

TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA: REFLEXÕES SOBRE SUA APLICAÇÃO AOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

THE WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE: REFLECTIONS
ON ITS APPLICATION TO THE MONEY LAUNDERING

LUCAS NACUR ALMEIDA RICARDO

Pós-graduando

Universidade Cândido Mendes, Brasil

lucas_nar@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo propõe uma abordagem crítica sobre a Teoria da Cegueira Deliberada. Para tanto, faz-se uma análise dos aspectos jurídico-penais de sua aplicação nos crimes de lavagem de capitais, tendo em vista sua crescente utilização em âmbito nacional, especialmente em casos de grande visibilidade e repercussão político-social, como, por exemplo, a “Operação Lava Jato”. Metodologicamente, privilegia-se a revisão bibliográfica, com o intuito de analisar sua precisão técnica, bem como apresentar os critérios mais aceitos para a recepção da referida teoria por parte da doutrina e jurisprudências pátrias. Ademais, busca-se demonstrar a inequívoca proximidade entre o conceito de dolo eventual e de culpa consciente, atentando-se para o fato de não haver, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão legal para o crime de lavagem de capitais na modalidade culposa. Finalmente, serão verificadas as repercussões da utilização dessa teoria na atualidade, por meio de um viés dogmático-jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: lavagem de capitais; teoria da cegueira deliberada; dolo eventual; culpa consciente; tipicidade.

ABSTRACT: The present article intends to present a critical approach concerning the “willful blindness” doctrine. In pursuance of said intent, an analysis will be conducted, in regard to legal-criminal aspects of said doctrine, primarily concerning its operation on money laundering cases, given its increasing implementation countrywide, especially in high-profile cases, in terms of visibility and social/political repercussion, such as the operation known as “Lava-Jato” or “Car Wash”. As far as methodology is concerned, bibliographical review will be favored, so as to provide for an analysis on the technical accuracy of its employment, as well as establishing generally accepted parameters, comprising Brazilian legal writers and courts, in relation to importing said doctrine. Furthermore, this study seeks to demonstrate the undeniable proximity between the concepts of oblique intent and subjective recklessness, highlighting the fact that there is no legal provision whatsoever criminalizing involuntary money laundering in Brazilian Law. Finally, there will be an investigation on the reflexes of adopting that doctrine in the present scenario, always through a legal-dogmatic view.

KEYWORDS: money laundering; willful blindness doctrine; oblique intent; subjective recklessness; legality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Teoria geral do delito: breves considerações. 2.1. Evolução do conceito de tipicidade. 2.2 Conceito de crime. 2.3. Teorias do dolo. 2.4. Conceito de culpa.

2.5. Dolo eventual x culpa consciente: teoria da vontade. 3. Do crime de lavagem de capitais. 4. Casos emblemáticos na jurisprudência pátria. 5. Reflexões sobre a recepção da teoria. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho tem por finalidade analisar, sob o aspecto jurídico-penal, a Teoria da Cegueira Deliberada aplicada aos crimes de lavagem de capitais, tendo em vista sua crescente utilização em âmbito nacional, em especial, em casos de grande visibilidade e repercussão político-social, como, por exemplo, a Ação Penal 470, conhecida como “Mensalão” e a “Operação Lava Jato”.

Primeiramente, será traçado um panorama geral dos conceitos de fato típico, com enfoque nos elementos subjetivos, de dolo (direto e eventual), culpa (inconsciente e consciente) e, também, o conceito analítico de delito admitido no Brasil, que é definido nos termos da Teoria Finalista da Ação, passando-se, após, à análise do crime de lavagem de capitais.

Em seguida, será explicado o conceito de crime de lavagem de capitais a partir de revisão bibliográfica sobre o tema; e será analisada a evolução da lei antilavagem de capitais no Brasil - Lei 9.613 de 1998, alterada pela Lei 12.683 de 2012.

Outrossim, serão analisados alguns casos emblemáticos na jurisprudência pátria, tendo sempre em mira o viés dogmático-jurídico, sem esquecer, obviamente, das peculiaridades do cenário político-econômico e social, de forma a demonstrar a sua utilização e, também, as suas limitações ao ser aplicada em casos concretos.

Ao final, objetiva-se propor uma reflexão séria sobre a recepção da Teoria da Cegueira Deliberada pelo Brasil, tendo em vista o tênue limiar entre os conceitos de culpa consciente e dolo eventual, conceitos estes que serão trabalhados no decorrer do presente artigo.

2. Teoria geral do delito: breves considerações

Para que se possa aventar os limites dogmáticos à aplicação da teoria da cegueira deliberada no Brasil, especialmente em relação aos delitos previstos na Lei 9.613 de 1998, é imperioso remontar a alguns conceitos básicos de Direito Penal, em especial, o conceito analítico de crime, que possibilitará o aprofundamento das categorias analíticas e permitirá, por meio da análise da tipicidade, revisitar os limites entre o dolo eventual e culpa consciente, já que a principal dificuldade para a aplicação da mencionada teoria decorre das dificuldades de caracterização dos aspectos subjetivos da conduta à luz dos casos concretos.

2.1. Evolução do conceito de tipicidade

No início do século XX, a noção de tipicidade como categoria sistemática autônoma foi desenvolvida por Beling (BITENCOURT, 2014, p. 339), tendo ocorrido a partir daí uma completa revolução do que se entende hoje como Direito Penal.

