilidade que se manifesta naquele que conhece não pode ser inferior ao do indivíduo que, podendo e devendo conhecer, opta pela ignorância.³²⁴

Como exemplo paradigmático da teoria, costuma-se citar a situação do sujeito que é contratado para transportar uma mala e, quando pergunta sobre seu conteúdo, contenta-se com a resposta “é melhor não saber”, ou diretamente evita questionar sobre o que está transportando. O caso adquire relevância penal quando se descobre que a mala contém uma substância ilegal (entorpecentes, material radioativo, dinheiro proveniente de origem ilícita etc.).³²⁵

³²¹ VIANA, 2017, p. 86, cf. nota de rodapé 203.

³²² Ibid., mesma página, destaques no original.

³²³ De acordo com Spencer Sydow, a doutrina que será aqui desenvolvida recebe inúmeras nomenclaturas em diferentes julgados e doutrinas, tais como “cegueira provocada”, “cegueira deliberada”, “cegueira voluntária”, “desconhecimento provocado”, “teoria das instruções de avestruz”, “*willful blindness*”, “*contrived ignorance*” e “*deliberate indifference*”. Ao longo do presente trabalho, utilizaremos, indistintamente, algumas dessas expressões. (SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 55-56).

³²⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La responsabilidad penal del testaferrero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, p. 15, jul. 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2kEGKJ3>>. Acesso em: 31 maio 2018.

³²⁵ MANRIQUE, María Laura. Ignorancia deliberada y responsabilidad penal. *Isonomía*, México, n. 40, p. 165, abr. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2JD84Cg>>. Acesso em: 31 maio 2018.

Em âmbito internacional, o artigo 28 do Estatuto de Roma³²⁶, criador do Tribunal Penal Internacional, parece contemplar a figura da ignorância intencional. O dispositivo em questão, que entrou em vigor em 1º de julho de 2002 e, no Brasil, foi incorporado através do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, dispõe sobre a responsabilidade penal dos chefes e superiores hierárquicos pelos crimes cometidos por seus prepostos, estabelecendo que

Artigo 28 – Responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos
Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes de competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de *não exercer um controle apropriado sobre essas forças* quando:

i) *Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e*

ii) *Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.*

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes de competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não terem exercido um controle apropriado sobre esses subordinados quando:

i) *O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparava para cometer esses crimes;*

ii) *Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e*

iii) *O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.*

A despeito de constituir construção da *common law*, a cegueira deliberada foi posteriormente difundida nas cortes de sistema *civil law*, em processos envolvendo delitos como receptação, tráfico de drogas e lavagem de capitais, geralmente no sentido de considerar dolosa a conduta daquele que pratica o núcleo do tipo, diante de uma situação suspeita, colocando-se em condição de ignorância, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento acerca das circunstâncias de fato.

De acordo com a doutrina, a teoria em questão tem por finalidade resolver uma específica situação lacunosa criada a partir da premissa de que o indivíduo “escolhe o grau de conhecimento que deseja ter e por tal decisão responde”³²⁷. Conforme elucidada Spencer

³²⁶ BRASIL. Presidência da República. Divisão de Atos Internacionais. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <<https://bit.ly/2AQEPH1>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

³²⁷ SYDOW, 2017, p. 22.

Sydow³²⁸, a lacuna existiria porque a teoria do delito trata da tipicidade como um conceito positivo, deixando de abarcar as situações em que o sujeito de um delito alega desconhecimento de fatos por desídia em investigá-los ou pela criação de estratégias para jamais alcançar essa consciência. O mesmo autor explica que a teoria trabalha com a problemática de duas possíveis situações:

(a) a primeira, em que um agente se coloca em situação de cegueira em relação a um ou mais elementos do tipo, em momento anterior à prática da conduta e, quando a conduta ocorre no futuro, encontra-se (ou assim afirma) desprovido de conhecimento acerca de tal (tais) elemento – denominada “cegueira deliberada em sentido estrito”; e (b) a segunda, em que o agente não se coloca em situação de ignorância em relação a um ou mais elementos do tipo mas, suspeitando da existência de tal elemento, deixa de diligenciar no sentido de afastar sua dúvida ou corrigir seu desvio evitando, assim, conhecimento e eventualmente responsabilidade – denominada “ignorância deliberada”.³²⁹

Antes basicamente restrita aos livros de direito penal e sentenças prolatadas nos tribunais espanhóis e norte-americanos, sobretudo, a cegueira deliberada passou a ser citada nos meios de comunicação brasileiros em virtude da recente e reiterada utilização do instituto nas decisões condenatórias proferidas no bojo da conhecida “Operação Lava Jato”, que ao longo de pouco mais de quatro anos soma cerca de 100 (cem) ações penais instauradas e aproximadamente 230 (duzentas e trinta) condenações.³³⁰

De forma geral, a opinião pública recebe com grande empolgação a teoria, imbuída pelo fato de que o tratamento igual para aquele que conhece e aquele que não conhece porque, alegadamente, “não teve interesse de conhecer”, parece bastante convincente do ponto de vista da noção social de justiça. Ademais, graças ao instituto é possível facilitar, como se abordará adiante, as condenações em assuntos de criminalidade econômica, o que satisfaz as demandas punitivistas de uma parte muito relevante da sociedade.

Assim é que se revela importante adentrar ao estudo da teoria em lume, começando por sua origem histórica e seu desenvolvimento em diferentes sistemas jurídico-penais, após o que poderão ser apresentadas as justificativas doutrinárias do instituto, as principais críticas suscitadas pela doutrina a sua aplicação e, por fim, a investigação em torno da possibilidade, ou não, da pretendida equiparação entre a ignorância provocada e o dolo eventual, de modo a preencher o elemento subjetivo do delito imputado ao agente.

³²⁸ SYDOW, 2017, p. 19.

³²⁹ Ibid., p. 22. No primeiro caso, podemos citar o exemplo do empresário que, prevendo que algum dia pode vir a se tornar réu em um processo pelas atividades ilícitas que pratica, mas antes de efetivamente ter conhecimento de qualquer problema, orienta o porteiro do prédio a afirmar que se mudou sempre que for procurado por um oficial de justiça. Na segunda situação, o famigerado caso do transportador que é pago para levar um veículo a outra cidade, suspeita da existência de substâncias ilícitas no carro, contudo não promove a verificação de todos os compartimentos por receio de perder o trabalho (e, consequentemente, a remuneração).

³³⁰ Dados atualizados até 14 de maio de 2018, disponíveis em: <<https://bit.ly/2qa4nvC>>. Acesso em: 1 jun. 2018.

4.1 ORIGEM HISTÓRICA E DESENVOLVIMENTO DA TEORIA NO DIREITO COMPARADO

A teoria da cegueira deliberada começou a se estabelecer no direito anglo-saxão a partir de uma série de pronunciamentos judiciais que não se destacam propriamente por sua clareza, tampouco pela capacidade de estabelecer com exatidão a posição dogmática do instituto, ante a superficialidade com que abordaram a matéria³³¹. De acordo com a doutrina, foi no caso *Regina v. Sleep*, julgado na Inglaterra no ano de 1861, em que, pela primeira vez, a equivalência entre conhecimento atual e ignorância deliberada recebeu aprovação judicial.³³²

No caso em questão, o réu William Sleep teria colocado em uma embarcação mercantil um barril contendo certa quantidade de parafusos de cobre que possuíam a marca real do Império Britânico, sendo acusado do crime de malversação de bens públicos. Conquanto o delito em questão exigisse o conhecimento do agente sobre o fato dos bens pertencerem ao Estado, o Sr. Sleep foi condenado em primeiro grau, tendo recorrido sob a afirmação de que não sabia que os parafusos estavam marcados com o sinal indicativo da propriedade estatal.

A condenação do réu foi posteriormente revogada sob o argumento de não ter ficado comprovado o seu conhecimento quanto à propriedade dos bens, tampouco de que tivesse abdicado intencionalmente de conhecer tal circunstância. Como se parece inferir desta passagem, a abstenção intencional do agente de obter conhecimento, se provada, teria merecido a mesma resposta punitiva do próprio e verdadeiro conhecimento, estipulando-se, pela primeira vez, uma noção de cegueira deliberada.³³³

Assim se começou a desenvolver jurisprudencialmente a possibilidade de responsabilização criminal quando restasse verificado que o agente atuou em desconformidade com a lei por escolher permanecer na ignorância sobre possíveis ilegalidades dos atos que cometesse. Suficientemente demonstrado que o sujeito se absteve de buscar determinado conhecimento, dando causa ao resultado delitivo, tal desconhecimento provocado seria passível de equiparação ao efetivo conhecimento dos elementos do crime.

A doutrina ficou aparentemente adormecida até que o caso *Bosley v. Davies* foi decidido em 1875. A ré, dona de um hotel, foi acusada de permitir jogos ilegais em suas instalações. Os jogadores, que estiveram em uma sala reservada, corroboraram sua afirmação de que não

³³¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada em Derecho penal*. Barcelona: Atelier Libros Juridicos, 2007, p. 64.

³³² ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 81, n. 2, p. 196, 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/2J8Km4M>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

³³³ RAGUÉS I VALLÈS, op. cit., p. 65.

havia recebido dela os respectivos cartões de jogo, bem assim que a acusada não sabia das atividades desenvolvidas por eles, razão pela qual a ré insistiu que o conhecimento efetivo da prática era necessário para a condenação. O tribunal, no entanto, discordou da alegação, aduzindo que o conhecimento atual dos jogos promovidos no hotel não seria obrigatório, desde que fosse possível inferir, a partir de certas circunstâncias, que a acusada ou seus funcionários eram coniventes com o que estava ocorrendo no local.

Explica, então, Ira Robbins³³⁴ que outros tribunais repetiram essa regra em uma série de decisões envolvendo a prática de jogos ilegais em estabelecimentos e em diversos outros processos criminais que exigiam conhecimento, até que, no final do século XIX, a teoria foi firmemente estabelecida como uma alternativa ao conhecimento efetivo no direito inglês, para fins de responsabilização penal. Mais tarde, a doutrina chegou aos Estados Unidos e passou a ser também incorporada a outros sistemas jurídicos, tornando-se importante ponto de discussão nas atuais abordagens em torno do elemento subjetivo, sobretudo no que tange ao dolo eventual.

Os subtópicos seguintes se destinam a apresentar os primeiros contornos da teoria no direito norte-americano e espanhol, tendo em vista a frequente utilização, em decisões proferidas no Brasil, de precedentes oriundos dos referidos países. Em seguida, far-se-á uma breve introdução do tema conforme vem sendo tratado internamente.

4.1.1 *Willful blindness* no sistema jurídico-penal norte-americano

Nos Estados Unidos da América, diz-se que a teoria aparece pela primeira vez no ano de 1899, em precedente julgado pela Suprema Corte Norte-Americana, no caso *Spurr v. United States*³³⁵. Na situação em referência, como explica Guilherme Lucchesi³³⁶, era revisada a condenação de Marcus Spurr, presidente do *Commercial National Bank of Nashville*, condenado por ter certificado cheques emitidos por clientes – e, com isso, garantido a liquidez dos emitentes –, desconhecendo que não possuíam suficiente provisão de fundos em razão de ter sido omitida a real situação dos correntistas nos relatórios enviados à controladoria do banco.

Em recurso perante o Tribunal Supremo, a defesa de Spurr suscitou que o júri não houvera sido bem instruído, uma vez que o magistrado que o presidia não informou ao conselho de sentença que o delito aplicável ao caso exigia que o acusado atuasse com efetiva intenção de violar os preceitos que regulavam a emissão daquele título de crédito. Noutros termos, a

³³⁴ ROBBINS, 1990, p. 197, acesso em: 3 jun. 2018.

³³⁵ Ibid., p. 197-198, acesso em: 3 jun. 2018.

³³⁶ LUCCHESI, 2017, p. 125 e ss., acesso em: 3 jun. 2018.

certificação de cheques decorrente da errônea crença da existência de saldo suficiente na conta bancária não era penalmente relevante.

A Corte Suprema informou que, anteriormente à formulação da pergunta, os jurados foram instruídos de que a responsabilidade de Spurr dependeria do propósito do agente. Caso sua intenção fosse certificar os cheques para que o emissor, não tendo fundos, obtivesse dinheiro do banco, a certificação não só seria ilícita, como também poderia lhe ser imputada a vontade específica de violar a lei. Ademais, segundo a instrução dada ao júri, esse propósito poderia ser presumido caso o agente se mantivesse propositalmente em estado de ignorância acerca da existência de fundos na conta do cliente ou mostrasse indiferença crassa (*grossly indifferent*) a respeito de seu dever de assegurar-se de tal circunstância.³³⁷

O recurso do réu foi acatado, entendendo-se que o júri não havia sido bem instruído pelo magistrado acerca da exigência da intenção do agente. Para Frans von Kaenel³³⁸, contudo, a transcrição das instruções dadas aos jurados em primeira instância representaria um endosso do seu teor pela Suprema Corte, no sentido de que, se o acusado tivesse fechado os olhos aos fatos e deliberadamente se absteve de questionar ou de investigar, com o propósito de evitar conhecer a realidade, a condenação era cabível.³³⁹

No ordenamento jurídico estadunidense, a partir da segunda metade do século XX a *willful blindness doctrine* foi aplicada em diversas ocasiões por tribunais inferiores, destacando-se, na década de 70, os casos de tráfico de drogas. Nos precedentes *Turner v. United States* e *United States v. Jewell*, de 1976, restou consolidado o entendimento de que quem é consciente da “alta probabilidade” da existência de um crime e não faz o necessário para confirmar tal existência merece o mesmo tratamento daquele que possui conhecimento sobre o delito.³⁴⁰

No que tange ao crime de lavagem de capitais, o *leading case* quanto à aplicação da teoria da cegueira deliberada seria o caso *United States v. Campbell*, no qual uma corretora de imóveis foi acusada de reciclagem por intermediar a aquisição de um imóvel por um traficante de drogas. Nesse julgamento, decidiu-se que não se poderia concluir que a acusada tivesse agido

³³⁷ AROUCK, Vinicius. A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. *Empório do Direito*, 8 jul. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2JAtLpO>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

³³⁸ KAENEL, Frans J. von. Willful blindness: a permissible substitute for actual knowledge under the money laundering control act? *Washington University Law Quarterly*, v. 71, p. 1.200, 1993. Disponível em: <<https://bit.ly/2JiZKM0>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

³³⁹ De forma diversa, Lucchesi diz que “A Suprema Corte não emitiu qualquer juízo a respeito de tais instruções, tendo apenas relatado o que havia sido dito aos jurados antes do pedido de esclarecimento. Da maneira como colocado pelos membros da Corte, a transcrição das instruções originais dadas aos jurados não configura sua concordância, expressa ou tácita, com os seus termos”. (LUCCHESI, 2017, p. 129-130, acesso em: 6 jun. 2018).

³⁴⁰ 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, p. 4. Disponível em: <<https://bit.ly/2Lht1U5>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

com dolo apenas porque deveria saber de alguns fatos, devendo ser provado que ela, propositadamente, evitara descobrir o que estava acontecendo.³⁴¹

Ainda sobre o desenvolvimento da teoria no sistema norte-americano, vale frisar que o fundamento da “elevada probabilidade” remete ao Código Penal Modelo (*Model Penal Code*)³⁴², criado em 1962, que dispôs que o requisito do conhecimento da existência de um fato particular deve ser considerado satisfeito “se a pessoa está ciente da alta probabilidade de sua existência, exceto se a pessoa verdadeiramente acredita que este não existe”³⁴³. Os comentários ao citado Código, para a doutrina, apontam que a regra foi incluída para abarcar, justamente, as situações denominadas de *willful blindness* pelos autores ingleses, diante de um contexto de incerteza decorrente da dificuldade de enquadramento daqueles casos nas modalidades de imputação subjetiva até então previstas.

Após estudar o desenvolvimento da cegueira deliberada na tradição norte-americana, a partir das instruções dadas hodiernamente pelos tribunais federais de recursos nos Estados Unidos, Guilherme Lucchesi³⁴⁴ conclui que

Devido à inexistência de uma fonte central e unificadora do direito penal americano, não é possível se estabelecer um enunciado único e preciso do que pode se entender por cegueira deliberada. Há, no entanto, elementos comuns encontrados nas decisões dos principais tribunais americanos que permitem extrair alguma síntese de sua aplicação: a partir das sucessivas aplicações dessa regra e a remissão – por vezes imprópria – ao Código Penal Modelo, pode-se afirmar que uma pessoa age com cegueira deliberada quando tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. Quando os três elementos enunciados estão presentes é possível condenar o autor por um crime que exige *knowledge*, mesmo que ele não tenha conhecimento do fato ou da circunstância elementar do delito. Isso é cegueira deliberada nos Estados Unidos da América.

Nada obstante, importante trazer a observação feita por Ragués i Vallès³⁴⁵, no sentido de que nem todas as situações que, no direito continental, consideram-se inclusas no dolo eventual estão abarcadas pela previsão constante do Código Penal Modelo. Nos casos em que exista um grau de representação que não chega a alcançar a “alta probabilidade” pode ser aplicada a figura

³⁴¹ MOSER, Manoela Pereira. A teoria da cegueira deliberada no direito penal econômico. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, ano 52, Brasília, n. 108, v. 2. p. 167-168, jan.-jun. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2t0kRZt>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

³⁴² O Código Penal Modelo foi um normativo produzido pela *American Law Institute* como reação à existência de 52 códigos penais diferentes em todo o território norte-americano. Apesar de não possuir força legislativa, a normativa terminou por ser adotada pela grande maioria dos Estados da Federação no sentido de uniformizar a interpretação da lei penal. Sobre o Código, v. ROBINSON, Paul H.; DUBBER, Markus D. The American Model Penal Code: a brief overview. *New Criminal Law Review*, vol. 10, n. 3, pp. 319-341, 2007. Disponível em: <<https://bit.ly/2sLaDfk>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

³⁴³ Vide seção 2.02(7) do *Model Penal Code*, intitulado *Requirement of knowledge satisfied by knowledge of high probability*. Disponível em: <<https://bit.ly/1OTZb2T>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

³⁴⁴ LUCCHESI, 2017, p. 182, acesso em: 6 jun. 2018.

³⁴⁵ RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 72-73.

da desconsideração (*recklessness*), definida pela seção 2.02 daquele diploma do seguinte modo: “uma pessoa atua com desconsideração a respeito de um elemento da infração quando despreza conscientemente um risco substancial e injustificado de que um determinado elemento material exista ou acabe resultando de sua conduta.”³⁴⁶

O alerta é especialmente relevante considerando que, no Brasil, são constantes as referências a precedentes oriundos dos tribunais norte-americanos como fundamento de imputação subjetiva a título de dolo eventual, com base na cegueira deliberada. A possibilidade, ou não, de coincidência entre as formulações acerca da teoria nos dois países será retomada oportunamente, devendo-se, antes, apresentar o desenvolvimento do tema no sistema jurídico espanhol.

4.1.2 A *ignorancia deliberada* na Espanha

Na Espanha, a primeira decisão de Tribunal Superior a utilizar expressamente a teoria da cegueira deliberada data de 10 de janeiro de 2000. No caso, analisava-se a condenação por delito de receptação de um sujeito que havia transportado considerável quantidade de dinheiro em espécie, e que alegava em sua defesa desconhecer que o referido numerário era proveniente de tráfico de drogas. O argumento foi refutado pelo Tribunal, consignando-se que

Na entrega do dinheiro para José J., Miguel estava acompanhado de Hebe, e José J. cobrava uma comissão de 4%. A Câmara chega à conclusão de que José J. sabia que o dinheiro vinha do comércio de drogas - o que ele nega - de fatos tão óbvios como o fato de que a quantidade era muito importante e da natureza claramente clandestina das operações, pelo que quem se coloca em uma situação de ignorância deliberada, isto é, não quer saber o que pode e deve ser conhecido, e mesmo assim se beneficia dessa situação - ele cobrava uma comissão de 4% -, está assumindo e aceitando todas as possibilidades da origem do negócio em que participa e, portanto, deve responder por suas conseqüências.³⁴⁷

Para Ragués i Vallès³⁴⁸, a importância dessa primeira decisão está na definição oferecida à ignorância intencional, caracterizada por uma situação em que o agente não quer saber aquilo que pode e deve conhecer, isto é, um estado de ausência de representação em relação a

³⁴⁶ “A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct”. (acesso em: 6 jun. 2018, tradução nossa).

³⁴⁷ “En la entrega del dinero a José J., Miguel estuvo acompañado de Hebe, y José J. cobraba un 4% de comisión. La Sala extrae la conclusión de que José J. tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de drogas - cosa que él niega - de hechos tan obvios como que la cantidad era muy importante y de la naturaleza claramente clandestina de las operaciones, por lo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación - cobraba un 4% de comisión -, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio em que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias”. (RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 23-24, tradução nossa).

³⁴⁸ Ibid., p. 25.

determinado elemento do tipo em que devem concorrer duas características: a capacidade do sujeito em abandonar tal situação caso queira e o dever de procurar tais conhecimentos. Há, ainda, para o autor, um terceiro requisito: o fato de que o sujeito se beneficia da situação de ignorância por ele mesmo buscada (sem que a Corte especifique se tal vantagem deve ser econômica ou de outra ordem).

Com efeito, em várias decisões proferidas desde o ano de 2000 o Tribunal Supremo Espanhol se declarou partidário da inclusão, dentro do conceito de dolo, das situações de ignorância deliberada. É dizer: quando o sujeito ativo de um delito tiver renunciado voluntariamente a adquirir os conhecimentos que, possuindo no momento de realizar o tipo, teriam tornado a imputação dolosa, então sua conduta seria também equiparada à ação de natureza dolosa.

Noutros casos, contudo, a cegueira deliberada restou admitida a título de imprudência, inclusive em processos relacionados ao delito de lavagem de capitais, porquanto a modalidade culposa do crime, como visto, está prevista na legislação do país. A doutrina cita, especificamente, como marco desse entendimento, a sentença proferida em 14 de setembro de 2005, na qual ficou declarado que

Nos tipos previstos em nosso Código, incorre em responsabilidade mesmo aqueles que agem com cegueira intencional, respondendo em alguns casos a título de dolo eventual, e em outros a título de culpa. E isso, tanto se há representação, considerando o sujeito possível a origem criminoso dos bens, e apesar disso age, confiando que não haverá ação ou encobrimento de sua origem, como quando não há (a representação), não prevendo a possibilidade de que se cometa um crime de lavagem de dinheiro, mas devendo ter apreciado a existência de indícios reveladores da origem ilegal do dinheiro. Há um dever de saber que impede que você feche os olhos diante de circunstâncias suspeitas.³⁴⁹

Em sua abordagem sobre o desenvolvimento da ignorância deliberada na doutrina e jurisprudência espanholas, Feijoo Sánchez³⁵⁰ destaca os problemas de que soluções pensadas para determinados sistemas jurídicos sejam transferidas a outros de forma descontextualizada, o que seria especialmente relevante “em uma época na qual ‘crimes globais’ estão proliferando e estão levando a uma ‘americanização do direito penal’”. Para o autor, é esse fenômeno que orienta, também, a importação da teoria da cegueira intencional pelos tribunais daquele país,

³⁴⁹ “En los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad, incluso quien actúa con ignorancia deliberada (*willful blindness*), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa. Y ello, tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no la hay, no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero. Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas”. (RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 45, tradução nossa).

³⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La teoría de la ignorancia deliberada em Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, p. 6, jul. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2sPqc4L>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

culminando em maior prejuízo ao acusado, uma vez a construção utilizada possuiria um perigoso viés expansivo da intervenção penal.

Ragués i Vallès³⁵¹, por sua vez, explica que, no sistema espanhol e em outros ordenamentos próximos, a figura do dolo eventual permite resolver satisfatoriamente a maioria dos casos em que uma pessoa realiza um comportamento objetivamente típico havendo renunciado voluntariamente conhecer com exatidão alguns dos aspectos penalmente relevantes de sua conduta. Assim, em que pese seja um defensor do instituto, quando utilizado dentro de certos parâmetros, o autor questiona a autêntica necessidade de utilização da teoria da cegueira deliberada em variadas situações, bem como a falta de uniformização quanto ao tratamento a ser dado ao tema, como dois dos problemas que envolvem a aplicação da doutrina na Espanha.

Reservamo-nos a aprofundar as críticas dirigidas à *willful blindness* ao tópico próprio da presente pesquisa, aqui se cuidando, somente, de uma apresentação geral da teoria nos países dos quais mais frequentemente se extraem os precedentes suscitados, pelos tribunais brasileiros, para respaldar as condenações fundadas na cegueira deliberada. Antes, contudo, o rumo do trabalho parte para uma breve explanação sobre o desenvolvimento da teoria no Brasil.

4.1.3 Teoria da cegueira deliberada no Brasil

Embora o sistema brasileiro encontre-se enraizado em bases estruturais próprias da tradição *civil law*, tal fato não inviabilizou a defesa e a aplicação da cegueira deliberada no país. Com efeito, as decisões proferidas no caso do furto à sede do Banco Central em Fortaleza foram pioneiras quanto à possibilidade de adotar a teoria como critério de responsabilidade criminal subjetiva, mas, paulatinamente, outros julgamentos declararam sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional.

Atualmente, como mencionado, a doutrina da cegueira intencional tem amparado inúmeras condenações no bojo da denominada “Operação Lava Jato”, já tendo sido expressamente utilizada, segundo levantamento realizado pela Folha de São Paulo³⁵² em dezembro de 2017, em pelo menos 13 (treze) sentenças condenatórias proferidas em primeira instância, além de ser mencionada, também, em acórdãos prolatados nos mesmos processos.

No Brasil, a teoria vem sendo especialmente aplicada nos delitos de lavagem de dinheiro, sendo esse o motivo, pois, da opção feita nesse trabalho no sentido de abordar a admissibilidade

³⁵¹ RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 21.

³⁵² BALTHAZAR, Ricardo. Teoria da “cegueira deliberada” ampara condenações na Lava Jato. *Folha de São Paulo*, 28 dez. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/bDEAGM>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

da ignorância voluntária para a configuração do elemento subjetivo da reciclagem de capitais na forma prevista pela legislação pátria. Relevante destacar, no entanto, que a citada construção também vem sendo admitida em outras modalidades de crimes³⁵³, além de já ter sido aplicada, inclusive, para condenações decorrentes de ilícitos administrativos.³⁵⁴

De logo se verifica o papel destacado da jurisprudência na disseminação da teoria, consoante exposto por Lucchesi ao afirmar que o crescimento da citada doutrina nos julgamentos brasileiros “se deu pela retroalimentação das decisões judiciais, havendo o uso predominante de precedentes judiciais como fundamento para a aplicação, sendo as referências acadêmico-doutrinárias esparsas nas decisões.”³⁵⁵

Regra geral, como será analisado no capítulo seguinte, os precedentes procuram estabelecer uma equivalência entre o dolo eventual e a cegueira deliberada, aduzindo, então, que a teoria em foco se encontra implicitamente incorporada ao nosso sistema, notadamente em virtude do disposto no estudado artigo 18, I, parte final, do Código Penal. Apenas a título ilustrativo, transcreve-se a ementa de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual estabelece a equiparação aqui indicada, apresentando seus requisitos:

PENAL USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304 DO CP. CARACTERIZADO O AGIR DOLOSO. DOLO EVENTUAL. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. IMPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Age dolosamente não só o agente que quis (por vontade consciente) o resultado delitivo (dolo direto), mas também o que assume o risco de produzi-lo (dolo eventual), conforme o artigo 18, inciso I, do Código Penal. 2. Hipótese na qual as circunstâncias fáticas, o interrogatório do acusado e a prova testemunhal indicam que havia ou ciência do acusado quanto à falsidade do documento apresentado às autoridades policiais ou ignorância voluntária. 3. Pertinente, nesse cenário, a teoria da cegueira deliberada (willful blindness doctrine), que aponta para, no mínimo, o dolo eventual. 4. A aplicação da teoria da cegueira deliberada para a configuração de dolo eventual exige: que o agente tenha tido conhecimento da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal; que o agente tenha tido condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade; e que o agente deliberadamente tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento. 5. Motorista de veículo roubado que apresenta aos policiais rodoviários federais CRLV falso não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao documento falso, tendo condições de aprofundar o seu conhecimento e sabendo da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal, especialmente quando recebera quantidade de dinheiro considerável frente à tarefa que iria desempenhar. 6. Considerando os elementos contidos nos autos, e revelando-se presentes todos os requisitos para a configuração do dolo eventual, em plena consonância com a teoria da cegueira deliberada, as razões do apelante referentes ao pedido de absolvição não merecem prosperar.³⁵⁶

³⁵³ Em minucioso levantamento, Guilherme Lucchesi localizou precedentes brasileiros nos quais a cegueira deliberada foi utilizada em processos envolvendo delitos de corrupção eleitoral, contrabando, descaminho, receptação e tráfico de drogas, por exemplo. (LUCCHESI, 2017, p. 301 e ss., acesso em: 8 jun. 2018).

