

A DOCTRINA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA (IN)APLICABILIDADE AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

André Luís CALLEGARI*

Francis Rafael BECK**

SUMARIO: I. Considerações Iniciais. II. A Doutrina da Cegueira Deliberada. III. A Doutrina da Cegueira Deliberada no Brasil: Uma Discussão que se inicia. IV. A Doutrina da Cegueira Deliberada e o Crime De Lavagem De Dinheiro no Direito Brasileiro. V. Considerações Finais

- Por que foi que cegamos?
- Não sei. Talvez um dia se chegue a conhecer a razão.
- Queres que te diga o que penso?
- Diz.

- Penso que não cegamos. Penso que estamos cegos. Cegos que vêem.
Cegos que vendo não veem.
(Ensaio sobre a cegueira, do escritor José Saramago)

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito penal, nos últimos anos, tem sido campo fértil de diversas teorias e doutrinas que poderiam –informalmente– serem consideradas como “da moda”. Nos planos dogmático, político-criminal e criminológico, apenas a título exemplificativo, são passíveis de lembrança o *law and order movement*, *broken window theory*, tolerância zero, abolicionismo, minimalismo, garantismo, tipicidade conglobante, imputação objetiva, co-culpabilidade, funcionalismo e direito penal do inimigo, dentre outros.

Quase todas são originadas de países europeus ou dos Estados Unidos, e possuem um robusto substrato argumentativo. A expressão “da moda”, portanto, sob hipótese alguma é utilizada em tom depreciativo (muito antes o contrário), mas sim como forma de representar os diversos pensamentos estrangeiros que são prontamente “importados”, reproduzidos e

disseminados no Brasil de uma forma muitas vezes acrítica e precipitada.

É o que parece estar acontecendo agora com a doutrina da cegueira deliberada.

II. ADOCTRINADACEGUEIRADELIBERADA

A doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness*) é também conhecida como doutrina das instruções do avestruz (*ostrich instructions*), doutrina da evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*) ou, no direito espanhol, ignorância deliberada¹.

Como o próprio nome refere, o agente intencionalmente “cega-se” diante de uma situação em que, se mantivesse “os olhos abertos”, teria condições de reconhecer ou suspeitar fundadamente da tipicidade da conduta que pratica. No mesmo sentido é a utilização da representação pelo avestruz, famoso na crença popular por esconder sua cabeça na terra ao primeiro

* Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid. Doutor *honoris causa* pela Universidad Autónoma de Tlaxcala e pelo Centro Universitario del Valle de Teotihuacan – México. Professor de Direito Penal nos cursos de Mestrado e Doutorado da Unisinos. Ex-Decano da Faculdade de Direito da Unisinos. Advogado Criminalista.

** Professor de Direito Penal da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e da Escola Superior da Magistratura (Ajuris). Mestre e Doutorando em Direito (Unisinos). Especialista em Direito Penal Econômico Internacional e Europeu (Universidade de Coimbra-Portugal) e Direito Penal (Universidade de Salamanca-Espanha) e Advogado criminalista.

¹ O presente texto utilizará as expressões como sinônimas, de acordo com as preferências dos autores e dos julgados referidos.

sinal de perigo. Assim, o agente “enterraria sua cabeça” para não ter condições de conhecer detalhes da conduta que realiza, e na qual percebe a grande probabilidade da ocorrência de algo penalmente típico. De forma menos figurativa são empregadas as expressões evitação da consciência e ignorância deliberada, igualmente representativas da conduta voluntária do agente no sentido de evitar o pleno conhecimento do contexto fático que envolve o seu comportamento.

Essa doutrina sustenta –de uma forma geral– a equiparação, para fins de atribuição da responsabilidade subjetiva, entre os casos de conhecimento efetivo dos elementos objetivos que configuram uma conduta delitativa e aqueles de desconhecimento intencional relativo a tais elementos. Tal equiparação se ampara na premissa de que o grau de reprovabilidade que se manifesta em quem conhece o fato não é inferior ao do agente que, podendo e devendo conhecer, prefere manter-se na ignorância².

Em outras palavras, a doutrina justifica a responsabilização criminal nos casos em que o indivíduo se

coloca deliberadamente em uma situação de desconhecimento acerca de determinado fato, já antecipadamente visando furtar-se de eventuais consequências futuras da sua conduta na esfera penal.

Apesar de ainda não existir um consenso quanto à aplicação da doutrina no próprio direito norte-americano, afirma Sergio Moro que a *willful blindness doctrine* tem sido aceita pelas Cortes norte-americanas quando há prova de que: a) o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime; b) o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento³.

Acrescenta Marcelo Cavali que o desconhecimento não deve resultar de erro ou de negligência, mas de verdadeira ignorância voluntária, o que será constatado a partir dos elementos concretos trazidos ao processo. Para condenar quem foi conivente com negócios ilícitos são necessárias provas objetivas de que o acusado tinha consciência de estar fazendo parte de uma ação criminosa⁴.

- 2 Ragués I Vallès, Ramon, *La responsabilidad penal del testafiero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva*, in Revista para el Análisis del Derecho (InDret). ed. 3/2008. Barcelona: 2008. pp. 14-15.
- 3 Moro, Sergio Fernando, *Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem*, in Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Org. José Paulo Baltazar Junior, Sergio Fernando Moro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 100. No mesmo sentido é o entendimento de Baltazar Junior, para quem: “nos Estados Unidos há uma construção doutrinária sobre a cegueira deliberada (*willfull blindness*) ou evitação da consciência (*consciousness avoidance*), para casos em que o acusado pretende não ver os fatos que ocorreram. Exige-se prova de que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que os valores eram objeto de crime e que isso lhe tenha sido indiferente” (Baltazar Junior, José Paulo, *Crimes federais*, 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 593).
- 4 Cavali, Marcelo, Revista Via Legal. De olhos bem fechados. Cláudia Moura e Thais Del Fiaco. ano I. n. III. set./dez 2008. p. 11. Nessa mesma linha, como asseverado no caso *United States v. Giovannetti*, 919 F.2d 1223 (7th Cir. 1990), a instrução de avestruz não sustenta a desnecessidade da evidência do conhecimento do acusado, presumindo-a para além de uma dúvida razoável. Still less is it to enable conviction of one who merely suspects that he may be involved with wrongdoers. Menos ainda permite uma condenação com base na mera suspeita de que ele possa estar envolvido com o crime. Em suma, a instrução do avestruz não permite condenação a título de dolo por simples negligência. E essa é justamente The most powerful criticism of the ostrich instruction is, precisely, that its tendency is to allow juries to convict upon a finding of negligence for crimes that require intent. a crítica mais poderosa da instrução avestruz: gerar uma tendência de permitir a condenação a título de negligência em um crime que exige intenção. Disponível em <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F2/919/1223/338050/>, acesso em 12/07/2012. O caso em destaque envolve quinze homens acusados de participação em uma empresa de jogo ilegal. Um deles, Janis, sustentava que não sabia que a casa de sua propriedade – alugada para membros do grupo criminoso – estava sendo usada por uma empresa de apostas. A casa era em uma rua lateral àquela pela qual passava para o trabalho diário. De acordo com a acusação, teria sido fácil para ele passar pela casa de vez em quando para ver o que estava acontecendo, e se tivesse feito isso poderia ter descoberto que era utilizada para a exploração ilegal de jogos. Mas esta não é a prevenção ativa com a qual a doutrina do avestruz está em causa. It would be if the house had been on the thoroughfare, and Janis, fearful of what he would see if he drove past it, altered his commuting route to avoid it. De fato, a doutrina apenas poderia ser aplicada se a casa estivesse na mesma rua e o acusado, com medo do que poderia ver, alterasse a sua rota para o trabalho com o fim de não passar pelo local. *United States v. Ramsey*, supra, 785 F.2d at 190; *Robbins*, The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea, 81 J.Crim.L. Ainda de acordo com a decisão adotada no caso, a instrução de avestruz é projetada para os casos em que há indícios de que o acusado, sabendo ou suspeitando fortemente que está envolvido em negócios escusos, toma medidas para se certificar de que ele não adquirirá o pleno conhecimento e exata noção da natureza e extensão das relações. A deliberate effort to avoid guilty knowledge is all the guilty knowledge the law requires. *United States v. Josefik*, , 589 (7th Cir.1985). Exige, assim, uma participação ativa do agente para evitar que tome conhecimento do fato. Não mostrar curiosidade não pode ser confundido com impedir que a verdade lhe seja comunicada ou agir para evitar conhecer a verdade (Disponível em <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F2/919/1223/338050/>, acesso em 12/07/2012).

