

(IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA AO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ANDRESSA RAMOS DE SENE¹
SERGIO MITSUO TAMURA²

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo o estudo acerca da eventual possibilidade da aplicação da doutrina da cegueira deliberada no ordenamento pátrio, notadamente, ao que refere ao crime de lavagem de capitais, cuja previsão se encontra na Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998. A problemática da questão da aplicação dessa teoria reside no fato de haver muita controvérsia de entendimentos entre os tribunais brasileiros acerca da possibilidade da sua aplicação, bem como da complexidade na determinação do elemento subjetivo do crime de lavagem de bens. Assim, o que será analisado é se esta teoria é compatível com as regras do nosso ordenamento jurídico ou se uma adaptação será necessária para que tal teoria torne-se aplicável. O presente trabalho acadêmico está embasado na metodologia de pesquisa de forma bibliográfica, de modo dedutivo, configurando, deste modo, a sua cientificidade.

Palavras-chave: Direito Penal. Teoria da cegueira Liberada. Lavagem de Dinheiro. Elemento Subjetivo. Responsabilidade Penal. Dolo eventual.

¹ UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluno da disciplina TCC II, turma DIR 132A. E-mail: andressarsene@gmail.com

² UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Orientador. Email: mitsuotamura@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada no ordenamento pátrio é um tema que tem causado muita controvérsia, pois tanto os tribunais quanto a doutrina divergem acerca da questão. Isso se dá pelo fato de que essa teoria não possui a consistência necessária para se alcançar a pacificação, bem como que, no caso do delito de lavagens de bens, o elemento subjetivo não se encontra bem delimitado, especificamente ao que refere ao dolo eventual.

Antes de iniciarmos a discussão do assunto propriamente dito, faz-se necessário observar alguns aspectos referentes ao princípio da responsabilização subjetiva, bem como, da lei de Lavagem de Dinheiro, uma vez que a teoria da cegueira deliberada vem sendo aplicada de forma equiparada ao dolo eventual. Desta forma, faz-se imprescindível a diferenciação entre culpa consciente e o dolo eventual, especialmente por haver uma linha tênue que separa esses dois institutos.

Outrossim, é importante ressaltar que o crime de lavagem de dinheiro só admite condenação à título de dolo, não havendo a previsão de lavagem de dinheiro culposo. Contudo, o cerne da questão é a insegurança na aplicação do dolo na modalidade indireta (eventual).

Assim, haverá uma introdução histórica acerca da Lei de lavagem de Dinheiro, na qual será demonstrada a importância do seu avanço no decorrer dos anos para a que houvesse a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada.

Insta consignar que a teoria da cegueira deliberada não é aplicada apenas no delito de lavagem de dinheiro, contudo, para efeito deste trabalho, só será analisado os aspectos concernentes a esse delito em questão.

2. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA

No direito penal brasileiro é imprescindível a prática de conduta dolosa ou ao menos culposa para que um indivíduo possa ser responsabilizado criminalmente pelo seu ato, pois, segundo o princípio da responsabilização subjetiva, sem crime não há culpa (*nullun crimen sine culpa*).

Tal princípio se ampara no art. 19 do Código Penal, o qual prevê que o agente responderá pelo que houver causado se o fizer ao menos culposamente. Pela expressão “ao menos

culposamente” infere-se que, em regra, todo crime é doloso, sendo a modalidade culposa uma exceção.

Assim, partindo premissa de que todo crime é doloso ou ao menos culposo, o tipo incriminador doloso é implícito, não necessitando estar expressamente previsto em lei, o que não ocorre com a modalidade culposa, que só será possível quando expressamente prevista em lei.

Segundo Rogério Sanches (2016, p. 96), “o princípio da responsabilidade subjetiva ensina não bastar que o fato seja materialmente causado pelo agente, ficando a sua responsabilidade (penal) condicionada à existência da voluntariedade, leia-se dolo ou culpa”.