³⁵⁴ TEORIA da cegueira deliberada é aplicável a ilícito administrativo. *Consultor Jurídico*, 20 abr. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2LBQ5wG>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

³⁵⁵ LUCCHESI, op. cit., p. 78, acesso em: 8 jun. 2018.

³⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). *Apelação Criminal 5001945-68.2013.404.7004*. Sétima Turma, Relator para Acórdão Ricardo Rachid de Oliveira. Brasília, juntado aos autos em 25 de fevereiro de 2015.

Se a teoria parece ter ganhado muitos adeptos na jurisprudência, sua aceitação pela doutrina, de outro lado, é bastante controvertida. Diversos autores correlacionam a utilização da cegueira deliberada ao contexto da sociedade de risco e a demanda por maior intervenção estatal através do direito penal, considerando que a doutrina em questão atende às demandas punitivas da sociedade ao alargar o conceito de dolo e reduzir os *standards* de prova que seriam necessários à condenação – isso porque, como explica Renato de Mello Jorge Silveira³⁵⁷, através da ignorância voluntária “não se faz, por assim dizer, necessária prova do dolo, ou do conhecimento prévio, como alude à literatura estrangeira, e dá-se um aparente contentamento com a percepção da autocolocação em estado de ignorância.”

À vista dessa e de outras críticas formuladas em face da teoria – inclusive, de forma bastante contundente, em relação a uma possível ofensa aos princípios da legalidade e da culpabilidade – questiona-se se a teoria da cegueira deliberada encontra efetiva aplicabilidade no sistema jurídico-penal brasileiro, bem como se, havendo espaço para sua aplicação, é possível a equiparação realizada com o instituto do dolo eventual.

4.2. CONCEITO E JUSTIFICATIVAS DOUTRINÁRIAS DO INSTITUTO: A DIFICULDADE DE DEFINIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Embora, notadamente na doutrina e jurisprudência estrangeiras, a teoria da cegueira deliberada já seja utilizada há algumas décadas, importante mencionar que não há consenso em relação a seus aspectos básicos, a ponto de Feijoo Sánchez³⁵⁸ afirmar que existe praticamente uma posição própria sobre a ignorância voluntária para cada relator que aborde a doutrina.

Na doutrina estadunidense, David Luban³⁵⁹ anota que a *willful blindness*, ou *willful ignorance*, afirma, em essência, que a ignorância intencional é equivalente ao conhecimento efetivo. Para o autor, a questão pode ser resumida na constatação de que “A negação auto-provocada não funciona: você pode ser condenado por cometer um crime conscientemente, mesmo que não o tenha cometido conscientemente - desde que tenha criado sua própria ignorância.”

³⁵⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – RBCCrim, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 277, ago. 2016.

³⁵⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, 2015, p. 3, acesso em: 12 jun. 2018.

³⁵⁹ “*Self-generated deniability doesn't work: you can be convicted of knowingly committing a crime even if you don't commit it knowingly - provided that you contrived your own ignorance*”. (LUBAN, David. *Contrived Ignorance. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, v. 87, p. 959, 1999, tradução nossa. Disponível em: <<https://goo.gl/Wcc2An>>. Acesso em: 12 jun. 2018).

O autor, entretanto, discorda dessa fórmula, afirmando que, a depender da motivação do agente, seria possível identificar diferentes níveis de culpa. Nos dois extremos, Luban explica que o ignorante deliberado pode ser comportar como um avestruz, uma pessoa cuja debilidade moral leva a si mesmo a negar os fatos – quando então sua atitude parece menos grave do que a atuação com conhecimento; ou pode, de outro lado, agir como uma raposa, optando decididamente por levar a cabo uma conduta ilícita (“um grande engenheiro que pretende seguir o caminho do delito”) e buscando a própria ignorância somente com o intuito de se proteger frente a possíveis declarações de culpabilidade – com o que sua conduta mereceria maior reprovabilidade do que aquela impulsionada pelo conhecimento.³⁶⁰

O problema, afirma o norte-americano, é que, para sabermos se estamos diante de um avestruz ou de uma raposa, seria necessário aferir o comportamento do sujeito caso consciente do que realmente ocorria. O autor acrescenta, contudo, que isso é algo que nem o próprio sujeito sabe com certeza, daí sua conclusão de que a cegueira deliberada consiste em verdadeira estratégia moral que evita que tenhamos que comprovar o sentido de nossa decisão.³⁶¹

Já Alexander Sarch³⁶² menciona que, da forma como é aplicada nos tribunais do país, a *willful ignorance doctrine* se refere à regra segundo a qual o júri pode considerar que o réu possuía o grau de conhecimento necessário para um determinado crime apenas com base no fato de que ele se manteve intencionalmente ignorante acerca de um fato relevante (por exemplo, no exemplo da maleta, manteve-se ignorante, de forma deliberada, sobre o fato de que estava transportando dada quantidade de substâncias entorpecentes).

Na Espanha, Isidoro Blanco Cordero³⁶³ explica que, por força da *willful blindness doctrine*, se uma pessoa realiza um plano de ação sem nenhuma investigação e opta intencionalmente por ignorar a realidade, o direito lhe imputa o conhecimento do que poderia haver conhecido.

Por sua vez, Ragués i Vallès³⁶⁴ ensina que se encontra no estado de ignorância deliberada “todo aquele que podendo e devendo conhecer determinadas circunstâncias penalmente

³⁶⁰ LUBAN, 1999, p. 968, acesso em: 15 jun. 2018.

³⁶¹ Nas palavras de Luban, “Avestruz ou raposa? Nunca saberemos. [...] A desculpa da ignorância intencional funciona precisamente para tornar essa questão irrespondível”. (“*Ostrich or Fox? We'll never know. [...] The excuse of willful ignorance functions precisely to make that question unanswerable*”. Ibid., p. 968, tradução nossa, acesso em: 15 jun. 2018).

³⁶² SARCH, Alexander F. Willful ignorance, culpability, and the criminal law. *St. John's Law Review*, v. 88, n. 4, p. 1023-1024, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/SDQdgE>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

³⁶³ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2012, p. 692.

³⁶⁴ “[...] así, se encuentra en tal situación todo aquel que pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberada o conscientemente la decisión de mantenerse en la ignorancia con respecto a ellas”. (RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 158, tradução nossa).

relevantes de sua conduta, toma deliberada ou conscientemente a decisão de manter-se na ignorância com relação a elas”. Citando um precedente espanhol, o autor menciona a definição jurisprudencial dessa figura jurídica, consistente na situação em que um sujeito não quer saber aquilo que pode e deve conhecer, ou seja, a ausência de representação de elementos típicos, na qual concorrem a capacidade do sujeito de abandonar essa situação podendo fazê-lo e o dever de procurar esses conhecimentos. A isso se soma a obtenção de um benefício que recebe o sujeito pela situação de ignorância criada por ele mesmo.³⁶⁵

Ainda na doutrina espanhola, diz Feijoo Sánchez³⁶⁶ que a cegueira deliberada trata o sujeito que provoca deliberadamente sua própria ignorância, a fim de facilitar ou tornar mais cômoda sua decisão moral, àquele que realiza a conduta delitiva de forma intencionada. Isso corresponderia a uma mudança de perspectiva, que se desvia das exigências de conhecimento do tipo objetivo para a imputação a título de dolo e oferece como solução antecipar o momento da “intencionalidade” que possui relevância para o direito penal, de forma que

Trata-se, formulado em termos dogmáticos mais clássicos, de uma suposição de *actio libera in causa* ou de imputação extraordinária; isto é, uma espécie de "dolo por suposição." O sujeito é, assim, responsável por sua cegueira voluntária, deliberada ou intencional, ou, inclusive, como é aceito na *common law*, quando sua falta de conhecimento deriva de uma "indiferença grosseira" (*grossly indifferent*). Através dessa mudança de perspectiva acaba sendo tão merecedor o desconhecimento provocado como o conhecimento. Neste sentido, desde o primeiro julgamento da Suprema Corte que adotou esta doutrina (número 1637/1999, de 10 de janeiro), faz-se referência a que o autor "se colocou em uma situação de ignorância deliberada". Esse passa a ser o momento decisivo para decidir se o autor deve ser punido e qual é a punição que lhe corresponde.³⁶⁷

Na definição nacional do instituto, Silva e Barros³⁶⁸ mencionam que a cegueira intencional constitui uma tese jurídica por meio da qual se busca “atribuir responsabilidade penal àquele que, muito embora esteja diante de uma conduta possivelmente ilícita, se autocoloca em situação de ignorância, evitando todo e qualquer mecanismo apto a conceder-lhe maior grau de certeza quanto à potencial antijuridicidade”. Para Sydow³⁶⁹, em apresentação que já foi iniciada no começo do capítulo, a teoria em estudo

³⁶⁵ RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 25.

³⁶⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, 2015, p. 2, acesso em: 10 jun. 2018.

³⁶⁷ “Se trata, formulado en términos dogmáticos más clásicos, de un supuesto de *actio libera in sua causa* o de *imputación extra-ordinaria*; es decir, una especie de ‘dolo por asunción’. El sujeto es así hecho responsable de su ceguera voluntaria, deliberada o intencional o, incluso, como es aceptado en el *common law*, cuando su falta de conocimiento deriva de una ‘indiferencia grosera’ (*grossly indifferent*). A través de este cambio de perspectiva acaba siendo tan merecedor el desconocimiento provocado como el conocimiento. En este sentido, desde la primera Sentencia del Tribunal Supremo que adoptó esta doctrina (núm. 1637/1999, de 10 de enero), se hace referencia a que el autor ‘se pone en situación de ignorancia deliberada’. Ese pasa a ser el momento decisivo para decidir si el autor ha de ser castigado y cuál es la pena que le corresponde”. (Ibid., p. 2-3, tradução nossa, acesso em: 10 jun. 2018).

³⁶⁸ SILVA, T.; BARROS, 2015, p. 232.

³⁶⁹ SYDOW, 2017, p. 19.

[...] trata de uma forma de imputação objetiva criada pelo direito anglo saxão para preencher lacuna jurídica da interpretação restritiva da teoria do dolo nas situações em que o sujeito de um delito alega desconhecimento de fatos por desídia em investiga-los ou por criação de estratégia de nunca adquirir consciência deles.

A ausência de representação proposital por parte do agente poderia servir de defesa para evitação de responsabilidade criminal. Porém, a teoria buscar alargar o rol de situações em que se compreende por dolosa a atitude de um indivíduo, acrescentando a provocação de desconhecimento como grave fator subjetivo.

O mesmo autor explica que, em alguns casos, o agente fecha os olhos à realidade para fazer algo sem conhecer os fatores que o impediriam, ao passo que, em outros, a posição de ignorância é utilizada para omitir uma conduta, porque o conhecimento dos fatos obrigaria o indivíduo a agir. No primeiro caso, trata-se de “cegar-se para agir, ou com o objetivo de legitimar um comportamento”; no segundo, de um “não querer saber” para legitimar uma omissão.³⁷⁰

Outras classificações são também rememoradas pelo jurista, ao dizer que, no que se refere à iniciativa, existe um estado de cegueira cômoda ou passiva, em que o indivíduo “não age porque não enxerga a realidade e nada faz para descobri-la”, e outro estado de cegueira que se pode denominar de ativa ou produzida, em que um sujeito prevê uma situação de responsabilidade futura e cria mecanismos para evitar que os fatos cheguem ao seu conhecimento.³⁷¹

Por fim, haveria casos de cegueira deliberada individual, quando o sujeito se coloca (ou é colocado) unicamente em posição de ignorância, e de cegueira deliberada estrutural. Na segunda hipótese, monta-se uma estrutura para maquiagem determinadas situações e, assim, evitar a responsabilização de membros dessas células – a exemplo do que ocorreria, para Sydow³⁷², quando “funcionários/membros de um partido são levados a acreditar que doações foram legítimas, quando em realidade foram desvio de verba pública.”

Como referido, são constantes as associações realizadas entre a doutrina ora estudada e a denominada sociedade de risco, no sentido de que a cegueira deliberada representaria mais um exemplo de flexibilização de categorias clássicas do direito penal – no caso, o dolo – para o fim de aumentar o alcance do poder punitivo estatal.

Nesse sentido, Manrique³⁷³ destaca que

³⁷⁰ SYDOW, 2017, p. 45.

³⁷¹ Ibid., p. 48.

³⁷² Ibid., p. 52.

³⁷³ “Así, el ‘mal sabor de boca’ que provocan ciertas situaciones en las que el sujeto no intenta directamente producir el resultado típico llevó a que los dogmáticos expandieran el concepto de dolo para reprochar del modo más grave casos en los que el sujeto conocía la probabilidad de que su conducta ocasionase consecuencias disvaliosas. Finalmente, en la actualidad, conductas como la de quien no quiere saber cuál es el contenido de una maleta y, de hecho, desconoce su contenido, impulsa a los juristas a remodelar nuevamente el concepto de dolo, despojándolo de sus tradicionales elementos epistémicos y volitivos. En breve: tradicionalmente el dolo era

Assim, o "mau gosto na boca" causado por certas situações nas quais o sujeito não intenciona diretamente produzir o resultado típico fez com que os dogmáticos expandissem o conceito de dolo para reprovar de forma mais graves os casos em que o sujeito conhecia a probabilidade de que seu comportamento ocasionasse consequências desvaliosas. Finalmente, atualmente, condutas como a que quem não quer saber qual é o conteúdo da maleta e, na verdade, não sabe o seu conteúdo, impulsiona os juristas a remodelar novamente o conceito de dolo, despojando-o de seus elementos epistêmicos e volitivos tradicionais. Em suma: tradicionalmente, o dolo foi concebido em termos de conhecimento e vontade; depois, para generalizar sua aplicação, foi entendido como conhecimento; e, na atualidade, o dolo não seria nem conhecimento e nem vontade.

De logo, faz-se questão de ressaltar a importância de não confundir o instituto com situações de legítimo desconhecimento das circunstâncias fáticas ou objetivas advindas do instituto da ignorância verdadeira, em que “a pessoa não conhece os fatos da realidade, mas também não poderia conhecê-los, senão numa situação de anormalidade ou esforço além do esperado”³⁷⁴. Igualmente diverso é o caso do indivíduo que, por exemplo, busca opinião legal para se resguardar de responsabilidade penal eventual e mesmo assim comete o injusto – nessa hipótese, há consciência de uma possível antijuridicidade, uma dúvida sobre a reprovabilidade social da conduta inteiramente compreendida em seus elementos.³⁷⁵

Parte da doutrina busca também diferenciar a teoria da cegueira deliberada e a chamada “cegueira diante dos fatos” construída por Günther Jakobs³⁷⁶. Considera-se em situação de cegueira diante dos fatos o autor que não adquire os conhecimentos necessários a amparar sua tomada de decisão por considerá-los irrelevantes, atuando apesar disso. Noutros termos, na cegueira diante dos fatos o atuar é guiado pelo desinteresse em relação às consequências, de modo que o agente evitaria qualquer informação por considerá-la irrelevante.³⁷⁷

Explica Margareth Heffernan³⁷⁸ que a cegueira deliberada é, por si, um instituto antropológico usual, com o qual toda a sociedade convive. Isso porque, de acordo com a autora, é inerente ao ser humano optar por se manter alheio à realidade em determinadas situações, seja

concebido en términos de conocimiento y voluntad; luego, a los efectos de generalizar su aplicación, fue entendido como conocimiento; y en la actualidad el dolo no sería ni conocimiento ni voluntad”. (MANRIQUE, 2014, p. 167, tradução nossa, acesso em: 10 jun. 2018).

³⁷⁴ SYDOW, 2017, p. 48.

³⁷⁵ LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013, passim.

³⁷⁶ De outro lado, Pedro Moyano afirma que, em essência, não parece justificar-se a diferenciação entre os dois conceitos, pois, considerando-se a cegueira diante dos fatos como desconhecimento, desinteresse ou falta de escrúpulos, os conceitos, na prática, se assemelham, para além das pretendidas distinções dogmáticas. (MOYANO, Pedro Hernán. Las implicancias de la ignorancia deliberada en el tipo penal. *Revista Pensamiento Liberal*, p. 6, nota de rodapé 14, 22 ago. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2laA4CW>>. Acesso em: 15 jun. 2018).

³⁷⁷ Afirma Jakobs que “Quando [...] o autor não quer saber, é dizer, quando o déficit cognitivo tem sua origem em um defeito volitivo, nos casos de indiferença, não há nenhuma razão para a indulgência”. (“*Cuando [...] el autor no quiere saber, es decir, cuando el déficit cognitivo tiene su origen en un defecto volitivo, en los casos de indiferencia, no hay ninguna razón para la indulgencia*”). JAKOBS, Günther. *El Derecho penal como disciplina científica*. Tradução de Alex van Weezel. Navarra: Civitas, 2008, p. 93, tradução nossa).

³⁷⁸ HEFFERNAN, Margareth. *Willful blindness: why we ignore the obvious at our peril*. Nova Iorque: Walker & Company, 2011, passim.

por mera conveniência, incredulidade na mudança do sistema, conformismo ou até mesmo por esperança.³⁷⁹

Do ponto de vista jurídico, então, para que a cegueira deliberada possua relevância jurídica são necessários alguns requisitos. Sydow³⁸⁰ afirma que, instintivamente, podemos elencar as seguintes condições: a) que se trate de um agir para não receber uma informação relevante ou um não agir para esclarecer uma informação relevante³⁸¹; b) que essa informação relevante componha um tipo penal em um de seus aspectos subjetivos (tipicidade ou relação de causalidade); c) que essa conduta gere uma ideia de reprovação obtida caso o agente seja descoberto; e d) que essa informação esteja disponível, pois, como atenta Ragués i Vallès³⁸², só se pode dizer que decidiu ignorar deliberadamente o sujeito que está em condições de conhecer.

O autor espanhol acrescenta, ainda, como requisito para um conceito jurídico-penal do instituto, o dever de obter a informação ignorada – exigência essa, segundo ele, própria de qualquer modelo de imputação subjetiva em que vigora o princípio da culpabilidade. Só se pode ter responsabilidade pela falta de conhecimento, assim, caso haja um dever de conhecer aquilo que se ignorou, nada obstante o jurista se contente com a simples inobservância do dever geral de atentar aos riscos associados à realização de comportamentos potencialmente lesivos a interesses alheios.³⁸³

No Tribunal Supremo Espanhol, a sentença 234/2012, de 16 de março³⁸⁴, é destacada pela doutrina por seu especial esforço em determinar os requisitos essenciais da cegueira deliberada, aplicável, de acordo com esse precedente, a casos nos quais o autor, apesar de cumprir todos os elementos do tipo objetivo, incorporou em sua estratégia criminal evitar o conhecimento mínimo necessário para caracterizar, fora de qualquer dúvida, uma atuação dolosa, para então se beneficiar de uma pena menor – reservada a delitos imprudentes – ou mesmo da própria impunidade, quando não exista uma modalidade culposa expressamente tipificada.

De acordo com a aludida decisão, para que a situação de ignorância deliberada mereça a mesma reprimenda atribuída ao cometimento do delito a título de dolo eventual, devem

³⁷⁹ A autora cita exemplos de pessoas que deixam de fazer seus exames de rotina por medo de enfrentar realidades, pessoas que fingem não conhecer situações de adultério para manter o padrão de vida, vizinhos que fingem não ouvir o marido ser agressivo com a esposa, entre outros. (HEFFERNAN, 2011, p. 3-4).

³⁸⁰ SYDOW, 2017, p. 54.

³⁸¹ Segundo Sydow, no primeiro caso “uma pessoa conhece certos fatos presentes ou futuros, mas cria meios prévios para não os identificar numa situação futura e, com isso, ter alguma espécie de vantagem pessoal, tolerando suas consequências”; no segundo, “uma pessoa não conhece perfeitamente os fatos da realidade presente, suspeita deles, poderia conhecê-los, mas não o faz para, com isso, obter alguma vantagem pessoal, tolerando suas consequências”. (Ibid., p. 46.).

³⁸² RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 157.

³⁸³ Ibid., mesma página.

³⁸⁴ Disponível em: <<https://bit.ly/1UW3jXK>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

concorrer os seguintes requisitos: a) a falta de representação suficiente (não absoluta) de todos os elementos que definem o tipo delitivo em questão, a despeito da consciência do agente sobre o risco que seu comportamento pode acarretar para a realização de um ato inequivocamente ilícito³⁸⁵; b) a decisão do sujeito de permanecer na ignorância, mesmo que esteja em condições de dispor, direta ou indiretamente, da informação que pretende evitar; e c) o componente motivacional, inspirado no propósito de se beneficiar do estado de ignorância incentivado pelo próprio interessado, evitando assim a assunção dos riscos inerentes a uma eventual exigência de responsabilidade criminal.

Por fim, no Brasil, Neisser e Sydow³⁸⁶ pontuam a importância de que a cegueira deliberada não seja utilizada como “um rótulo a permitir uma condenação mais expedita”. Os autores entendem que, para admitir a aplicação da teoria em território brasileiro, deve-se exigir a demonstração de oito requisitos, a saber:

- (1) O agente deve estar numa situação em que não tem conhecimento suficiente da informação que compõe o delito;
- (2) tal informação, apesar de insuficiente, deve estar disponível ao agente para acessar imediatamente e com facilidade;
- (3) o agente deve se comportar com indiferença por não buscar conhecer a informação suspeita relacionada à situação em que está inserido;
- (4) é preciso haver um dever de cuidado legal ou contratual do agente acerca de tais informações;
- (5) é necessário se identificar uma motivação egoística e ilícita que manteve o sujeito em situação de desconhecimento, por exemplo, o intuito de obter lucro;
- (6) deve haver ausência de garantia constitucional afastadora de deveres de cuidado, por exemplo, sigilo de correspondência;
- (7) deve haver ausência de circunstância de isenção de responsabilidade advinda da natureza da relação instalada, por exemplo, o chefe determina que subordinado entregue um pacote em um local, sem abri-lo;
- (8) deve haver ausência de circunstância de ação neutra, ou seja, a parte agindo dentro das expectativas sociais, não se pode atribuir peso criminal a condutas normais.

As soluções apresentadas acima, como se percebe, estão muito longe de alcançar a unanimidade. Além de já ter sido utilizada para conduzir a condenações tanto dolosas como culposas, a teoria da cegueira deliberada chegou a ser tratada, por vezes, como uma nova forma de imputação subjetiva, e seu raio de aplicação foi amplamente estendido. Ademais, não se pode negar a similitude entre a ignorância intencional e o erro de tipo, uma vez que ambos se caracterizam por uma ausência de conhecimento quanto aos elementos do tipo objetivo.

³⁸⁵ A decisão esclarece que “Essa falta de representação, se é absoluta, nunca pode substanciar a imputação subjetiva por meio de dolo. As suposições abarcadas geralmente estão relacionadas à consciência de que um ato inequivocamente ilícito será realizado com uma ou outra contribuição. A suspeita pode, inclusive, nem chegar a delinear a representação de todos e cada um dos elementos do tipo objetivo, pelo menos com a nitidez normalmente exigida para afirmar a concorrência do elemento intelectual do dolo. No entanto, deve ser revelador de uma séria indiferença do autor em relação aos bens jurídicos penalmente protegidos, porque, apesar de representar o risco que seu comportamento pode trazer, ele não abandona o plano concebido.”

³⁸⁶ NEISSER, Fernando; SYDOW, Spencer Toth. Cegueira deliberada só pode ser aplicada se preencher oito requisitos. *Consultor Jurídico*, 14 jun. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2loe9Z4>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

No Brasil, como referido, parte da literatura penal e da jurisprudência tem admitido, por interpretação analógica, a aplicação da teoria da cegueira deliberada e igualado este grau de culpabilidade ao pátrio dolo eventual, especialmente nos crimes de lavagem de dinheiro. Em recentes decisões condenatórias prolatadas no caso “Lava Jato”, o juiz federal Sérgio Moro se valeu da doutrina em exame, aduzindo que aquele que realiza condutas típicas à lavagem “não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quanto à natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.”³⁸⁷

Nos precedentes estrangeiros, não há uniformidade na base de justificação das condenações que se valem da cegueira deliberada. Analisando os casos mais emblemáticos das Cortes de Apelação Federal dos Estados Unidos, boa parcela dos julgados se utiliza da premissa de que é possível imputar subjetivamente culpa, a partir da violação de um dever de cuidado, o mesmo ocorrendo em diversos julgados da Suprema Corte espanhola.³⁸⁸

Para Sydow³⁸⁹, a possibilidade de uso desse argumento é mais nítida nos casos de cegueira deliberada em sentido estrito, ou seja, quando o indivíduo não aprofunda a investigação sobre a suspeita de que sua conduta pode possuir caráter juridicamente reprovável. No caso brasileiro, são dois os momentos em que os deveres de cuidado servem de parâmetro para a responsabilidade penal: nos delitos omissivos e na culpa por negligência.

Na primeira situação, com base na redação do Código Penal brasileiro, especificamente em seu artigo 13, §2º³⁹⁰, só há relação de causalidade entre a omissão e o resultado danoso quando também há o dever de agir, sendo na hipótese da alínea “c” daquele dispositivo que melhor se enquadrariam os casos de ignorância deliberada. Noutros termos, o dever de agir seria consequência da atividade anterior do omitente (que deixa de investigar sua suspeita quanto a elemento componente de um tipo penal), causadora de risco da ocorrência de uma lesão ao bem jurídico tutelado.

No caso da negligência, diz-se que essa seria caracterizada por um não agir para apurar profundamente a dúvida sobre o elemento do tipo, o que poderia decorrer de uma não previsão do resultado, embora previsível (culpa inconsciente), ou de uma crença de que esse não se

³⁸⁷ O trecho em destaque pode ser verificado em diferentes decisões proferidas no âmbito da “Lava Jato”, as quais serão pormenorizadas no capítulo seguinte.

³⁸⁸ SYDOW, 2017, p. 112-113.

³⁸⁹ Ibid., p. 113.

³⁹⁰ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

concretizaria (culpa consciente). De acordo com Ragués i Vallès³⁹¹, nos casos em que o sujeito suspeitava inicialmente que seu comportamento poderia ser prejudicial a um interesse criminalmente relevante, mas preferiu permanecer em estado de ignorância como uma estratégia para, se necessário, poder reivindicar tal ignorância em sua defesa, haveria a necessidade de adotar uma sanção superior aos casos usuais de negligência.