Ainda com amparo na doutrina brasileira, de acordo com Christian Laufer e Robson da Silva, 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 realizar o tipo objetivo: se há sérios indícios (ou a “elevada probabilidade”), poderá haver dolo eventual, independentemente de o agente ir além na investigação. Entretanto, 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 potencial⁵.

Assim, ao se tratar da “cegueira deliberada”, tem havido uma inversão na ordem de importância do que efetivamente deve ser analisado. Prioriza-se aquilo que o sujeito não sabe (os conhecimentos adicionais potencialmente alcançáveis), ao invés daquilo que está devidamente representado pelo autor. É certo que sempre será possível ao agente conhecer mais a fundo as circunstâncias do caso concreto, motivo pelo qual não é correto enaltecer aquilo que o sujeito poderia vir a conhecer⁶.

Exemplo clássico de aplicação da doutrina é o do traficante que pede para que o agente transporte determinado pacote fechado até certo endereço. O traficante não revela que dentro do pacote existe droga, tampouco o agente pergunta, consciente de que a confirmação de sua fundada suspeita o tornaria responsável pelo tráfico. Assim, “cega os olhos” ou “enterra sua cabeça” para deliberadamente não saber o

que transporta e, dessa forma, invocar a ausência de dolo na sua conduta.

Como destaca Feijoo Sánchez, os casos que envolvem a doutrina exigem uma reflexão acerca do dolo para constatar se é suficiente para efeito de imputação jurídico-penal que alguém saiba que está participando em uma possível atividade delitiva, mas sem saber bem qual⁷. Dessa forma, para o autor, o recurso à ignorância deliberada, de acordo com a qual o erro é tratado como dolo quando “não se sabe porque não se quer saber” é uma solução contrária ao princípio da legalidade e dogmaticamente insatisfatória, na medida em que pode dar lugar a soluções versaristas (já que aquele que sabe que está fazendo algo incorreto pode acabar sendo responsabilizado por tudo o que acontecer, inclusive nos casos em que o fato seja de difícil previsão)⁸.

A origem histórica da doutrina é apontada no direito inglês do distante ano de 1861, no caso *Regina v. Sleep*⁹. Décadas mais tarde, ainda no século XIX, foi acolhida pelo direito norte-americano no caso *United States v. Spurr*, julgado pela Suprema Corte no ano de 1899¹⁰.

Entretanto, foi apenas a partir da década de 1970 que a doutrina ganhou destaque no ordenamento jurídico estadunidense, onde passou a ser utilizada em crimes de tráfico de drogas –daí o exemplo clássico acima apontado– mais especificamente naqueles em que o acusado negava conhecer a natureza da droga que transportava.

5 Laufer, Christian, Silva, Robson A. Galvão da, *A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro*, in Boletim IBC-CRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 10-11, nov., 2009.

6 Laufer, Christian. Silva, Robson A. Galvão da, *A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro*, pp. 10-11.

7 Por exemplo, alguém tem ciência de que carrega na maleta algum tipo de material ou substância proibida, mas sem saber se é droga ou qualquer outro objeto proibido pela lei de contrabando. Para o autor, inclusive nesse caso deve ser admitido o erro, como também no caso de existir no fundo falso da maleta uma bomba para eliminar membros de uma outra organização, fato que é desconhecido por quem leva a maleta, apesar de estar consciente de que está transportando algo proibido (Feijoo Sánchez, Bernardo, *Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial: un esbozo de una teoría general de los delitos económicos*, Revista para el Análisis del Derecho (InDret). ed. 2/2009. Barcelona: 2009. p. 2-74. p. 56).

8 Feijoo Sánchez, Bernardo, *Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial*, pp. 56-57.

9 O caso envolve a malversação de bens e a prova de que o agente sabia que eram de origem pública. Sleep era proprietário de uma ferragem que entregou para ser embarcado em um navio um barril de parafusos de cobre, sendo que alguns deles continham um sinal indicativo de propriedade do Estado. Embora de forma pouco clara, é possível ser afirmado que o caso equiparou a abstenção intencional do conhecimento ao efetivo conhecimento (Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2007. p. 65).

10 Spurr era presidente do *Commercial Bank of Nashville*, e teria certificado cheques emitidos por um cliente contra uma conta sem fundos. Alegado o desconhecimento de Spurr acerca da ausência de fundos, a Suprema Corte entendeu que aquele que deliberadamente se mantém em ignorância quanto à existência de fundos na conta, ou demonstra uma indiferença grosseira a respeito do dever de assegurar-se da existência de fundos, pode sofrer a imputação do propósito específico de violar a lei (Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*, p. 65).

Assim, apesar de algumas referências ao seu emprego em momentos anteriores,¹¹ o mais lembrado *leading case* de aplicação da doutrina da cegueira deliberada é o *United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (1976),¹² em que Jewell cruzou a fronteira do México com o Estados Unidos trazendo uma vultosa quantidade de droga em um compartimento secreto do carro que conduzia. Jewell alegou que o carro não era seu e não sabia que havia droga escondida nele. Admitiu conhecer a existência de um compartimento secreto, mas deliberadamente optou por não conferir o que continha. O Tribunal condenou Jewell. Em recurso, o acusado argumentou que sem o conhecimento de que havia droga no carro não se configurava o dolo, pelo que não poderia ser condenado. A Corte de Apelações concluiu que Jewell, de forma propositada e consciente, quis ignorar a natureza do que estava no veículo para evitar conhecer a verdade. De acordo com o órgão julgador, a cegueira deliberada –autorizadora da condenação– ocorre quando restar demonstrado, além de qualquer dúvida razoável, que a ignorância do agente acerca de determinado fato é única e exclusivamente resultado de um propósito consciente e voluntário de evitar o conhecimento da verdade.