De acordo com Tavares:

A noção de tipo veio a revolucionar inteiramente o Direito Penal [...] depois disso todas as construções sistemáticas do delito partem inquestionavelmente de seu pressuposto. [...] com o conceito de tipo que se tornou possível a formulação do conceito analítico de delito. (TAVARES, 1980, p. 21.)

Bitencourt (2014, p. 339) atribui como maior feito de Beling transformar a tipicidade em elemento independente da anti-juridicidade e da culpabilidade.

Invocando os ensinamentos de Asúa (1958, p. 238), o conceito de “tipo” perpassa por quatro diferentes fases: 1ª) Fase

da independência; 2ª) Fase da *ratio cognoscendi* da antijuridicidade; 3ª) Fase da *ratio essendi* da antijuridicidade; 4ª) Fase defensiva; sendo possível, ainda, incluir uma quinta, que seria definida nos termos da teoria finalista da ação, proposta por Welzel.

Na primeira fase mencionada (também conhecida por Teoria Causalista, Causal Naturalista, Clássica, Naturalística ou Mecanicista), embora independente, o tipo penal tinha função meramente descritiva, ou seja, limitava-se a descrever a conduta a ser subsumida à norma incriminadora. Os elementos subjetivos, culpa e dolo, para essa teoria, eram analisados apenas na culpabilidade.

Em seguida, na fase da *ratio cognoscendi* da antijuridicidade¹, passa-se a admitir a tipicidade como um indício de antijuridicidade. Percebe-se que ambas não se confundem, trata-se apenas de indícios da existência desta quando presente aquela.

Já na terceira fase, chamada de “fase da *ratio essendi* da antijuridicidade” (conhecida também como Teoria Neokantista ou, ainda, Causal-valorativa), Mezger, em 1931, por meio da publicação de seu *Tratado de Direito Penal*, passa a difundir a teoria bipartite do conceito de crime. Nas palavras de Asúa (1958, p. 238): “*en la concepción de Mezger la tipicidad és mucho más que ratio cognoscendi de la antijuricidad, llegando a constituir la base real de ésta, es decir, su ratio essendi*”. Ou seja, quando um fato fosse típico, necessariamente seria antijurídico.

Após, em 1930, Beling reformula sua tese, conservando, todavia, a tipicidade como elemento independente e au-

1 Essa segunda fase surge em 1915, a partir da obra “*Tratado de Direito Penal*”, de autoria de Max Ernest Mayer.

tônomo em relação à antijuridicidade. Em sua nova obra, chamada *Die Lehre von Tatbestand* - ou *La teoría del tipo*, conforme menciona Asúa (1958, p. 239) - o autor estabelece interessante distinção entre “tipo de delito” (ou *Delikttypus*) e “figura reitora” (ou *Leitbild*). O primeiro trata-se de figura meramente descritiva, isto é, sem valoração jurídica, enquanto o segundo remete a um “modelo conceitual extraído do acontecimento externo.” (BITENCOURT, 2014, p. 343).

Finalmente, com o surgimento do Finalismo, concebido por Welzel, o dolo/culpa, elementos subjetivos do delito, passam a integrar a própria tipicidade. Em palavras diversas, tais elementos deixam de constituir a culpabilidade (terceiro elemento do crime), para caracterizar o fato típico em si. Para a doutrina tradicional, esse foi o modelo adotado pelo nosso Código Penal.

2.2. Conceito de crime

Como se sabe, o conceito analítico de crime, adotado majoritariamente no Brasil, consubstancia-se na noção de que somente será considerada criminosa a conduta típica, ilícita e culpável - “Teoria Tripartite”. Presentes tais substratos, surge para o Estado o *jus puniendi*, que é o direito de punir (punibilidade). Ausentes, não há que se falar em crime. Discorrer sobre todos os aspectos desse complexo edifício que subjaz a teoria do delito, fugiria aos limites deste estudo. Assim, passa-se a abordar os pontos mais nevrálgicos do conceito analítico de crime em relação à Teoria da Cegueira Deliberada.

2.3. Teorias do dolo

Estabelecida a definição de tipicidade, em especial, a imprescindibilidade da presença dos elementos subjetivos para a sua caracterização, bem como definido o atual con-

ceito analítico de crime - fato típico, ilícito e culpável -, faz-se necessária a caracterização do dolo. Somente a partir do conhecimento sobre as teorias do dolo é que será possível compreender a Teoria da Cegueira Deliberada, procurando definir claramente suas limitações e sua correta - ou impossibilidade de - aplicação.

A redação do artigo 18, I, do Código Penal Brasileiro, adota, expressamente, a teoria da vontade, em relação ao dolo direto, e a do assentimento, para os casos de dolo eventual.

De acordo com Bitencourt (2014, p. 380), para a teoria clássica, também chamada de teoria da vontade, dolo é tido como vontade consciente de querer praticar a infração penal. Já para a teoria do consentimento (ou assentimento) o dolo surge sempre que o sujeito ativo possuir a previsão do resultado possível e decidir prosseguir com a conduta, assumindo o risco de atingir o resultado previsto.

2.4. Conceito de culpa

Embora o Código Penal não tenha a previsão nesse sentido, existem duas espécies de culpa amplamente discutidas pela melhor doutrina. A primeira é a culpa inconsciente (sem representação), que é a ação sem previsão do resultado previsível, a também chamada de “culpa *ex ignorantia*”. Ou seja, aqui o sujeito ativo atua sem representar o perigo existente em sua conduta. Embora exista a possibilidade de previsão do resultado, o agente deixa de prevê-lo por desatenção ou mesmo desleixo.