Por seu turno, GRECO (2017, p. 329) afirma que apenas dois tipos de condutas são relevantes para o direito penal aquela que o agente atua dolosamente, visando ou assumindo o risco de produzir o resultado com a sua conduta ou aquela em que o agente culposamente, realiza a conduta em razão de imprudência, imperícia ou negligência”. Logo, ninguém pode ser punido sem dolo ou culpa, por não se tratar de conduta relevante para o direito penal, mesmo ocorra o fato delituoso. Isso acontece, de acordo com ESTEFAM e GONÇALVES (2016, p. 128) em razão do princípio da responsabilidade subjetiva afastar do direito penal a responsabilidade penal objetiva.

2.1. Do dolo

Conforme apontado na parte introdutória do presente trabalho, o estudo do dolo se faz imprescindível para o aprofundamento do tema, pois uma das principais indagações acerca da aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada é se esta pode ser aplicada de forma equiparada ao dolo eventual, bem como se o dolo eventual é permitido em todos os tipos incriminadores previstos na lei de lavagem de capitais.

Pois bem, segundo o art. 18, inciso I do nosso Código Penal, entende-se como crime doloso aquele em que o indivíduo deseja o resultado ou assume o risco de produzi-lo com a sua conduta.

Nesta perspectiva, Greco (2017, p. 316) se dispõe a conceituar o dolo como sendo “vontade e consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador”.

Capez (2012, p. 223), por sua vez, conceitua o dolo como sendo “a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta”.

Acerca do tema, GRECO (2017, p. 316) ainda sustenta que o dolo se constitui de dois elementos, quais sejam: o elemento volitivo e o elemento intelectual, ou seja, “O agente deve ter consciência, isto é, deve saber exatamente aquilo que faz, para que se lhe possa atribuir o resultado lesivo a título de dolo”.

Assim, compreende-se que não basta somente o elemento volitivo para se caracterizar crime doloso, sendo necessário também que esse agente tenha consciência daquilo que está fazendo.

Esclarece, ainda, o referido doutrinador (2017, p. 317, *apud* Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée, 1999, p. 83) que “a exigência do conhecimento se cumpre quando o agente conhece a situação social objetiva, ainda que não saiba que essa situação social objetiva se encontra prevista dentro de um tipo penal”.

Assim, entende-se que o agente não necessitará conhecer o tipo penal para se constituir elemento intelectual do dolo.

O dolo pode ser dividido em duas espécies, quais sejam:

- a) dolo direto ou imediato;
- b) dolo indireto ou mediato.

Segundo Greco (2017, p. 321) caracteriza-se o dolo direto “quando o agente quer, efetivamente, cometer a conduta descrita no tipo, conforme preceitua a primeira parte do art. 18, I, do Código Penal”.

Entende-se, portanto, que no dolo direto o agente realiza sua conduta com o objetivo final de produzir o resultado por ele desejado inicialmente.

André Estefam e Victor Eduardo (2016, 341) explicam que o dolo indireto, subdivide-se em dolo eventual e dolo alternativo, neste o agente tem o desejo de produzir um ou outro resultado e naquele o agente assume o risco de produzir o resultado com a sua conduta.

2.2. Da culpa

De acordo com o art. 18, inciso II do Código Penal, caracteriza-se o crime culposo “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

O crime culposo, previsto no art. 18, II, do Código Penal, consiste numa conduta voluntária que realiza um evento ilícito não querido ou aceito pelo agente, mas que lhe era previsível (culpa inconsciente) ou excepcionalmente previsto (culpa consciente) e que podia ser evitado se empregasse a cautela esperada. (SANCHES, 2016, p. 199)

Para efeito deste trabalho, o tipo de culpa considerado o mais relevante é a culpa consciente, posto que muitos a confundem com dolo eventual.

Essa confusão se dá pelo fato de que no caso da culpa consciente o agente pratica conduta sem a diligência necessária, até passa pela sua cabeça que tal conduta pode acarretar em algum resultado não desejável, no entanto o pratica por confiar que aquele o resultado não desejável não vai acontecer consigo.

Já no dolo eventual, mesmo o agente não anseie diretamente realizar o fato típico, assume os riscos de praticá-lo com sua conduta.