Nas últimas décadas, esta doutrina desempenhou nos Estados Unidos um importante papel na punição de delitos vinculados ao narcotráfico, onde é usual que os tipos penais exijam que o agente atue com conhecimento da natureza das substâncias.¹³ Nos sistemas de *common law*, que desconhecem a figura do dolo eventual, a doutrina da cegueira deliberada permite a punição naqueles casos em que, sem

ter um conhecimento certo da substância, pode concluir-se que o agente atuou com fundada suspeita de que poderiam ser drogas, mas preferiu não certificar-se disto.¹⁴

Em atenção específica ao crime de lavagem de dinheiro, deve ser dado destaque ao caso *United States v. Campbell*, 977 F.2d 854 (4th Cir. 1992). Campbell, uma corretora de imóveis, foi acusada de lavagem de dinheiro por intermediar a aquisição de um imóvel por Lawing, traficante de drogas que se apresentara como um empresário. Nos encontros, o traficante aparecia com diferentes carros de luxo, bem como mostrou à corretora uma maleta com US\$ 20.000,00 em dinheiro, a fim de comprovar capacidade financeira para adquirir o imóvel. Assim, houve a aquisição de um bem de US\$ 182.500,00, tendo o traficante feito –com o conhecimento da corretora– o pagamento de US\$ 60.000,00 “por fora”, em pequenos pacotes, e escriturado o bem pela diferença. Durante o processo, uma testemunha afirmou que Campbell teria declarado que o dinheiro poderia ser proveniente de drogas. De acordo com as instruções recebidas pelo júri, o conhecimento do fato pode ser satisfeito por inferências extraídas da prova de que a acusada deliberadamente fechou os olhos para o que, de outra maneira, lhe seria óbvio. Uma conclusão –acima de qualquer dúvida razoável– da existência de propósito consciente de evitar a descoberta pode permitir a equiparação com o conhecimento. Dito de outra maneira, o conhecimento da acusada acerca de um fato pode ser inferido da ignorância deliberada acerca da existência do fato¹⁵.

11 Como no caso *Turner v. United States*, 396 U.S. 398 (1970) (Disponível em <http://supreme.justia.com/us/396/398/case.html>, acesso em 12/07/2012).

12 Disponível em http://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/calendar/Class_19_2001_Jewell.htm, acesso em 12/07/2012.

13 É importante referir que, a partir de 1962, a discussão sobre a *willful blindness* nos Estados Unidos passou a ser condicionada pelo *Model Penal Code*, proposto pela *American Law Institute* como um código-padrão para a legislação penal dos Estados americanos. Apesar de não consistir em um ato normativo, influenciou – em maior ou menor proporção – a maioria das legislações estaduais. O Código Penal Modelo teve particular importância em relação à imputação subjetiva – na medida em que o Código Penal Federal continha, no começo dos anos 1980, nada menos do que setenta e oito formas distintas de imputação subjetiva, dispersas em numerosos delitos contemplados no texto legal – contribuindo para reduzir a sua complexidade. A Seção 2.02 do Código Penal Modelo estabelece que um sujeito apenas pode ser declarado culpado se atua propositalmente (*purposefully*), com pleno conhecimento (*knowingly*), com desconsideração (*recklessly*) ou negligentemente (*negligently*) em relação aos elementos materiais que configuram a infração penal. Assim, os artigos do Código Penal Modelo que tratam dos elementos subjetivos do delito não mencionam expressamente os casos de *willful blindness*. Nesse contexto de incertezas, parcela da doutrina entende que a Seção 2.02.7 do Código foi criada especificamente para acolher esta figura, ao referir que o “conhecimento da alta probabilidade satisfaz a exigência de conhecimento”. Dessa forma, nem todas as situações em que o direito continental considera como de dolo eventual são abarcadas por esta previsão, já que naqueles casos em que existe um grau de representação que não alcança a “alta probabilidade” pode ser aplicada a figura da “desconsideração”, definida na Seção 2.02 como aqueles em que uma pessoa “despreza conscientemente um risco substancial e injustificado de que um determinado elemento material exista ou acabe resultando de sua conduta” (Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*, pp. 69-73).

14 Ragués I Vallès, Ramon, *La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, p. 15.

15 Disponível em <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/977/977.F2d.854.91-5695.html>, acesso em 12/07/2012.

De acordo com a discussão travada no julgado, uma acusação de cegueira deliberada não autoriza concluir que a acusada agiu com conhecimento porque deveria saber o que estava ocorrendo quando da venda da propriedade. Ou que, em exercício de adivinhação, ela deveria ter consciência dos fatos, tampouco que foi negligente em reconhecer o que estava acontecendo. Ao contrário, deve restar provado –reputa-se: acima de qualquer dúvida razoável– que a acusada, motivada e deliberadamente, evitou descobrir todos os fatos¹⁶.

Ao final, Campbell foi condenada pelo júri. Sua sentença foi revista pela Corte Distrital, mas, em apelação ao Quarto Circuito, a decisão distrital foi reformada, mantendo-se a condenação¹⁷.

Diversos outros casos envolvendo a cegueira deliberada em relação ao crime de lavagem de dinheiro podem ser ainda apontados –a título de exemplificação– no Judiciário estadunidense: *United States v. Rivera-Rodriguez*, 318 F.3d 268 (1st Cir. 2003); *United States v. Lally*, 257 F.3d 751 (8th Cir. 2001); *United States v. Oberhauser*, 284 F.3d 827 (8th Cir. 2002); *United States v. Wert-Ruiz*, 228 F.3d 250, 258 (3d Cir. 2000); *United States v. Cunan*, 152 F.3d 29 (1st Cir. 1998); *United States v. Bornfield*, 145 F.3d 1123 (10th Cir. 1998); *United States v. Long*, 977 F.2d 1264, 1270-71 (8th Cir. 1992); *United States v.*

Jensen, 69 F.3d 906 (8th Cir. 1995); *United States v. Prince*, 214 F.3d 740 (6th Cir. 2000); *United States v. Fuller*, 974 F.2d 1474 (5th Cir. 1992); *United States v. Rockson*, 104 F.3d 360, 1996 WL 733945 (4th Cir. 1996); e *United States v. Ortiz*, 738 F.Supp. 1394, 1400 n.3 (S.D. Fla. 1990)^{18 19}.

Nos últimos anos, a amplitude da discussão da doutrina –especialmente em julgados originados dos Estados Unidos– fez com que ela fosse irradiada para Cortes de outros países.

Em relação ao direito espanhol, Ragués i Vallès afirma que os delitos contra a saúde pública e lavagem de dinheiro têm sido a principal via de entrada desta doutrina²⁰. No mesmo sentido é a constatação de Feijoo Sánchez, para quem a aplicação da doutrina da ignorância deliberada, importada pelo Tribunal Supremo espanhol do direito anglo-saxônico, tem uma tendência natural a ser aplicada em âmbitos relacionados ao direito penal econômico (“donos” de sociedades mercantis que as “emprestam” para realizar negócios pouco claros, lavagem de dinheiro, membros de conselhos de administração que “preferem não saber” etc.)²¹.

Assim, na Espanha, em dezenas de decisões –a partir do ano 2000– o Tribunal Supremo vem acolhendo²² a doutrina da cegueira deliberada em situações onde

16 Disponível em <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/977/977.F2d.854.91-5695.html>, acesso em 12/07/2012.

17 Disponível em <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/977/977.F2d.854.91-5695.html>, acesso em 12/07/2012.

Reconhece o *decisum* que está claro pelos autos que a corretora não agiu com o propósito específico de lavar dinheiro de droga. Seu motivo, sem dúvida, era fechar o negócio imobiliário e receber sua comissão, sem se importar com a fonte do dinheiro ou com o efeito da transação em ocultar parte do preço de venda. Todavia, as motivações de Campbell são irrelevantes. Nos termos da lei, a questão relevante não é o propósito de Campbell, mas sim seu conhecimento do propósito do traficante.