O autor pontua, contudo, a maior complexidade da questão nos ordenamentos continentais que, diferentemente do caso espanhol, apresentam definições legais e menos abrangentes sobre o dolo. Assim, o jurista chega a cogitar da criação legislativa de novas modalidades de imputação subjetiva, para além do dolo e da culpa, evoluindo-se para um sistema que, na linha do Código Penal Modelo, permita captar adequadamente as peculiaridades de cada caso e conferir um tratamento mais proporcional em suas consequências.³⁹²

Seguindo a mesma linha, Beck³⁹³ afirma que o problema de proporcionalidade existente no que se refere à cegueira deliberada está presente também na própria equiparação existente entre dolo direto e eventual, que trata da mesma maneira casos de intenção e de aceitação. O autor aduz que a solução definitiva deveria passar por uma redefinição geral do sistema de imputação, “que reconheça como genericamente puníveis certas configurações subjetivas (como o dolo eventual e algumas modalidades de ignorância deliberada), mas com consequências punitivas menos severas que em outras formas de dolo.”

4.3. CRÍTICAS QUANTO À APLICAÇÃO DA TEORIA

Várias são as dificuldades elencadas pela doutrina para a aplicação do instituto da cegueira deliberada. No presente trabalho optaremos por apresentar as considerações que de forma mais direta interessem ao estudo aqui proposto, conferindo enfoque, adiante, à questão da possibilidade, ou não, de equiparação entre a teoria e o dolo eventual, à luz das diferenças existentes entre os ordenamentos dos países estrangeiros que utilizam a figura da ignorância voluntária e o sistema jurídico brasileiro.

Em primeiro lugar, grande parte da doutrina menciona o problema alusivo à possibilidade de utilização da cegueira deliberada como forma de esquivar-se de uma aprofundada fundamentação quanto ao elemento subjetivo do crime – análise, sem dúvida, imprescindível

³⁹¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. *Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Buenos Aires, EdiUNS, p. 33, dez. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2Hf57WF>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

³⁹² Ibid., p. 33-34, acesso em: 22 jun. 2018.

³⁹³ BECK, F., 2011, p. 64.

no contexto nacional, em que a teoria vem sendo majoritariamente difundida pela jurisprudência, através de sentenças penais condenatórias.

Mesmo nos países que adotam tal instituto há várias décadas, não faltam vozes a apontar os perigos da doutrina, como se observa do seguinte trecho de um julgado do Supremo Tribunal espanhol:

Substituir o conhecimento ou a representação dos elementos do crime pela prova de que o sujeito ativo evitou deliberadamente abarcar esses elementos, pode implicar nosso apoio a uma verdadeira desnaturalização do desafio probatório que incumbe às acusações. Em casos como o que temos diante de nós, a condenação do acusado só pode ser baseada no que ele sabia, não no que ele deveria saber. A reprovação criminal pelo que se deveria conhecer e, no entanto, não se conhece, não pode servir, sem mais, como base para a afirmação do dolo.³⁹⁴

Ainda que se apresente como um defensor da teoria em determinadas situações e atendidos certos requisitos, Ragués i Vallès³⁹⁵ comenta o temor de que os tribunais utilizem a cegueira deliberada como forma de se eximirem da obrigação de motivar suas decisões no que concerne à prova do conhecimento em que se baseia a aplicação da figura do dolo eventual. Por outra parte, menciona também o risco de que se acabe condenando como autor de um crime doloso o sujeito que simplesmente estava em condições de conhecer, mas sem apresentar provas concretas acerca do caráter deliberado da ignorância.

O mesmo alerta é feito por Feijoo Sánchez³⁹⁶, ao destacar os problemas em adotar a teoria do ponto de vista da presunção de inocência. Isso porque a imputação é baseada em uma avaliação que leva a uma inversão do ônus da prova: aquele que atua em situação de desconhecimento, num contexto de clandestinidade ou de legalidade duvidosa, responde dolosamente pelo que decorre dessa situação, salvo se provar que tal ignorância não decorreu de desídia ou de séria indiferença. Assim, permite-se a condenação por dolo sem que a acusação tenha que prová-lo em relação ao fato típico, bastando demonstrar a existência da provocação voluntária de uma situação de cegueira.

Luís Greco³⁹⁷ destaca o caráter em parte supérfluo da doutrina, pontuando que em muitos dos casos em que foi reconhecida a cegueira deliberada havia, a rigor, dolo, pelo menos sob a

³⁹⁴ “Sustituir el conocimiento o la representación de los elementos del delito por la prueba de que el sujeto activo ha evitado deliberadamente abarcar esos elementos, puede implicar nuestro apoyo a una verdadera desnaturalización del desafío probatorio que incumbe a las acusaciones. En supuestos como el que nos ocupa, la condena del acusado sólo puede basarse en lo que éste sabía, no en lo que debió conocer. El reproche penal por lo que se debió conocer y, sin embargo, no se conoce, no puede servir, sin más, de fundamento para la afirmación del dolo.” (Sentença 57/2009, de 2 de fevereiro. Disponível em: <<https://bit.ly/2tovANr>>. Acesso em: 22 jun. 2018. Tradução nossa).

³⁹⁵ RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 101-102.

³⁹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, 2015, p. 8, acesso em: 22 jun. 2018.

³⁹⁷ Citando um exemplo dado por Ragués – do indivíduo que acaba de realizar um exame para detectar se é ou não portador de uma enfermidade contagiosa, mas decide não abrir o resultado e, sem conhecer com segurança o perigo que representa, terminando contagiando um terceiro – Greco diz que “o próprio comportamento que imediatamente

forma de dolo eventual. Noutra lado, nas hipóteses de cegueira deliberada em sentido estrito, nos quais o agente intencionalmente evita adquirir os conhecimentos mínimos, não há possibilidade de punição dolosa, apenas se podendo falar em culpa na modalidade imprudência. Isso porque, ainda que pareça plausível argumentar em favor da maior reprovação quanto ao indivíduo que se coloca em posição de ignorância para se beneficiar do comportamento adotado,

Parece-me, no entanto, que esta intuição não é mais do que um sentimento impassível de verdadeira justificação. Porque a distinção entre dolo e imprudência não tem nada a ver com a estrutura mais ou menos altruísta da motivação do autor. Há dolo altruísta e imprudência egoísta. O fato de que alguém, a pedido de uma vítima que não suporta mais as agonias de um câncer que ainda pode perdurar por anos, administrar uma injeção letal, não excluirá a intenção de matar, da mesma forma que o fato de um médico desatento, na verdade, odiar o paciente, não terá o poder de, por si só, justificar o dolo.³⁹⁸

Para o autor existem certos riscos na lógica da teoria, uma vez que, que se levarmos em consideração a conduta prévia do agente como reprovável nos moldes dolosos propostos, o desconhecimento quanto a uma situação de fato o coloca numa situação de reprovabilidade excessivamente ampla, pois sua conduta potencialmente poderia gerar o cometimento de diversos delitos³⁹⁹. Assim sendo, no exemplo do indivíduo que desidiosamente deixasse de verificar os compartimentos do veículo que transportaria, estaria o mesmo passível de imputação de responsabilidade por diversos crimes, de tráfico de drogas a tráfico de armas ou receptação.

Spencer Sydow⁴⁰⁰ considera que, se a figura da cegueira deliberada é composta por dois atos – um ato inicial, consistente na conduta geradora da situação de desconhecimento, e um ato posterior, consistente na consequência não desejada e que ocorre como resultado do desconhecimento anterior –, diversos problemas podem decorrer quando haja um elevado lapso temporal entre a conduta de obscurecimento e a descoberta do resultado lesivo, a exemplo do perdimento de dados e do desaparecimento de testemunhas.

causa o resultado já irá acompanhado da consciência de que algo pode terminar mal, de que possivelmente existe algum risco para um bem penalmente protegido”, sendo que tal consciência será, na maioria dos casos, suficiente para justificar uma imputação por dolo eventual. (GRECO, Luís. Comentario ao artículo de Ramón Ragués. *Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Buenos Aires, EdíUNS, p. 68, dez. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2Hf57WF>>. Acesso em 23 jun. 2018.).

³⁹⁸ “*Me parece, sin embargo, que esa intuición no pasa de ser un sentimiento impassible de verdadera justificación. Porque la distinción entre dolo e imprudencia no tiene nada que ver con la estructura más o menos altruísta de la motivación del autor. Hay dolo altruísta e imprudencia egoísta. El hecho de que alguien, a pedido de una víctima que no aguanta más las agonias de un cáncer que todavía puede acarrearle años, le administre una inyección letal, no excluirá el dolo de matar, de la misma forma que el hecho de que un médico desatento, en verdad, odiare al paciente no tendrá el poder de, por sí solo, justificar ese dolo*”. (Ibid., p. 73, tradução nossa, acesso em: 23 jun. 2018).

³⁹⁹ Ibid., p. 74-75, acesso em 23 jun. 2018.

⁴⁰⁰ SYDOW, 2017, p. 146-147.

Ademais, o autor destaca que a utilização de estratégias preventivas é bastante comum no âmbito empresarial, de modo que uma forte insegurança jurídica poderia se instalar na sociedade, “posto que se imporia a empresas e indivíduos a obrigação de acompanhar todas as consequências advindas de suas estratégias preventivas e todos os indivíduos que por elas fossem afetados”. Inclusive, nem sempre o ato secundário (consequência indesejada) será praticado pela pessoa responsável pelo obscurecimento, o que dificulta ainda mais a imputação de responsabilidade, “colocando muitas vezes na mão de terceiros situações que podem gerar reprovabilidade a um indivíduo ou pessoa.”⁴⁰¹

Não escapa a diversos questionamentos, ainda, o critério da “alta probabilidade”, muito adotado pelo sistema norte-americano para a aceitação da figura da *willful blindness*, como exposto. Em primeiro lugar, seria necessário um parâmetro numérico para se auferir normativamente o que significa a expressão, o qual, não existindo, resulta em um elevado grau de liberdade de interpretação e de aplicação aos seus destinatários, com consequente prejuízo à segurança jurídica.

Outrossim, parece-nos bastante pertinente a observação feita, mais uma vez, por Sydow⁴⁰², para quem a análise da “alta probabilidade”, ainda que feita *ex post facto*, deve considerar o momento *ex ante facto*, não sendo possível partir do pressuposto de que todos os elementos agora conhecidos também o eram no momento da conduta. A situação seria, então, não de probabilidade, mas de previsibilidade, na medida em que, no máximo, o agente conseguiria projetar os resultados possíveis de sua conduta, mas jamais identificar todas as variáveis possíveis e ponderar quantas delas o colocariam em situação de ilícito.

A imputação feita sob o argumento da violação a um dever de cuidado, em virtude de não ter o agente aprofundado a investigação diante de uma situação suspeita, criando o risco da ocorrência do resultado, também esbarra em evidentes dificuldades de análise prática. Em primeiro lugar, não há dúvidas de que será sempre possível conhecer de forma mais aprofundada as circunstâncias fáticas de qualquer situação, não havendo, em regra, imposição legal de que o agente esgote todas as análises possíveis no caso concreto antes de levar a cabo sua conduta.

Assim, de um lado, o sujeito inserido na conduta apenas poderia ser cobrado pelas informações que estivessem disponíveis de modo rápido, bastando um esforço razoável para obtê-las e interpretá-las. De outro, o magistrado deverá “analisar a quantidade de incertezas trazidas pela situação, os meios de investigação ao alcance de um homem médio e a

⁴⁰¹ SYDOW, 2017, p. 149.

⁴⁰² Ibid., p. 160-161.

disponibilidade objetiva da informação perante do cenário da conduta”⁴⁰³, para apenas então iniciar as reflexões de cuidado que poderiam ter sido adotadas pelo agente e não foram. A identificação de qual a quantidade de esforço de investigação que pode ser exigida pelo Estado ao indivíduo é, de fato, uma barreira à aplicação do instituto através dessa via.

De mais a mais, as situações de violação de dever de cuidado se inserem, com bastante recorrência, dentro do espectro de imputação a título de culpa, de modo que a teoria da cegueira deliberada, com essa justificativa, como artifício para o preenchimento do elemento subjetivo na modalidade dolosa, segue apresentando inúmeras dificuldades.

O principal argumento desfavorável à aplicação da doutrina da cegueira deliberada no Brasil, entretanto, parece referir-se à sustentada violação ao princípio constitucional da legalidade.

Para Ana Luiza Klein⁴⁰⁴, o caso brasileiro é diferente do espanhol e do americano principalmente porque, aqui, haveria definição legal dos elementos cognitivos e volitivos do dolo. No caso espanhol, o dolo é fruto de uma tradição doutrinária e jurisprudencial, sendo possível utilizar o conceito anglo-saxão de conhecimento em potencial da cegueira deliberada. Assim, conclui a autora dizendo que representa uma violação ao princípio da legalidade igualar o conhecimento à probabilidade de conhecimento dos elementos normativos e descritivos do tipo objetivo, pois isso significa uma inevitável ampliação do conceito de dolo, com a criação de categorias *praeter legem*.

Dito de outro modo, se, no ordenamento brasileiro, o dolo exige a presença e a representação, pelo autor, de todos os elementos integradores da conduta prevista, então o não conhecimento – ainda que em decorrência de uma autocolocação em estado de não consciência – esvaziaria o conteúdo típico do injusto em certas situações. Isso porque a existência de elemento subjetivo, dentro da concepção finalista, é elementar para a configuração do tipo, como mencionado.

Ademais, para além do artigo 18, inciso I, do Código Penal, lembre-se que o artigo 20 do mesmo estatuto repressivo apresenta que o erro – ou seja, a falsa percepção da realidade – sobre elemento constitutivo do tipo penal exclui o dolo, sendo então possível concluir que, do mesmo modo, a ignorância – que é o total desconhecimento da realidade – também o excluiria. É nesse sentido o entendimento de Luís Greco⁴⁰⁵, especialmente nos casos de cegueira deliberada em sentido estrito, ao dizer que a regra prevista em nosso ordenamento acerca do erro de tipo

⁴⁰³ SYDOW, 2017, p. 154.

⁴⁰⁴ KLEIN, 2012, p. 74.

⁴⁰⁵ GRECO, 2013, p. 76-77, acesso em: 23 jun. 2018.

(existente, também, no Código Penal da Espanha⁴⁰⁶) exclui antecipadamente a possibilidade de punição dolosa naquelas hipóteses, salvo se houver uma reforma legislativa.

Sobre o tema da cegueira deliberada e sua relação com a legalidade, extrai-se da lição de Ragués i Vallès⁴⁰⁷ que, nos sistemas jurídicos em que se optou por definir legalmente o dolo exigindo, de maneira direta ou indireta, o conhecimento sobre os elementos típicos, afirmar que é conhecedor quem atua em um estado de ignorância a respeito de tais elementos parece impossível sem forçar a letra de lei para além do desejável. Nas palavras do autor espanhol, “trataria-se de uma autêntica ‘*contradictio in terminis*’ dificilmente aceitável por um princípio da legalidade que queira conservar uma mínima vigência.”

Por mais que se defenda, como Greco⁴⁰⁸, que os limites trazidos pelo legislador não significam o fim, e sim o início da filosofia, que passa a ter a função de investigar se o texto legislativo está arrimado “apenas na *autoritas* do poder de quem decide, ou também na *veritas* das razões que a justificam”, é certo que eles estabelecem balizas, sobretudo quando se trata de restrições a direitos fundamentais e ampliações da figura típica. Por isso que a doutrina da cegueira deliberada é construída à margem do ordenamento jurídico vigente, embora muito comum seja equipará-la ao dolo eventual.

Considerando a importância dessa última análise para o presente estudo, dedicaremos o tópico seguinte a abordar os problemas relativos à constante equiparação realizada entre a cegueira deliberada e o dolo eventual, especialmente no que tange às diferenças entre a legislação pátria e as demais nações que acolheram a teoria.

4.4. A FRONTEIRA ENTRE O DOLO EVENTUAL E A CEGUEIRA DELIBERADA

Identificar se os casos de ignorância deliberada constituem um atuar doloso representa tema de grande importância, sobretudo considerando a aplicação da teoria a crimes que não possuem previsão da modalidade culposa (a exemplo do delito de lavagem de capitais, no Brasil) e em relação aos quais, portanto, o afastamento do dolo não operará apenas uma punição atenuada, mas a própria atipicidade do fato.

⁴⁰⁶ Diz o artigo 14.1 do Código Penal Espanhol que “O erro invencível sobre um fato constitutivo da infração penal exclui a responsabilidade criminal. Se o erro, atendidas as circunstâncias do fato e as pessoais do autor, era vencível, a infração será punida, nesse caso, como imprudente”. (“*El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente*”). Disponível em: <<https://bit.ly/2HqIZgg>>. Acesso em: 23 jun. 2018. Tradução nossa.

⁴⁰⁷ “[...] se trataria de una auténtica *contradictio in terminis* dificilmente asumible por un principio de legalidade que quiera conservar una mínima vigencia.” (RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 196, tradução nossa).

⁴⁰⁸ GRECO, 2009, p. 886.

Nesse ponto em particular, a questão residiria, conforme apresentado brevemente no tópico anterior, numa aparente ofensa ao princípio constitucional da legalidade. Isso porque a definição de dolo no Código Penal pátrio poderia ser comprovada pela leitura conjunta dos artigos 18, inciso I, e 20, *caput*, do referido diploma, os quais exigem – seja para o dolo direto, seja para o dolo eventual – o efetivo e atual conhecimento dos elementos integrantes do tipo incriminador.

Considerando que a cegueira deliberada representa, verdadeiramente, a ausência de conhecimento dos elementos objetivos, é relevante a observação feita por Ragués i Vallès⁴⁰⁹, ao afirmar expressamente que, “se se aceita que podem existir casos de dolo sem representação de todos os elementos do tipo, surge então a dúvida de como deverá definir-se daqui para diante o dolo.”

Parte da doutrina compreende ser possível o enquadramento das situações de cegueira deliberada como hipóteses de dolo eventual, sendo essa também, como referido, a posição majoritariamente adotada pela jurisprudência brasileira.

Badaró e Bottini⁴¹⁰ admitem a equiparação da cegueira deliberada ao dolo eventual, apontando a exigência de alguns requisitos que, conquanto ali estejam sendo colocados como pertinentes à responsabilização pelo delito de lavagem de capitais, podem ser apresentados de forma mais genérica: que o agente crie consciente e voluntariamente barreiras ao conhecimento, com a intenção de deixar de tomar contato com a atividade ilícita, caso ela ocorra; que o autor perceba que a criação das barreiras de conhecimento facilitará a prática de infrações penais; e, por fim, que a suspeita de que, naquele contexto, será praticado um crime seja escorado em elementos subjetivos, e não meramente genéricos.

Nada obstante, mais recentemente, Bottini⁴¹¹ destacou sua preocupação com a temerária admissão da doutrina estrangeira, uma vez que permite caracterizar como dolosos comportamentos que são “ontológica e normativamente diferentes”, igualando a ação do agente que conheça o contexto no qual atua e queira o resultado, de um lado, e o comportamento típico daquele que não queira o resultado e nem mesmo conheça a criação do risco porque criou mecanismos que lhe impediram a ciência desse, do outro. Assim, arremata dizendo que talvez melhor do que promover essa equiparação seja a criação legislativa de novas modalidades de imputação subjetiva, “para além do dolo e da culpa, com patamares distintos de punição para

⁴⁰⁹ “[...] si se acepta que pueden existir casos de dolo sin representación de todos los elementos del tipo, surge entonces la duda de cómo deberá definirse en adelante el dolo”. (RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 206, tradução nossa).

⁴¹⁰ BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 98-99.

⁴¹¹ BOTTINI, 2013, acesso em: 24 jun. 2018.

cada categoria, evitando o alargamento e a imprecisão dos institutos e garantindo-se a proporcionalidade na aplicação da pena.”

Inés Sandro Sol⁴¹², tendo por base a legislação da Argentina, afirma que a ignorância deliberada seria uma estrutura de imputação intermediária que, embora estruturalmente semelhante à culpa, valorativamente deve ser equiparada ao dolo, ao menos na modalidade de dolo eventual. Referida teoria, para a autora, permite redefinir o dolo, que passaria a compreender, também, os casos de hostilidade ou de indiferença grave em relação a um determinado interesse, manifestado na realização de uma conduta objetivamente típica.

Prolator de algumas decisões em que é citada a teoria da cegueira deliberada, Sérgio Moro⁴¹³, em escritos acadêmicos, aponta a possível equivalência ou identidade entre o instituto da cegueira deliberada e o dolo eventual, aduzindo que, por construção jurisprudencial, tal modalidade de imputação subjetiva vem sendo admitida nos tribunais norte-americanos através da *willful blindness*.

A posição está, contudo, longe de ser pacífica. Ragués i Vallès⁴¹⁴ não desconsidera que ignorar riscos elevados e evidentes pode, conforme as circunstâncias, representar um juízo de desvalor capaz de ensejar uma imputação dolosa. Todavia, para que uma proposta teórica consiga sustentar a possibilidade de tratamento como crime doloso é preciso que o déficit de representação se veja compensado por uma certa motivação especialmente desvaliosa, que justifique um tratamento mais severo. O autor considera discutível, naqueles casos em que a razão para a cegueira não seja a falta de interesse em conhecer, ou mesmo um descuido grave diante de um risco muito elevado, que o fato seja uma expressão daquilo que legitima a imposição de uma pena a título de dolo.

Em outros escritos, o autor aponta que, em que pese a aplicação da teoria da cegueira deliberada possa ser uma ferramenta útil para evitar a impunidade baseada em deficiência na imputação subjetiva, não se pode ignorar que a equiparação realizada com o dolo eventual suscita problemas de proporcionalidade, haja vista que situações muito diferentes são enquadradas sob o mesmo título de imputação subjetiva⁴¹⁵. Ademais, afirma não estar clara a

⁴¹² SOL, Inés Sandro. *La ignorancia deliberada del derecho penal: ¿dolo o culpa?* “La mejor manera de no saber, es no querer saber”. *Tesinas de Belgrano*; 505. Universidad de Belgrano – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 2012, p. 21. Disponível em: <<https://bit.ly/2Mn5EZD>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

⁴¹³ MORO, 2007, p. 98.

⁴¹⁴ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, p. 9, jul. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/1pK3eqn>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

⁴¹⁵ Exemplificativamente, pontua o autor que essa perspectiva dispensa o mesmo tratamento àquele que aceita a posição de administrador de uma sociedade sabendo com certeza que ela será usada para o cometimento de tráfico de drogas, e àquele que só representa que a sociedade pode estar sendo empregada para propósitos criminais

solução proposta para aqueles casos em que, intencionalmente, o sujeito tenha evitado adquirir mesmo o mínimo de conhecimento exigido pelo dolo eventual.

O próprio doutrinador admite que o enquadramento de casos de ausência de conhecimento dentro do conceito de dolo impede que se continue a definir tal elemento subjetivo como “conhecimento e vontade”, ou mesmo apenas como “conhecimento”, assim como torna difícil a tarefa de construir uma definição que abarque, sob a mesma denominação conceitual, estados claramente opostos de conhecimento e de ignorância⁴¹⁶. Não por outro motivo é que mesmo os autores que adotam uma concepção cognitiva do dolo apontam, de forma marcante, o problema acerca do enquadramento da cegueira deliberada enquanto estrutura equiparada a essa modalidade de elemento subjetivo.

De fato, Eduardo Viana⁴¹⁷ afirma que ausência de dominabilidade impossibilita a imputação de uma conduta dolosa nas hipóteses de cegueira deliberada. A impossibilidade de controle sobre o que está acontecendo ou prestes a acontecer impede que o indivíduo que esteja em estado de cegueira tenha o mesmo nível de imputação daquele que tem o completo domínio da conduta.

No mesmo sentido, Greco⁴¹⁸, analisando a teoria da “cegueira diante dos fatos”, proposta por Jakobs, alerta que o dolo pressupõe conhecimento em sentido psicológico, porque apenas esse gera domínio ou controle sobre a realização do fato, justificando o tratamento duplamente mais severo que o dolo recebe em comparação com a culpa – seja porque na maior parte dos crimes só se pune a realização dolosa, seja porque, nos crimes que apresentam a forma culposa, a dolosa recebe pena mais grave.

A primeira das razões para a maior reprovação das condutas praticadas com conhecimento seria de ordem consequencialista, ou seja, possui relação com a conveniência de se punir mais gravemente o agente que atua com domínio sobre o fato, visto que

Se queremos prevenir crimes, mas a prevenção gera custos, é racional empenharmos nossos limitados recursos primeiramente na prevenção de condutas que, por serem dominadas, são — *ceteris paribus* (isto é, mantendo-se o resto constante) — tanto mais perigosas para bens jurídicos penalmente protegidos, como também mais passíveis de virem a ser repensadas e abandonadas pelos agentes que estão a ponto de as praticar. A existência de um domínio sobre a realização do fato gera, portanto, *maior necessidade de prevenção*, e é este o primeiro fundamento, de natureza consequencialista, para a exigência de conhecimento no conceito de dolo.⁴¹⁹

Ainda, prossegue o autor afirmando que a segunda razão seria de ordem deontológica,

indeterminados, que o agente prefere não conhecer. (RAGUÉS I VALLÉS, 2008, p. 18-20, acesso em: 22 jun. 2018).

⁴¹⁶ Id., 2007, p. 206.

⁴¹⁷ VIANA, 2017, p. 191, nota de rodapé 531.

⁴¹⁸ GRECO, 2009, p. 890-893.

⁴¹⁹ Ibid., p. 892, destaques no original.

porquanto o indivíduo que atua controlando o curso de sua ação e, em certa medida, que consequências advirão dessa conduta, possui uma maior responsabilidade do que aquele que atua sem domínio. Assim, “ações praticadas com conhecimento e, portanto, com domínio são ações que ‘pertencem’ àquele que as pratica de uma maneira muito mais íntima do que ações praticadas sem esse conhecimento.”⁴²⁰

Diversos autores seguem a mesma linha, negando a possibilidade de que casos de ignorância deliberada possam ser tratados como hipóteses de imputação dolosa. Como ponto de partida, apontam que a importação da teoria para o sistema jurídico brasileiro se deu sem maiores reflexões acerca das inegáveis distinções entre o nosso ordenamento e os ordenamentos vigentes nos demais países que adotam tal instituto, a despeito do fato, já mencionado, de que o surgimento da doutrina em questão ocorreu dentro do modelo *common law*.

Embora não se possa falar em apenas um sistema jurídico-penal norte-americano, é fato que o Código Penal Modelo admite quatro formas de imputação subjetiva (*purpose, knowlegde, recklessness* e *negligence*)⁴²¹. Para o tema da *willful blindness*, os elementos *knowlegde* e *recklessness* ocupam espaço central: o primeiro diz respeito à “ciência que o autor do fato tem com relação à natureza da conduta praticada e à existência de eventuais circunstâncias concomitantes previstas como indispensáveis à configuração do crime”, bem como, em relação ao resultado, à ciência de que a sua conduta quase com certeza acarretará o resultado previsto em lei; o segundo elemento estaria presente na hipótese em que o agente, ciente da existência de um risco substancial e injustificável ao bem jurídico protegido pela norma, “conscientemente desconsidere a possibilidade de produção de um resultado criminoso e/ou a possibilidade de existência de circunstâncias concomitantes que tornariam criminosa sua ação ou omissão.”⁴²²

O elemento *knowlegde* costuma ser equiparado ao nosso dolo eventual, enquanto *recklessness* equivaleria, dentro das categorias brasileiras, à culpa consciente. Lucchesi⁴²³ aponta a impropriedade dessas aproximações, pontuando que *recklessness* aparenta ser uma categoria intermediária entre dolo eventual e culpa consciente, podendo abarcar situações que estariam inseridas em ambas as categorias sempre que o autor agir sabendo do risco criado por sua conduta, ainda que não exija a atitude de aceitação do resultado, como faz o dolo eventual.