3. VISÃO GLOBAL ACERCA DO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Segundo Capez (2011, p. 656), lavagem de dinheiro consiste no processo mediante o qual se transforma recursos alcançados de forma ilícita em ativos com a ilusória aparência de terem sido obtidas legalmente. O mesmo explica que o termo Lavagem de Dinheiro teve sua gênese nos Estados Unidos (Money Laundering) dentro das máfias que se valiam de lavanderias automáticas para esconder a procedência ilícita da pecúnia.

Por sua vez, Renato Brasileiro (2014, p. 282) disserta:

A lavagem de capitais é o ato ou o conjunto de atos praticados por determinado agente com o objetivo de conferir aparência lícita a bens, direitos ou valores provenientes de uma infração penal. Não se exige, para a caracterização do crime, um vulto assustador das quantias envolvidas, nem tampouco grande complexidade das operações transnacionais para reintegrar o produto delituoso na circulação econômica legal, do mesmo ou de outro país. Apesar de ser muito comum a utilização do sistema bancário e financeiro para a prática da lavagem de capitais, esta pode ser levada a efeito em outras áreas de movimentação de valores e riquezas (v.g., agronegócio, construtoras, igrejas, importação e exportação de bens, loterias, bingos, etc.).

No Brasil, o crime em questão passou por algumas evoluções até chegar no estado em que observamos atualmente, pois antes mesmo da promulgação da Lei 9.613 de 03 de março de 1998, o Estado já havia assumido perante a comunidade internacional, por meio da assinatura

da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), a responsabilidade de tomar medidas que coibissem a lavagem de dinheiro proveniente do tráfico de drogas.

Ainda segundo Renato Brasileiro (2014, p. 279), a gênese da supramencionada convenção é ligada intimamente à preocupação dos Estados Signatários acerca do crescimento desenfreado do crime de tráfico de entorpecentes e dos delitos interligados ao mesmo, vez que tal crescimento influencia negativamente diversas áreas da sociedade, tais como a saúde, bem-estar pessoal, bases da economia, entre outros setores da sociedade.

Após a assinatura da convenção, mais especificamente na data de 26 de junho de 1991, o Brasil ratificou a convenção de Viena por meio do decreto nº 154 /91, na qual o país se comprometeu a efetuar a criminalização da lavagem de dinheiro proveniente de tráfico de entorpecentes, bem como acrescentou novos delitos ao rol de crimes antecedentes.

No entanto, a criminalização do crime de lavagem de dinheiro só veio a ocorrer na data de 3 de março de 1998, o quando Brasil promulgou a Lei 9.613/98.

Contudo, por uma questão de ausência de eficácia nas persecuções penais referentes a lavagem de dinheiro, a lei 9.613/98 fora modificada pela Lei nº 12.683, em 9 de julho de 2012, a qual influenciou diretamente na possibilidade de aplicação da doutrina da cegueira deliberada nos tribunais brasileiros.

Para Renato Brasileiro (2014, p. 280) a criminalização da lavagem de capitais é oriunda, também, da ineficácia do direito penal em coibir o crime antecedente ao delito de lavagem de capitais, a exemplo do tráfico de drogas, uma vez que para o crime organizado não compensa ter em espécie grande volume de dinheiro, posto que facilitaria ao Estado o seu rastreamento, de modo a chegar na sua verdadeira origem, ou seja, no delito praticado.

Essa ineficácia da lei fora apontada no Relatório de Avaliação Mútua, realizado Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), datado de junho de 2010. Neste relatório o GAFI apontou diversas deficiências do Brasil em relação ao crime de lavagem de capitais, merecendo destaque as seguintes críticas:

- a) o número ínfimo de condenação em relação ao tamanho do país e a sofisticação do seu sistema econômico;
- b) o baixo número de confisco;
- c) a ausência de responsabilização direta civil ou administrativa de pessoas jurídicas que cometam o crime de lavagem de dinheiro;

- d) insuficiência do rol de crimes antecedentes ao delito de lavagem de dinheiro;
- e) ausência de proibição expressa de relacionamento entre instituições financeiras e “banco de fachada”, entre outros.