18 A referência aos casos e os resumos ora expostos foram extraídos do *U.S. Department of Justice. Criminal Division: Asset Forfeiture and Money Laundering Section* (Disponível em <http://www.justice.gov/criminal/afmls/>, acesso em 12/07/2012) e apontados na sentença proferida na ação penal N° 2005.81.00.014586-0, da 11ª Vara Federal de Fortaleza (CE), disponível para consulta no site <http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/>.

19 Embora não diga respeito à área penal, outro caso recente de aplicação da doutrina da cegueira deliberada, ocorrido no âmbito dos direitos autorais e muito divulgado mundo afora, é o *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003), julgado pela Corte de Apelações do Sétimo Circuito dos Estados Unidos. Os criadores do Aimster, um serviço de troca de músicas pela internet, foram acusados pela indústria fonográfica americana de violação de direitos autorais (pirataria online), uma vez que intencionalmente teriam desenvolvido o programa de uma forma que não permitisse o controle e monitoramento da troca de material pirateado pelos seus usuários. Assim, a Corte concluiu que esta cegueira era voluntária, pelo que a deficiência da tecnologia não poderia ser invocada como defesa na tentativa de afastamento da responsabilidade (Disponível em <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/telecom/inreaimster.pdf>, acesso em 12/07/2012).

20 Ragués I Vallès, Ramon, *La responsabilidad penal del testafiero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, p. 15.

21 Feijoo Sánchez, Bernardo, *Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial*, p. 56.

22 A primeira resolução da Segunda Sala do Tribunal Supremo espanhol que menciona a ignorância deliberada é a Sentença de 10 de janeiro de 2000, que analisa um caso de receptação praticado por indivíduo que transportava grande quantidade de dinheiro em espécie originado do tráfico de drogas, alegando o desconhecimento da origem ilícita. Em relação à lavagem de dinheiro, a primeira aplicação da ignorância deliberada pelo Tribunal Supremo espanhol ocorreu na Sentença de 19 de janeiro de 2005, utilizada como substitutivo do dolo eventual (Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, p. 35).

o desconhecimento provocado faz supor o dolo, ainda que falte o grau de conhecimento que essa figura exige²³. Se inicialmente a vontade do sujeito em não conhecer mais do que já sabia era considerado pelo Tribunal como um indício de aceitação – o que apontaria o dolo eventual – em várias decisões posteriores a vontade de não saber converteu-se em um verdadeiro substitutivo do conhecimento²⁴.

Em verdade, a questão da ignorância deliberada não está tradicionalmente incluída entre os principais pontos da discussão acadêmica espanhola acerca do tipo subjetivo da infração penal. Isso se explica porque, ao contrário do que acontece nos países da *common law*, no sistema jurídico espanhol (e de outros ordenamentos próximos), a figura do dolo eventual permite resolver satisfatoriamente a grande maioria dos casos em que uma pessoa realiza um comportamento objetivamente típico havendo renunciado voluntariamente a conhecer com exatidão algum dos aspectos penalmente relevantes da sua conduta²⁵.

Entretanto, essa situação de inicial desinteresse tende a ser logo modificada em razão da atuação do Tribunal Supremo, haja vista que a equiparação entre a ignorância deliberada e o dolo é uma possibilidade que não se depreende de forma clara do Código Penal espanhol e não se amolda à doutrina e jurisprudência contemporâneas sobre o tipo subjetivo²⁶.

Assim, apesar da sua crescente utilização, a doutrina da cegueira deliberada desperta dúvidas quanto à sua recepção pelo direito penal espanhol²⁷.

A diversidade de opiniões na ciência penal dos Estados Unidos acerca do alcance da doutrina da *willful blindness* não deixa a desejar àquela existente em outros países acerca do tipo subjetivo, especialmente

em relação ao dolo eventual e culpa consciente. A confusão é agravada pelas numerosas fontes da *common law* e pela obscuridade dos precedentes que se sucedem ao longo dos anos, ao ponto de alguns autores apelarem à ação do legislador como única forma de resolver a complexa situação. As interrogações criadas quanto à abrangência da *willful blindness* nos ordenamentos jurídicos que historicamente a contemplam deveriam ser motivo inicial de reflexão acerca da conveniência da importação dessa figura²⁸. E, mais ainda, naqueles ordenamentos em que a doutrina está em vias de ser difundida.

III.A DOCTRINA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO QUE SE INICIA

A utilização da doutrina da cegueira de deliberada, embora ainda incipiente nos tribunais brasileiros, tende a tornar-se um dos grandes pontos de discussão atual acerca da imputação subjetiva de delitos. Embora a maior parte das decisões que refram a doutrina não seja muito conhecida, o fato dela ter sido empregada em caso com repercussão midiática nacional (furto do Banco Central de Fortaleza, no estado do Ceará) fez com que os holofotes do meio jurídico fossem apontados para a *willful blindness*.

No âmbito doutrinário, algumas poucas referências já eram realizadas antes mesmo do início da sua utilização em casos concretos²⁹. A partir da referida decisão, a matéria passou a ser mais conhecida, transformando-se hoje em um dos “temas da moda” do direito penal brasileiro. Ademais, com o início do seu questionamento – talvez de forma precipitada – em concursos públicos,³⁰ é questão de tempo a sua inclusão em manuais de direito penal, resumos, sinopses etc, já

23 Ragués I Vallès, Ramon. La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. p. 15.

24 Ragués I Vallès, Ramon. La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles. p. 15-16.

25 Ragués I Vallès, Ramon. La ignorancia deliberada em derecho penal. p. 21.

26 Ragués I Vallès, Ramon. La ignorancia deliberada em derecho penal. p. 21-23.

27 Ragués I Vallès, Ramon. La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles. p. 18.

28 Ragués I Vallès, Ramon. *La ignorancia deliberada em derecho penal*, pp. 92-93.

29 Com especial destaque ao texto de Sérgio Moro, “sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem”, constante na obra “lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp”, publicada pela Livraria do Advogado no ano de 2007.

30 No concurso público para delegado de polícia do estado de Goiás, no ano de 2009, uma das questões da prova dissertativa foi: “em tema de lavagem de dinheiro, em que consiste a teoria da cegueira deliberada?”. A pergunta foi feita no Brasil antes mesmo que se saiba exatamente a resposta nos próprios países de onde se origina a doutrina.

que as obras preparatórias para carreiras jurídicas públicas são as líderes de oferta e vendagem no modelo de ensino jurídico nacional³¹.