Como já visto, a cegueira deliberada surge como instituto substituto do elemento *knowlegde*, afirmando que o requisito de conhecimento do sujeito estaria satisfeito com a

⁴²⁰ GRECO, 2009, mesma página.

⁴²¹ A seção 2.02 do *Model Penal Code* contempla as quatro modalidades de elementos subjetivos, os quais poderiam ser traduzidos como “propósito”, “conhecimento”, “imprudência” e “negligência”, respectivamente.

⁴²² LUCCHESI, 2017, p. 97-98, acesso em: 24 jun. 2018.

⁴²³ *Ibid.*, p. 100 e ss., acesso em: 24 jun. 2018.

ciência de uma elevada probabilidade de existência do fato ou da circunstância elementar do delito, associada a uma ação deliberada de fechar os olhos à realidade.

Após realizar um aprofundado estudo acerca da aplicação da teoria nos Estados Unidos, Lucchesi⁴²⁴ conclui que

[...] a partir do estudo das instruções padrão dadas hodiernamente pelos tribunais federais de recursos nos Estados Unidos, a cegueira deliberada somente pode permitir a condenação nos crimes que exigem demonstração de conhecimento pelo autor se (1) houver ciência pelo autor da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, (2) o autor tomou medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (3) não houver uma crença subjetiva pelo autor de inexistência do fato ou da circunstância. Trata-se a cegueira deliberada, portanto, de um estado mental subjetivo por parte do autor, que deve ser demonstrado pela acusação para além de uma dúvida razoável. Não é possível, assim, condenar com base em cegueira deliberada a partir de critérios objetivos, como o dever de conhecer a existência do fato ou da circunstância a partir do modelo de pessoa média ou pessoa prudente (negligência). Da mesma forma, não é suficiente demonstrar que o autor simplesmente representou o risco e conscientemente o desprezou (imprudência). Além de uma representação e de uma crença subjetivas por parte do autor, é necessária a demonstração de uma atuação concreta voltada à evitação da confirmação ou da descoberta da existência representada como altamente provável. Isso ocorre porque, segundo o Tribunal Federal de Recursos do Sétimo Circuito, “um esforço mental pelo acusado em controlar sua curiosidade sustentaria uma instrução de avestruz”, enquanto “a simples ausência de esforço mental ou de curiosidade pelo acusado não sustentaria uma instrução de avestruz”.

Assim é que o autor afirma que o conceito de dolo eventual é incompatível com a cegueira deliberada, na medida em que tal instituto foi desenvolvido na tradição *common law* como substituto do conhecimento acerca dos aspectos objetivos da norma incriminadora, o qual é exigido para a configuração do dolo eventual, diante da análise conjunta dos artigos 18, inciso I, e 20, *caput*, do Código Penal. Ademais, as situações de aplicação da cegueira deliberada, no sistema norte-americano, não se confundem com as situações de dolo eventual, mesmo porque essa noção é estranha ao direito penal estadunidense, não se confundindo com *knowlegde* ou mesmo com *recklessness*.⁴²⁵

No caso espanhol, não há definição legal de dolo ou de culpa, mencionando o artigo 10 do Código Penal do país, apenas, que “São delitos as ações ou omissões dolosas ou imprudentes punidas por lei”⁴²⁶. Nada obstante, como já referido, a previsão do instituto do erro naquele ordenamento, de forma bastante semelhante à definição dada pelo legislador brasileiro, conduz parte da doutrina a sustentar que, se o erro implica inexato conhecimento da realidade, e se a configuração de erro invencível exclui o dolo, então a realização dolosa deverá implicar, pelo menos, a realização com conhecimento das circunstâncias que integram o tipo penal objetivo.

⁴²⁴ LUCCHESI, 2017, p. 171, acesso em: 24 jun. 2018.

⁴²⁵ Ibid., p. 196, acesso em: 24 jun. 2018.

⁴²⁶ *Artículo 10: Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.* (tradução nossa).

Dentro dessa perspectiva, na doutrina estrangeira, Laura Manrique⁴²⁷ argumenta que, embora existam razões morais para reprovar da maneira mais grave os casos de ignorância deliberada, os códigos penais que possuem a figura do erro (mesmo que não tenham definido o dolo, como ocorre no panorama espanhol, sobre o qual se debruça a autora), estabelecem um claro limite para a reprovação desses comportamentos. Por sua vez, nos sistemas jurídicos onde se introduziu uma definição legal de dolo que exige o conhecimento, a equiparação entre dolo eventual e cegueira voluntária encontra dificuldades ainda mais evidentes, visto que “ainda que a ignorância do agente seja deliberada, segue sendo um caso de desconhecimento.”⁴²⁸

Equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual – na forma prevista pelo artigo 18, I, do Código Penal – é viabilizar que os casos em que não há a representação do agente sobre o fato criminoso ocorrido sejam tratados do mesmo modo que aqueles nos quais existe efetivo conhecimento por parte do sujeito e, por conseguinte, também o domínio sobre a realização da conduta típica. Todavia, o “conhecimento potencial dos elementos do tipo objetivo” não configura o dolo eventual, ao menos da forma como foi prevista a figura em nossa legislação.⁴²⁹

Assim, tal equiparação, *data maxima venia*, parece discutível do ponto de vista legal e dogmático, porquanto demandaria uma interpretação demasiadamente extensiva do conceito de dolo já previamente tipificado no ordenamento jurídico brasileiro, o que não é permitido. Se dolo é conhecimento e vontade, de acordo com a doutrina amplamente majoritária, tudo o que integra a cegueira, ou seja, todos os elementos de fato que não são representados pelo agente, por intencionalidade ou não, não integram o elemento intelectual do dolo e, portanto, não podem acarretar nenhuma condenação por crime doloso.

Em verdade, a jurisprudência brasileira, da mesma forma que agiu a espanhola, utiliza-se de conceitos próprios da *common law* sem se debruçar devidamente sobre suas singularidades. Limitou-se à aceitação daquilo que vem sendo aplicado – sem qualquer uniformidade, frise-se – pelos tribunais estrangeiros, inseridos em sistemas que guardam nítidas diferenças com o brasileiro, e, ainda, atrelou de modo errôneo o dolo eventual com a figura da cegueira, expandindo essa categoria de imputação subjetiva em mais um exemplo do fenômeno do expansionismo penal que abordamos ao longo deste trabalho.

⁴²⁷ MANRIQUE, María Laura. ¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia. *Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Buenos Aires, EdiUNS, p. 97, dez. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2Hf57WF>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

⁴²⁸ “*Aunque su ignorancia sea deliberada sigue siendo un caso de desconocimiento*”. (Ibid., p. 82, tradução nossa, acesso em: 24 jun. 2018).

⁴²⁹ SILVA, Robson A. Galvão; LAUFER, Christian. A cegueira deliberada na lava-jato. *Empório do Direito*, 15 nov. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2LUDdD6>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

5 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA AO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Como dito, nas últimas décadas do século XX, a teoria da cegueira deliberada, inicialmente difundida em processos envolvendo crimes de receptação e tráfico de drogas, passou a ser amplamente aplicada a outros delitos, especialmente crimes informáticos e lavagem de capitais, ganhando destaque o debate concernente à flexibilização do elemento subjetivo, notadamente o dolo eventual.

Diante do cenário de crescente utilização do instituto, parece-nos essencial perquirir acerca da compatibilidade da cegueira deliberada no ordenamento pátrio, optando-se pelo enfoque ao crime de lavagem de capitais por ser essa a modalidade delitativa que mais comumente tem atraído a aplicação da teoria pela jurisprudência.

Cumpramos rememorar que a Lei n. 9.613/1998 incrimina as condutas relacionadas com o processo de lavagem em seu artigo 1º, apresentando quatro comportamentos típicos distintos que podem ser assim subdivididos: a) ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal (*caput*); b) uso de meios para ocultação ou dissimulação dos proveitos de origem ilícita (§ 1º, incisos I a III); c) utilização de recursos advindos de fonte criminosa na atividade econômica ou financeira (§ 2º, inciso I); e d) participação em entidade destinada à lavagem de capitais (§ 2º, inciso II).

Pelo que se pode inferir da própria disposição de cada uma das modalidades de reciclagem de ativos na legislação brasileira, decerto que a conduta básica que concretiza o delito em exame é aquela prevista no *caput* do citado dispositivo, consistente em ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos capitais oriundos, direta ou indiretamente, de uma infração penal anterior. Embora bastante similares, os núcleos verbais utilizados não podem ser compreendidos de maneira indistinta; assim, ocultar significa “esconder, encobrir, tornar algo inacessível para as demais pessoas”, enquanto o núcleo dissimular pode ser entendido como “esconder com astúcia, disfarçar”, identificando a atuação do agente que, ardilosamente, busca a garantia da ocultação antes operada.⁴³⁰

O tipo objetivo do artigo 1º, *caput*, portanto, exige algum ato de mascaramento do valor procedente da infração penal anterior, não se confundindo com o mero aproveitamento do produto do crime. Noutros termos, tão somente usufruir dos recursos advindos da conduta delitativa, propósito natural daquele que se aventura a praticar um ilícito com resultado

⁴³⁰ PASSOS, 2011, p. 84.

patrimonial, não configura a lavagem.

Acerca do elemento subjetivo, como visto, a questão da compatibilidade entre o dolo eventual e o crime de lavagem acende debates desde a edição da Lei n. 9.613/1998, mas recebeu maior projeção com as modificações empreendidas na reforma realizada em 2012, especialmente no tocante à atual redação do artigo 1º, § 2º, inciso I, do aludido diploma.

Partindo da premissa do cabimento desse tipo de imputação subjetiva, inúmeros precedentes brasileiros têm se valido da teoria da cegueira deliberada para afirmar a ocorrência do delito de reciclagem de ativos, argumentando que o crime estaria configurado quando “o agente, apesar de ter condições de aprofundar seu conhecimento sobre os fatos, ou seja, sobre a origem ou natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos, escolhe permanecer alheio a esse conhecimento.”⁴³¹

É o caso do doleiro que suspeita que alguns de seus clientes possam lhe entregar dinheiro proveniente de crimes para operações de câmbio e, por isso, toma medidas para não ter ciência de qualquer informação mais precisa sobre os usuários de seus serviços ou sobre a procedência dos valores. Ou, conforme entendeu o Juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará no famoso furto ao Banco Central de Fortaleza, quando o dono de uma concessionária aceita receber, em espécie, vultosa quantia para a aquisição de veículos (onze, mais precisamente, no valor total de R\$ 980.000,00), sem questionar sua origem.⁴³²

O presente trabalho apresentará um panorama sobre o uso da cegueira deliberada nos casos envolvendo o crime de lavagem de dinheiro, expondo o posicionamento doutrinário sobre a matéria e, principalmente, a abordagem trazida pela jurisprudência brasileira.

5.1 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS

A lavagem de capitais, nada obstante seja um fenômeno socioeconômico antigo, inseriu-se no cenário jurídico de modo relativamente recente, como decorrência do combate ao tráfico internacional de drogas, vindo a ser, posteriormente, objeto de criminalização pela lei penal de diversos países. A imputação subjetiva do delito remanesce como um tema de grande debate na doutrina e na jurisprudência, dentro do que o tema da cegueira deliberada emerge como instituto essencial na atualidade.

No cenário internacional, o Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem de Ativos

⁴³¹ MORO, 2007, p. 100.

⁴³² A sentença proferida no processo n. 2005.81.00.014586-0 é referida pela doutrina como sendo o primeiro caso emblemático de aplicação da cegueira deliberada no Brasil. Retomaremos sua análise no tópico 5.2.1, infra.

Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Outros Delitos Graves⁴³³, da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD), vinculada à Organização dos Estados Americanos (OEA), prevê expressamente a figura em estudo, dispondo que

Artigo 2 – Delitos de lavagem de dinheiro

1. Comete delito penal a pessoa que converte, transfere ou transporta bens, sabendo, devendo saber ou com *ignorância intencional* de que os mesmos são produto ou instrumentos de atividades criminosas graves.
2. Comete delito penal a pessoa que adquire, possui, tem, use ou administre bens, sabendo, devendo saber ou com *ignorância intencional* de que os mesmos são produto ou instrumentos de atividades criminais graves.
3. Comete delito penal a pessoa que esconde, disfarça ou impede a determinação real da natureza, origem, localização, destino, movimento ou propriedade de bens, ou de direitos relacionados a tais bens, sabendo, devendo saber ou com *ignorância intencional* de que os mesmos são produto ou instrumentos de atividades criminais graves.
4. Comete delito penal a pessoa que participa na comissão de qualquer dos delitos tipificados neste artigo, a associação ou a conspiração para comete-los, a tentativa de comete-los, a assistência, a incitação pública ou privada, a facilitação ou o auxílio em relação à sua comissão, ou para ajudar qualquer pessoa que participe da comissão de tal crime ou crimes a evitar as consequências legais de suas ações.
5. O conhecimento, a intenção ou a finalidade exigidos como elementos de quaisquer das infrações previstas neste artigo, bem como os bens e instrumentos que estão relacionados a atividades criminosas graves, podem ser deduzidos das circunstâncias objetivas do caso.⁴³⁴

A legislação americana não é explícita quanto à admissão ou não do dolo eventual no âmbito do crime de lavagem e relaciona o delito em questão a crimes antecedentes específicos, malgrado o rol seja bastante amplo⁴³⁵. Regra geral, aduz a doutrina que apenas se exige que o agente tenha conhecimento de que o objeto do mascaramento constitui produto de uma “atividade ilegal” especificada na legislação, o que levou ao entendimento de que a imputação por lavagem não demanda o particular conhecimento dos elementos e das circunstâncias do delito antecedente, dando azo à aplicação da doutrina da cegueira deliberada.

⁴³³ Disponível, na versão em espanhol, em: <<https://bit.ly/2NkYGFR>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

⁴³⁴ *Artículo 2 – Delitos de lavado de activos. 1. Comete delito penal la persona que convierta, transfiera o transporte bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves. 2. Comete delito penal la persona que adquiriera, posea, tenga, utilice o administre bienes a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves. 3. Comete delito penal la persona que oculte, disimule o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves. 4. Comete delito penal, la persona que participe en la comisión de alguno de los delitos tipificados en este Artículo, la asociación o la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, la asistencia, la incitación pública o privada, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión, o que ayude a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones. 5. El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de los delitos previstos en este Artículo, así como que los bienes y los instrumentos están relacionados con actividades delictivas graves, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.* (tradução e destaques nossos).

⁴³⁵ De fato, o §1956 do U.S. Code, uma compilação e codificação da legislação federal geral e permanente dos Estados Unidos da América, elenca um rol praticamente exaustivo de infrações penais antecedentes. Disponível em inglês em: <<https://bit.ly/1TI13Nt>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

Como referido, o paradigma citado pela doutrina acerca da aplicação da *willful blindness* ao delito de lavagem, nos tribunais norte-americanos, é o caso *United States v. Campbell*, datado de 1992. Consoante sintetiza Francis Beck⁴³⁶, a corretora de imóveis Ellen Campbell teria vendido a Lawing, traficante de drogas que se apresentava como empresário, um bem no valor de US\$ 182.500,00, tendo Lawing feito – com o conhecimento da corretora – o pagamento de US\$ 60.000,00 “por fora”, em dinheiro e em pequenos pacotes, e escriturado o imóvel pelo montante pago pelas vias legais. Consta que nos encontros realizados entre Campbell e Lawing o cliente aparecia sempre com veículos de luxo, e a corretora teria declarado a uma testemunha que o dinheiro poderia ser proveniente do comércio ilegal de drogas.

Campbell foi condenada pelo júri sob o fundamento de que teria “fechado os olhos” deliberadamente para o que, de outra maneira, seria óbvio. Na ocasião, os jurados foram advertidos no sentido de que a cegueira deliberada não autoriza concluir que a acusada agiu com conhecimento porque deveria conhecer a origem do dinheiro ou porque agiu de forma negligente quanto ao que estava acontecendo – o que deveria restar demonstrado, através do critério da prova “acima da dúvida razoável”, é que a acusada, motivada e intencionalmente, evitou descobrir todos os fatos.

Sua condenação foi revista pela Corte Distrital, mas, em fase de apelação, o Quarto Circuito acolheu parcialmente o recurso da acusação, reformando a decisão absolutória e determinando novo julgamento em primeira instância⁴³⁷. O juízo recursal entendeu ser possível a decisão baseada em cegueira deliberada, uma vez que, apesar de estar claro que a acusada não agiu com o propósito específico de lavar o dinheiro originário do tráfico, tinha interesse em fechar o negócio e coletar sua comissão, não importando a fonte do numerário ou o efeito da transação em ocultar uma parte do preço da compra. Como refere parte da sentença, a questão fulcral não seria o propósito de Campbell, mas sim o seu conhecimento a respeito da intenção de Lawing.

De acordo com Luiza Martins⁴³⁸, a aludida decisão salienta que o instituto da cegueira deliberada flexibiliza algumas regras, de forma que “a necessidade do agente ter conhecimento acerca dos fatos pode, eventualmente, ser substituída pela tese de que a opção de fechar os olhos para determinada situação é o que indica algum conhecimento sobre os fatos”. Assim, para a utilização da *willful blindness* nos crimes de lavagem de dinheiro, devem concorrer os requisitos

⁴³⁶ BECK, F., 2011, p. 51-52.

⁴³⁷ LUCCHESI, 2017, p. 42, acesso em: 2 jul. 2018.

⁴³⁸ MARTINS, Luiza Farias. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. *Revista de Estudos Criminais*, ITEC/RS, n. 55, p. 142. out.-dez. 2014.

da fundada suspeita (alta probabilidade) sobre a origem ilícita dos bens ou valores envolvidos em uma operação, e a deliberada evitação de ciência por parte do agente.

Para Frans von Kaenel⁴³⁹, embora a aplicação da doutrina da cegueira voluntária em casos de lavagem de dinheiro pareça bem resolvida nos tribunais norte-americanos, uma análise mais aprofundada revela questões latentes e não solucionadas. A principal questão é que, se a teoria permite que seja imputado conhecimento subjetivo aos réus mesmo na ausência desse elemento, então haveria, para o autor, necessidade de investigar ao menos duas outras problemáticas: em primeiro lugar, deve-se perquirir se uma acusação de lavagem de dinheiro baseada na cegueira intencional colide com a exigência do devido processo constitucional de prova de conhecimento além de uma dúvida razoável; em segundo, considerando que a previsão legal do crime exige o conhecimento, o afastamento dessa exigência pelo judiciário poderia significar uma usurpação da competência legislativa.

Nessa linha, o autor, já na década de 90, alertava sobre os diferentes *standards* utilizados pelos tribunais estadunidenses para a utilização da *willful blindness*, deixando claro que “a culpabilidade, no entanto, não deve depender do local em que alguém é processado”. No seu entendimento, seria necessária a expressa definição, pelo Congresso, dos critérios pelos quais seria apropriado afirmar a existência de conhecimento real em casos de ignorância deliberada.⁴⁴⁰

Na Espanha, o Supremo Tribunal Espanhol tem se manifestado no sentido de que o delito de lavagem de capitais não exige dolo direto para sua configuração, bastando o dolo eventual para que se considere preenchido o elemento subjetivo do tipo. Conforme sinalizado, a aludida corte tem recorrido à teoria da *ignorancia deliberada*, ora afirmando a existência do dolo eventual, ora promovendo a imputação a título de negligência, haja vista a previsão da modalidade culposa do crime naquele ordenamento.

Blanco Cordero⁴⁴¹ diferencia a questão a partir da perspectiva da ausência de interesse em conhecer a procedência ilícita dos bens em virtude das circunstâncias concretas do fato, quando tal origem é representada como provavelmente criminosa. O autor ressalta que, nesse

⁴³⁹ KAENEL, 1993, p. 1.192, acesso em: 2 jul. 2018.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 1.216, acesso em: 2 jul. 2018. Levando em consideração o caso *United States v. Campbell*, Kaenel chega a suscitar os seguintes critérios para que a teoria da cegueira deliberada atue como substituta do *actual knowledge*: a) que a pessoa esteja envolvida em uma transação financeira que se afaste substancialmente de práticas comerciais razoáveis e rotineiras; b) que o agente reconheça ou suspeite da probabilidade de que um determinado fato ou risco exista; e c) que o autor feche sua mente para o fato ou risco e, assim, deliberadamente, evite a confirmação da suspeita, independentemente de qualquer motivo para fazê-lo.

⁴⁴¹ “[...] revela una grave indiferencia del autor hacia el bien jurídico penalmente protegido, pues, pese a representarse el riesgo que genera su conducta, no desiste de realizar el comportamiento blanqueador”. (BLANCO CORDERO, 2012, p. 706-707, tradução nossa).

caso, “revela-se uma grave indiferença do autor em relação ao bem jurídico penalmente protegido, pois, apesar de representar o risco gerado por sua conduta, não desiste de realizar o comportamento branqueador.”

Conclui o jurista espanhol argumentando que a decisão do agente de permanecer cego, ante a possibilidade de obter a informação, é digna de dolo eventual, que se baseia também no componente motivacional de permanecer ignorante. Ao contrário, na hipótese de absoluta impossibilidade de conhecer a origem criminosa dos bens, haverá imediata exclusão do dolo eventual, com a valoração do ato como um crime imprudente, se houver desídia na representação da fonte criminosa.⁴⁴²

No Brasil, a despeito dos argumentos levantados em sentido oposto, o cabimento do dolo eventual para o cometimento do injusto penal foi questionado em capítulo apartado, concluindo-se pela exigência da comprovação de dolo direto, ou seja, de que o acusado atuou com a intenção de expurgar as características ilícitas dos proveitos obtidos de uma infração penal e reintegrá-los ao mercado legal. Não havendo, contudo, consenso sobre o tema, faz-se necessário discorrer acerca da consequência jurídica que deve decorrer das situações de desconhecimento intencional dos elementos que compõem o tipo objetivo do crime.

Parte da doutrina nacional, frequentemente citando os escritos de Moro, afirma que a lavagem de dinheiro restará configurada, a título de dolo eventual, quando comprovado que o autor do mascaramento deliberadamente optou por permanecer ignorante a respeito dos fatos, quando tinha a possibilidade de conhecê-los. Assim, se o indivíduo poderia aprofundar seu conhecimento sobre a origem dos bens, direitos ou valores, mas preferiu não atuar nesse sentido, então a regra da *actio libera in causa*⁴⁴³ o impediria de se beneficiar da causa de exclusão da responsabilidade penal provocada por si próprio.⁴⁴⁴

Outros autores buscam enumerar requisitos para que, a despeito de todas as dificuldades apresentadas, seja possível igualar a cegueira deliberada ao dolo eventual, conforme a previsão contida no Código Penal brasileiro.

Especificamente para a lavagem de dinheiro, Badaró e Bottini⁴⁴⁵, após criticarem a aceitação do dolo eventual como elemento subjetivo do crime, sugerem algumas cautelas na aplicação do instituto. Em primeiro lugar, seria necessária a criação consciente e voluntária de

⁴⁴² BLANCO CORDERO, 2012, p. 707.

⁴⁴³ Artigo 28 do Código Penal: Não excluem a imputabilidade penal: II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

⁴⁴⁴ Nesse sentido, dentre outros, v. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Volume único. 4a ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 327.

⁴⁴⁵ BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 98-99.

mecanismos que obstem o conhecimento de sinais sobre a procedência criminosa dos bens e/ou valores, não sendo suficiente, para o dolo eventual, a desídia ou a negligência na criação de instrumentos de controle de atos de lavagem de dinheiro. Nessa linha,

O diretor de uma instituição financeira não está em *cegueira deliberada* se deixa de tomar ciência de todas as operações em detalhes do setor de contabilidade a ele subordinado, e se contenta apenas com relatórios gerais. A otimização da organização funcional da instituição não se confunde com a *cegueira deliberada*. Da mesma forma, não se reconhece o instituto nos casos em que o mesmo diretor deixa de cumprir com normas administrativas — como a instituição de comitê de *compliance* — por negligência. A falta de *percepção* da violação da norma de cuidado afasta o *dolo eventual*.

Por outro lado, se o mesmo diretor desativa o setor de controle interno, e suspende os mecanismos de registro de dados sobre transações de clientes, com a *direta* intenção de afastar os filtros de cuidado, pode criar uma situação de *cegueira deliberada*.

Os autores mencionam outros dois requisitos: a representação, pelo agente, da possibilidade da evitação recair sobre atos de mascaramento; e que a suspeita de que, naquele contexto, será praticada lavagem de dinheiro, esteja escorada em elementos objetivos. Noutras palavras, faltando ao agente, em absoluto, a consciência da provável origem delitiva dos bens, ou havendo somente uma suspeita sobre a possibilidade genérica (não concreta, portanto) de que sua conduta recairá sobre objetos de procedência ilícita, não haverá que se falar em dolo eventual, tampouco em *cegueira deliberada*.

Em outro viés, Francis Beck⁴⁴⁶ pondera que as questões sobre a lavagem de dinheiro e o elemento subjetivo deveriam ser resolvidas a partir dos paradigmas normativos do Código Penal, sem a necessidade de recorrer à teoria em estudo. Crítico da importação da *cegueira deliberada* pelo sistema brasileiro sem que se debruce sobre suas implicações práticas, o autor conclui que a tese até pode ser aplicada, mas desde que sirva como mero fundamento dos tipos subjetivos já previstos no ordenamento pátrio – dolo ou culpa – e não “como ‘presunção’ de suas existências, como seus ‘substitutos’ e, muito menos, como um ‘terceiro elemento subjetivo’”. Assim,

Em outras palavras, “pode” ser aplicada, mas não “deve”, na medida em que o dolo direto e eventual com todas as discussões a eles inerentes – para aqueles que o aceitam no crime de lavagem – parecem bem resolver a questão, sem necessidade de um desconhecido intruso, estranho, desengonçado – como um avestruz – e obscuro – como a imagem obtida por aquele que fecha os próprios olhos.

Heloísa Estellita⁴⁴⁷ observa que, especialmente no âmbito da criminalidade econômica, é bastante comum que a prática delitiva ocorra dentro de um contexto empresarial, de modo que “não só a prática criminosa é fragmentada sob o ponto de vista de sua execução, mas também a informação (o conhecimento) necessário à configuração do dolo se encontra dividido entre as

⁴⁴⁶ BECK, F., 2011, p. 64.

⁴⁴⁷ ESTELLITA, Heloísa. Criminalidade econômica traz desafios para dogmática penal. *Consultor Jurídico*, 30 abr. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2mi29IU>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

camadas da empresa”. A aplicação da teoria da cegueira deliberada surge como uma resposta para buscar facilitar a imputação penal.

A autora observa que, nesse tipo de delinquência, percebe-se com maior intensidade o acolhimento – aqui comentado – das propostas de abandono do aspecto volitivo do dolo, o que tem por consequência a maior importância conferida ao conhecimento e a necessidade de que se desenvolvam critérios seguros sobre a amplitude e a profundidade do elemento cognitivo exigido pelo tipo subjetivo. De outro lado, considerando que a maioria dos crimes econômicos previstos na legislação brasileira não contempla a modalidade culposa, não é incomum que condutas culposas sejam afirmadas como praticadas com dolo eventual para que se contorne a indesejada impunidade da prática.⁴⁴⁸

Por sua vez, Silva e Barros⁴⁴⁹ destacam que o entrave da subsunção da cegueira voluntária ao dolo eventual “decorre da abertura do caminho que, inapropriadamente, facilita a responsabilização criminal por mera conjectura, construída ao sabor do subjetivismo do julgador”, porquanto a condenação tem origem na sua superficial percepção de que aquele que “assumiu o risco de lavar” (dolo eventual) “fechou os olhos” para a suposta origem espúria dos bens, direitos ou valores a ele submetidos.