A segunda é a culpa consciente (com representação), também chamada de culpa com previsão. Aqui o sujeito ativo sabe do perigo presente em sua conduta, ou seja, existe a previsibilidade, contudo este age com inobservância de seu dever de cuidado, acreditando fielmente que o resultado não se concretizará.

Segundo Bittencourt, “a previsibilidade é o elemento identificador das duas espécies de culpa. A imprevisibilidade desloca o resultado para o caso fortuito ou força maior, retirando-o da seara do Direito Penal”. (2014, p. 382).

2.5. Dolo eventual x culpa consciente: teoria da vontade

Como se verá no decorrer deste trabalho, o limiar entre a culpa consciente e o dolo eventual é deveras tênue. Ambos possuem como pressuposto a ocorrência da previsibilidade combinada com a representação (ou previsão) do resultado, de forma que a grande diferença reside justamente na aceitação ou não da possibilidade de produção do resultado.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli, o dolo eventual

[...] é a conduta daquele que diz a si mesmo ‘que aguente’, ‘que se incomode’, ‘se acontecer, azar’, ‘não me importo’. [...] aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 498).

Em outras palavras, o agente, embora preveja o resultado, aceita o risco da sua produção.

Já na culpa consciente, o agente prevê, mas acredita sinceramente na sua não ocorrência, de modo que não assume o risco, sendo certo que caso acreditasse na produção do resultado, teria deixado de praticar a conduta.

De acordo com Bittencourt (2014, p. 385), existem duas teorias que procuram distinguir as figuras mencionadas alhures, a Teoria da Probabilidade e a Teoria da Vontade. Para a primeira, basta a representação do resultado como provável, de

forma a admitir sua ocorrência, para configuração do dolo eventual. Já para a segunda, que é a adotada no ordenamento jurídico brasileiro, além da representação do resultado como provável, é necessário o elemento volitivo, isto é, o querer do agente em assumir os riscos de produção do resultado.

Nesse sentido, destaca o autor:

[...] a distinção entre dolo eventual e culpa consciente resume-se à aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado. Persistindo a dúvida entre um e outra, dever-se-á concluir pela solução menos grave, qual seja pela culpa consciente, embora, equivocadamente, não seja essa a orientação adotada na praxis forense (BITTENCOURT, 2014, p. 386).

Feitos tais esclarecimentos necessários, passa-se agora a analisar o que são os crimes de lavagem de capitais e, em seguida, como a jurisprudência pátria vem aplicando a Teoria da Cegueira Deliberada.

3. Do crime de lavagem de capitais

De acordo com Stessens (apud BRASILEIRO, 2017, p. 473), em sua obra *Money Laundering: a new international law enforcement model*, a expressão “lavagem de dinheiro”² constitui-se importação do termo em inglês *money laundering*, que tem sua origem nos Estados Unidos da América.

A expressão surgiu na década de 1920, em Chicago, ocasião em que lavanderias estavam sendo utilizadas por *gangsters* para dissimular a origem ilícita de seus proventos.

2 Expressão internacionalmente conhecida como: *Geldwaschen*, em alemão; *blanchiment d'argent*, em francês; *blanqueo de capitales*, em espanhol ou, *riciclaggio di denaro sporco*, em italiano.

Barros (2012, p. 47) define lavagem como método por meio do qual uma ou mais pessoas - ou organizações criminosas - processam os proventos financeiros e patrimoniais decorrentes de suas atividades ilícitas. Dessa maneira, lavagem consiste na ocultação e dissimulação de incorporação de bens e valores ilícitos na economia, com o objetivo de lhes dar aspecto de lícito.

O Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro - GAFI (ou *Financial Action Task Force* - FATF)³, divide o *iter criminis* do crime de lavagem de capitais em três fases independentes: *placement*, *layering* e *integration*. Na primeira fase, o dinheiro ilícito é inserido no sistema financeiro, dificultando o rastreamento de sua origem. Em seguida, é feita a dissimulação, conhecida como *layering*. Nesta segunda fase, são realizados subseqüentes negócios jurídicos e movimentações financeiras, com a finalidade de impossibilitar a reconstrução do caminho percorrido pelo dinheiro. Finalmente, na terceira fase, ocorre a integração dos valores ao patrimônio lícito do sujeito ativo e, por consequência, ao sistema econômico (*integration*). Veja-se que não é por acaso que o bem jurídico⁴ tutelado, de acordo com a doutrina majoritária (LIMA, 2017, p. 481), é a ordem socioeconômica.

É sabido que a finalidade precípua do crime de lavagem de capitais é desencorajar a prática de infrações penais, de modo a tornar inverídica a famosa expressão de que o crime compensa. Entretanto, não é possível punir todos aqueles que se beneficiam do capital ilícito. Como se verá abaixo, para ser responsabilizado penalmente, é necessário que exista, ao me-

³ The Financial Action Task Force (FATF) é um órgão intra-governamental fundado em 1989 e que tem como objetivo estabelecer padrões e promover implementações efetivas no combate à lavagem de dinheiro e outras ameaças ao sistema financeiro internacional. (fonte: <http://www.fatf-gafi.org/about/>).