Acerca das alterações operadas pela lei 12.683/12, verifica-se, pois, que antes dela, o art. 1º da Lei 9.613/98, trazia um rol taxativo (*numerus clausus*) de crimes antecedentes ao crime de lavagem de capitais, esse rol previa os seguintes crimes:

- I. tráfico ilícito de substâncias entorpecentes;
- II. terrorismo;
- III. contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;
- IV. extorsão mediante sequestro;
- V. contra a Administração Pública;
- VI. contra o sistema financeiro nacional;
- VII. praticados por organização criminosa;
- VIII. praticados por particular contra a administração pública estrangeira.

Contudo, após a reforma, além haver a supressão desses artigos, houve também outra alteração que merece ser destacada, qual seja: a supressão do termo “que sabem serem” do texto legal (art. 1º, § 2º, inciso I) isto porque esta supressão foi o estopim para discussão acerca da possibilidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada ao delito de lavagem de capitais.

Ademais, cumpre apontar que juntamente com a supressão do rol taxativo dos crimes da lei de lavagens de capitais houve também a alteração do caput do art. 1º da Lei de lavagem de capitais, que passou a constar a seguinte redação:

Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de **infração penal** (grifei).

Assim, abriu-se a possibilidade de qualquer infração penal configurar como crime antecedente.

Ante o exposto, entende-se que a lavagem de dinheiro consiste na conduta do agente que se valendo de dinheiro obtido por meio de conduta ilícita, utiliza de meios para esconder

essa ilegalidade mediante operações que darão a este dinheiro a falsa impressão de que provém de origem lícita.

Ressalta-se que não basta que o agente desfrute do dinheiro obtido por meio de crime para a caracterização de lavagem de dinheiro, sendo necessário, portanto, esse *animus* de transformar esse dinheiro “sujo” em dinheiro “limpo”.

Observa-se, da mesma forma, que para caracterização do crime de lavagem de dinheiro é imprescindível a ocorrência de uma infração penal antecedente, sendo este o fator *sine qua non*.

Sendo assim, observa-se que o crime de lavagem de dinheiro possui um sistema avançado que possibilita que o montante oriundo de atos ilícitos seja desfrutado como se lícito fosse, de maneira que se faz imperiosa a atualização dos meios de investigações do referido crime, por ser um assunto de interesse mundial, diante dos efeitos colaterais que causa nas mais diversas áreas da sociedade.

Sebastian Borges e Camila Ribeiro (2017, p. 444.) afirmam que, em geral, são quatro os comportamentos típicos previstos na lei de lavagem de capitais, quais sejam:

- a) ocultar e dissimular bens, direitos e valores oriundos de infração penal (caput do art. 1º);
- b) utilizar meios para ocultar ou dissimular os ganhos de origem ilícita (§ 1º, incisos I a III);
- c) usar dos recursos derivados de fonte delituosa na atividade econômica ou financeira (§ 2º, inciso I);
- d) participar de entidades que tenham como destinação a lavagem de dinheiro (§ 2º, inciso II).

Klein (2012, p. 09) aponta que o *caput* do art. 1º da referida lei demonstra apenas a exigência do dolo genérico para sua concretização, enquanto o parágrafo primeiro (incisos I, II e III) e segundo (incisos I e II) demandam, além do dolo genérico, a existência de elemento objetivo especial, pois, em suas palavras:

No caso do parágrafo primeiro e seus incisos, o agente deve agir com consciência e vontade da realização da conduta descrita e, ainda, com a intenção específica. No que se refere aos casos do parágrafo segundo, o agente deve agir com dolo genérico: no inciso I, sabendo que os bens, direitos ou valores são produto de crime antecedente; no inciso II, sabendo que a atividade principal ou secundária do grupo que está participando é voltada para a prática do crime de lavagem de capitais (Klein 2012, p. 09)

Acerca das condutas tipificadas no *caput* do art. 1º da Lei, Klein (2012, p. 08) comenta ainda que “o legislador pretendeu prever uma conduta mista (comissiva ou omissiva) de lavagem de dinheiro ou de ocultação de bens, direitos e valores”.