Os autores assinalam que, mesmo em relação às pessoas que estão obrigadas por lei a cumprir obrigações destinadas à prevenção ou ao combate à lavagem de dinheiro, caso venham a descumprir os deveres que lhes são impostos nos artigos 10 e 11 da Lei n. 9.613/1998, executando atos acessórios nas fases do processo de reciclagem, a resposta prevista pelo legislador se orienta em torno da responsabilização administrativa, não sendo compatível imputar-lhes a responsabilização criminal em sede de dolo eventual, por elasticidade da “cegueira deliberada”.

Como se observa, a utilização da teoria da cegueira deliberada em relação ao delito de lavagem de capitais não possui uniformidade na doutrina estrangeira ou nacional, além de encontrar dificuldades quanto ao estabelecimento de critérios pelos quais se poderia afirmar que, no caso concreto, o agente atuou deliberadamente para não conhecer o contexto no qual atuava. O enfrentamento do tema pela jurisprudência brasileira merece exame próprio, o qual

⁴⁴⁸ A professora exemplifica a questão com as decisões em tema de lavagem de capitais pela omissão de sujeitos obrigados (*compliance officers* ou diretores de instituições financeiras responsáveis pelo setor de *compliance*), afirmando que: “Embora a maciça maioria das figuras penais econômicas seja comissiva (de ação) dolosa, a atribuição de deveres de prevenção de práticas criminosas à iniciativa privada pela via da demanda de instalação de programas de integridade e de deveres de comunicação de operações suspeitas de integrarem procedimentos criminosos têm resultado, na prática, em condenações por condutas que, de fato, foram praticadas na forma ‘omissiva culposa’, sem que, contudo, exista figura típica autorizando a punição nessa modalidade”. (ESTELLITA, 2014, acesso em: 14 jul. 2018).

⁴⁴⁹ SILVA, T.; BARROS, 2015, p. 246.

se passa a fazer.

5.2 ANÁLISE PRÁTICA: O PROTAGONISMO DA JURISPRUDÊNCIA NA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL

Nada obstante seja na jurisprudência estrangeira onde encontre maior aplicabilidade, o tema da cegueira deliberada, como visto no capítulo anterior, não é novo no Brasil. Inicialmente referida na sentença em que foram julgados os supostos autores e partícipes do furto ocorrido no Banco Central, no estado do Ceará, a tese foi também suscitada pelo Supremo Tribunal Federal, embora sem maior aprofundamento, na Ação Penal n. 470, conhecida como o caso do “Mensalão”.

O uso cada vez mais disseminado da teoria nos últimos anos, contudo, pode ser atribuído à imensa repercussão midiática gerada pela “Operação Lava Jato”. Embora diversas outras decisões tenham sido prolatadas com amparo, direto ou indireto, na cegueira voluntária⁴⁵⁰, não há dúvidas de que os holofotes voltados aos desdobramentos do caso citado como “a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil”⁴⁵¹ fez com que a teoria se tornasse alvo de constantes matérias jornalísticas, alcançando o debate público e reacendendo as discussões em torno do tema.

Aproximar essa teoria ao dolo eventual não é uma tarefa fácil e suscita, como referido, diversos questionamentos acerca da violação a princípios consagrados constitucionalmente e possíveis déficits de fundamentação probatória⁴⁵². Pelos motivos apresentados, entende-se que a cegueira deliberada não substitui o conceito de dolo eventual, tampouco pode ampliá-lo. Por essa razão, apesar da sua recorrente utilização na jurisprudência nacional, é preciso verificar se a importação da doutrina anglo-saxã é necessária para a correta solução dos atuais casos concretos da realidade brasileira, bem como avaliar o modo como tem se dado sua aplicação

⁴⁵⁰ Além de todos os casos já mencionados, Viana também sinaliza que a doutrina foi ventilada nas seguintes decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça: HC 373.742-MT, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura; AREsp 595.432-PR, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik; RE nos EDcl no AgRg no REsp 1.262.752, Relator Ministro Gilson Dipp; REsp 1.262.752-PR, Relatora Ministra Laurita Vaz. (VIANA, 2017, p. 86, nota de rodapé 203).

⁴⁵¹ A informação é referida na página de apresentação do caso dentro do site oficial do Ministério Público Federal, disponível em: <<https://bit.ly/2z8BWWr>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

⁴⁵² Curiosamente, uma matéria do Jornal Folha de São Paulo, discorrendo sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada em variadas decisões proferidas no contexto da Operação Lava Jato, afirma a possibilidade de punição por crime de lavagem de capitais a título de dolo eventual, “quando se demonstra que o acusado tinha consciência do risco que corria, mesmo sem intenção de praticar um crime”, e prossegue com uma preocupante associação entre a doutrina em exame e a carência de provas acerca do elemento subjetivo, citando expressamente que: “[...] isso (o dolo eventual) também é difícil de provar muitas vezes, e por essa razão os juízes têm recorrido à doutrina da cegueira deliberada”. (BALTHAZAR, 2017, acesso em: 3 jul. 2018).

aos crimes de lavagem de dinheiro.

5.2.1 Caso do Banco Central em Fortaleza

A sentença proferida no processo crime n. 2005.81.00.014586-0 é comumente referida pela doutrina como sendo o primeiro caso emblemático de aplicação da teoria da cegueira deliberada no Brasil. O famoso delito perpetrado no mês de agosto de 2005 em face do Banco Central, na sede localizada na cidade de Fortaleza, Ceará, é ainda apontado como o maior furto realizado no país⁴⁵³, resultando na subtração de R\$ 164.755.150,00, em notas de cinquenta reais não sequenciais.

O crime foi meticulosamente preparado por meses, envolvendo uma elevada quantidade de pessoas e métodos sofisticados de atuação, tais como o aluguel de imóvel próximo ao banco, a criação de uma empresa de fachada e a escavação de um túnel com quase 80 (oitenta) metros de comprimento que levava até a caixa-forte do estabelecimento. Com o produto do delito, integrantes da quadrilha adquiriram 11 (onze) veículos de uma revendedora de automóveis, pagando, em espécie, o valor de R\$ 980.000,00. Ainda, o montante de R\$ 200.000,00 foi deixado na empresa, para a futura aquisição de outros carros.

Em primeiro grau, a sentença proferida pela 11ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza, publicada em 26 de junho de 2007⁴⁵⁴, discutiu a aplicação da cegueira deliberada em relação à imputação por lavagem de capitais dirigida aos sócios da empresa de venda de veículos e ao proprietário da transportadora contratada para realizar o deslocamento dos carros, denunciados com base no artigo 1º, V e VII, §1º, I, e §2º, I e II, da Lei n. 9.613/1998, conforme previsão anterior à reforma realizada em 2012.

Na parte de interesse ao presente estudo, o Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio cita a doutrina de Sérgio Moro no intuito de fixar entendimento de que o tipo básico de lavagem, previsto no *caput* do artigo 1º da lei, aceita o dolo eventual (ponto 205 da sentença), argumentando que o silêncio da lei a esse respeito é eloquente, ou seja, dá espaço para a incidência da modalidade de imputação subjetiva em questão (ponto 206) e endossando o argumento com a exposição de motivos da lei.

⁴⁵³ A imprensa, de forma geral, convencionou chamar o caso de “Assalto ao Banco Central”, nada obstante, juridicamente, tenha se tratado de um furto, uma vez que não houve adoção de violência ou de grave ameaça à pessoa durante seu cometimento. Veja-se, por exemplo, matéria disponibilizada em: <<https://abr.ai/2zbfqMV>>. Acesso em 4 jul. 2018.

⁴⁵⁴ A íntegra da sentença está disponível no site da Justiça Federal no Ceará, podendo ser consultada em: <<https://bit.ly/2Nq9DWA>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

Em seguida, o magistrado equipara o entendimento sobre a *willful blindness* do sistema estadunidense às disposições jurisprudenciais e doutrinárias brasileiras sobre a cegueira deliberada, sustentando que, nos casos de lavagem de dinheiro, a frequente diferenciação entre o agente que comete o crime e o agente que reintroduz o dinheiro no mercado financeiro contribui para que esse segundo indivíduo deliberadamente não queira levantar maiores informações sobre a procedência dos valores, a fim de evitar futuras acusações.

De acordo com Moro⁴⁵⁵, citado na decisão, a *willful blindness doctrine* não se confunde com negligência e tem sido aceita pelos tribunais estadunidenses quando há prova de que o agente tinha consciência da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime e, entretanto, agiu de modo indiferente a esse conhecimento, mantendo-se voluntariamente em estado de ignorância, quando havia possibilidade de acessar os fatos. Tal cenário se revelaria suficiente à reprovação jurídica e moral do fato, recaindo na responsabilidade penal pelo crime de mascaramento.

Na análise acerca da participação do sócio da J.E. Transportes de Veículos, a sentença recorda as lições acerca do dolo eventual e da cegueira deliberada, porém, de forma expressa, afirma que o réu certamente sabia que a origem do numerário utilizado para pagamento dos veículos era o furto cometido ao Banco Central, argumentando que, por ter assumido a atividade de escolher os automóveis e acompanhado pessoalmente seu transporte até o destino⁴⁵⁶, o autor só poderia ser alguém de extrema confiança dos demais integrantes da organização criminosa.

Por sua vez, em relação aos dois donos da Brilhe Car, estabelecimento em que foram comprados os automóveis, a decisão consignou que os acusados não possuíam a percepção de que o numerário provinha especificamente do delito contra o Banco Central, “mas certamente sabiam ser de origem ilícita” (ponto 310). Novamente, foram suscitadas as explicações acerca do dolo eventual e da cegueira deliberada, embora sem qualquer aprofundamento, pontuando-se a conduta dos citados empresários de “não se absterem de tal negociação suspeita, nem comunicarem às autoridades responsáveis” (ponto 231).

Cumprido frisar que a sentença não cuida de correlacionar a citação doutrinária realizada sobre a teoria da cegueira deliberada com o caso concreto ali apreciado, transcrevendo longa passagem do capítulo de livro escrito por Moro sem, entretanto, indicar de que modo os elementos apresentados pelo autor para a configuração da doutrina estariam presentes na

⁴⁵⁵ MORO, 2007, p. 99-100.

⁴⁵⁶ A sentença também considerou que o transporte dos veículos, através de caminhão cegonha, aconteceu no dia em que foi descoberto o furto, de modo que o proprietário que acompanhou diretamente o deslocamento já tinha ciência do caso, pela repercussão da mídia à época (ponto 241 da decisão). O dono da transportadora era, ainda, irmão de um dos autores apontados como “engenheiros do túnel”.

situação dos autos⁴⁵⁷. Ademais, a despeito de lançar mão da cegueira deliberada, a sentença parece insinuar, em alguns pontos, que os proprietários da Brilhe Car teriam praticado lavagem de capitais com dolo direto, por considerar inadmissível desconhecer a origem ilícita do dinheiro envolvido na negociação.

Em nível de apelação, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região afastou a condenação em face dos donos da revendedora da veículos, alegando que a transposição da doutrina da cegueira deliberada, nos moldes da sentença recorrida, apresenta grande proximidade com a responsabilidade penal objetiva, rechaçada no ordenamento brasileiro⁴⁵⁸. Isso porque o pagamento de vultoso numerário em espécie, em que pese suspeito, não autoriza presumir que o agente que recebe tenha plena consciência a respeito da origem ilícita dos valores, notadamente quando, na situação em análise, o delito apenas foi descoberto dois dias após a venda dos automóveis.

O relator, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, esclareceu a possibilidade de invocar a cegueira deliberada como fundamento para a imputação subjetiva do delito de lavagem de capitais, equivalente ao dolo eventual da legislação pátria. A questão residiria, contudo, na impossibilidade de aceitar o dolo eventual (e, por consequência, o instituto da ignorância voluntária) no que tange aos tipos penais imputados aos réus, uma vez que a condenação se deu pelos tipos penais subsidiários dos §§ 1º e 2º do artigo 1º da Lei n. 9.613/1998, que somente admitem dolo direto. Os recorrentes foram absolvidos, uma vez que não haveria prova segura de que soubessem ou mesmo desconfiassem da procedência criminosa do dinheiro.⁴⁵⁹

A despeito da absolvição, então, note-se que o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região não afastou a compatibilidade da cegueira deliberada com o ordenamento brasileiro, admitindo sua equivalência com o dolo eventual para fins de imputação subjetiva em relação ao crime de reciclagem de ativos. Nada obstante, é válido frisar que o acórdão levou em consideração, também, o fato de que a empresa que explora a venda de veículos usados não estaria sujeita às obrigações legais contidas nos artigos 10 e 11 da Lei n. 9.613/1998, inexistindo, portanto, qualquer ato normativo que obrigasse seus administradores a comunicar a qualquer órgão público a existência de venda em espécie.

Nesse particular, o julgado destacou que, ainda que a empresa estivesse obrigada a adotar

⁴⁵⁷ No mesmo sentido, LUCCHESI, 2017, p. 47, acesso em: 4 jul. 2018.

⁴⁵⁸ O acórdão em questão está disponível em: <<https://bit.ly/2Ktk57C>>. Acesso em: 4 jul. 2018. A citação à responsabilidade objetiva consta, inclusive, da ementa divulgada, especificamente no tópico 2.4.

⁴⁵⁹ V. p. 99 do acórdão.

providências administrativas tendentes a evitar a lavagem de dinheiro, a eventual omissão na adoção desses procedimentos implicaria unicamente a aplicação de sanções também administrativas, “e não a imposição de pena criminal por participação na atividade ilícita de terceiros, exceto quando comprovado que os seus dirigentes estivessem, mediante atuação dolosa, envolvidos também no processo de lavagem (parágrafo 2º, incisos I e II).”⁴⁶⁰

Dado o pioneirismo do caso, passamos a examinar seus desdobramentos em decisões posteriores que abordaram a mesma temática.

5.2.2 Ação Penal n. 470: caso “Mensalão”

“Mensalão” foi a denominação empregada para denominar aquele que seria um esquema de pagamento de propinas a parlamentares para que votassem a favor de projetos do governo federal. O caso foi inicialmente divulgado pelo então Deputado Federal Roberto Jefferson, em entrevista concedida ao Jornal Folha de São Paulo em junho de 2005⁴⁶¹, e teria sido realizado entre os anos de 2003 e 2004, durante o primeiro mandato do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

O acórdão da Ação Penal n. 470 restou publicado em 22 de abril de 2013, com 8.405 páginas⁴⁶². O julgamento foi o mais longo da história do Supremo Tribunal Federal, tendo sido necessárias 53 sessões plenárias para julgar o processo contra 38 réus⁴⁶³. Ao final, 25 pessoas foram condenadas, 12 foram absolvidas e, em relação ao réu Carlos Alberto Quaglia, a corte decretou a nulidade do processo, desde a defesa prévia, determinando a baixa dos autos para a justiça de primeiro grau.

Dentre as diversas discussões travadas ao longo do julgamento, interessam ao presente trabalho as manifestações dos ministros que possuem relação com o elemento subjetivo do delito de lavagem de capitais. Embora o tema da cegueira deliberada não conste na ementa da decisão final proferida, algumas ponderações acerca do assunto foram feitas no decorrer das sessões, sendo constantes, por esse motivo, as referências ao caso nos inúmeros trabalhos que abordam a teoria, bem como em julgados posteriores. Apresentaremos a seguir apenas os pontos que julgamos mais relevantes, sem pretensão de esgotar todos os votos proferidos.

⁴⁶⁰ V. p. 99 do acórdão.

⁴⁶¹ A entrevista foi publicada em 6 de junho de 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2MS5SbE>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

⁴⁶² Disponível em: <<https://bit.ly/2Lfuudp>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

⁴⁶³ Informações disponibilizadas no site do Supremo Tribunal Federal: <<https://bit.ly/2IZGUf3>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

Na exposição de seu voto, a Ministra Rosa Weber asseverou não ser necessário qualquer elemento subjetivo especial para reconhecer-se o dolo eventual na lavagem de dinheiro, uma vez que isso decorreria da previsão genérica do artigo 18, inciso I, do Código Penal, bem assim encontraria respaldo no item 40 da Exposição de Motivos 692/1996. Ainda, ponderou que não admitir a tipificação do crime com tal modalidade de dolo implicaria na impunidade, por exemplo, da terceirização da lavagem, eis que o profissional do delito, contratado pelo autor do crime antecedente para realizá-lo, adotaria, em geral, postura indiferente em relação à procedência criminosa dos bens envolvidos, e não raramente se recusaria a aprofundar o reconhecimento a respeito.

Fazendo menção expressa à teoria da cegueira deliberada, a Ministra Rosa Weber – a qual, à época, havia recrutado como assistente o Juiz Federal Sérgio Moro, que a auxiliou na elaboração do voto⁴⁶⁴ – reconheceu o instituto como aplicável ao caso. Segundo o entendimento da julgadora, os acusados-beneficiários de pagamentos considerados “extravagantes”, ao não manifestarem qualquer tentativa de esclarecer a origem daqueles valores, apresentaram “a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada.”⁴⁶⁵

A Ministra afirma que, através da doutrina da *willful blindness*, aplicada em precedentes norte-americanos como o mencionado caso *United States v. Campbell*, “age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta”. Três requisitos seriam necessários para a admissão da teoria nos casos envolvendo lavagem de dinheiro: que o agente tenha ciência da elevada probabilidade quanto à origem criminosa dos bens, direitos ou valores; que o agente atue de forma indiferente a esse conhecimento; e que o agente tenha deliberadamente escolhido permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, a despeito de ser possível a alternativa.

Ato contínuo, o voto afirma que, embora constitua uma construção da *common law*, a cegueira deliberada teria sido acolhida pelo Supremo Tribunal Espanhol, de tradição *civil law*, como instituto equivalente ao dolo eventual, também presente no direito brasileiro⁴⁶⁶. Nesse

⁴⁶⁴ Diversas matérias jornalísticas da época mencionam a assessoria do magistrado federal na redação do voto, a exemplo de texto publicado pelo Jornal Correio Braziliense em 27 de agosto de 2012, e repercutido no site do Senado Federal. Disponível em: <<https://bit.ly/2KTVUWx>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

⁴⁶⁵ As referências aqui citadas constam, sobretudo, a partir da p. 1.297 do acórdão. Acesso em: 5 jul. 2018.

⁴⁶⁶ Neste ponto, a Ministra Rosa Weber transcreve trecho da Sentença n. 22/2005, proferida por aquele tribunal em caso envolvendo lavagem de dinheiro, segundo a qual: “[...] quem, podendo e devendo conhecer a natureza do ato ou colaboração solicitada, permanece em situação de não querer saber, mas, no entanto, empresta sua colaboração, responde pelas consequências penais decorrentes de seu ato antijurídico.” (“*Es decir quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar*”). Trecho da p. 1.298, acesso em: 5 jul. 2018).

particular, são válidas as observações feitas por Lucchesi⁴⁶⁷, o qual destaca que

É interessante notar como a passagem transcrita por Rosa Weber em seu voto pouco tem a ver com os requisitos para a configuração da cegueira deliberada, segundo ela exigidos pelas cortes americanas. De acordo com o trecho transcrito, os requisitos para a responsabilização penal baseada na cegueira deliberada exigidos pelo Supremo Tribunal espanhol aparentam ser (i) a solicitação de atuação ou colaboração do autor por terceiro, (ii) a possibilidade e o dever de conhecimento da natureza dessa atuação ou colaboração pelo autor, (iii) a decisão por se manter em situação de não querer saber o que se faz e (iv) a efetiva contribuição para os fatos. Ademais, o fato de a cegueira deliberada ter sido aplicada na Espanha contribui muito pouco para a análise de compatibilidade de tal figura com o direito brasileiro, pois, em que pese serem ambos países da tradição *civil law*, há peculiaridades e vicissitudes inerentes aos respectivos sistemas de imputação criminal de cada país, notadamente a delimitação do conceito legal de *dolo*, presente no Brasil, mas ausente na Espanha.

Ainda em relação ao pronunciamento da Ministra Rosa Weber, vê-se que a julgadora afirma que, dadas as circunstâncias do caso, os réus da Ação Penal n. 470 teriam agido dolosamente quanto ao crime de reciclagem, “se não com dolo direto, então com dolo eventual”, uma vez que “qualquer pessoa minimamente razoável” recusaria o recebimento de valores vultosos em espécie nas condições que foram apresentadas pelo Ministério Público ou, antes de recebê-los, ao menos aprofundariam o seu conhecimento sobre a origem do dinheiro. Para a julgadora, a aplicação do dolo eventual não visaria “ampliar indevidamente o alcance do tipo” de lavagem, mas somente aplicar ao crime “institutos consagrados do Direito Penal brasileiro”.

As manifestações orais do Ministro Celso de Mello sobre o tema em debate não constaram de seu voto escrito, mas foram publicadas nos Informativos n. 677⁴⁶⁸ e 684⁴⁶⁹ do Supremo Tribunal Federal, citados por muitas decisões posteriores. Conforme os aludidos documentos, o decano da Corte admitiu a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores, mediante dolo eventual, com apoio na teoria da cegueira deliberada, “em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida.”

Posteriormente, comentando o debate acerca do elemento subjetivo nos delitos de lavagem travado entre os Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, respectivamente relator e revisor do caso, o julgador ressaltou que a posição doutrinária acerca do tema é absolutamente antagônica, registrando que, em todo caso, a primeira análise a ser feita diz respeito à configuração da tipicidade objetiva – ou seja, sobre a comprovação, ou não, dos atos de ocultação e/ou dissimulação descritos no tipo penal de mascaramento –, apenas após o que se examinará a pertinência da *willful blindness* para o preenchimento do elemento subjetivo.⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ LUCCHESI, 2017, p. 63-64, acesso em: 5 jul. 2018.

⁴⁶⁸ Disponível em: <<https://bit.ly/2LVnqUr>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

⁴⁶⁹ Disponível em: <<https://bit.ly/2NwPiPI>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

⁴⁷⁰ O trecho em questão aparece especificamente na p. 3.972 do acórdão. Acesso em: 5 jul. 2018.

Em sentido oposto, o Ministro Marco Aurélio Mello⁴⁷¹ manifestou preocupação com a interpretação dada ao tipo penal, afirmando que o assusta defender que, no caso da lavagem de dinheiro, contenta-se a ordem jurídica com o dolo eventual. Na visão do julgador, o delito de reciclagem apenas se compatibilizaria com o dolo direto, exigindo a comprovação de que o acusado agiu com a intenção de dissimular a origem infracional dos recursos e reinseri-los na vida cotidiana com a aparência lícita.

Outrossim, em trecho bastante interessante do debate, o mencionado julgador assentou que, a prevalecer o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a compatibilidade do crime de reciclagem com o dolo eventual e tendo em vista a exclusão do rol taxativo referente aos crimes antecedentes da lavagem, então, possivelmente, haveria “muitas ações penais contra os criminalistas”, especificamente no que tange ao recebimento de honorários supostamente maculados⁴⁷². Para o Ministro, o tema mereceria maior reflexão da Corte, sob pena de elastecimento do instituto.

O Ministro Gilmar Mendes, em sentido semelhante, sublinhou o seu temor de que a aceitação da figura eventual do dolo gere elasticidade desarrazoada no delito de lavagem de ativos. Contudo, em sequência, pontuou a necessidade de “construir um modelo que, ao mesmo tempo, não negligencie a tutela penal – *proteção insuficiente* – e, igualmente, não produza *lacunas a gerar impunidade*.”⁴⁷³

Para o julgador, deve-se avaliar o grau de conhecimento do agente quanto à procedência dos bens, que não pode estar situado no campo na mera desconfiança ou da negligência, mas também não demandaria uma ciência plena de toda a extensão do crime antecedente, que poderia inviabilizar a punição penal. Ressaltou, em relação à cegueira deliberada, que a importação da teoria ao ordenamento jurídico pátrio deve se dar de maneira cautelosa, devendo ser estabelecidos limites claros a sua adoção.

Da leitura dos votos observa-se que, de maneira geral, a Ação Penal n. 470 assinalou a possibilidade de admitir o dolo eventual para a configuração do delito de lavagem mesmo com a redação anterior da Lei n. 9.613/1998, vigente à época dos fatos apurados no caso “Mensalão”.

⁴⁷¹ Sobre o tema, veja-se considerações feitas a partir da p. 4.469 do acórdão. Acesso em: 5 jul. 2018.

⁴⁷² O trecho se encontra na p. 5.314, onde é possível ler que: “Assusta-me, Presidente, brandir que, no caso da lavagem de dinheiro, a ordem jurídica contenta-se com o dolo eventual. Não quero assustar os criminalistas, mas vislumbro que teremos muitas ações penais contra os criminalistas, no que são contratados por acusados de delitos até gravíssimos. É claro que poderão supor que os honorários, os valores estampados nos honorários são provenientes de crimes praticados por traficantes, por contraventores e por outros criminosos, valendo notar que houve a reforma da Lei nº 9.613/98. Abandonou-se o rol exaustivo referente ao crime antecedente. Hoje, numerário proveniente de qualquer crime poderá ser tido como lavado ou como branqueado, vocábulo da preferência de alguns”. (Acesso em: 5 jul. 2018).

⁴⁷³ O voto do Ministro, no que importa ao presente tema, consta a partir da p. 5.716 do acórdão. Acesso em: 5 jul. 2018. Destaques no original.

A teoria da cegueira deliberada, por sua vez, a despeito de não ter efetivamente sustentado as condenações naquele processo, foi tangenciada por alguns integrantes do Supremo Tribunal Federal, não se abstraindo, entretanto, nenhuma linha majoritária sobre o tema.

Para além da preocupação com a adoção do dolo eventual, em relação a qual já tivemos oportunidade de nos manifestar, vale frisar a interpretação genérica aparentemente conferida ao conhecimento sobre a procedência ilícita dos bens, uma vez que, a despeito da existência de um rol taxativo de crimes antecedentes à época dos fatos, o voto da Ministra Rosa Weber indica que a condenação por lavagem poderia subsistir qualquer que fosse a origem criminosa dos valores, diante da omissão de um dever de informação por parte dos acusados no sentido de investigar a origem do dinheiro recebido em espécie.⁴⁷⁴

Ademais, o critério da “pessoa minimamente razoável” deixa de considerar o conhecimento que os agentes efetivamente possuíam no momento da ação no caso concreto, trabalhando-se, em lugar dessa constatação, com um conhecimento hipotético ou com uma mera capacidade de conhecimento⁴⁷⁵. Antes de pormenorizar as críticas a esse entendimento, seguimos para o enfrentamento da cegueira deliberada no âmbito das decisões proferidas em outro caso de grande repercussão.

5.2.3 Caso “Lava Jato” e as condenações baseadas na teoria da cegueira deliberada

A denominada “Operação Lava Jato”⁴⁷⁶ mobilizou o mundo jurídico. Deflagrada em março de 2014, a investigação teve início perante a Justiça Federal em Curitiba, possuindo atualmente desdobramentos em outros estados da federação, a exemplo do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, além de inquéritos criminais em curso perante o Supremo Tribunal Federal para a apuração de fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função.