⁴ Claus Roxin, em sua obra *Derecho Penal* (Lisboa: Vega 3ª edição, 1998, p. 61) conceitua bem jurídico como “*bien vital reconocido socialmente como valioso*”.

nos, dolo direto ou eventual. A conduta culposa nesses casos é atípica, por ausência de previsão legal, conforme previsto no artigo 18, parágrafo único, do Código Penal.

Lima (2017, p. 505) afirma que, em regra, os crimes dolosos admitem tanto o dolo direto como o eventual, não havendo nenhuma enumeração específica para este último. Sob tal argumento, como já dito, predomina o entendimento de que, para além do dolo direto (inquestionável), basta o agente ter ciência da probabilidade de os valores ou bens envolvidos em uma transação serem de origem ilícita, assumindo os riscos da ocorrência do resultado delitivo, para que ocorra a subsunção à norma incriminadora, na modalidade dolo eventual.

Tal entendimento pode ser aduzido a partir da interpretação literal que se faça da Lei 9.613 de 1998. A partir da mudança sofrida em 2012, pela Lei 12.683 de 2012, além do rol taxativo de crimes antecedentes - agora suprimido do artigo 1º, de modo a permitir que seja qualquer “infração penal” -, também foi removida a expressão “que sabe serem provenientes” do artigo 1º, §2º, I. Atualmente, após a alteração citada, o inciso I do artigo 1º, §2º, passou a vigorar da seguinte maneira: “I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal.” (BRASIL, 1998).

Assim, não há dúvidas de que, por meio das inovações, a intenção do legislador foi, justamente, expandir a punição dos crimes de lavagem de capitais, incluindo a responsabilização a título de dolo eventual.

A única exceção, isto é, que não admite o dolo eventual, é o delito previsto no artigo 2º, II, que continua a exigir a presença do conhecimento - ou seja, não basta existir a previsibilidade do resultado, deve haver o dolo direto, já que carrega em sua descrição típica a expressão “tendo conheci-

mento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.” (BRASIL, 1998). A conduta culposa permanece atípica, um irrelevante penal.

4. Casos emblemáticos na jurisprudência pátria

Também conhecida como *The Ostrich Instruction Doctrine* (Doutrina das Instruções da Avestruz), *Conscious Avoidance Doctrine* (Doutrina da Evitação da Consciência) ou mesmo *Willful Blindness Doctrine* (Teoria da Cegueira Deliberada), trata-se de uma construção, por meio de elementos de evidência objetivos, que visa aferir o grau de conhecimento, e consequentemente de dolo, com que atua o agente em determinada situação.

De acordo com Robbins:

O tribunal pode identificar com propriedade a cegueira deliberada somente quando possa ser dito que o acusado realmente sabia. Ele suspeitou do fato; visualizou a probabilidade; mas ele absteve-se de obter a confirmação final porque buscava, na ocasião, poder negar ter o conhecimento. Isso, e apenas isso, é cegueira deliberada. (WILLIANS, 1990 apud ROBBINS, 1990, tradução nossa⁵).

No mesmo sentido é a posição de Vallés:

Em termos gerais, esta doutrina sustenta a equiparação, quanto aos efeitos de atribuir responsabilidade subjetiva, entre os casos de conhecimento efetivo dos elementos objetivos que configuram uma conduta delitiva e aqueles casos de desconhecimento intencionado ou buscado com

5 Versão original: “A court can properly find willful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realized its probability; but he refrained from obtaining the final confirmation because he wanted in the event to be able to deny knowledge. This, and this alone, is wilful blindness”.

respeito a esses elementos. Tal equiparação se baseia na premissa de que o grau de culpabilidade que se manifesta em quem conhece não é inferior ao daquele sujeito que, podendo e devendo conhecer, prefere manter-se na ignorância (VALLÉS, 2008, p. 14-15, tradução nossa⁶).

O primeiro caso emblemático em que se aplicou a *Willful Blindness Doctrine* foi o assalto ao Banco Central do Brasil, que ocorreu na cidade de Fortaleza, no Ceará. Em primeira instância, o Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio utilizou-se da referida teoria para fundamentar sua decisão de condenar dois empresários donos de uma revendedora de veículos.

A denúncia foi recebida nos autos da Ação Penal nº 2005.81.00.014586-07, sob a narrativa de subtração do valor de R\$ 164.755.150,00 reais do Banco Central do Brasil localizado em Fortaleza/CE. No que se refere aos empresários - parte da acusação com maior relevância para o presente trabalho - ambos receberam a quantia de R\$ 980.000,00 reais, em notas de cinquenta reais, pela aquisição de 11 veículos. Na ocasião, teria, ainda, sido deixada a quantia de R\$ 250.000,00 reais a título de crédito no estabelecimento dos acusados.

Por não terem questionado a origem de tais valores, bem como por não comunicarem às autoridades sobre a movimentação suspeita, entendeu o douto magistrado federal pela condenação dos réus pela prática do crime descrito no artigo 1º, V e VII, §1º, I, e § 2º, I e II, da Lei 9.613 de 1998.

6 Texto original: “En términos generales esta doctrina viene a sostener la equiparación, a los efectos de atribuir responsabilidad subjetiva, entre los casos de conocimiento efetivo de los elementos objetivos que configuran una conducta delictiva y aquellos supuestos de desconocimiento intencionado o buscado con respecto a dichos elementos. Tal equiparación se basa en la premisa de que el grado de culpabilidad que se manifiesta en quien conoce no es inferior a la de aquel sujeto que, pudiendo y debiendo conocer, prefiere mantenerse en la ignorancia”.