De volta ao prisma das decisões judiciais, cumpre seja analisado o já apontado caso envolvendo o furto ao Banco Central de Fortaleza (associado a outros delitos), que resultou na subtração de R\$ 164.755.150,00 (o equivalente a, aproximadamente, US\$ 82.500.000,00), em notas de cinquenta reais que já estiveram em circulação (no interior da caixa forte existiam ainda muitos outros milhões de reais em notas seriadas, que foram evitadas pelos agentes do crime), e deu ensejo à primeira decisão de repercussão nacional que utilizou a doutrina da cegueira deliberada (sentença proferida nos autos da ação penal N° 2005.81.00.014586-0, publicada em 26/06/2007, pela 11ª Vara Federal de Fortaleza/CE). Com o produto do crime, integrantes da quadrilha adquiriram onze veículos de uma revendedora de automóveis, pagando –com as notas de cinquenta reais trazidas em sacos– a quantia de R\$ 980.000,00 (cerca de US\$ 490.000,00). Além dessa quantia, mais de R\$ 200.000,00 (em torno de US\$ 100.000,00) foram deixados na empresa por conta de futura aquisição de outros veículos. Assim, é na parte relativa aos proprietários da revenda de veículos que a discussão quanto à cegueira deliberada tomou corpo. Após discorrer acerca dos diversos posicionamentos quanto à possibilidade de aceitação do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, o magistrado –com base na doutrina de Sergio Moro e nos precedentes por ele referidos– condenou os proprietários da revenda de veículos a uma pena de três anos de reclusão, em regime aberto, substituída por pena restritiva de direitos, além de multa.³²

Entretanto, em sede de apelação, o entendimento não foi mantido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação criminal N° 5520-CE (processo N° 0014586-40.2005.4.05.8100). No acórdão (publicado em 22/10/2008), restou apontado que

seria incabível a responsabilidade penal objetiva ou por presunção dos sócios da revenda de veículos, já que as provas apresentadas são insuficientes para o decreto condenatório. Sustenta a decisão do Tribunal que, embora não seja o corriqueiro, não é incomum a venda de automóveis mediante o pagamento em espécie, e o recebimento antecipado de numerário não autoriza presumir que deveriam os empresários saber que se tratava de reciclagem de dinheiro. A aplicação da teoria da cegueira deliberada depende da sua adequação ao ordenamento jurídico nacional. No caso concreto, pode ser perfeitamente adotada, desde que o tipo legal admita a punição a título de dolo eventual. No que tange ao tipo de utilizar “na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo” (inciso I do § 2), a própria redação do dispositivo exige que o agente saiba que o dinheiro é originado de algum dos crimes antecedentes³³. O núcleo do tipo não se utiliza sequer da expressão deveria saber (geralmente denotativa do dolo eventual). Assim sendo, segue o acórdão, ante as circunstâncias do caso concreto, não há como se aplicar a doutrina da *willful blindness*. As evidências não levam à conclusão de que os acusados sabiam efetivamente da origem criminosa dos ativos. Não há a demonstração concreta sequer do dolo eventual, e os meros indícios são insuficientes. Embora possa ser inusitada a apresentação de quase um milhão de reais em espécie, não há prova segura de que efetivamente soubessem ou desconfiassem da proveniência criminosa do dinheiro, impondo-se, na dúvida, a absolvição³⁴.

Afora esse paradigmático caso, existe ainda outro precedente de aplicação da doutrina pelo Tribunal Regional da 4ª Região, nos autos da apelação criminal N° 2006.71.00.032684-2/RS (publicada no Diário Eletrônico de 23/07/2009). O recurso analisou a execução de um sofisticado plano de furto –por organização criminosa– de expressivo numerário depositado em caixa forte de agência bancária localizada no

31 Nesse sentido, ver Bolzan De Moraes, José Luiz; Copetti, André, *Ensino jurídico, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito. Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. p. 45-82 e Streck, Lenio Luiz, *Manuais de Direito apresentam profundo déficit de realidade*, Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-jan-09/manuais_direito_apresentam_profundo_deficit_realidade. Acesso em 12/07/2012.

32 Disponível para consulta no site <http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/>.

33 O argumento do acórdão, recentemente, perdeu sua força, haja vista que, na nova redação da Lei de Lavagem de Dinheiro (conferida pela Lei N° 12.683/2012), o artigo 1, §2, inciso I, passou a tipificar a conduta de quem “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”, omitindo, portanto, o elemento subjetivo “sabe”.

34 Disponível em http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf, acesso em 12/07/2012.

centro da cidade de Porto Alegre, no estado do Rio Grande do Sul, através da escavação de um túnel. Ao longo do acórdão, a doutrina da cegueira deliberada foi discutida com amparo na já referida lição de Sergio Moro, no sentido de que se assemelha ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira e pode ser trazida para a prática jurídica nacional, especialmente nos casos em que o agente do crime antecedente não se confunde com o do crime de lavagem³⁵.

Também existem casos de aplicação da cegueira deliberada em ações criminais envolvendo crimes eleitorais, originadas do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. Na decisão proferida no recurso criminal N° 98 (publicada no Diário de Justiça de 3/4/2009), em caso de corrupção eleitoral, a doutrina da cegueira deliberada foi reconhecida sob o fundamento de que “mesmo seriamente considerando a possibilidade de realização do tipo legal, o agente não se deteve, conformando-se ao resultado”. Em verdade, sem maiores digressões doutrinárias, a decisão, após reconhecer o dolo direto, afirma que, “quando menos”, o caso envolveria dolo eventual, momento em que é referida a cegueira deliberada.³⁶ A fundamentação é praticamente idêntica àquelas trazidas nas decisões referentes à ação penal N° 38 (publicada no Diário de Justiça de 9/12/2008), apelação criminal N° 89 (publicada no Diário de Justiça de 26/6/2008), embargos infringentes em apelação criminal N° 65 (publicada no Diário de Justiça de 7/1/2008), apelação criminal N° 80 (publicada no Diário de Justiça de 3/12/2007) e apelação criminal N° 88 (publicada no Diário de Justiça de 25/4/2007), todos relatados pelo mesmo julgador³⁷.

Dessa forma, foi especialmente a partir do ano de 2007 que a *willful blindness* passou a frequentar o âmbito das decisões judiciais brasileiras, marco que também deve ser considerado como o do início das discussões doutrinárias acerca da temática.

Assim, quase 150 anos após a primeira referência histórica de sua aplicação no direito inglês, cerca de 40 anos após sua redescoberta pelas Cortes estadunidenses, e 7 anos após ter sido utilizada pelo Tribunal Supremo espanhol, a doutrina da cegueira deliberada

chega a *terrae brasilis*. Cumpre agora determinar se a doutrina importada do direito anglo-americano – que ganha cada vez maior atenção – pode ter aplicação adequada no Brasil, especialmente quanto ao crime de lavagem de dinheiro.

IV. A DOUTRINA DA CEGUEIRA DELIBERADA E O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO DIREITO BRASILEIRO

Discutir a doutrina da cegueira deliberada, de uma forma geral, implica na distinção inicial entre o dolo e a culpa. A partir do direito penal brasileiro, bem como de outros ordenamentos que admitem e utilizam a figura do dolo eventual, a análise se amplia para as diferenciações entre dolo direto, dolo eventual, culpa consciente e culpa inconsciente, especialmente a tormentosa distinção entre dolo eventual e culpa consciente.

A questão se torna ainda mais complexa se a aplicação da doutrina é perquirida em relação ao crime de lavagem de dinheiro, previsto em uma lei (Lei 9.613/98) por vezes pouco clara quanto ao elemento subjetivo exigido nas figuras delitivas que estabelece.