Vê-se, portanto, que a lei de lavagem de capitais passou por importantes reformas, as quais influenciaram sobremaneira o início de uma acirrada discussão acerca da aplicação ou não da teoria da cegueira deliberada no ordenamento pátrio, especialmente pelo fato do elemento subjetivo do crime em questão não se encontrar bem delimitado.

Para Sebastian Borges e Camila Ribeiro (2017, p. 442) “o elemento subjetivo no delito de lavagem de capitais tem sido um dos temas mais tormentosos a ser enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência”. Isto porque tal fato faz emergir uma discussão quanto a distinção entre dolo e culpa no ordenamento jurídico.

É certo que as alterações realizadas na lei de lavagem de capitais ocasionaram muitas mudanças de entendimento, no entanto no que se refere ao elemento subjetivo do crime não houve nenhum apontamento relevante. O que se sabe é que no Brasil, diferentemente de alguns países europeus como Alemanha e Espanha, ainda não se admite a modalidade culposa do delito, isto porque não se encontra expressamente previsto na lei e é imprescindível haver a consciência e a vontade de realizar o tipo objetivo para configuração do crime. O que houve, no entanto, foi a supressão das expressões “que sabem serem” do texto legal (art. 1º, § 2º, inciso I) que abriu o caminho para o questionamento acerca da possibilidade de aplicação do dolo eventual, bem como, da teoria da cegueira deliberada.

Sem olvidar, o dolo eventual é uma espécie de dolo natural, sendo que é aquele em que o agente tolera (aceita) o resultado que a sua conduta pode vir a causar. Não há necessidade de previsão expressa da modalidade eventual do dolo em lei.

Sebastian Borges e Camila Ribeiro (2017, p. 447, *apud* Beck 2011, p. 58) afirmam ainda: “[...] os delitos dolosos admitem as formas dolosas direta e eventual, exceto naqueles casos em que o próprio tipo usa expressões típicas do dolo direto”. Assim, não tem como afastar a possibilidade de aplicação do dolo eventual no delito em estudo, contudo alguns estudiosos sobre o tema esclarecem que o dolo eventual não seria compatível com todos os tipos incriminadores previstos na lei, isso porque os tipos previstos art. 1º, § 1º e seus incisos I, II e II, bem como, § 2º e seus incisos I e II da lei de lavagem de capitais demonstra que a

punição do agente delituoso é “condicionada à existência de um especial fim de agir”, ou seja, para ser concretizar o delito em questão haveria a necessidade de se cumprir esse fim especial.

4. DA (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A Teoria da Cegueira Deliberada, também conhecida como “*Wilfull Blindness Doctrine*” (Doutrina da cegueira intencional), “*Conscious Avoidance Doctrine*” (doutrina da evitação da consciência) e “*Ostrich Instructions*” (Instruções de Avestruz), teve origem no *common law* Inglês, no século XIX, onde começou a se consolidar entendimentos jurisprudenciais acerca da possível responsabilização de agentes que praticassem atos em desconformidade com a lei por preferirem “permanecer na ignorância sobre possíveis ilegalidades dos atos que cometessem” (SARAIVA, 2016, p 04).

Ana Luiza Klein (2012, p. 01 e 02) expõe que a *Ostrich Instructions* (instruções de avestruz) consiste na responsabilização subjetiva do agente que escolhe cegar-se diante das presumíveis ilicitudes que possam estar praticando, ou seja, ele escolhe ignorar conscientemente aquela situação que qualquer homem médio suspeitaria da legalidade, porém, no caso o agente, assim como um avestruz, “esconde sua cabeça na terra para esconder-se do perigo”, daí a nomenclatura.