7 Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

Todavia, não estavam presentes os elementos suficientes à caracterização do dolo eventual no recebimento dos valores usados na venda dos veículos (art. 1º, §1º, II, Lei 9.613/98). O furto ocorreu na madrugada de sexta para sábado, enquanto a venda foi realizada na manhã seguinte, sendo certo que o crime somente foi descoberto na segunda, por ocasião do início do expediente bancário. Assim, não havia como fazer, *in casu*, a ilação de que os empresários poderiam supor que a vultuosa quantia era produto de crime.

Outrossim, à época, estava vigente a antiga redação do artigo 1º, §2º, I, que exigia a ciência expressa de que os valores eram de origem ilícita, de modo a não admitir o dolo eventual na modalidade “utilizar na atividade econômica ou financeira”. Em razão disso, acertadamente, o Tribunal Federal Regional da 5ª Região reformou a sentença, para absolvê-los.

Mais recentemente, a *Willful Blindness Doctrine* vem ganhando força, em especial, perante a 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, seção judiciária do Paraná, sob a titularidade do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, magistrado que está à frente da denominada “Operação Lava Jato”. Como se sabe, o conjunto de crimes que compõe a “Lava Jato”, a maioria já objeto de ações penais, são de competência da Justiça Federal, em decorrência da presença de diversos crimes federais. A competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para os crimes apurados e em apuração na referida operação decorre das regras processuais penais de conexão e continência, tendo em vista que aquele juízo tornou-se preventivo quando da origem da investigação, lavagem consumada em Londrina/PR, assim como nos termos do artigo 71 do Código de Processo Penal⁸.

8 Art. 71. Tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.

A Operação Lava Jato, segundo o Ministério Público Federal, é:

A maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia. No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras. Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa.⁹

Diversas ações penais já foram propostas pelo Ministério Público Federal durante os últimos três anos. Portanto, visando melhor técnica, restringir-se-á o presente artigo científico à análise de dois relevantes casos em que foi ventilada a Teoria da Cegueira Deliberada aplicada aos crimes de lavagem de capitais, um em que houve condenação e outro absolvição, respectivamente: Ação Penal nº 5023135-31.2015.4.04.7000¹⁰ e Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000¹¹.

9 Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

10 Disponível em: <http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato-1/SENTENCA_Pedro%20Correa.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

11 Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/07/LULA-CONDENADO.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2017

Em relação à primeira, tratava-se de denúncia de práticas reiteradas de corrupção (artigos 317 e 333 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (artigo 1º, *caput*, inciso V, da Lei 9.613/98). De acordo com a sentença¹² - itens 109 e 111 - grandes empreiteiras brasileiras pagaram, de modo sistemático, vantagens indevidas aos Diretores da Petrobras, dentre eles Paulo Roberto Costa¹³ e Renato de Souza Duque¹⁴, com o objetivo de obterem favorecimento em licitações de contratos com a empresa. A propina paga era também repassada para agentes políticos, que garantiam que os diretores da estatal assumissem e permanecessem em tais cargos.

Em síntese, segundo o MPF¹⁵, cerca de R\$ 357.945.680,52 teriam sido repassados em propinas à diretoria de abastecimento e ao Partido Progressista entre 2004 a 2014. O réu Pedro Correa¹⁶, liderança do Partido Progressista, era o responsável pelo repasse ao partido. A tese da denúncia consistia no fato de que Alberto Youssef¹⁷ utilizou, para pagamento de propina a Pedro Correa, valores de origem ilícita, decorrentes de crimes - cartel e ajustes de licitações - caracterizando assim a corrupção e a lavagem de capitais.

12 Disponível em: <http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato-1/SENTENCA_Pedro%20Correa.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

13 Paulo Roberto Costa é engenheiro e ex-diretor de Abastecimento da Petrobras, entre 2004 e 2012.

14 Renato de Souza Duque é engenheiro e ex-diretor de serviços da Petrobras, entre 2003 e 2012.

15 Conforme sentença proferida nos autos número 5023135-31.2015.4.04.7000. Disponível em: <http://www.pr.r.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato-1/SENTENCA_Pedro%20Correa.pdf/view>. Acesso em: 10 nov. 2017.

16 Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto mais conhecido como Pedro Corrêa é um médico e político brasileiro.

17 Alberto Youssef é um doleiro e empresário brasileiro que ficou conhecido após o escândalo do Banestado.

Limitando ainda mais a análise da decisão ao tema do presente trabalho, ressalta-se que, dentre as diversas formas utilizadas para serem feitos os repasses de propina, estavam os depósitos bancários realizados nas contas de terceiros, dentre eles Ivan Vernon¹⁸, que foi denunciado, então, pela prática de lavagem de dinheiro, tendo sido condenado sob o seguinte argumento:

Entendo que agiu dolosamente ao ceder sua conta para que Pedro Correa pudesse receber valores decorrentes do esquema criminoso da Petrobras. Era um assessor de confiança de Pedro Correa. É possível que não tivesse conhecimento de detalhes do esquema criminoso da Petrobras. Entretanto, o recebimento em sua conta de depósitos, em seu conjunto vultuoso, sem origem identificada e estruturados, era suficiente para alertá-lo da origem criminosa dos recursos recebidos. Isso especialmente quando tornado notório a partir de 2006 que Pedro Correa, com a cassação de seu mandato parlamentar, estava envolvido em atividades criminais. (BRASIL, 2015).