Considerando os prefaciais aspectos dogmáticos da discussão que ora se estabelece, de acordo com a lição de Pedro Krebs, não existem maiores problemas na identificação do dolo direto (“quando o agente quis o resultado”, nos termos do artigo 18, inciso I, do Código Penal). Ao contrário, a determinação do dolo eventual não é tão pacífica. O legislador brasileiro não foi feliz ao utilizar a expressão “assumir o risco” que, em linguagem popular, pode descrever tanto uma ação humana dirigida a um resultado delituoso (dolo) como a conduta daquele que nunca tolerou o resultado, mas acabou o praticando por imprudência ou negligência (culpa). Assim, o dolo eventual é mais do que uma previsão e menos do que um querer. É, na verdade, a hipótese em que o agente, embora não de-seje o resultado, acaba por aceitá-lo.³⁸

Assim, fica claro que a mera previsão do resultado não caracteriza o dolo eventual, sendo necessário que o agente, além de tê-lo previsto, o aceite, não se

35 Disponível em http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2582077, acesso em 12/07/2012.

36 Refere o item VII do acórdão que “‘Dolus directus’ presente. Imputação viável, no mínimo, a título ‘dolus eventualis’ (CP, art. 18, I, 2ª parte): mesmo seriamente considerando a possibilidade de realização do tipo legal, o agente não se deteve, conformando-se ao resultado. Teoria da ‘cegueira deliberada’ (‘willful blindness’ ou ‘conscious avoidance doctrine’)”.

37 Todas as decisões podem ser consultadas, na íntegra, pelo site <http://www.tre-ro.gov.br/>.

38 Krebs, Pedro, *Teoria jurídica do delito: noções introdutórias: tipicidade objetiva e subjetiva*, Barueri: Manole, 2004, pp. 152-153.

importe com a sua ocorrência. A mera previsão caracteriza a culpa, residindo aí a diferença.³⁹

Portanto, a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, de acordo com Juarez Cirino, seria amparada no caráter complementar-excludente desses conceitos, que se constata nas seguintes correlações, ao nível da atitude emocional: quem se conforma com (ou aceita) o resultado típico possível não pode, simultaneamente, confiar em sua evitação ou ausência (dolo eventual); inversamente, quem confia na evitação ou ausência do resultado típico possível não pode, simultaneamente, conformar-se com (ou aceitar) sua produção (imprudência consciente)⁴⁰.

Embora o Código Penal brasileiro admita expressamente o dolo eventual e a doutrina estabeleça uma distinção tênue, embora clara, entre dolo eventual e culpa consciente, os problemas na sua diferenciação ocorrem quando da aplicação aos casos concretos, onde o apontamento do elemento subjetivo assume requintes de especial dificuldade, muitas vezes sendo mais uma impressão pessoal do julgador do que um dado obtido a partir dos elementos objetivos da prova.

No que tange ao elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro, nos termos da Lei 9.613/98, a certeza que existe é que somente pode ser praticado dolosamente. Ao contrário de outros países (como Espanha, Alemanha e Argentina), a lei de lavagem brasileira não tipifica a modalidade culposa.

Em regra, de acordo com a legislação penal brasileira, os crimes dolosos admitem dolo direto e dolo eventual, exceto nos casos em que o tipo penal utiliza

a expressão “sabe”, indicativa apenas do dolo direto⁴¹. Dessa forma, ao menos de acordo com a teoria geral do delito, não seria possível a exclusão, *a priori*, do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro.

No entanto, a doutrina brasileira diverge acerca do elemento subjetivo nesse tipo de delito. Um setor sustenta que o crime de lavagem de dinheiro admite o dolo direto e o dolo eventual, pelo que importaria apenas que o agente tivesse consciência sobre a conduta típica (ocultar e dissimular) e sobre a origem criminosa dos capitais⁴². Nesse sentido é o posicionamento de Fausto de Sanctis (para quem basta que se saiba ou suponha saber que a fonte dos bens é uma infração penal, não sendo necessário que conheça exatamente a descrição da modalidade típica ou quem a cometeu),⁴³ Baltazar Junior (que refere que o dolo deve atingir a existência do crime antecedente,⁴⁴ não se exigindo que o lavador conheça especificamente como se deu a conduta anterior, excetuando o dolo eventual no caso do artigo 1, §2, inciso I⁴⁵)⁴⁶ e William de Oliveira (que entende ser fundamental descobrir se existe uma mínima consciência sobre a ilicitude da conduta e sobre a origem espúria do dinheiro em movimentação, somente admitindo o dolo eventual se o sujeito está de alguma forma investido em uma posição de garante⁴⁷ em relação à evitabilidade do resultado ou se sua conduta é relevantemente causal no processo de lavagem de dinheiro)⁴⁸.

No entanto, essa posição não parece a mais adequada, na medida em que não é possível que o agente possa cometer o delito apenas com a “probabilidade” de que o capital derive de uma infração penal⁴⁹. É

39 Callegari, André Luís, *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 110.

40 Santos, Juarez Cirino dos, *A moderna teoria do fato punível*, Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 62.

41 Por vezes, o texto legal usa a expressão “deveria saber” para representar o dolo eventual.

42 Callegari, André Luís, *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da lei Nº 9.613/98*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 152-153.

43 De Sanctis, Fausto Martin, *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*, Campinas, SP: Millennium, 2008, pp. 49-51.

44 Deve ser destacado que a nova redação da Lei de Lavagem de Dinheiro (conferida pela Lei Nº 12.683/2012) excluiu o rol taxativo dos crimes antecedentes, passando a prever a possibilidade de lavagem em razão de qualquer “infração penal” (que, no Brasil, abrange não só os crimes como também as contravenções).

45 Como já referido em nota anterior, a mesma alteração da Lei Nº 12.683/2012 excluiu a expressão “sabe” do artigo 1, §2, inciso I, pelo que, para essa corrente doutrinária, também nessa hipótese típica seria admitido o dolo eventual.

46 Baltazar Junior, José Paulo, *Crimes federais*, 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 593.

47 Algumas ideias relacionam a cegueira deliberada com a figura do garante, especialmente em razão do artigo 9 da Lei 9.613/98. Não parece uma relação adequada, já que a cegueira deliberada diz respeito ao elemento subjetivo e não à forma comissiva ou omissiva (própria ou imprópria da conduta).

48 OLIVEIRA, William Terra De; CERVINI, Raúl e GOMES, Luiz Flávio, *Lei de lavagem de capitais*, São Paulo: RT, 1998, pp. 327-328.

49 Ainda que sob outro enfoque, a doutrina ainda não enfrentou um problema que seguramente preocupará os operadores do direito em relação à Lei 9.613/98 e à participação criminal. Trata-se do problema referente à intervenção de terceiros que, sabendo da

preciso que o agente conheça o caráter ilícito de sua conduta e “saiba” que os bens possuam procedência em alguma infração penal. Isso significa, em princípio, que só é possível o dolo direto nessas condutas. Em outras palavras, não pode ser considerado que o agente possa ser indiferente sobre a ocultação e dissimulação dos bens sobre os quais vai atuar, porque os bens têm que ser provenientes de alguma infração penal, o que significa que o sujeito atua com uma finalidade específica. Assim, para que se possa incriminar o agente pela lavagem de dinheiro, é necessário que ele conheça os elementos do tipo objetivo e tenha vontade de realizá-los. Se houver desconhecimento de que os capitais sobre os quais realizará qualquer das condutas típicas se origina de alguma infração penal, a hipótese será de evidente erro de tipo que, invencível ou vencível, implicará na exclusão do dolo e na atipicidade da conduta⁵⁰.

A mesma interpretação pode ser estendida para as modalidades delitivas do artigo 1, §1, que descreve a conduta de quem comete as condutas previstas em razão de “bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”. No mesmo sentido é o §2, que exige que o agente pratique as condutas previstas em relação a bens, direitos e valores “provenientes de infração penal” (inciso I) ou dirigida “à prática de crimes previstos nesta Lei” (inciso II).