Segundo Klein (2012, p. 02-03, *apud* Ira P. Robbins, 1990, p. 191-234), tal teoria começou a ser aplicada na Inglaterra no ano de 1861 na apuração do caso Regina v. Sleep:

Sleep era um ferrageiro, que embarcou em um navio contêineres com parafusos de cobre, alguns dos quais continham a marca de propriedade do Estado inglês. O acusado foi considerado culpado pelo júri por desvio de bens públicos – infração esta que requeria conhecimento por parte do sujeito ativo. Ante a arguição da defesa do réu, de que não sabia que os bens pertenciam ao Estado, Sleep foi absolvido pelo juiz, sob a justificação de que não restou provado que o réu tinha deveras conhecimento da origem dos bens, bem como não houve prova de que Sleep se absteria de obter tal conhecimento. Tal julgamento levou a parecer que, caso restasse provado que o acusado tivesse se abtido de obter algum conhecimento da origem de tais bens, a pena cabível poderia equiparar-se àquela aplicada aos casos de conhecimento (Klein 2012, p. 02-03, *apud* Ira P. Robbins, 1990, p. 191-234)

Acerca do desenvolvimento dessa teoria, SARAIVA (2016, p 04) comenta que embora já utilizado na Inglaterra, esse termo só ganhou maior ressonância no Direito Penal na medida que fora sendo utilizado nos Estados Unidos para responsabilização de agentes delitivos que atuavam no crime de tráfico de drogas e lavagem o dinheiro proveniente desse delito.

RENATO BRASILEIRO (2014, p. 320) afirma que um caso que representa a essência da teoria da cegueira deliberada nos Estados Unidos foi o de *United States versus J*, onde se apurava um crime de tráfico de drogas. Em tal caso o Sr. J. tentava ingressar nos Estados Unidos transportando droga no compartimento de seu veículo quando fora preso em flagrante e, muito embora negasse que tinha ciência de que a droga estava em seu poder, foi concluído de que ele evitara deliberadamente a ciência do crime.

O Juiz Federal Sergio Fernando Moro é um dos defensores da aplicação da teoria da teoria cegueira deliberada no ordenamento jurídico, apontando, inclusive, certos fundamentos para sua aplicação nas cortes norte-americanas.

A willful blindness doctrine tem sido aceita pelas cortes norte-americanas quando há prova de: a) que o agente tinha conhecimento da elevada possibilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime; e b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento (MORO, 2007. p. 99 - 100).

Sebastian Borges e Camila Ribeiro (2017, p. 442) comentam que, no Brasil, *Ostrich Instructions* vem sendo aplicada pelos tribunais como sendo sucedâneo do dolo eventual, especialmente no que se refere ao crime de lavagem de capitais, para assim conciliar o elemento subjetivo do referido crime com o mencionado instituto. Comentam ainda que a aplicação dessa doutrina nasceu no Brasil em nome de um discurso utilitarista, ao argumento de que seria alcançada a eficiência na persecução penal no crime de lavagem de capitais, de modo a preencher pretensas falhas que existem no estudo do elemento subjetivo do tipo penal.

A teoria da cegueira deliberada ficou mais conhecida no Brasil em 2007, no caso do furto ao Banco Central do Brasil em Fortaleza/CE, quando o magistrado de primeiro grau a utilizou como supedâneo para condenar, por lavagem de dinheiro, Francisco Dermival e José Elizomarte Fernandes, sócios da concessionária de carros Brilhe Car, que haviam recebido uma grande quantidade de dinheiro em espécie pela compra de 11 carros.

O crime em questão ocorreu no dia 06 de agosto de 2005, na cidade de Fortaleza/CE, onde um grupo de pessoas conseguiram furtar cerca de R\$164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil e cento e cinquenta reais) do Banco Central do Brasil.

Os irmãos Francisco Dermival e José Elizomarte Fernandes Vieira posteriormente foram absolvidos por unanimidade pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em Recife, ao argumento de que inexistiu prova de dolo eventual por parte dos mesmos antes da descoberta do furto.

Importante salientar que o julgamento supramencionado ocorreu antes das alterações operadas pela Lei 12.683/ 2012, de modo que havia necessidade do crime antecedente estar previsto no rol taxativo do art. 1º da lei e não existia a possibilidade de punição do agente a título de dolo eventual, dado que o agente deveria ter ciência acerca de um dos delitos antecedentes ao crime de lavagem de capitais previstos no rol o art. 1º da Lei nº 9.613/98.