Sob esse fundamento, embora tenha alegado desconhecimento sobre a origem ilícita do dinheiro, o réu Ivan foi condenado pela prática do delito de lavagem de dinheiro, de modo que por ter “condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos”, o “desconhecimento” sobre a ilicitude dos valores recebidos em sua conta acaba por ser equiparado ao dolo eventual, permitindo, assim, a condenação do agente.

Já no segundo caso mencionado, AP nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR¹⁹, versava a exordial sobre a prática

18 Ex-assessor do Partido Progressista.

19 Disponível em: <http://cdn01.justificando.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2017/07/121427_07/sent_enca_lula.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

de crimes de corrupção (artigos 317 e 333 do Código Penal Brasileiro) e de lavagem dinheiro por diversas vezes (art. 1º, *caput*, inciso V, da Lei 9.613 de 1998). Como no primeiro caso narrado, também tratava-se de esquema de corrupção envolvendo a empresa pública Petrobras. Foram oito denunciados, dentre eles o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva²⁰, a Ex-Primeira Dama Marisa Letícia Lula da Silva, assim como três executivos da sociedade empresária OAS: Valente Gordilho, Fábio Hori Yonamine e Roberto Moreira Ferreira.²¹

Vale destacar que os executivos mencionados foram denunciados pela prática do crime de lavagem de dinheiro em razão da ocultação e dissimulação da titularidade do apartamento 164-A, triplex, assim como do verdadeiro beneficiário das reformas lá realizadas - segundo a denúncia era o próprio Ex-Presidente.

No caso dos executivos, o Juiz Federal competente entendeu pela absolvição com fundamento no artigo 386, VII, do Diploma Processual Penal, que versa sobre a insuficiência de provas. De acordo com a sentença, não teria restado provada a presença do conhecimento - ou pelo menos a sua alta probabilidade - sobre origem criminosa dos recursos utilizados na transação do triplex e nas reformas, de modo que impossibilitaria a utilização da “Teoria da Cegueira Deliberada”.

Quando comparadas tais decisões proferidas por um mesmo juiz, torna-se evidente o tênue limiar entre o que seria probabilidade de conhecimento e agir culposos, isto é, sem

20 Luiz Inácio Lula da Silva, mais conhecido como Lula, é um político, ex-sindicalista e ex-metalúrgico brasileiro. Filiado ao Partido dos Trabalhadores, foi o 35.º presidente do Brasil, entre 2003 e 2010.

21 O Grupo OAS é um conglomerado brasileiro fundado em Salvador, Bahia, em dezembro de 1976, com sede em São Paulo, que atua em diversos países do mundo no ramo da engenharia civil.

dolo. Em outras palavras, caso o juiz chegue à conclusão - por meio da persuasão racional - de que o sujeito ativo da “lavagem” tinha probabilidade de conhecimento sobre a origem ilícita dos valores, isso faz com que este responda pela conduta como se tivesse praticado-a dolosamente (dolo eventual). Enquanto isso, caso o entendimento seja que não há comprovação da probabilidade de conhecimento, a conduta seria atípica, pois não existe previsão para a lavagem de dinheiro na modalidade culposa no ordenamento jurídico-penal pátrio. Percebe-se aqui, portanto, o alto grau de relevância da discussão ora travada.

5. Reflexões sobre a recepção da teoria

É muito importante que sejam feitas exaustivas reflexões antes de importar qualquer teoria desenvolvida em outro ordenamento jurídico. Deve-se levar em consideração as premissas e conceitos básicos sobre os quais ela foi pensada. Somente assim se pode concluir se ela é, de fato, cabível ou não na realidade brasileira.

Fato interessante é que o próprio magistrado responsável pelas sentenças acima mencionadas é também um dos entusiastas da referida teoria no Brasil. De acordo com Moro (2010, p. 212), em seu livro sobre lavagem de capitais, “a doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção do *commom law*, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), corte da tradição da *civil law*, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros”.

Segundo o referido autor, citando o julgamento STS 33/2005²², tal construção doutrinária espanhola seria, “de

22 Disponível em: <<https://supremo.vlex.es/vid/delito-receptacion-capitales-ma-17525887>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

certo modo”, compatível com a previsão de dolo no ordenamento e doutrina brasileiros, o que permitiria sua importação para o sistema pátrio.

Contudo, como se vê nos casos narrados, é extremamente discutível a aproximação da cegueira deliberada com o dolo eventual, já que deliberadamente ignorar uma circunstância fática é figura demasiadamente próxima da chamada culpa consciente - seja por negligência, imprudência ou imperícia - que, repisa-se, não permite a punição nos delitos de lavagem de capitais, por ausência de previsão legal.

Embora se reconheça a extrema relevância da presente construção doutrinária para o cenário atual de crise política e moral, constituindo verdadeiro instrumento de eficácia da Lei de Lavagem de Capitais, deve-se perquirir até que ponto não se está a ultrapassar os limites legais postos pelo legislador, sob pena de ofender o Princípio da Legalidade, elevado à garantia fundamental, nos termos do art. 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988.