Também sustentam a impossibilidade do dolo eventual Antônio Pitombo⁵¹ e Marco de Barros⁵². Tigre Maia conclui pelo cabimento do dolo eventual, já que factível sob o ponto de vista lógico a sua ocorrência. No entanto, sustenta serem enormes as dificuldades na sua distinção da culpa consciente, sob o ponto de vista prático⁵³.

No mesmo sentido é o entendimento de Renato Brasileiro, para quem o grande problema resultante da aceitação do dolo eventual no crime de lavagem de capitais reside em sua proximidade com a culpa consciente⁵⁴. Para o autor, restará configurado o dolo eventual “quando estiver comprovado que o agente tenha deliberado pela escolha de permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando tinha essa possibilidade, ou seja, conquanto tivesse condições de aprofundar seu conhecimento quanto à origem dos bens, direitos e valores, preferiu permanecer alheio a esse entendimento”⁵⁵. Assim, em casos de lavagem de dinheiro, como afirma Sergio Moro, deve ser exigido prova de que o agente tinha condições de aprofundar o conhecimento sobre a natureza criminosa da transação⁵⁶.

No entanto, em seguida reconhece Renato Brasileiro o grau de dificuldade para a comprovação do elemento subjetivo da lavagem de dinheiro, tendo em vista a

origem ilícita do dinheiro, praticam atos relacionados ao seu trabalho sem intenção de ocultar ou dissimular capitais e sem a imposição do dever legal de averiguar a procedência dos valores (logo, não sendo garantidor do bem jurídico protegido pelo crime de lavagem de dinheiro). Embora o estudo se refira aos agentes financeiros, sob o enfoque da adequação social da conduta, do risco permitido e da proibição do regresso, nada impede que seja aplicado a outras situações semelhantes, em que o agente age no exercício da sua corriqueira atividade (Callegari, André Luís, *Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro*, Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella (org.). Salvador: Podivm, 2010, pp. 341-360, p. 341).

- 50 Callegari, André Luís, *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da lei Nº 9.613/98*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 153-156.
- 51 Pitombo, Antônio Sergio, *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*, São Paulo: RT, 2006, pp. 136-137.
- 52 Barros, Marco Antônio de, *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*, São Paulo: RT, 2004, p. 101.
- 53 Maia, Rodolfo Tigre, *Lavagem de dinheiro (lavagem dos ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98*, São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 87-88.
- 54 Brasileiro, Renato, *Legislação especial criminal*, Coleção Ciências Criminais. V. 6. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 593.
- 55 Brasileiro, Renato, *Legislação especial criminal*, pp. 537-538.
- 56 Moro, Sergio Fernando, *Revista Via Legal*. De olhos bem fechados. p. 11. A “condição de aprofundar o conhecimento” deve ser analisada com razoabilidade, diante do caso concreto e dos meios à disposição do agente. Não se pode exigir, por exemplo, que um vendedor de automóveis ou corretor de imóveis que receba valores em espécie seja compelido a investigar a vida do comprador, determinando que este apresente prova de rendimentos lícitos, declaração de bens e rendas, certidões judiciais negativas etc., a fim de “certificar-se” da licitude dos valores. Não é seu dever investigar. No máximo, deverão identificar seus clientes, manter os registros e comunicar operações financeiras, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/98.

já referida linha tênue que separa o dolo eventual da culpa consciente. De fato, existe uma dificuldade na comprovação do dolo eventual frente à presunção de inocência e impossibilidade de responsabilidade penal objetiva⁵⁷.

Marcelo Mendroni exige, ainda, o dolo específico, na medida em que deve haver indícios suficientes de que o agente efetivamente pretende ocultar ou dissimular, e não somente guardar o proveito do crime. Assim, se o agente gasta o produto obtido dos crimes antecedentes em roupas ou restaurantes, ou mesmo o deposita em sua conta bancária com o mero intuito de em seguida dele usufruir ou gastar, não terá agido com o elemento subjetivo do tipo. Isso porque a falta do dolo específico desfigura a prática do crime de lavagem de dinheiro. Se, ao revés, apanha o dinheiro e o deposita em conta de terceira pessoa (um parente, amigo ou testa-de-ferro) para depois repassá-lo para sua própria conta, haverá fortes indícios de que tenha buscado dissimular a verdadeira origem do dinheiro, configurando, em tese, a prática criminosa. De qualquer forma, será o contexto probatório, e não somente um ou outro fato isolado, que permitirá uma conclusão mais segura⁵⁸.

É nesse campo já minado da distinção entre dolo eventual e culpa consciente, bem como da possibilidade de responsabilização por dolo eventual no âmbito da Lei de Lavagem, que se insere a discussão sobre a doutrina da cegueira deliberada no âmbito do direito penal brasileiro.

De acordo com Sergio Moro, em entendimento repetido na sentença referente ao caso do furto do Banco Central, bem como no precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a ignorância deliberada não se confunde com negligência, havendo aqui a mesma fronteira tênue –pelo menos do ponto de vista probatório– entre o dolo eventual e a culpa consciente. E tais construções, em uma ou outra forma, “assemelham-se” ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Por isso, e considerando a previsão

genérica do artigo 18, inciso I, do Código Penal, bem como a falta de disposição legal específica na Lei de Lavagem contra a admissão do dolo eventual, podem elas ser trazidas para o direito penal brasileiro⁵⁹.

Entretanto, além dos problemas relativos à definição do dolo, a equiparação entre o conhecimento efetivo e o desconhecimento buscado também gera dúvidas quanto às suas consequências. Para Ragués i Vallès, não se pode deixar de apontar numerosos casos em que o agente quis manter-se em um estado de desconhecimento e que, apesar das circunstâncias, pareceu excessiva a responsabilização a título de dolo. Se determinadas situações de desconhecimento provocado parecem suscitar uma necessidade de punição não inferior à do dolo eventual, existem outros que não merecem maior sanção do que a prevista para os casos de culpa, o que exige sejam realizadas distinções dentro da própria doutrina da ignorância deliberada, uma difícil tarefa⁶⁰.

Dessa forma, a equiparação entre certos casos de cegueira deliberada com os de dolo segue suscitando um problema sério de proporcionalidade, que faz com que se trate um indivíduo com pleno conhecimento da conduta ilícita da mesma forma do que um que a desconhece, ainda que deliberadamente.

Em realidade, esse problema não é encontrado apenas em relação à cegueira deliberada, já que também ocorre na equiparação entre o dolo direto e eventual, que trata de maneira idêntica os casos de intenção e aceitação. Atualmente, a questão somente pode ser resolvida, parcialmente e não sem grande esforço, no âmbito da determinação da pena, embora os tribunais não pareçam muito dispostos a isso. A solução definitiva deveria passar por uma redefinição geral do sistema de imputação, tanto no âmbito da lei como da ciência penal, que reconheça como genericamente puníveis certas configurações subjetivas (como o dolo eventual e algumas modalidades de ignorância deliberada), mas com consequências punitivas menos severas do que em outras formas de dolo⁶¹.

57 Brasileiro, Renato, *Legislação especial criminal*, p. 538.

58 Mendroni, Marcelo Batiouni, *Última instância. Crime de lavagem de dinheiro: consumação e tentativa*, Disponível em http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas_ver.php?idConteudo=23077. Acesso em 12/07/2012.

59 Moro, Sergio Fernando, *Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem*, pp. 99-100.

60 Ragués I Vallès, Ramon, *La responsabilidad penal del testafierro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, pp. 18-19.