No primeiro momento, o caso investigava quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, tendo sido recolhidas provas que apontavam irregularidades ocorridas no âmbito da Petrobrás, maior estatal do país. O esquema investigado consistiria no pagamento, por grandes empreiteiras, de propinas a executivos da estatal e a outros agentes públicos, estimando-se que

⁴⁷⁴ Sobre esse ponto em particular, Guilherme Lucchesi arremata dizendo que esse dever de informação foi “criado pelo voto de Rosa Weber, pois não encontra previsão legal”. (LUCCHESI, 2017, p. 72, acesso em: 5 jul. 2018).

⁴⁷⁵ BÜRGEL, Leticia. Análise crítica da aplicação da teoria da cegueira deliberada na Ação Penal nº 470. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Direito penal econômico e empresarial: estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 300.

⁴⁷⁶ O nome do caso decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações investigadas no início da operação.

bilhões de reais tenham sido desviados dos cofres públicos.⁴⁷⁷

Para além da vultosa quantia de recursos envolvidos, a expressão econômica e política dos suspeitos de participar dos esquemas de corrupção investigados chamou grande atenção da sociedade e da mídia nacional e internacional. No aspecto jurídico, diversos institutos – a exemplo da colaboração premiada, da condução coercitiva e da teoria da cegueira deliberada, aqui estudada – receberam papel de destaque, atraindo, de um lado, a crescente defesa por sua aplicação à criminalidade econômica, como instrumentos de um supostamente eficaz combate à impunidade, e, de outro, as críticas de considerável parte da doutrina.

A teoria da cegueira deliberada tem sido recorrentemente utilizada no âmbito da Lava Jato para amparar condenações criminais por delitos de lavagem de dinheiro, argumentando-se que os réus teriam recebido bens, direitos ou valores provenientes de origem infracional, para tanto se valendo de uma situação de ignorância intencional quanto aos fatos, a fim de não identificarem o contexto criminoso no qual estavam inseridos. Não havendo, evidentemente, possibilidade de analisar minuciosamente todos os julgados em que, direta ou indiretamente, a teoria foi aplicada, optou-se por colher alguns exemplos da incidência do instituto em decisões proferidas pela 13ª Vara Federal de Curitiba, pela 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro e pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), em casos envolvendo o crime de mascaramento.⁴⁷⁸

As sentenças oriundas da 13ª Vara Federal de Curitiba, de forma geral, possuem a mesma estrutura de fundamentação no que tange ao elemento subjetivo do delito de lavagem. O Juiz Federal Sérgio Moro, prolator das decisões e autor, como referido, de obras dogmáticas sobre o aludido tipo penal⁴⁷⁹, inicia sua exposição argumentando que a *willful blindness*, construída no direito anglo-saxão, equipara-se ao dolo eventual na tradição do direito continental, de modo que, nos crimes de reciclagem de ativos, age dolosamente o autor que pratica condutas de ocultação ou dissimulação optando por permanecer ignorante quanto à natureza ilícita dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu

⁴⁷⁷ O Ministério Público Federal, em seu site oficial, mantém uma página inteiramente dedicada ao tema, apresentando dados, denúncias oferecidas e sentenças proferidas ao longo dos mais de quatro anos da Lava Jato, dentre outras informações. Disponível em: <<https://bit.ly/2n38fh2>>. Acesso em: 6 jul. 2018.

⁴⁷⁸ Especificamente, foram examinadas as sentenças proferidas nas ações penais n. 5047229-77.2014.4.04.7000/PR, n. 5023135-31.2015.4.04.7000/PR e n. 5013405-59.2016.4.04.7000/PR, julgadas pela 13ª Vara Federal de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná; os acórdãos e votos prolatados nos mesmos processos pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; e as sentenças relativas às ações penais n. 0510926-86.2015.4.02.5101, n. 0100511-75.2016.4.02.5101 e n. 0106644-36.2016.4.02.5101, todas julgadas pela 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

⁴⁷⁹ Além do artigo mencionado nesse trabalho (MORO, 2007, passim), o magistrado costuma citar outra obra de sua autoria: MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

conhecimento sobre os fatos.⁴⁸⁰

De modo semelhante ao que consta no acórdão do caso “Mensalão”, o magistrado invoca um precedente do Supremo Tribunal Espanhol com vistas a afirmar que, mesmos nas cortes de tradição *civil law*, a cegueira deliberada restou assimilada como equivalente ao dolo eventual em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, dentre outros delitos. Outrossim, na jurisprudência nacional, Moro destaca que um julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região já empregou o conceito para crimes de contrabando e descaminho.⁴⁸¹

Vê-se que as sentenças em questão, de regra, assumem como pacífico o cabimento de dolo eventual em delitos de lavagem, sequer adentrando em qualquer discussão a respeito das divergências doutrinárias sobre o tema, mesmo nos casos em que os crimes atribuídos aos acusados teriam sido praticados no contexto da redação anterior da Lei n. 9.613/1998. A situação é especialmente relevante na ação penal n. 5023135-31.2015.4.04.7000/PR⁴⁸², na qual o réu condenado com base na teoria fora denunciado pela prática do delito de mascaramento na forma do antigo artigo 1º, *caput*, V, da Lei de Lavagem.⁴⁸³

No caso referido, o réu, assessor parlamentar, restou acusado de ter dissimulado a origem de valores ilícitos recebidos por um líder partidário, cedendo sua conta bancária para que fossem depositadas quantias desviadas da Petrobrás. A sentença reconhece ser “possível que não tivesse conhecimento de detalhes do esquema criminoso da Petrobrás”, mas “o recebimento

⁴⁸⁰ As sentenças analisadas trazem, *ipsis litteris*, os mesmos parágrafos: “202. São aqui pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da ‘cegueira deliberada’ ou ‘willful blindness’ e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. Escrevi sobre o tema em obra dogmática (MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo, Saraiva, 2010). 203. 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”. (trecho exemplificativo da sentença prolatada na ação penal n. 5047229-77.2014.4.04.7000/PR, em 6 de maio de 2015, p. 76-77. Disponível em: <<https://bit.ly/2KNsyMN>>. Acesso em: 7 jul. 2018).

⁴⁸¹ Trata-se de acórdão proferido na Apelação Criminal n. 5004606-31.2010.404.7002, cujo trecho utilizado pelo magistrado pontua que: “Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também quem assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Motorista de veículo que transporta drogas, arma e munição não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto da carga, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento. Repetindo precedente do Supremo Tribunal Espanhol (STS 33/2005), ‘quem, podendo e devendo conhecer, a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber, mas, não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica’. Doutrina da ‘cegueira deliberada’ equiparável ao dolo eventual e aplicável a crimes de transporte de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro. (ACR 5004606-31.2010.404.7002 - Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto - 8ª Turma do TRF4 - un. - j. 16/07/2014).”

⁴⁸² Sentença disponível em: <<https://bit.ly/2KWVIG1>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

⁴⁸³ Dizia o artigo em questão, antes da reforma ocorrida em 2012: Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: [...] V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos.

em sua conta de depósitos, em seu conjunto vultosos, sem origem identificada e estruturados, era suficiente para alertá-lo da origem criminosa dos recursos recebidos.”⁴⁸⁴

Ocorre que, se permanecem ainda atuais as críticas à aceitação de dolo eventual ao crime de mascaramento, que tampouco se contentaria com a potencial consciência quanto à ilicitude dos valores envolvidos na transação, não há dúvidas quanto à exigência de que, nos fatos ocorridos antes da reforma de 2012, fossem indicados os elementos de prova pelos quais o réu teria conhecimento de que a origem dos bens provinha de um dos crimes antecedentes elencados na lei.

Assim, não bastaria afirmar que, pelas circunstâncias, o acusado tinha condições de atentar para a origem criminosa dos depósitos feitos em sua conta, sendo imperioso demonstrar, no caso específico, o dolo do agente no sentido de ocultar ou dissimular quantias procedentes de um anterior delito contra a Administração Pública, uma vez que, pela configuração da Lei n. 9.613/1998 à época, fossem os valores provenientes de um crime tributário, por exemplo, o fato seria atípico.

De igual modo, a equiparação da cegueira deliberada ao dolo eventual é apresentada como aparentemente pacífica nos tribunais de tradição *civil law*, a despeito de, como demonstrado, existirem precedentes do Supremo Tribunal Espanhol que enquadram os casos de *ignorancia deliberada* como situações de imprudência, além das demais dificuldades atinentes às diferenças entre os sistemas dos dois países, sobretudo no que tange à existência, no Brasil, de um conceito legal de dolo.

O tema foi especificamente contestado na ação penal n. 5013405-59.2016.4.04.7000/PR⁴⁸⁵, na qual a defesa juntou aos autos um extenso parecer da lavra de Ramon Ragués i Vallès⁴⁸⁶. Após a apresentação do histórico do instituto no sistema anglo-saxão, o autor espanhol conclui que a equiparação da ignorância deliberada ao dolo não se encontra pacificada nos tribunais ou na doutrina daquele país, havendo diversos pronunciamentos que restringem o alcance dessa doutrina e outros que diretamente a rechaçam. Segue o parecer afirmando que

A equiparação sem ressalvas entre a ignorância deliberada e o dolo eventual deve ser considerada impraticável no direito penal brasileiro, uma vez que o art. 18 do Código Penal define o dolo eventual como assunção de risco a partir da teoria da aceitação, que tradicionalmente sempre exigiu para o dolo um elemento cognitivo (representação das circunstâncias típicas no momento da realização do fato) que não concorre em

⁴⁸⁴ Ponto 316 da sentença, p. 83. Acesso em: 7 jul. 2018.

⁴⁸⁵ Sentença disponível em: <<https://bit.ly/2IZqFrm>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

⁴⁸⁶ O parecer foi acostado ao Evento n. 516, anexo 3, da ação penal referida, e as considerações destacadas nesse trabalho podem ser vistas a partir da p. 76 do documento. Os autos podem ser consultados mediante chave eletrônica disponibilizada pelo Ministério Público Federal em seu site oficial (n. 244264203716), em: <<https://bit.ly/2MSBSfq>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

situações de ignorância deliberada. Ao contrário do que acontece na Espanha, onde não há definição legal de dolo, a existência de tal definição no Brasil dificulta a equiparação entre dolo eventual e ignorância deliberada. A isso pode ser adicionado, também, o disposto no art. 20 CPB, que impede sustentar a existência de dolo em casos de erro de tipo.⁴⁸⁷

O parecer foi rebatido, na sentença aludida, afirmando-se que “a doutrina da cegueira deliberada e a sua equiparação ao dolo eventual já encontram abrigo na jurisprudência pátria”. O magistrado reforçou sua alegação com algumas referências suscitadas na comentada Ação Penal n. 470 – as quais, como evidenciado, não apontaram qualquer entendimento majoritário sobre o tema – e, adiante, alega que não se trataria de “dolo sem representação”, porquanto a opção do agente em não aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos é que caracterizaria “a prova da representação da probabilidade da origem criminosa dos bens”⁴⁸⁸, perfectibilizando o dolo eventual.

A par dessas considerações é que se chama atenção ao fato de que, nas decisões proferidas no âmbito da Lava Jato, o entendimento de que o elemento subjetivo do delito de lavagem pode ser satisfeito pelo dolo eventual – conforme efetivamente entendem os julgadores – torna absolutamente despicienda a importação da teoria da cegueira deliberada, desde que a acusação se desincumbisse do ônus de comprovar que, no caso concreto, o réu havia representado a origem infracional dos bens ou valores e, com sua conduta, assumido o risco de produzir o resultado de ocultação ou dissimulação.

Nada obstante, as sentenças que afirmaram a configuração do dolo eventual trouxeram considerações acerca da cegueira deliberada aparentemente com o escopo de reduzir a carga probatória necessária à condenação, suplantando a ausência de elementos suficientes para a caracterização do elemento doloso pela afirmação de que o agente “não poderia alegar desconhecimento dos sinais de ilicitude” supostamente existentes no caso.⁴⁸⁹

Nesse contexto, vale destacar que, em sede recursal, a despeito de terem sido

⁴⁸⁷ “La equiparación sin matices de la ignorancia deliberada al dolo eventual debe considerarse inviable en el Derecho penal brasileño, pues el art. 18 del Código Penal define el dolo eventual como asunción del riesgo a partir de la teoría de la aceptación, que tradicionalmente siempre ha exigido para el dolo un elemento cognitivo (representación de las circunstancias típicas en el momento de la realización del hecho) que no concurren en las situaciones de ignorancia deliberada. A diferencia de lo que sucede en España, donde no existe una definición legal de dolo, la existencia de tal definición en Brasil dificulta la equiparación entre dolo eventual e ignorancia deliberada. A ello puede añadirse, asimismo, lo dispuesto en el art. 20 CPB, que impide sostener la existencia de dolo en casos de error de tipo”. (Acesso em: 7 jul. 2018. Tradução nossa).

⁴⁸⁸ Diz a sentença, na p. 105: “[...] ou seja, ele escolhe não aprofundar o seu conhecimento, pois de antemão tem presente o risco do resultado delitivo e tem a intenção de realizar a conduta, aceitando o resultado delitivo como probabilidade.”

⁴⁸⁹ O trecho consta, por exemplo, na sentença prolatada pelo Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro nos autos n. 0100511-75.2016.4.02.5101 (p. 109), logo após a afirmação de que não havia provas de que o acusado em questão sabia qual seria a destinação dos valores que formariam o “caixa dois” da empreiteira envolvida nos fatos. Disponível em: <<https://bit.ly/2zhNo28>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

unanimemente mantidas as decisões prolatadas na instância de piso, o Desembargador Federal Victor Laus, da 8ª Turma do TRF4, tem consignado em seus votos uma “ressalva pessoal” quanto à incorporação da teoria da cegueira deliberada. No julgamento das apelações interpostas, o magistrado afirmou que seria mais adequada a aplicação do dolo eventual, em lugar da importação da doutrina estrangeira, “uma vez que ambas as teorias parecem conduzir a idêntica conclusão, com a vantagem, em benefício daquela primeira, de sua maior harmonização com as demais normas componentes do sistema legislativo-penal brasileiro.”

O julgador justifica seu posicionamento aduzindo que os requisitos atinentes à aplicação da cegueira deliberada, de acordo com os parâmetros adotados por aquele tribunal, seriam, em verdade, próprios do dolo eventual, ou mesmo desnecessários para a caracterização do elemento subjetivo. Para o Desembargador Federal, o dolo eventual se configura com a ciência da elevada probabilidade de participação em atividade ilícita e a atuação de modo indiferente a esse conhecimento, ao passo que a circunstância de ter o agente “escolhido permanecer ignorante a respeito dos fatos envolvidos” já extrapolaria o que é necessário à afirmação do elemento anímico indireto.⁴⁹⁰

A questão novamente recai sobre a necessidade de existirem elementos probatórios suficientes para afirmar a existência de uma conduta dolosa por parte do autor, o que não pode ser ignorado nos casos em que se pretenda utilizar a doutrina em estudo. Para Sydow⁴⁹¹, ao afirmar que o agente tinha “intenção de não querer saber”, deve o julgador demonstrar concretamente tal circunstância, sob pena de tornar a decisão não adequadamente fundamentada e, no que se refere à aplicação da cegueira deliberada, arbitrária. Assim,

Observa-se que incumbe ao magistrado o dever de demonstrar que houve a “escolha” de permanecer ignorante, não se admitindo presunção *contra reo* por violação do princípio constitucional insculpido no art. 5º, LVII.

E aqui cabe um interessante argumento: a ESCOLHA de permanecer ignorante conhecendo a sistemática do problema é, em verdade, dolo. Isso porque se há consciência da situação, não há que se falar em cegueira deliberada, que é instituto de imputação subjetiva em situações de INEXISTÊNCIA de consciência.

Em outros casos, a teoria da cegueira deliberada foi invocada pelos magistrados de 1º grau sem qualquer utilidade prática, uma vez que as sentenças afirmaram que os acusados detinham conhecimento integral dos fatos e, portanto, teriam agido com dolo direto. Com efeito, na ação penal n. 5047229-77.2014.4.04.7000⁴⁹², que tramitou perante a 13ª Vara Federal de

⁴⁹⁰ Nas palavras do julgador: “[...] ainda que o agente não tenha condições de esclarecer, definitivamente, se a conduta que pratica pode, ou não, acarretar um resultado delituoso, na medida em que tem ciência dessa elevada probabilidade e, ainda assim, age de maneira indiferente a ela, assume o risco de produzir a consequência ilícita, atraindo a incidência do artigo 18, I, parte final, do Código Penal”. (trecho à p. 13 do voto proferido na Apelação n. 5047229-77.2014.4.04.7000/PR)

⁴⁹¹ SYDOW, 2017, p. 229, destaques no original.

⁴⁹² Sentença disponível em: <<https://bit.ly/2KNsyMN>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

Curitiba, e nas ações penais n. 0510926-86.2015.4.02.5101⁴⁹³ e n. 0106644-36.2016.4.02.5101⁴⁹⁴, da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, as sentenças afirmaram a existência do dolo direto e, contudo, utilizaram o instituto da ignorância voluntária de maneira alternativa⁴⁹⁵, aparentemente no intuito de resguardar os julgadores de qualquer possibilidade de contestação a respeito do dolo.

Evidentemente, a situação torna ainda mais difícil o exercício da defesa de rebater a narrativa fática acolhida pela sentença condenatória, sendo certo que a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais não se coaduna com uma linha de argumentação que sequer descreva se o réu tinha conhecimento pleno sobre as circunstâncias e atuou com a intenção de cometer o delito de lavagem de capitais ou, de forma distinta, havia intencionalmente ignorado os fatos e assumido o risco de produzir o resultado não desejado. Bastantes oportunas, nesse particular, as considerações feitas por Lucchesi⁴⁹⁶, para quem

A jurisprudência, fascinada pela aplicação da cegueira deliberada, pareceu desenvolver certo fetiche pela nova categoria de imputação subjetiva, trazendo alusões à cegueira deliberada até mesmo quando dispensável ou impertinente, diante da condenação baseada em dolo direto, como se para reforçar ou salvaguardar o dispositivo da decisão, ou mesmo para dar à decisão uma aparência de maior cientificidade, utilizando-se um adorno retórico de base estrangeira como evidência de suposta pesquisa e erudição. A adoção desses artifícios pelo Judiciário, invocando fundamentos alternativos para a condenação, diz respeito muito mais à lógica das contestações ou respostas do réu nos processos civil e penal, baseadas no chamado “princípio da eventualidade”, que a uma decisão sobre o mérito de um caso penal. A bem da verdade, considerando-se a necessidade de descrição do fato delituoso na peça acusatória inicial com todas as suas circunstâncias, por exigência do art. 41 do Código de Processo Penal, assim como a necessária correlação entre a exordial acusatória e a sentença ou o acórdão proferidos no julgamento do caso penal, não é possível que a decisão acolha uma narração alternativa dos fatos para julgamento. Tal incerteza quanto à maneira como os fatos verdadeiramente transcorreram – se agindo com conhecimento ou em cegueira deliberada – se traduz em situação de dúvida, havendo nítida violação à segurança jurídica e à garantia de presunção de inocência do acusado nesse recurso a fundamentações condenatórias alternativas.

Por fim, como ponto em comum a ser destacado sobre todas as decisões analisadas, merece reflexão o pouco prestígio dado à doutrina na utilização da cegueira deliberada, a despeito de existirem, inclusive no cenário nacional, valorosos trabalhos sobre o tema⁴⁹⁷. De

⁴⁹³ Sentença disponível em: <<https://bit.ly/2m0WeIj>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

⁴⁹⁴ Sentença disponível em: <<https://bit.ly/2m1LmK8>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

⁴⁹⁵ Nos autos n. 0510926-86.2015.4.02.5101, por exemplo, o Juiz Federal Marcelo Bretas, da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, aduz que: “*os acusados tinham pleno conhecimento da origem ilícitas dos recursos a serem lavados, bem como do fato de que o recebimento da propina se dava por intermédio de operações que visavam dissimular a origem, disposição, movimentação e propriedade dos valores. Mas ainda que assim não fosse, é plenamente possível afirmar que, no caso dos autos, os agentes no mínimo se recusam a saber a origem ou forma dos pagamentos, ‘fechando os olhos’ aos evidentes sinais ilicitude dos recursos (teoria da cegueira deliberada), o que se afigura possível, mas pouco provável dadas as relações de parentesco, amizade e subordinação que se observa entre os acusados*”. (p. 48-49, acesso em: 7 jul. 2018, destaques no original).

⁴⁹⁶ LUCCHESI, 2017, p. 79, acesso em: 3 jul. 2018.

⁴⁹⁷ Em levantamento feito por Lucchesi, analisando 65 decisões de tribunais superiores, tribunais federais e tribunais estaduais, em apenas 21 foram citadas obras doutrinárias. Ademais, o autor destaca a pouca variedade

modo geral, resta claro que os provimentos judiciais que mencionam a ignorância intencional apenas se limitam a reproduzir as mesmas citações doutrinárias e jurisprudenciais, sugerindo uma aparente uniformidade no que tange à aceitação do dolo eventual nos crimes de lavagem de dinheiro e à equiparação de tal modalidade de imputação subjetiva às construções de *willful blindness*, nos Estados Unidos, e de *ignorancia deliberada*, na Espanha.

A situação, sem dúvida, é especialmente peculiar se considerarmos todas as críticas já formuladas em relação à cegueira deliberada e sua incompatibilidade com os direitos constitucional, penal e processual penal pátrios, bem como, no caso específico dos delitos de lavagem de dinheiro, quando constatadas as importantes divergências estabelecidas sobre a possibilidade de utilização da teoria para a condenação criminal a título de dolo.

Renato de Mello Silveira⁴⁹⁸ aduz que, embora seja certo que exista um anseio e uma expectativa popular por punições, não se pode admitir que existam leituras dogmáticas distantes de um esperado racionalismo, devendo-se buscar um equilíbrio entre a segurança jurídica e a (suposta) efetividade do direito. Por todas as razões expostas é que se entende que, da forma como utilizada pela jurisprudência pátria, não é possível aplicar a teoria da cegueira deliberada ao crime de lavagem de capitais no direito penal brasileiro.

5.3 CEGUEIRA DELIBERADA E LAVAGEM DE DINHEIRO: OS OBJETIVOS NÃO DECLARADOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

A solução adotada pelos tribunais, no sentido de aplicação da cegueira deliberada para fins de imputação subjetiva, a título de dolo eventual, nos casos de lavagem de dinheiro, conduz a diversos problemas, os quais foram indicados ao longo do presente trabalho.

Em primeiro lugar, a importação automática e acrítica de uma doutrina desenvolvida e aperfeiçoada no contexto da *common law* trouxe como consequência a indevida equiparação de institutos que, efetivamente, não se assemelham. Na tradição do direito continental e, especialmente, no ordenamento brasileiro, qualquer que seja a teoria adotada para o dolo exige que tal modalidade de imputação subjetiva esteja ancorada, ao menos, na presença do elemento cognitivo, sob pena de afastamento da responsabilização dolosa.

Nas hipóteses enquadradas como cegueira deliberada em sentido amplo, a conduta em si

das obras mencionadas, que totalizavam somente 8, bem como a baixa densidade crítica dos estudos referidos, afirmando que a obra mais referenciada é um trabalho de conclusão de curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília (Uniceub), tendo como autor André Ricardo Neto Nascimento, apresentado em 2010. (LUCCHESI, 2017, p. 58, acesso em: 4 jul. 2018).

⁴⁹⁸ SILVEIRA, 2016, p. 256.

– em algum elemento do tipo que a compõe – é desconhecida do agente e, conquanto tal desconhecimento decorra de desídia ou de uma composição artificial da realidade fática⁴⁹⁹, ainda assim não se poderá falar, sem ofensa à legalidade, na existência de dolo eventual.

Outrossim, como visto, inúmeras são as opiniões contrárias ao cabimento do dolo eventual no delito de lavagem de capitais, mormente quando, após a exclusão do rol de crimes antecedentes pela Lei n.12.683/2012, qualquer infração penal geradora de ativos pode figurar como precedente ao mascaramento. Consoante destacado, sempre seria possível duvidar da procedência de determinado bem ou capital e, a princípio, não há obrigação legal de investigar a origem de todo e qualquer valor manejado pelo autor, como um agente a quem se imponha o dever de desconfiar de tudo e de todos.

Também não é demais frisar que, para parte da doutrina, com a qual concordamos, além de ter ciência prévia da origem ilícita dos bens, é preciso que se caracterize a possibilidade de o agente entender o caráter ilícito de sua conduta, que vise ocultar, dissimular e integrar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal (crime ou contravenção penal). Novamente, a mera presunção quanto à “alta probabilidade” não é suficiente.

O dolo, no delito de lavagem, consistente na finalidade de ocultar ou dissimular a origem infracional dos bens, direitos ou valores, exige, primeiramente, que o agente tenha conhecimento de que tais objetos decorrem da prática de um ilícito e, em segundo lugar, que sua conduta tenha como objetivo final alcançar alguma das finalidades previstas legalmente. Desse modo, falando sobre o tipo básico previsto no *caput* do artigo 1º da lei brasileira, Callegari e Weber⁵⁰⁰ destacam que não é possível a comissão por dolo eventual, “já que não se pode afirmar que o sujeito atua para ocultar a origem delitativa dos bens sobre a base só da probabilidade de que estes tiveram uma origem delitativa.”

Mas não é só. Ainda que superada a questão anterior, como parece ser a tendência jurisprudencial especialmente a partir das alterações promovidas na lei brasileira de lavagem em 2012, se o requisito do conhecimento do autor acerca do elemento subjetivo do tipo puder ser satisfeito pela prova de mera suspeita da existência de circunstâncias, então o sujeito ficaria induzido a superar a situação de ignorância em situações reais. Aos tribunais bastaria a demonstração de que existia algum grau de suspeita possível e uma probabilidade alta de que essa suspeita mal investigada poderia configurar uma circunstância relevante à causação de um delito.

⁴⁹⁹ SYDOW, 2017, p. 72.

⁵⁰⁰ CALLEGARI; WEBER, 2014, p. 90.

Essa tática, como alerta Assaf Hamdami⁵⁰¹, geraria impactos úteis à lógica do ônus da prova da acusação. Na mesma linha, analisando algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Espanhol, Ragués i Vallès⁵⁰² anota que o recurso à teoria tem sido especialmente proveitosa em dois contextos: em alguns casos, porque em sua fundamentação jurídica a corte não se esforçou em individualizar e mencionar os correspondentes indícios de conhecimento que poderia ter encontrado nos fatos provados; em outros, porque tais indícios simplesmente não existiam e, portanto, de acordo com o método de inferência tradicional, não cabia atribuir ao acusado o conhecimento necessário a uma condenação por crime doloso – decisão que, por outro lado, foi possível alcançar com base no novo instituto.

Para Corcoy Bidasolo⁵⁰³, ainda que dolo seja exclusivamente conhecimento – o que não se defende neste trabalho, mas apenas por esforço argumentativo –, o que não é admissível é presumir esse conhecimento através da ignorância deliberada, estendendo o conceito de dolo mesmo além do que poderíamos qualificar como imprudência. Na visão da autora, nas hipóteses enquadradas como cegueira deliberada, apenas se pode admitir a existência de um delito doloso quando ficar racionalmente provado que qualquer pessoa, no lugar do agente, teria percebido o risco criado com sua conduta e a eficácia desse risco para lesionar o bem jurídico penal; não é suficiente, então, uma presunção de que o resultado era indiferente ao sujeito, mas, sim, a efetiva demonstração de que ele conhecia a concorrência de um risco idôneo a produzir o resultado, mesmo quando tenha se recusado a conhecer os seus termos concretos.⁵⁰⁴

O critério da “alta probabilidade”, aparentemente unânime em todas as decisões que versaram sobre o tema, inegavelmente repercute na dificuldade em se estabelecer quais serão os parâmetros considerados para determinar sua relevância no caso concreto, sob pena de que tal análise recaia unicamente na discricionariedade judicial. A alegação de que existe prova suficiente para a condenação obviamente deve perpassar pela definição de critérios claros quanto à carga probatória necessária para que seja superado o estado de inocência que milita em favor do acusado.