Já existem, inclusive, em âmbito nacional, autores como Silveira (2016), questionando a forma como tem sido reproduzida a aplicação da cegueira deliberada exclusivamente com base nos precedentes e construções doutrinárias espanholas. Como já apontado acima, o Código Penal Brasileiro adota em seu artigo 18, inciso I, as teorias da vontade²³ e assentimento²⁴, definindo expressamente o que seria o dolo direto e o dolo eventual, não entrevedo espaço para o seu alargamento por meio da utilização da cegueira deliberada.

23 Para essa teoria, dolo é a vontade consciente de querer praticar a infração penal.

24 Aqui se fala em dolo quando o agente tem a previsão do resultado como possível e, ainda assim, decide prosseguir com a conduta.

Diante disso, é necessário que a referida teoria seja aplicada de modo responsável e com base em critérios mais seguros, que deverão ser desenvolvidos pela doutrina. Um bom exemplo, são os critérios postos por Badaró e Bottini (2012, p. 105), quais sejam: a) o sujeito ativo deve ter criado deliberadamente, de modo voluntário e consciente, barreiras ao conhecimento da atividade ilícita, caso esta ocorra; b) o agente deve ter previsibilidade de que tais barreiras, por ele criadas, facilitarão a ocorrência de delitos sem sua ciência; e c) devem existir elementos objetivos que despertem dúvida razoável sobre a ilicitude do objeto de suas atividades.

Por outro lado, propõe-se, ainda, a discussão sobre se os requisitos acima mencionados caracterizariam, na verdade, elementos normativos da conduta, de modo que envolvem deveres objetivos de cuidado em relação ao sujeito que toma contato com bens, direitos ou valores cuja origem desconhece, que, se violados, atrairiam a figura do crime culposos, por negligência, imprudência ou imperícia. Desse modo, seriam, na verdade, critérios aptos a afetar o plano da previsibilidade, não da vontade.

Conforme lição de Rogério Cunha (2017, p. 220) sobre os “deveres objetivos de cuidado”, o indivíduo não pode tomar a atitude que quiser e quando quiser, sem levar em conta o interesse coletivo, de modo que o agente, na infração culposa, viola seu dever de diligência, que é regra básica necessária para o convívio social. Portanto, ainda que o agente atue com violação aos seus deveres de cuidado, não será o suficiente para caracterizar a sua vontade - de praticar ou assumir o risco de produzir o resultado, isto é, o dolo.

Destarte, ainda que ocorra a violação de tais deveres de cuidado, quando o agente atua ignorando ou desconhecendo

que os valores, bens ou direitos sobre os quais recai sua conduta têm origem em uma infração penal anterior, ou apenas admite, por erro, que não existe a origem ilícita, este estará agindo em “erro de tipo”, mais especificamente erro inescusável (evitável), já que seria possível evitá-lo pela adoção de medidas de precaução básicas, que poderiam ser facilmente tomadas. Por consequência, não haveria falar em dolo, mas sim, em culpa, na forma do artigo 20 do Código Penal²⁵.

Sobre o tema, vejamos as lições de Lima:

Portanto, quando o sujeito atua, desconhecendo ou ignorando que os bens sobre os quais recai sua conduta têm sua origem numa infração penal antecedente ou, ao menos, admite por erro que não procedem da comissão de uma infração, estaria atuando em erro de tipo [...] o erro sobre elementos constitutivos do tipo legal de crime exclui o dolo, já que este requer o conhecimento dos elementos do tipo objetivo. Se o erro sobre os elementos do tipo for vencível, a infração penal será castigada na modalidade culposa, desde que haja uma figura delitiva tipificando a correspondente conduta culposa, o que não acontece no crime de lavagem de capitais no ordenamento pátrio, que admite sua punição exclusivamente a título de dolo. (LIMA, 2017, p. 503).

Com orientação semelhante, acrescentando, ainda, a necessária responsabilização penal do terceiro causador do erro na forma do artigo 20, §2º do Código Penal²⁶, posiciona-se Bottini:

Pelas regras legais, se o agente desconhece a procedência infracional dos bens ocultados ou dissimulados, faltar-lhe-á o dolo da prática de lavagem e a conduta típica será atípica

25 Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

26 § 2º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

mesmo se o erro for evitável, pois não há previsão de lavagem culposa. Assim, se o agente não percebe a origem delitiva do produto que mascara por descuido ou imprudência, não pratica lavagem de dinheiro, respondendo penalmente o terceiro que determinou o erro, se existir. (BOTTINI, 2013).

Entretanto, como já dito, não existe em nosso ordenamento a figura da lavagem de capitais culposa. Nesse caso, aplicar a Teoria da Cegueira Deliberada como equiparação ao dolo eventual constituiria verdadeira analogia *in malam partem* da norma penal incriminadora em questão para punir a lavagem culposa, o que não se permite no Brasil.

Independentemente da posição adotada, fato é que a utilização da teoria da cegueira deliberada não pode ser usada meramente para suprir a falta de provas da existência do dolo, que cabe à acusação (LIMA, 2016, p. 596). Assim sendo, não restando, por exemplo, provado que o indivíduo sabia da origem ilícita dos valores alvo de ocultação, o decreto absoluto será imperativo, ainda que gere comoção social em sentido contrário.

O Direito Penal não pode ser flexibilizado em prol de conformar-se ao clamor social, uma vez que se encontra submetido diretamente ao princípio da legalidade em sentido estrito. É este princípio, sem dúvidas, um dos mais importantes princípios da disciplina penal, o qual implica, justamente, na ideia de que a lei é a única fonte quando se quer incriminar uma conduta ou a sua ausência.