Após a utilização da teoria da cegueira deliberada no caso do furto ao banco central do Brasil, a mesma tem sido aplicada com frequência nos tribunais, especialmente nos crimes envolvendo corrupção, como o exemplo da operação lava jato. A propensão é que essa teoria seja cada vez mais aplicada, pois o Tribunal Penal Internacional já prevê a sua aplicação como forma de responsabilização subjetiva.

Embora a teoria da cegueira deliberada venha ganhando cada vez mais espaço, ainda existem diversas dúvidas sobre a sua aplicabilidade no delito de lavagem de capitais, isso visto que não há uma homogeneidade na aceitação do dolo eventual no delito em questão e tal teoria está sendo equiparada ao dito instituto.

Pierpaolo Cruz Bottini, ao tratar do assunto explica que:

Parte da doutrina e da jurisprudência equipararam o dolo eventual a chamada cegueira deliberada (*wilfull blindness*). Trata-se de instituto de origem jurisprudencial norte-americana pelo qual se aceita como dolosos os casos em que o agente se coloca em uma situação proposital de erro de tipo. Assim, tem dolo de lavagem de dinheiro não apenas o agente que conhece (dolo direto) ou suspeita (dolo eventual) da origem ilícita do capital, mas também aquele que cria conscientemente uma barreira para evitar que qualquer suspeita sobre a origem dos bens chegue ao seu conhecimento. (BOTTINI, 2013, p. 383).

Sobre a equiparação da teoria da cegueira deliberada ao dolo eventual, Juliana Hermes (2017, p. 325), sustenta que a *Wilfull Blindness Doctrine* não pode ser considerada uma modalidade do dolo indireto, uma vez que o dolo eventual exige factual ciência da situação de perigo e indiferença com o resultado e a *Ostrich Instructions* exige um desconhecimento da suposta situação pela própria escolha do indivíduo, pois este escolhe ignorá-la no seu intelecto.

Alguns estudiosos do tema, como Francis Beck (2011, p. 64), afirmam que até existe a possibilidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada, contanto que seja como fundamento do dolo ou da culpa e não como seus substitutos ou como um terceiro elemento subjetivo.

Salienta, ainda, o referido estudioso que o poder neste caso não significa dever, pois o dolo eventual parece decidir de forma precisa a questão, não havendo a necessidade de utilizarmos uma teoria importada (Francis Beck, 2011, p. 64).

Acerca do tema, Moro (2010, p. 64-5) defende a aplicação da *Conscious Avoidance Doctrine* no caso do delito de lavagem de capitais, ao argumento de que o *caput* do art. 1º da lei possui uma lacuna legislativa que autoriza a aplicação da mesma, bem como, que ela seria de bastante utilidade, notadamente se for levado em consideração que, muitas das vezes, quem pratica o crime de lavagem de dinheiro não se trata da mesma pessoa que praticou o crime antecedente.

Sebastian Borges e Camila Ribeiro (2017, p. 453), indicam que:

A maior crítica, contudo, especialmente no que tange à aplicação da teoria no ordenamento brasileiro, está associada à aparente e já comentada ofensa ao princípio da legalidade. Isso porque, consoante pontuado anteriormente, a definição de dolo no Código Penal pátrio pode ser comprovada pela leitura conjunta dos artigos 18, inciso I, e 20, *caput*, do referido diploma, que exigem – seja para o dolo direto, seja para o dolo eventual – o efetivo e atual conhecimento dos elementos integrantes do tipo.

Verifica-se, pois, que a aplicação do *Wilfull Blindness Doctrine* no Brasil, gera muita insegurança jurídica, haja vista que ainda existe muita divergência ao seu respeito, tanto na jurisprudência quanto na doutrina.

Ademais, nota-se que há uma dificuldade na comprovação de que o agente tenha ciência de que o dinheiro é fruto de ato ilícito, de modo que se corre o risco de a decisão ser fundada apenas no subjetivismo do juiz.