Em excelente artigo, Robson Galvão da Silva e Christian Laufer⁵⁰⁵ argumentam que, no Brasil, a abordagem da teoria tem se dado com clara inversão na ordem de importância do que efetivamente deve ser analisado. Sendo evidente que, em qualquer situação, sempre será

⁵⁰¹ HAMDAMI, Assaf. *Mens rea and the cost of ignorance*. 93 Virginia Law Review, 415, p. 17, 2007. Disponível em: <<https://bit.ly/2JtsIIB>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

⁵⁰² RAGUÉS I VALLÈS, 2007, p. 59.

⁵⁰³ CORCOY BIDASOLO apud CARRILLO, 2017, p. 163, acesso em: 22 jun. 2018.

⁵⁰⁴ Ibid., p. 312, acesso em: 22 jun. 2018.

⁵⁰⁵ SILVA, R.; LAUFER, 2015, acesso em: 3 jul. 2018.

possível ao agente conhecer mais a fundo as circunstâncias do caso concreto, o foco do estudo não deve ser dirigido àquilo que o indivíduo não sabe (e poderia vir a conhecer), mas ao que está devidamente representado pelo autor ao decidir prosseguir agindo.

Assim, o problema não reside em não se aprofundar no conhecimento, mas no grau de conhecimento presente no momento da prática da conduta típica – existentes provas ou sérios indícios de lavagem, poderá haver dolo eventual, independentemente de o agente ir além na investigação. Contudo, na ausência de elementos hábeis capazes de suscitar uma fundada consciência ou representação sobre os elementos do tipo, não há dolo, porquanto o conhecimento exigível para a sua configuração deve ser atual, e não potencial.

Em suas palavras,

[...] o problema não é o fato de o agente não se aprofundar no conhecimento, até porque a lei, em regra, não obriga que se efetue tal investigação. A resposta estará no grau de conhecimento que o autor efetivamente possui ao cometer o tipo objetivo: se há sérios indícios (representados no intelecto), poderá haver dolo eventual, independentemente de o agente ir além na investigação. Afinal, nessa hipótese, o autor terá o “conhecimento necessário das pertinentes circunstâncias do fato”, suficiente para a caracterização do dolo eventual. Porém, na ausência desses sérios indícios, não há dolo, pelo simples fato de que o conhecimento exigível para a configuração de qualquer espécie dolosa deve ser sempre atual, e não potencial.⁵⁰⁶

Para Sotomayor⁵⁰⁷, a tendência de normatização do dolo não resolve a subjetividade e a discricionariedade judicial tanto criticadas em relação às teorias volitivas, mas, ao contrário, incrementam-nas, frequentemente conduzindo a simples presunções do elemento subjetivo e à supressão de exigências probatórias, ambas claramente incompatíveis com garantias constitucionais como a presunção de inocência e o princípio da responsabilidade subjetiva. Não se exigindo, para a caracterização do dolo, que o autor efetivamente tenha previsto a realização típica, então restará unicamente a cargo do julgador definir tanto a “probabilidade” de ocorrência do resultado como, também, se o sujeito conhecia ou deveria conhecê-la.

Retomando as reflexões feitas em relação à sociedade de risco, o autor destaca que a reestruturação normativa das tradicionais regras de imputação da responsabilidade penal atende a propósitos nem sempre declarados do direito penal da pós-modernidade. Em suas palavras, se “fazer justiça”, atualmente, equivale a punir a todo custo e com a maior veemência possível, então “[...] é lógico que tanto a lei como aquelas categorias jurídicas probatoriamente exigentes sejam tratadas como obstáculos que devem ser removidos, para em seu lugar erigir novos conceitos que permitam condenar de maneira mais fácil e intensa.”⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ SILVA, R.; LAUFER, 2015, acesso em: 3 jul. 2018.

⁵⁰⁷ SOTOMAYOR, 2016, p. 687-698, acesso em: 7 jul. 2018.

⁵⁰⁸ “[...] es lógico que tanto la ley como aquellas categorías jurídicas probatoriamente exigentes sean tratadas como obstáculos que deben ser removidos, para en su lugar erigir nuevos conceptos que permitan condenar de manera más fácil y más intensa”. (Ibid., p. 698, tradução nossa, acesso em: 7 jul. 2018).

Nesse sentido, a teoria da cegueira deliberada como forma de afirmação do elemento subjetivo, na modalidade do dolo eventual, flexibiliza as exigências probatórias, autorizando a adoção de uma presunção de conhecimento para a comprovação do delito de lavagem de capitais. Tais crimes, como visto, são marcados principalmente pela dificuldade de obtenção de provas acerca do dolo e da individualização das condutas dos agentes, sendo bastante oportuna a utilização da doutrina da ignorância voluntária como meio de contornar esses entraves práticos.

Ademais, não se pode desconsiderar que, por meio da cegueira deliberada, produz-se uma interpretação extensiva do elemento subjetivo, em prejuízo do acusado, a ponto de se admitir, na ausência de previsão legal da forma culposa do crime de lavagem de capitais no ordenamento brasileiro, que seja possível afirmar a existência de dolo eventual mesmo em casos nos quais não se verifica a presença do elemento cognitivo (conhecimento), a fim de fomentar o rigor punitivo da resposta penal ou para se evitar eventuais situações de impunidade.

Evidentemente, recai sobre o Ministério Público o encargo de produzir, por qualquer meio válido, prova convincente de que houve inequívoca ciência, por parte do agente, no sentido de que os bens e valores em questão são provenientes de ilícito penal. Não satisfaz, para efeito de imputação penal, em face de réu presumivelmente inocente, tão somente a comprovação – ou a mera indução – de “indiferença”, “meia-ciência” ou de “elevada probabilidade” sobre tal proveniência para justificar aceite ao dolo eventual.⁵⁰⁹

Sobre o tema, afirmam Silva e Barros⁵¹⁰ que

Por certo, o rigor deste entendimento, ao ser levado em prática, poderá livrar de responsabilidade alguém que tenha efetivamente colaborado com o crime. Mas, esse é o preço que se deve pagar para não se correr o altíssimo risco de se impor condenação a um inocente. Ademais, descabe exigir do réu o encargo de produzir prova negativa quanto ao dolo eventual. Esse ônus da prova pertence ao Ministério Público e não se pode aceitar passivamente a sua inversão. Todo acusado tem a seu favor a garantia constitucional da presunção de inocência, e ainda goza do direito de permanecer calado.

Reconhecer como válido o dolo eventual, em tal situação, sem qualquer prova demonstradora do conhecimento prévio, ou de comprovada existência de ação consciente da origem espúria do patrimônio, corresponde a uma mera presunção fática do juiz. E a sentença condenatória, no caso em tela, não pode ser fabricada no mundo da presunção, senão baseada em provas contundentes do pleno conhecimento do caráter ilícito da conduta, da vontade de produzir o resultado, ou de cooperar conscientemente para produzi-lo.

O ponto crucial que se coloca, pois, é de que incumbe à acusação obter elementos de prova que permitam afirmar que, nas circunstâncias analisadas, o autor efetivamente tinha dados concretos que o autorizavam a concluir pela origem ilícita dos bens, direitos ou valores

⁵⁰⁹ SILVA, T.; BARROS, 2015, p. 238.

⁵¹⁰ Ibid., mesma página.

envolvidos em determinada transação. Nas palavras de Mendroni⁵¹¹, “Não há espaço para que se estabeleça um ‘jogo de suposições’ do tipo ‘*é possível acreditar que o agente deveria supor que o dinheiro era proveniente de crime*’.”

Das decisões analisadas é possível inferir que a cegueira deliberada foi constantemente recordada pelos julgadores nas situações em que era preciso reforçar o reprovabilidade dos agentes, ou para afirmar que não seria possível desconhecer a origem do dinheiro, ainda que sem a indicação de elementos concretos a partir dos quais ficaria devidamente comprovado que o agente sabia, nas circunstâncias em que atuava, que os valores envolvidos eram provenientes de uma infração penal.

A alegação de que o autor não tomou conhecimento de tal circunstância apenas porque não promoveu uma investigação mais aprofundada sobre os fatos reduz substancialmente o ônus probatório da acusação e a necessidade de fundamentação judicial para obter uma sentença condenatória, razão pela qual Silveira⁵¹² alerta para o risco dogmático da ampliação do foco subjetivo através desse novo instituto, “pois tudo, simplesmente tudo, poderia ser enquadrado, de alguma forma, como situação de cegueira, em algum momento, deliberada.”

Se a ignorância deliberada decorre da ausência de esforço por parte do agente na busca de esclarecimento de situação suspeita, deve-se perquirir se esse conhecimento pode ser exigido do Estado e qual o grau de esforço que ele pode demandar. Novamente, há que se lembrar a observação feita durante o julgamento do furto ocorrido no Banco Central, no sentido de que, mesmo as pessoas legalmente obrigadas aos deveres de fiscalização e comunicação previstos na Lei n. 9.613/1998, instadas a adotar uma postura mais atenta em razão de atuarem em setores e atividades que podem ser utilizados no processo de lavagem, são submetidas à responsabilização administrativa em caso de descumprimento dessas obrigações.

Nem se diga que o agente que se coloca em posição de ignorância acerca da origem ilícita dos bens ou valores criou o risco de realização do resultado, respondendo na forma do artigo 13, §2º, “c”, do Código Penal. Como primeiro ponto, deve-se ter em mente que a caracterização do papel de garantidor não pode ser presumida, sendo igualmente absurdo concluir que o sujeito que não aprofundou o seu conhecimento acerca dos fatos automaticamente assumiu a obrigação de evitar a prática de quaisquer crimes que deles possam advir.

Para Sydow⁵¹³, existem tipos penais em nosso ordenamento que preveem especificamente deveres de conhecimento, razão pela qual, em sentido antagônico, nos casos em que o legislador

⁵¹¹ MENDRONI, 2015, p. 86.

⁵¹² SILVEIRA, 2016, p. 275.

⁵¹³ SYDOW, 2017, p. 183-185.

não inseriu o elemento real ou potencial, não se justifica o uso de instrumento favorecedores da responsabilização penal, como a cegueira deliberada⁵¹⁴. Ademais, acrescenta o autor que, “quando há interesse política criminal, o normativo determina ao agente criador da situação de ignorância um papel de garante expressamente”, tal como ocorre no comentado artigo 28 do Estatuto de Roma.

Helena Lobo da Costa e Marina Araújo⁵¹⁵, por sua vez, chamam atenção para o fato de que a configuração do garantidor consiste em apenas um dos elementos do crime comissivo por omissão, devendo-se também verificar se houve efetivamente uma omissão e um resultado; se ambos estão ligados por uma relação prognóstica de evitação; além do dever e possibilidades de agir. As autoras recordam que a omissão do agente não desencadeia um processo causal, representando, ao revés, uma não interferência num curso causal já existente – desse modo, deve-se analisar se a conduta passível de ser adotada pelo garantidor possuiria idoneidade para alterar o processo iniciado, evitando o resultado.

A partir da análise dos julgados que aplicaram a teoria da cegueira deliberada no Brasil, a doutrina também destaca uma clara inconsistência em relação aos precedentes estrangeiros dos quais restou extraída.

Lucchesi⁵¹⁶ explica que a regra jurisprudencialmente estabelecida sobre a *willful blindness* nos Estados Unidos “permite a satisfação do requisito mental dos crimes que exigem *knowledge* mesmo quando o conhecimento de fato não está presente”. A regra de equivalência estaria voltada ao propósito político-criminal identificado no caso *United States v. Jewell*, qual seja, o de evitar que a cegueira deliberada fosse explorada pela defesa dos réus caso se exigisse o conhecimento real de todas as circunstâncias elementares do caso para a configuração do elemento *knowledge*.

As decisões proferidas nos tribunais americanos, no entanto, dão à cegueira deliberada um campo que ultrapassa a imprudência e negligência. Utilizando as categorias apresentadas em torno do elemento subjetivo naquele sistema, é preciso mais que *recklessness* – isto é, mais que o simples desprezo consciente de algum risco substancial e injustificável – para que se possa falar na incidência do instituto.

O autor destaca, então, que a *willful blindness* estaria presente quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito,

⁵¹⁴ Por exemplo, o artigo 234-A, IV, e o artigo 316, ambos do Código Penal, apresentam a expressão “sabe ou deveria saber”; o artigo 245, também do Código Penal, apresentar a expressão “saiba ou deva saber”.

⁵¹⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance* e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 227-228, jan.-fev. 2014.

⁵¹⁶ LUCCHESI, 2017, p. 184, acesso em: 22 jul. 2018.

(ii) toma medidas deliberadamente voltadas a evitar a comprovação de tal existência e (iii) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância⁵¹⁷. Por outro lado, a jurisprudência brasileira, como visto nas decisões analisadas, convencionou aplicar a cegueira deliberada a partir do reconhecimento de dolo eventual na lavagem de dinheiro quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem infracional; (ii) age de forma indiferente quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.⁵¹⁸

Disso se extrai que, em sua formulação original, não configura cegueira deliberada o mero descumprimento de um dever de conhecimento ou informação por parte do acusado, ainda que porventura existente. Tampouco se fala em “indiferença” como requisito do enunciado anglo-americano, de modo que, para Lucchesi⁵¹⁹, a utilização do aludido conceito na identificação do instituto pelos tribunais pátrios buscaria, aparentemente, “[...] introjetar artificialmente um componente do dolo eventual na definição de cegueira deliberada visando facilitar a acomodação da cegueira deliberada enquanto dolo eventual no direito brasileiro.”

De outro lado, a aceitação da equiparação entre cegueira deliberada e dolo eventual, em lugar de contornar os problemas suscitados, apenas parece reforçar a desnecessidade de importação da teoria, diante da existência de um instituto consolidado e com previsão legal no ordenamento brasileiro. Estando presentes elementos suficientes para a configuração de dolo eventual, deve esse ser declarado e, evidentemente, satisfatoriamente comprovado; ausentes tais elementos, então o uso de uma doutrina que lhe seria equivalente não resolve a questão.

Partindo dessa percepção, Callegari e Weber⁵²⁰ salientam que a cegueira deliberada, da forma proposta pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, pode constituir um meio de assegurar que condutas negligentes sejam punidas a título de dolo, notadamente em relação aos crimes cometidos com culpa consciente e que, contudo, não possuem previsão dessa modalidade delitiva. Salientam os referidos autores que, nessa expectativa de evitar a impunidade, “se a doutrina não tomar sua posição devida, a teoria da cegueira deliberada terminará por punir toda e qualquer conduta culposa como se dolosa fosse, refletindo também na pena aplicável a cada caso.”

⁵¹⁷ Em sentido semelhante, Callegari e Weber afirmam que, sob a formulação norte-americana, “O réu ‘deliberadamente cego’ é aquele que deliberadamente desenvolve ações para evitar a confirmação de uma alta probabilidade de existência de conduta criminosa, sobre quem poder-se-á afirmar que possuía o conhecimento atual dos fatos críticos”. (CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 133, p. 23, jul. 2017).

⁵¹⁸ LUCCHESI, 2017, p. 184, acesso em: 22 jul. 2018.

⁵¹⁹ Ibid., p. 186, acesso em: 22 jul. 2018.

⁵²⁰ CALLEGARI; WEBER, op. cit., p. 28.

No mesmo sentido, Lucchesi⁵²¹ afirma que os casos apresentados no direito brasileiro como hipóteses de cegueira deliberada poderiam ser solucionados pelos critérios legais de dolo e de culpa, de modo que

[...] o recurso dos tribunais ao transplante de categoria estrangeira, mesmo com contornos e contexto diversos de sua formulação em seu sistema de origem, para a solução de casos para os quais a teoria do delito já fornece resolução adequada demonstra inconformidade pelos tribunais com a solução existente no direito penal brasileiro. Sendo possível a absolvição dos acusados nos casos em que não houver previsão de modalidade imprudente de crimes, a aplicação da cegueira deliberada pelos tribunais para permitir ou reforçar a condenação de acusados revela a não aceitação da absolvição baseada na ausência de previsão de modalidade culposa. Assim, em vez de acatarem a moldura criada para o direito penal brasileiro pelo legislador – o qual se presume tenha conscientemente deixado de prever modalidades culposas para crimes cuja comissão entendeu ter relevância jurídico-penal apenas quando praticados dolosamente –, os tribunais optaram pela ampliação do alcance do dolo eventual. Isso foi feito, argumenta-se, relativizando categorias e conceitos, transplantando de maneira inadequada e descontextualizada uma categoria do direito comparado.

A admissão do dolo eventual para todas as condutas delitivas tipificadas na Lei n. 9.613/1998, indiscriminadamente, já não parece muito recomendável e enfrenta fortes críticas doutrinárias. Nessa linha, seu reconhecimento na forma da cegueira deliberada, como vem fazendo a jurisprudência brasileira, parece ainda menos adequado a um sistema penal pautado pelos princípios da legalidade e da culpabilidade, especialmente quando os impactos acerca da importação dessa teoria – que não escapa de contundentes críticas sequer nos países em que vem sempre adotada há muitas décadas – ainda carecem de estudos e debates mais aprofundados.

De acordo com a regra prevista no artigo 20 do Código Penal, nos casos em que o agente não representa o cometimento de crime de lavagem por estar em situação de erro vencível, ignorando, por exemplo, a origem ilícita dos bens que está utilizando, não será possível falar em atuação dolosa. Nessas hipóteses, a utilização da teoria da cegueira deliberada, como forma de contornar a inexistência da modalidade culposa do crime e, assim, assegurar a condenação do agente, representa inegável violação aos princípios da legalidade e da culpabilidade.

A equiparação realizada pelos julgados brasileiros se mostra equivocada, não sendo suficiente para a imputação dolosa o fato de o agente não ter interesse em conhecer o contexto em que atuava, tampouco somente um provável conhecimento. Como destaca Letícia Bürgel⁵²², o conhecimento, ainda que mínimo, deve estar presente no momento da prática do ilícito, não bastando o argumento de que o agente poderia adquirir a consciência exigida caso se esforçasse para tanto. A ausência de conhecimento, mesmo decorrente da colocação deliberada em

⁵²¹ LUCCHESI, 2017, p. 84, acesso em: 22 jul. 2018.

⁵²² BÜRCEL, 2016, p. 306-307.

situação de ignorância, afasta a possibilidade de punição a título de dolo.

Em sentido semelhante, José María Mejía⁵²³ questiona a utilização da doutrina cegueira deliberada pela jurisprudência espanhola para os casos envolvendo lavagem de dinheiro, aduzindo que a teoria não constitui uma terceira modalidade de imputação subjetiva, tampouco representa uma redefinição do conceito de dolo, que atualmente exige a presença de um elemento cognitivo. Para o autor,

Pelo contrário, com a *ignorancia deliberada* o que se apresenta é uma espécie de presunção do componente cognitivo do dolo, algo assim como “se você ignora o que deveria saber, porque era óbvio que qualquer um em seu lugar saberia, não acreditarei e te tratarei como se estivesse provado que sabia”. Portanto, em resumo, sua utilização não apenas deve ser restringida, mas verdadeiramente erradicada de qualquer ordenamento jurídico, a menos que se deseje cair nos vales da responsabilidade objetiva, onde materialmente se condena mesmo que jamais se prove o dolo.

Pelo exposto, nota-se que a ignorância deliberada tem sido utilizada com o escopo de aumentar a margem de punição, notadamente em delitos econômicos, atendendo aos anseios da sociedade de risco. Não sendo possível comprovar com clareza que o autor tinha conhecimento da prática do ilícito e que agiu com dolo em relação ao resultado, vem a calhar a importação de uma teoria que se contenta com a afirmação de que o agente poderia ter envidado maiores esforços para esclarecer devidamente os fatos, reduzindo drasticamente a necessidade de fundamentação concreta quanto ao que restou verdadeiramente comprovado acerca do que o sujeito sabia ao agir.

Fundamentar a condenação penal com base na mera “possibilidade de conhecimento” por parte do agente, alegando-se que esse atua dolosamente quando “não sabe porque não deseja saber”, seria, na visão de Feijoo Sánchez⁵²⁴, uma solução versarista⁵²⁵, acarretando uma responsabilidade objetiva e, por conseguinte, incompatível com nosso ordenamento, que tem por base o princípio da culpabilidade.⁵²⁶

⁵²³ “Por el contrario, con la ignorancia deliberada lo que se presenta es una especie de presunción del componente cognitivo del dolo, algo así como ‘si ignoras lo que deberías saber, porque era obvio que cualquiera en tu lugar lo sabría, no te creeré y te trataré como si estuviera probado que sí sabías’. Así que, en definitiva, su utilización no solo debe ser restringida sino en verdad erradicada de cualquier ordenamiento jurídico, a menos que se desee caer en los valles de la responsabilidad objetiva, donde materialmente se condena aun cuando jamás se pruebe el dolo”. (MEJÍA, José María Peláez. Reglas de imputación del delito del blanqueo de capitales en España. Aportes para la atribución del delito de Lavado de Activos en Colombia. In: MEJÍA, José María Peláez (coord.). *Crimen organizado, corrupción y terrorismo*. Análisis dogmático, procesal y criminológico de las instituciones jurídicas para su combate. Colômbia: Universidad Libre y Grupo Editorial Ibáñez, 2017, p. 150).

⁵²⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial: esbozo de una teoría general de los delitos económicos. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 2, p. 57, maio 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2NYiEXn>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁵²⁵ Pelo princípio da *versari in re illicita*, o agente é considerado responsável por todo e qualquer resultado que possa decorrer do risco por ele gerado. (BÜRCEL, 2016, p. 307).

⁵²⁶ A mesma observação é feita por Flavio Antônio da Cruz, o qual argumenta que a teoria encontra correspondência na *versari in re illicita imputatur omnia, quae sequuntur ex delicto*, diante da suposição de que aquele que atue imoral ou ilícitamente deveria ser responsabilizado por todas as consequências de seus atos, ainda

Recorrer-se a um instituto oriundo de doutrina estrangeira, sem um equivalente normativo codificado, apenas para estabelecer um critério mais elástico de imputação subjetiva, em nome da “eficiência” do sistema, não se coaduna com um sistema de garantias próprios do Estado democrático de direito. O alargamento do conceito de dolo eventual, permitindo que sejam punidas a título de dolo condutas em realidade imprudentes, fere o princípio da legalidade, devendo ser rechaçada a aplicação da cegueira deliberada fora de seu sistema e contexto originários.

que indesejados. (CRUZ, Flavio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). *Direito penal econômico* (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 2). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 692).

6 CONCLUSÕES

Após a explanação desenvolvida no trabalho em lume, podemos extrair as conclusões compiladas a seguir:

- a) a “sociedade do risco”, configurada pelo avanço tecnológico e pela globalização, é marcada pelas repercussões desses avanços tanto para o bem-estar da sociedade como, de outro lado, para a criação de novos riscos e a intensificação daqueles já existentes. A imponderabilidade das ameaças atuais intensifica a sensação de insegurança da população amedrontada, que passa a exigir uma crescente intervenção do Estado;
- b) ao lado da inadequação do direito penal para fornecer resposta aos novos riscos, a intensificação da intervenção punitiva é paradoxalmente suscitada como instrumento de contenção da delinquência, do que resulta a criação de inúmeros tipos penais com características bastante questionáveis: o expansionismo penal é marcado pela tutela de bens jurídicos supraindividuais, excessivamente amplos e indeterminados, com frequente recurso a crimes de perigo abstrato, além de constantemente demandar o reposicionamento ou a flexibilização de categorias penais e processuais penais clássicas;
- c) a doutrina se divide entre discursos de afastamento do direito penal frente aos novos riscos e outros que consideram eficaz a resposta estatal por essa via. Hassemer, da “Escola de Frankfurt”, propõe a redução do direito penal a um núcleo central, ao passo que as ameaças surgidas na modernidade seriam solucionadas mediante a criação de um “direito de intervenção”, com garantias e formalidades menos rígidas, mas sem a possibilidade de punições severas como a privação de liberdade;
- d) Silva Sánchez, efetua uma diferenciação no tratamento das novas ameaças de maneira interna ao direito penal, opinando pela criação de um “direito penal de duas velocidades”. Os fatos atingíveis por um direito penal “nuclear”, passíveis de imposição de pena privativa de liberdade, exigiriam o atendimento a todos os princípios político-criminais, enquanto os riscos advindos da globalização poderiam experimentar uma certa flexibilização das garantias penais e processuais, desde que somente admitissem o uso de penas restritivas de direitos e pecuniárias. Uma terceira velocidade, que cumula a pena de prisão e a relativização de princípios, seria restrita a fenômenos excepcionalmente graves e condicionada a um tempo limitado;
- e) a postura modernizadora de Schunemann sustenta a intervenção penal como meio de enfrentamento dos problemas da sociedade pós-industrial e, embora avalie a

necessidade de não descuidar do caráter de *ultima ratio* do ramo, defende a utilização de bens jurídicos coletivos e a mudança de perspectiva da persecução punitiva para que seja também direcionada às classes alta e média. Corcoy Bidasolo, por sua vez, busca compatibilizar a modernização do direito penal com o devido respeito aos princípios da proporcionalidade, da lesividade e do *ne bis in idem*, posicionando-se contrariamente à flexibilização dos institutos e garantias tradicionais do ramo;

- f) a posição pessoal adotada no trabalho em relação ao direito penal no contexto da sociedade de risco alerta para o fato de que o ramo não pode olvidar das novas demandas sociais, mas essa expansão deve atender à efetiva necessidade da intervenção e, ainda, precisa estar acompanhada do respeito aos critérios dogmáticos de imputação e às garantias constitucionais. O expansionismo desenfreado colabora com a ineficácia do direito penal, além de resvalar no recrudescimento punitivo em relação à chamada “delinquência tradicional”, reforçando o uso do sistema punitivo como instrumento dos grupos vulneráveis;
- g) o delito de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, tal como tipificado no artigo 1º da Lei n. 9.613/1998, destaca-se como a principal infração de natureza econômica no direito penal do risco. Tratando-se de um fenômeno de alcance transnacional, diversos diplomas são continuamente elaborados para coordenar a luta contra o mascaramento e, com o intento de atuar preventivamente contra a reciclagem de valores oriundos de infrações penais, as legislações de diversos países colocam os profissionais que atuam nos setores sensíveis como agentes colaboradores na guerra contra a lavagem de capitais. Esse procedimento decorre da constatação de que a fiscalização das operações ilegais não pode ficar unicamente a cargo do Poder Público, mas a progressiva ampliação do rol de entidades obrigadas, tal qual ocorrido com a Lei n. 12.683/2012, não deverá sobrecarregá-las nem eximir o Estado de atribuições que lhe são próprias;
- h) acerca do bem jurídico tutelado pela norma penal da lavagem, conclui-se que as duas principais concepções defendidas na atualidade – as que entendem que o valor protegido pela incriminação da conduta seria a administração da justiça ou a ordem econômica – levantam intensas críticas doutrinárias. A natureza “artificial” dos referidos bens jurídicos representaria uma manifestação da sociedade do risco, mormente no que se refere à perda do caráter fragmentário e subsidiário do direito penal, cuja intervenção somente seria cabível em hipóteses excepcionais e, ainda,

quando o próprio direito econômico não fosse suficiente para conter a prática do ilícito;