Nesse sentido, afirma Greco:

O princípio da legalidade veio insculpido no inc. XXXIX do art. 5º da Constituição Federal [...] É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, um dos mais importantes do Direito

Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inc. XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte de Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal. Por essa razão, von Liszt diz que o 'Código Penal é a Carta Magna do delinquente'. (GRECO, 2016, p. 1).

É imperioso destacar que o presente trabalho não pretende ofertar uma reposta imutável e completa sobre o cabimento ou não da referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista ser este tema tão novo e, ao mesmo tempo, tão complexo. O objetivo é, na verdade, ampliar a inicial discussão que vem sendo levantada a partir da sua aplicação em diversos casos de extrema relevância para o país.

Nesse sentido, reconhece-se que os debates ora levantados devem continuar em constante aprofundamento. Para tanto, entende-se a necessidade de consideração de dois aspectos essenciais: o primeiro é que, caso continue sendo aceita pelos tribunais brasileiros, a Teoria da Cegueira Deliberada precisa ser aplicada com base em critérios mais seguros, de modo a respeitar os princípios inerentes ao Estado de Direito em que estamos inseridos, principalmente o princípio da legalidade. Em segundo lugar, concluindo-se pela inaplicabilidade da referida teoria - por caracterizar-se como hipótese de culpa consciente e não dolo eventual, portanto, atípico, hodiernamente - é válido o debate sobre a criação de novos instrumentos legislativos, seja a expansão dos deveres legais de cuidado - já existentes - a serem observados nas relações comerciais, seja a tipificação da lavagem culposa, o que embora discutível, já é feito em países da Europa (LIMA, 2017, p. 501), como Alemanha, Luxemburgo e a Espanha.

6. Considerações finais

O presente trabalho teve por finalidade analisar, sob o aspecto jurídico-penal, a Teoria da Cegueira Deliberada aplicada aos crimes de Lavagens de Capitais. Assim, foi estabelecida a origem histórica da expressão “lavagem de dinheiro”, traçando-se um panorama sobre a evolução dos crimes de lavagem de capitais.

Em sequência, foram revisitados alguns conceitos básicos de Direito Penal, objetivando-se a análise da recepção ou não da Teoria da Cegueira Deliberada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Foi, ainda, explorado o tênue limiar entre o conceito de dolo eventual e a culpa consciente, em especial a impossibilidade de utilizar a Teoria da Cegueira Deliberada com o fim de atenuar o ônus da prova da acusação.

Em seguida, explicou-se o conceito do crime de lavagem de capitais a partir de revisão literária sobre o tema, de forma a esclarecer o bem jurídico tutelado. Descreveu-se, em seguida, a evolução da lei antilavagem de capitais no Brasil - Lei 9.613 de 1998, alterada pela Lei 12.683 de 2012.

Foram abordados, também, alguns casos concretos por meio de julgados relevantes no judiciário brasileiro, de forma a demonstrar como a teoria vem sendo aplicada, especialmente em casos de grande impacto no cenário político.

Por fim, à luz de julgados recentes, almejou-se propor a intensificação do debate acerca da recepção ou não da Teoria da Cegueira Deliberada no país, propondo-se, desse modo, critérios mais seguros de aplicação, de forma a impedir a sua utilização como verdadeira inversão da presunção de inocência e do ônus probatório. Inclusive, questionando-se, diante

da importância das legislações antilavagem, sobre a necessidade ou não de tipificar a lavagem culposa, na hipótese de concluir-se pela não recepção da teoria no direito pátrio.

7. Referências

ASUÁ, Jiménez. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1958. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/10/doctrina31748.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/98, com as alterações da Lei 12.683/12*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARROS, Flávio A. M. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei nº 9.613/98*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da ação penal 470. *Conjur*, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>>. Acesso em: 1 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AP nº 2005.81.00.014586-0, Rel.: Des. Federal Francisco Barros Dias. *Diário da Justiça*, 22 out. 2008. Disponível em: <<http://www.jfcr.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. 13ª Vara Federal da Comarca de Curitiba. Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000. *Estadão*, 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/07/LULACON-DENADO.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. 13ª Vara Federal da Comarca de Curitiba. AP n. 5023135-31.2015.4.04.7000. 2015. Disponível em: <http://www.prpr.mpf.mp.br/pdfs/2015-1/lava-jato1/SENTENCA_Pedro%20Correa.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613compilado.htm>. Acesso em: 8 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 8 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 8 jun. 2018.

CUNHA, Rogério Sanchez. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ENTENDA o caso. *Ministério Público Federal*, Brasília, DF, 201-. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala Segunda. Penal - Apelacion n. 1489/2003. STS 33/2005. Julgamento: 19 jan. 2005. Disponível em: <<https://supremo.vlex.es/vid/delito-receptacion-capitales-ma-17525887>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MORO, Sérgio Fernando. *Crimes de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. *Jornal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern University, v. 81, 1990.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SILVEIRA, Renato de M. J. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava-jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, 2016.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito (variações e tendências)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

VALLES, Ramon R. I. La responsabilidad penal del testafiero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio R.; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

Artigo recebido em: 04/02/2018.

Artigo aprovado em: 04/06/2018.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180006