Assim, a doutrina da cegueira deliberada seria facilmente derrubada, pois cada situação deve ser analisada de acordo com as suas particularidades, sendo, inclusive, observadas as experiências pessoais do indivíduo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a pesquisa realizada, conclui-se que a aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico ainda carece de diversas elucidações, pois a utilização dessa doutrina como sucedâneo do dolo eventual é desnecessária, haja vista que o dolo eventual já cumpre este papel, bem como, os requisitos para sua aplicação ainda não são de todo claros, mesmo havendo uma certa concordância geral de que é necessária a comprovação da alta probabilidade de que o agente tenha elevada consciência de que o dinheiro pode ser oriundo de ato ilícito e, ainda, tenha deliberadamente se privado de tomar conhecimento sobre o delito para que não fosse responsabilizado pelo ato.

Há de se considerar, do mesmo modo, que se o agente incorrer no delito de lavagem de capitais sem ter conhecimento de que aqueles bens, direitos e valores são provenientes de infração penal, estaria ele atuando em erro do tipo (vencível ou invencível, conforme o caso), portanto o dolo restaria excluído e, considerando que nesse crime não admite a modalidade culposa, bem como um crime só pode ser doloso ou culposos (princípio da responsabilidade subjetiva), o fato seria atípico.

Do mesmo modo, deve ser levado em conta que estaríamos correndo sérios riscos de objetivar a responsabilização do agente, afrontando o princípio da responsabilização subjetiva.

Outrossim, têm-se que a doutrina da cegueira deliberada não deve ser usada para suprir uma lacuna do ordenamento jurídico quanto responsabilização subjetiva do tipo e nem deve ser transformada em um terceiro elemento subjetivo, pois isto ofenderia o princípio da legalidade.

Isto posto, entendo que a teoria da cegueira deliberada não deve ser aplicada no nosso ordenamento jurídico, mesmo que em nome de fundamentos utilitaristas e se aumente a punição, uma vez que isso feriria princípios norteadores do direito penal, especialmente se considerarmos que não há unanimidade no entendimento de que todos os tipos incriminadores previstos na lei de lavagem de capitais admitem o dolo eventual. Além do mais, por se tratar de uma teoria importada, a *ostrich* não está apta a ser aplicada, do mesmo modo que em seu país de origem, em outros sistemas com regramento jurídico distinto.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE MELLO, Sebastian Borges de; HERNANDES, Camila Ribeiro. O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada: compatibilidade no direito penal brasileiro?. *Conpedi Law Review*, v. 3, n. 2, (p. 441-461), 2017, p. 458. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3783/pdf>. Acesso em: 24/02/2018

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. 45-68, set. 2011. p. 64.

BOTTINI, Pierpaolo. Lavagem de dinheiro na APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.102, n. 933, p. 383-400, jul. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940: Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20/03/2018

BRASIL. Lei nº 9613/98: Lavagem de Dinheiro. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm. Acesso em: 20/03/2018

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. Ed. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. Vol. 1. Ed. 16. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** I Rogério Sanches Cunha - 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado: parte geral** / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

ESTEFAM, André e GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**- coordenador Pedro Lenza. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI). Relatório. Brasil, 2010. Relatório de Avaliação Mútua. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Sumario%20Executivo%20Brasil%202010.pdf> . Acesso em 15/04/2018

KLEIN, Ana Luiza. **A doutrina da cegueira deliberada aplicada ao delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Editora Universitária da PUCSRS, 2012. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/4.pdf> . Acesso em 15/04/2018

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Ed.2. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64-5. 69 Exposição de Motivos do Código Penal de 1940.

MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JÚNIOR, 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.

SAADI, Ricardo Andrade. **O combate à lavagem de dinheiro**. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4672-O-combate-a-lavagem-de-dinheiro . Acesso em: 31 março de 2018. Acesso em: 22/04/2018

SARAIVA, Ingrid Belian. **A cegueira deliberada e a responsabilização penal no crime de lavagem de bens**. 2016. Acesso em: 22/04/2018. <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2159> . Acesso em: 17/02/2018.