- i) a modalidade básica de lavagem consiste na ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos capitais oriundos de infração penal antecedente. A eliminação do elenco taxativo de crimes predicados, a partir da Lei n. 12.683/2012, corrobora o discurso eficientista do direito penal do risco, atraindo problemas relacionados à proporcionalidade por passar a abranger condutas típicas de gravidade bastante inferior ao delito de mascaramento. Ademais, a análise da figura equiparada prevista no §2º, inciso II, do artigo 1º da lei aponta para uma espécie de responsabilização objetiva, permitindo a punição penal ainda que o sujeito não pratique nenhum ato característico do delito de reciclagem;
- j) a pesquisa do elemento subjetivo revela-se de fundamental importância para a caracterização do crime de lavagem, uma vez que esse, em nosso ordenamento, possui natureza exclusivamente dolosa. Dentro de uma concepção teleológica, não seria suficiente a intenção de ocultar ou dissimular o capital maculado, exigindo-se a vontade de utilizar operações diversas para reinseri-lo na economia. A exigência da demonstração do dolo configura uma importante garantia de imputação subjetiva, porém não resolve outras questões ainda pendentes em relação ao delito em estudo;
- k) na perspectiva finalista, a verificação do elemento subjetivo adquire relevância já no plano da tipicidade. Tradicionalmente, diz-se que, pela previsão contida no artigo 18, I, do Código Penal, o dolo no direito brasileiro é composto por um elemento cognitivo (conhecimento) e um elemento volitivo (vontade ou assunção do risco de produzir o resultado típico), pelo que agiria dolosamente o indivíduo que consciente e voluntariamente realize a ação típica;
- l) dentre as inúmeras teorias apresentadas em relação ao elemento subjetivo, observa-se uma tendência atual de afastamento da dimensão volitiva do dolo, considerando suficiente o conhecimento do agente. Nada obstante, questiona-se a flexibilização da citada categoria penal como forma de facilitar a imputação penal de natureza dolosa, especialmente atraente em face de espécies delitivas que, a exemplo da lavagem de dinheiro, não possuem previsão de modalidade culposa;
- m) nada obstante os documentos internacionais indiquem que a prova do dolo pode ser feita por elementos objetivos, reforçando as concepções doutrinárias modernas quanto à adoção de uma perspectiva normativa (e não mais psicológica) para a aferição do elemento subjetivo, constata-se que esse posicionamento não afasta a existência de

problemas em torno da questão probatória. As teorias apresentadas ao longo do trabalho invariavelmente envolvem conceitos e categorias de elevada vagueza e, assim, estão muito distantes de eliminar o risco de decisões arbitrárias, sendo igualmente destacados os perigos da flexibilização do dolo através de institutos como o da cegueira deliberada;

- n) a doutrina majoritária entende que o direito brasileiro adotou um conceito bipartido de dolo, prevendo as modalidades de dolo direto e eventual, respectivamente associadas à teoria da vontade e à teoria do consentimento ou da anuência. Existem sensíveis dificuldades em estabelecer a fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente, o que resulta na criação de diferentes teorias para abordar a temática, seja com enfoque no elemento volitivo do dolo ou através de uma delimitação a partir do elemento cognitivo. A suscitada insuficiência e ineficácia dos critérios apresentados acarreta problemas de ordem prática, sobretudo diante do caráter excepcional dos crimes culposos em nosso ordenamento;
- o) a despeito dos argumentos levantados em sentido oposto, o cabimento do dolo eventual para o cometimento do crime de lavagem traz sérias implicações do ponto de vista político-criminal, dada a fungibilidade do objeto do crime. A ampliação punitiva operada sobretudo pela jurisprudência, mediante o acatamento do dolo alternativo para a caracterização do delito de reciclagem, é uma realidade que deve ser vista com reservas, concluindo-se pela exigência da comprovação de que o acusado atuou com a intenção de expurgar as características ilícitas dos proveitos obtidos de uma infração penal e, assim, reintegrá-los ao mercado legal;
- p) a modalidade imprudente do delito de mascaramento é prevista em outros ordenamentos, mas não encontra correspondência na legislação brasileira. Parte da doutrina defende a criação da figura culposa no intento de servir como alternativa para os casos atualmente enquadrados como hipóteses de cegueira deliberada e punidos de forma mais gravosa, mas a legitimidade dessa imputação é bastante questionada nos países que contemplam tal modalidade delitiva e, ademais, eventual alteração legislativa poderia conduzir a exageros na atribuição do crime, especialmente em relação aos sujeitos que operem nos setores mais sensíveis da economia;
- q) a teoria da cegueira deliberada considera que o agente que intencionalmente não enxerga os elementos objetivos do tipo, beneficiando-se dessa situação, está assumindo e aceitando todas as possibilidades que se originam do ato jurídico do qual participa e, pois, deve responder por suas consequências. Tem-se como certo que a

teoria da cegueira deliberada tem origem em precedentes ingleses, sendo posteriormente difundido nos tribunais norte-americanos e espanhóis;

- r) nos Estados Unidos da América, a *willful blindness* serve para o preenchimento do elemento *knowlegde*, mesmo que o autor não tenha conhecimento do fato ou da circunstância elementar do delito, mas desde que tenha ciência da elevada probabilidade de sua existência, tenha adotado medidas deliberadamente voltadas a evitar tal comprovação e não acredite na inexistência do fato ou da circunstância. Por sua vez, na doutrina espanhola, a *ignorancia deliberada* pode acarretar punições dolosas ou culposas, questionando-se, pois, além da autêntica necessidade de importação da teoria, a falta de uniformização ao tratamento dado pela jurisprudência;
- s) no Brasil, a cegueira deliberada é comumente equiparada ao dolo eventual, sendo cada vez mais frequente sua utilização pela jurisprudência. Apresentados diversos conceitos sobre a teoria, foram destacados os esforços doutrinários e jurisprudenciais – em âmbito nacional e estrangeiro – para a definição de critérios que estabeleçam os casos de ignorância intencional, sendo certo, contudo, que não existe consenso quanto à natureza jurídica do instituto;
- t) as críticas levantadas sobre a teoria da cegueira deliberada estão associadas, dentre outras, à possibilidade de sua utilização como forma de reduzir a carga probatória necessária à condenação do acusado e ao enquadramento da maioria dos casos de ignorância ao conceito de dolo eventual. Fala-se, ademais, na excessiva obscuridade do critério da “alta probabilidade” e na ofensa aos princípios constitucionais da culpabilidade e da legalidade, mormente diante da constatação de que, no ordenamento pátrio, não há como compatibilizar a punição dolosa com situações em que o agente agiu sem conhecimento atual dos fatos;
- u) discorda-se da possibilidade de equiparação entre a cegueira deliberada e o dolo eventual porque, qualquer que seja a teoria adotada em relação ao elemento subjetivo, o dolo no direito brasileiro sempre exige, ao menos, conhecimento acerca dos elementos objetivos da norma incriminadora. Diferentemente do que ocorre em outros sistemas jurídicos que adotaram o instituto, o Código Penal pátrio contempla uma definição legal de dolo, além de estabelecer, em seu artigo 20, *caput*, que o erro invencível exclui a punição dolosa – tudo a demonstrar que os elementos de fato que não são representados pelo agente, ainda que de forma intencional, não podem acarretar nenhuma condenação por crime doloso;

- v) nos casos de lavagem de capitais tem sido cada vez mais recorrente a utilização da cegueira deliberada como meio de preencher o elemento subjetivo. Parte da doutrina nacional afirma que o crime de reciclagem restará configurado, a título de dolo eventual, quando comprovado que o autor do mascaramento deliberadamente optou por permanecer ignorante a respeito da origem dos valores envolvidos em determinada transação, embora pudesse aprofundar o seu conhecimento. Não há, contudo, consenso sobre o tema, tampouco o estabelecimento de critérios claros pelos quais se poderia afirmar que, no caso concreto, o agente atuou de maneira voluntária para não conhecer os fatos;
- w) a jurisprudência se apresenta como protagonista na aplicação da cegueira deliberada no sistema brasileiro, tendo iniciado a importação do instituto no caso do furto ao Banco Central de Fortaleza e, posteriormente, nas discussões travadas ao longo da Ação Penal n. 470, conhecida como “Mensalão”. Foi no âmbito da “Operação Lava Jato”, contudo, que a teoria ganhou força e maior repercussão social e midiática, atraindo também graves críticas doutrinárias quanto aos aparentes objetivos não declarados da aplicação da doutrina da ignorância intencional no ordenamento pátrio;
- x) a importação de uma doutrina desenvolvida no contexto da *common law* trouxe como consequência a indevida equiparação de institutos que, efetivamente, não se assemelham. Para além da comentada impossibilidade de que casos de desconhecimento sejam enquadrados, sem ofensa à legalidade, no conceito de dolo eventual, o próprio cabimento dessa modalidade de imputação subjetiva não é pacífica quanto aos crimes de lavagem de capitais, uma vez que, a rigor, sempre seria possível duvidar da procedência de determinado bem ou capital;
- y) ainda que admitido o dolo eventual nos delitos de mascaramento, não basta a indicação de que existia algum grau de suspeita possível e uma probabilidade alta de que essa suspeita mal investigada por parte do agente poderia configurar uma circunstância relevante à causação do crime. Por óbvio, a condenação na seara penal não se contenta com a simples presunção do elemento subjetivo, claramente incompatível com as garantias constitucionais do estado de inocência e da responsabilidade subjetiva;
- z) a utilização da doutrina ora enfocada revelou-se flexível e, ao mesmo tempo, fértil para a determinação da responsabilidade jurídico-penal, respondendo às demandas da sociedade moderna de maior repressivismo no âmbito dos delitos econômicos. Da forma como vem sendo aplicada pelos nossos tribunais, a teoria promove uma

expansão arbitrária da intervenção penal e transgride o princípio da legalidade, afastando as exigências legais necessárias à imputação dolosa;

- aa) incumbe à acusação obter elementos de prova que permitam afirmar que, nas circunstâncias analisadas, o autor efetivamente tinha dados concretos que o autorizavam a concluir pela origem ilícita dos bens ou valores, não bastando tão somente a alegação de “elevada probabilidade” sobre tal proveniência para justificar aceite ao dolo eventual.
- bb) mesmo as pessoas legalmente obrigadas aos deveres de fiscalização e comunicação previstos na Lei n. 9.613/1998, instadas a adotar uma postura mais atenta em razão de atuarem em setores e atividades que podem ser utilizados no processo de lavagem, são submetidas à responsabilização administrativa em caso de descumprimento dessas obrigações. De igual forma, a tentativa de enquadrar os casos de cegueira deliberada como hipóteses de omissão penalmente relevante não se revela correta, seja porque a figura do garantidor não pode ser presumida, seja porque o sujeito que não aprofundou o seu conhecimento acerca dos fatos não assume automaticamente a obrigação de evitar a prática de quaisquer crimes que deles possam resultar;
- cc) em sua formulação original, a cegueira deliberada é proposta como substituto da exigência de conhecimento como critério de imputação. Entretanto, no Brasil, a teoria parece constituir mais um instrumento do direito penal do risco para evitar a indesejada impunidade, assegurando que condutas negligentes sejam punidas a título de dolo, especialmente em relação aos crimes cometidos com culpa consciente e que, contudo, não possuem previsão dessa modalidade delitiva.
- dd) valer-se a um instituto oriundo de doutrina estrangeira, sem um equivalente normativo codificado, apenas para facilitar condenações por delitos de lavagem de capitais, não se coaduna com um sistema de garantias próprios do Estado democrático de direito. Por tal razão se defende que a teoria da cegueira deliberada não pode ser aplicada no ordenamento nacional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O controle penal no capitalismo globalizado. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). *Teoria geral da tutela penal transindividual* (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ARAS, Vladimir. Estamos quase lá: a nova lei de lavagem. *Blog do Vladimir*, 8 de junho de 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/4rqo2q>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.411, 13 maio 2007. Disponível em: <<https://goo.gl/4kM5Ai>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

AROUCK, Vinicius. A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. *Empório do Direito*, 8 jul. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2JAtLpO>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

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

BALTHAZAR, Ricardo. Teoria da “cegueira deliberada” ampara condenações na Lava Jato. *Folha de São Paulo*, 28 dez. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/bDEAGM>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/1998*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BECK, Francis. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in) aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, n. 41, pp. 45-68, set. 2011.

BECK, Ulrich. “Momento cosmopolita” da sociedade de risco. Tradução de Germana Barata e Rodrigo Cunha. *ComCiência*, Campinas, n. 104, 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/RXRr75>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. *O que é globalização? Equívocos do globalismo; respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BEM, Leonardo Schmitt de. Dolo eventual e culpa consciente. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 36, p. 85-98, jan.-mar. 2010.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2012.

BOTTINI, Pierpaolo. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. *Consultor Jurídico*, 30 jul. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2ssrwLA>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

BRASIL. Presidência da República. Divisão de Atos Internacionais. *Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena – Áustria, 20 de dezembro de 1988). Disponível em: <<https://goo.gl/9Chk3P>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Presidência da República. Divisão de Atos Internacionais. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <<https://bit.ly/2AQEPH1>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

_____. Presidência da República. Divisão de Atos Internacionais. *Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <<https://goo.gl/zWJ1Cw>>. Acesso em: 5 mar. 2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado – PLS 236, de 2012*. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<https://goo.gl/pbMt5A>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Penal n. 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 24, 26 e 27 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/ZJeXiv>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Penal n. 694. Relatora: Ministra Rosa Weber. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, DF, 2 de maio de 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2uXT4fA>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). *Apelação Criminal 5001945-68.2013.404.7004*. Sétima Turma, Relator para Acórdão Ricardo Rachid de Oliveira. Brasília, juntado aos autos em 25 de fevereiro de 2015.

BÜRGEL, Leticia. Análise crítica da aplicação da teoria da cegueira deliberada na Ação Penal nº 470. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Direito penal econômico e empresarial: estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CABANA, Patricia Faraldo. Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal Español de 1995. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los

Abogados y Asesores Fiscales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, vol. LIX, 2006.

CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004.

_____; WEBER, Ariel Barazzetti. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 133, p. 17-35, jul. 2017.

_____; _____. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

CÂMARA, Isabela Tarquínio Rocha. O tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, ano 26, n. 141, p. 61-92, mar. 2018.

CANESTRARI, Stefano. La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo. *Ius et Praxis*, Talca, v. 10, n. 2, p. 59-95, 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2kxqFor>>. Acesso em: 29 maio 2018.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doutrinales y jurisprudenciales). *Iustitia*, Universidad Santo Tomás Bucaramanga, n. 8, p. 59-86, 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2HpHi2z>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

CARDOSO, Débora Motta. A lavagem de dinheiro culposa frente aos excessos punitivos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 109-118. Disponível em: <<https://goo.gl/GN2Bo6>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

CARRILLO, Armando Sánchez Málaga. *Concepto y delimitación del dolo*. Teoría de las condiciones para el conocimiento. Tese – Universitat de Barcelona. Barcelona, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2Hd6k53>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. El dolo: ¿fenómeno espiritual o atribución normativa? *Thēmis - Revista de Derecho*, Lima, n. 68, p. 61-75, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2s8pMq7>>. Acesso em: 21 maio 2018.

CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto em el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 10, p. 47-72, 2002. Disponível em: <<https://goo.gl/zrCmos>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

CORCOY BIDASOLO, M. Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales, *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidade Viña del Mar, n. 8, p. 46-47, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/iJm8SH>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

_____. Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho penal mínimo. In: MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal del siglo XXI* (Cuadernos de Derecho Judicial; v. VIII-2007). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2008.

COSTA, Gerson Godinho. O tipo objetivo da lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (org.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APn 470*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230, jan.-fev. 2014.

COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea; v. 3). São Paulo: Atlas, 2015.

CRUZ, Flavio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). *Direito penal econômico* (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 2). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. A crise da modernidade e as suas consequências no paradigma penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, São Paulo, ano 9, n. 98, Editorial, jan. 2011.

DE GRANDIS, Rodrigo de. O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I – questões fundamentais; a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal; Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. Tradução e notas de Paulo César Busato. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DÍAZ, María José Jiménez. Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 16, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/Kdi19M>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

ESPINAR, Jose Miguel Zugaldia. La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 39, n. 2, p. 395-422, 1986. Disponível em: <<https://bit.ly/2GUgxPy>>. Acesso em: 27 maio 2018.

ESTELLITA, Heloísa. Criminalidade econômica traz desafios para dogmática penal. *Consultor Jurídico*, 30 abr. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2mi29IU>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

_____. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial: esbozo de una teoría general de los delitos económicos. *InDret. Revista para el Análisis del. Derecho*, Barcelona, n. 2, maio 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2NYiEXn>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

_____. La distinción entre dolo e imprudencia em los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 65, Madrid, Edersa, p. 269-364, 1998.

_____. La teoria de la ignorância deliberada em Derecho penal: uma peligrosa doctrina jurisprudencial. *InDret. Revista para el Análisis del. Derecho*, Barcelona, n. 3, jul. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2sPqc4L>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

_____. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. Tradução de Bruna Abranches Arthidoro de Castro. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 7, p. 23-61, maio-ago. 2011.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. *Comentários críticos à Lei brasileira de lavagem de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GELABERT, Tomeu Sales. *Democracia y tecnología en la sociedad del riesgo*. Anais do 43º Congresso de Jovens Filósofos, Palma de Mallorca, 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/8tEb6Y>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de “branqueamento” de capitais: introdução e tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001.

GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

_____. Comentario ao artículo de Ramón Ragués. *Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Buenos Aires, EdiUNS, dez. 2013, p. 67-77. Disponível em: <<https://bit.ly/2Hf57WF>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

_____. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS et al. (coords.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de Direito e Filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Roxin. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 20, p. 211-283, 2001. Disponível em: <<https://bit.ly/2Lig7G9>>. Acesso em: 12 maio 2018.

GUIMARÃES, Cláudio A. G.; REGO, Davi Uruçu. Funções dogmáticas e legitimidade dos tipos penais na sociedade de risco. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). *Teoria geral da tutela penal transindividual* (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUIVANT, Julia S. *A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia*. Disponível em: <<https://goo.gl/aDL8y8>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

HAMDAMI, Assaf. *Mens rea and the cost of ignorance*. 93 Virginia Law Review, 415, 2007. Disponível em: <<https://bit.ly/2JtsIIB>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, p. 144-157, fev.-mar. 2003.

_____. Los elementos características del dolo. Tradução de María del Mar Díaz Pita. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, p. 909-931, 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/2GZtMiS>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en el derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

HEFFERNAN, Margareth. *Wilful blindness: why we ignore the obvious at our peril*. Nova Iorque: Walker & Company, 2011.

HERZOG, Félix. Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo. Tradução de Enrique Anarte Borralló. *Revista Penal*, n. 4, p. 54-57, 1999. Disponível em: <<https://goo.gl/oRZdsj>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el derecho penal em peligro. Tradução de Elena L. Pijoan e Fernando P. Alvarez. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, p. 317-328, 1993. Disponível em: <<https://goo.gl/CwyZC1>>. Acesso em: 2 mar. 2018.

JAKOBS, Günther. *El Derecho penal como disciplina científica*. Tradução de Alex van Weezel. Navarra: Civitas, 2008.

KAENEL, Frans J. von. Willful blindness: a permissible substitute for actual knowledge under the money laundering control act? *Washington University Law Quarterly*, v. 71, p. 1.189-1.1216, 1993. Disponível em: <<https://bit.ly/2JiZKM0>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

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: <<https://bit.ly/2Lht1U5>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Volume único. 4a ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

LUBAN, David. Contrived ignorance. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, v. 87, p. 957-980, 1999. Disponível em: <<https://goo.gl/Wcc2An>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada "cegueira deliberada"*. Tese (Tese em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2Lkn1tJ>>. Acesso em: 23 maio 2018.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Tradução de Javier Torres Nafarrate (coord.). México: Universidad Iberoamericana, 2006.

MACHADO, Érica B. L. do Amaral. A teoria dos bens jurídico-penais e o direito penal moderno: uma releitura a partir dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, pp. 166-178, jul.-dez. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/KjrETZ>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MANRIQUE, María Laura. ¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia. *Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Buenos Aires, EdiUNS, p. 79-100, dez. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2Hf57WF>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. Ignorancia deliberada y responsabilidad penal. *Isonomía*, México, n. 40, p. 163-195, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2JD84Cg>>. Acesso em: 31 maio 2018.

_____. Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto. *DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 30, p. 415-434, 2007. Disponível em: <<https://bit.ly/2xf9PEi>>. Acesso em: 25 maio 2018.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. Tradução e notas de Paulo César Busato. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Luiza Farias. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. *Revista de Estudos Criminais*, ITEC/RS, n. 55, p. 135-162. out.-dez. 2014.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. Tomo 1 – teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. 7. ed. Tradução de Jorge B. Genzsch e Enrique A. Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

MEJÍA, José María Peláez. Reglas de imputación del delito del blanqueo de capitales en España. Aportes para la atribución del delito de Lavado de Activos en Colombia. In: MEJÍA, José María Peláez (coord.). *Crimen organizado, corrupción y terrorismo*. Análisis dogmático, procesal y criminológico de las instituciones jurídicas para su combate. Colômbia: Universidad Libre y Grupo Editorial Ibáñez, 2017, p. 51-163.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Direito penal: sistemas, códigos e microssistemas jurídicos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. Microsistemas jurídico-penais e a lavagem de dinheiro – Aspectos da Lei 9.613/98. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, ano 4, v. VI, p. 327-344, jun.-dez. 1999.

_____; HERNANDES, Camila Ribeiro. O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada: compatibilidade no direito penal brasileiro? *Conpedi Law Review*, Braga – Portugal, v. 3, n. 2, pp. 441-461, jul.-dez. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2Nwqya1>>. Acesso em: 3 mar. 2018.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Exposição de Motivos n. 692/MJ*, de 18 de dezembro de 1996, publicada no Diário do Senado Federal de 25 de novembro de 1997. Disponível em: <<https://goo.gl/LtXeno>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.

_____. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Claudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

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

MOSER, Manoela Pereira. A teoria da cegueira deliberada no direito penal econômico. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, ano 52, Brasília, n. 108, v. 2. p. 166-182, jan.-jun. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2t0kRZt>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

MOYANO, Pedro Hernán. Las implicancias de la ignorancia deliberada en el tipo penal. *Revista Pensamiento Liberal*, 22 ago. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2laA4CW>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La herencia de Franz von Liszt. *Revista de Derecho Penal e Procesal Penal*, Buenos Aires, fasc. 1, p. 22-35, 2011.

NEISSER, Fernando; SYDOW, Spencer Toth. Cegueira deliberada só pode ser aplicada se preencher oito requisitos. *Consultor Jurídico*, 14 jun. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2loe9Z4>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. *A neosseletividade do sistema penal: a lei de lavagem de capitais como uma demonstração da vulnerabilidade do criminoso de colarinho branco. Uma aproximação entre a dogmática e os aspectos criminológicos*. Tese (Tese em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2lQLsnH>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

_____. *Lavagem de capitais: (dis)funções político-criminais no seu combate*. Salvador: JusPodivm, 2011.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). *Direito penal da administração pública* (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 4). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” e do “subjetivo” en el tipo penal. Hacia la “exteriorización de lo interno”*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2014.

PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. *Crime de poluição: uma resposta do direito penal aos novos riscos*. Curitiba: Juruá, 2010.

PRADO, Luiz Regis. Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). *Direito penal da administração pública* (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 4). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Rodrigo Leite. O controle penal da lavagem de dinheiro – Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Tradução de Helga Sabotta de Araújo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas - RBCCrim*, v. 12, n. 47, p. 31-45, mar.-abr. 2004.

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

QUIRK, Peter J. Money laundering: muddying the macroeconomy. *Finance & Development*, ano 1, vol. 34, mar. 1997. Disponível em: <<https://goo.gl/GBTfHq>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, jul. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/1pK3eqn>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

_____. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Jose Maria Bosh Editor, 1999.

_____. *La ignorancia deliberada em Derecho penal*. Barcelona: Atelier Libros Juridicos, 2007.

_____. La responsabilidad penal del testaferrero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, jul. 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2kEGKJ3>>. Acesso em: 31 maio 2018.

_____. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. *Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Buenos Aires, EdiUNS, p. 11-37, dez. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2Hf57WF>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

RIOS, Rodrigo Sanchez. Alterações na lei de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas – IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 237, p. 3, ago. 2012.

ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 81, n. 2, p. 191-234, 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/2J8Km4M>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

ROBINSON, Paul H.; DUBBER, Markus D. The American Model Penal Code: a brief overview. *New Criminal Law Review*, vol. 10, n. 3, p. 319-341, 2007. Disponível em: <<https://bit.ly/2sLaDfk>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general; tomo I – Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Tradução e notas de Diego-Manuel L. Penã, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARCH, Alexander F. Willful ignorance, culpability, and the criminal law. *St. John's Law Review*, v. 88, n. 4, p. 1023-1102, 2014 Disponível em: <<https://goo.gl/SDQdgE>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

SCHUNEMANN, Bernd. *¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los limites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*. (Coleção Cadernos de Conferências e Artigos; n. 38). Tradução de Ángela de la Torre Benítez. Bogotá: Editorial Universidad del Externado de Colombia, 2007.

_____. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: SCHUNEMANN, Bernd. *Obras* – v. 1. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

_____. De un concepto filológico a um concepto tipológico del dolo. Tradução de Mariana Sacher. In: SCHUNEMANN, Bernd. *Obras* – v. 1. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

_____. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Introdução, tradução e notas de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

_____. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tradução de Lourdes Baza. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais* [Série as Ciências Criminais no Século XXI; v. 11]. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. El derecho penal ante la globalizacion y la integracion supranacional. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). *Teoria geral da tutela penal transindividual* (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 5, p. 85-115, set.-dez. 2010.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCrim*, v. 12, n. 46, p. 73-93, jan.-fev. 2004.

SILVA, Robson A. Galvão; LAUFER, Christian. A cegueira deliberada na lava-jato. *Empório do Direito*, 15 nov. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2LUDdD6>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

SILVA, Thiago Minetti A.; BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 104, n. 957, p. 203-256, jul. 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 255-280, ago. 2016.

_____. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SOL, Inés Sandro. *La ignorancia deliberada del derecho penal: ¿dolo o culpa? “La mejor manera de no saber, es no querer saber”*. Tesinas de Belgrano; 505. Universidad de Belgrano – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2Mn5EZD>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

SOTOMAYOR, Juan. Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano. *Política criminal*, Chile, v. 11, n. 22, p. 675-703, dez. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2EoCWDq>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

STAECHELIN, Gregor. ¿Es compatible la ‘prohibición de infraprotección’ con una concepción liberal del Derecho penal? In: CASABONA, Carlos M. Romeo (coord.). *La insostenible situación del Derecho penal* (Estudios de Derecho Penal). Granada: Editorial Comares, 2000.

SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

TARUFFO, Michele. *Simplymente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TEORIA da cegueira deliberada é aplicável a ilícito administrativo. *Consultor Jurídico*, 20 abr. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2LBQ5wG>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

_____. Sobre a proposta alternativa da parte geral do Código Penal: uma contraproposta para a redação do art. 18. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, São Paulo, ano 26, n. 303, p. 9-10, fev. 2018.

VON LIZST, Franz. *Tratado de direito penal alemão*, vol. I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial; Superior Tribunal de Justiça, 2006.
WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 39, p. 133-168, 2011.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro – segundo volume: teoria do delito; introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, E. Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 13-23, out.-dez. 1997.

ZILIO, Jacson. Apresentação verbal. *V Congresso Internacional do Observatório da Mentalidade Inquisitória*. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Curitiba, dias 26 e 27 de abril de 2018.