61 Ragués I Vallès, Ramon, *La responsabilidad penal del testafierro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, p. 20.

Sobre a utilização da ignorância deliberada na jurisprudência espanhola, Ragués i Vallès aponta diversas objeções, que podem ser tranquilamente “importadas” para a realidade brasileira, dentre as quais podem ser destacadas: 1) não há uniformização de entendimento, que oscila do apontamento da culpa até a equiparação ao dolo direto; 2) não há demonstração da sua necessidade e utilidade, já que não resta claro quais casos ela poderia resolver que não tivessem condições de antes já serem decididos pelos conceitos tradicionais de dolo direto, dolo eventual, culpa consciente e culpa inconsciente (os casos em que é aplicada são geralmente resolvidos pelo dolo eventual); 3) na prática, é utilizada para fundamentar condenações em que o órgão julgador não se esforça para colher provas do elemento subjetivo ou quando tais provas não existem no processo; 4) igualmente em casos concretos, a sua aplicação usualmente vem desacompanhada de fundamentação acerca dos elementos concretos de prova acerca da “cegueira deliberada”; 5) a dificuldade de prova da “alta probabilidade” da origem criminosa do bem, direito ou valor é ainda maior do que a da “previsão” exigida para o dolo eventual; 6) a doutrina parece criar uma nova forma de imputação subjetiva sem qualquer base legal, ferindo a legalidade; 7) muitas vezes, representa um mero recurso retórico que permite afastar os deveres de motivação do juiz em relação à prova de delitos que apresentam penas altas, como o tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro⁶². Assim, para o autor, a doutrina da ignorância deliberada não pode merecer, ao menos por ora, uma valoração positiva⁶³.

Assim, as conclusões que podem ser extraídas, tendo por base o ordenamento espanhol (mas que, repita-se, não se distanciam da situação brasileira), são basicamente as seguintes: 1) atualmente, a doutrina da cegueira deliberada, tal como vem sendo aplicada pelo Tribunal Supremo, pode ser na prática uma ferramenta útil –sobretudo para aqueles que desempenham a função de acusadores em um processo– para evitar a impunidade em razão de déficits de imputação

subjetiva; 2) apesar disto, em uma perspectiva mais teórica, esta equiparação cria problemas de adequação ao sistema vigente de responsabilidade subjetiva que distingue unicamente o dolo da culpa, além de suscitar dúvidas de proporcionalidade⁶⁴.

Em suma, essa “nova” teoria é adequada para a rediscussão de alguns aspectos importantes acerca da dogmática do tipo subjetivo, que pouco têm a ver com os casos levados a julgamento pelo Tribunal Supremo espanhol (tal como nos casos apresentados perante o Judiciário brasileiros). Assim, o primeiro ponto a ser superado é a falta de reflexão em seu uso, fundamentação e consequências⁶⁵.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Originada dois séculos antes do atual, em um direito penal muito distinto do contemporâneo e em países com tradição jurídica de *common law*, a cegueira deliberada foi “redescoberta” nos anos 1970, nos Estados Unidos, para auxiliar na punição pelo crime de tráfico de drogas.

Referido país não possui a previsão de dolo eventual e, no começo dos anos 1980, como visto, o Código Penal Federal apresentava setenta e oito formas distintas de imputação subjetiva. A confusão quanto ao elemento subjetivo que já existia àquela época alcança os dias atuais quanto aos requisitos e consequências da *willful blindness*.

Disseminada para outros lugares, a doutrina alcançou a Espanha –reconhecidamente muito ligada ao Brasil em matéria penal– e, via América do Norte e Europa, chegou ao território brasileiro.

Mais: foi usada como fundamento para a condenação em uma decisão de caso com destaque nacional⁶⁶ e objeto de questionamento em concurso público. A partir daí, parece ser questão de tempo para que esteja em todos os manuais de direito penal e aulas sobre tipo subjetivo, sem que –provavelmente– seja aprofundada por mais de algumas linhas ou segundos.

62 Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*, pp. 58-61.

63 Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*, pp. 60-61.

64 Ragués I Vallès, Ramon, *La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles*, pp. 20-21. No Brasil, é o que ocorre, por exemplo, no caso da “tortura-omissão” (art. 1, §2, da Lei 9.455/97), que pune aquele que se omite em face da tortura, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, com uma pena de detenção de um a quatro anos (enquanto a pena da tortura é de reclusão, de dois a oito anos). Ainda assim, o texto legal deixa clara a necessária existência do “dever de evitá-las ou apurá-las”, o que não existe – ao menos de forma clara – nos casos de cegueira deliberada.

65 Ragués I Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*, p. 212.

66 Aliás, em 2011, inclusive transformou-se em filme, chamado “Assalto ao Banco Central”.

Não se pretende condenar ou desautorizar a doutrina da cegueira logo de início, mas sim esse “modo-de-fazer-as-coisas” que há muito impera no Brasil. Concordando-se ou não com ela, o que não pode ser tolerado é que ela seja aplicada, repetida e “ensinada” sem que se possa compreender o que realmente representa.

Como resultado disso, surgem decisões que, quanto a um mesmo fato, justificam a condenação com base no dolo direto, dolo eventual e cegueira deliberada. Que as partes ou a própria sociedade escolham um deles (algo próximo a um “tipo subjetivo *self-service*”), como se pudessem coexistir ou representassem a mesma coisa.

As objeções trazidas nos parágrafos anteriores (especialmente as de Ragués i Vallès) são contundentes, e servem de parâmetro inicial para a discussão que se impõe.

A reflexão sobre essas questões permite sejam respondidas as seguintes perguntas básicas: “quando” aplicar, “como” aplicar e “por que” aplicar a doutrina da cegueira deliberada?

Quanto à lavagem de dinheiro, a cegueira deliberada –enquanto teoria– até “pode” ser aplicada, mas desde que sirva como mero “fundamento” do dolo ou culpa (tipos subjetivos previstos no ordenamento pátrio). Jamais como “presunção” de suas existências, como seus “substitutos” e, muito menos, como um “terceiro elemento subjetivo”.

Em outras palavras, “pode” ser aplicada, mas, ao menos por ora (antes de um maior aprofundamento), é conveniente que seja evitada, na medida em que o dolo direto e eventual (com todas as discussões já a eles inerentes) parecem bem resolver a questão, sem necessidade de um desconhecido intruso, estranho, desengonçado –com um avestruz– e obscuro – como a imagem obtida por aquele que fecha os próprios olhos.

Por derradeiro –inspirados pelo já saudoso José Sarago– que não haja cegueira quanto à cegueira, especialmente a dos cegos que veem e, vendo, não veem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Baltazar Junior, José Paulo, Crimes federais. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Barros, Marco Antônio de, *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: RT, 2004.

Bolzan De Moraes, José Luiz; Copetti, André, Ensino jurídico, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito. *Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. p. 45-82

Brasileiro, Renato, Legislação especial criminal. Coleção Ciências Criminais. V. 6. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Callegari, André Luís, Participação criminal de agentes financeiros e garantias de imputação no delito de lavagem de dinheiro. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella (org.). Salvador: Podivm, 2010. p. 341-360.

_____. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da lei N° 9.613/98*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Cavali, Marcelo, De olhos bem fechados. *Revista Via Legal*. ano I. n. III. set./dez 2008. p. 10-11.

De Sanctis, Fausto Martin, *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas, SP: Millennium, 2008.

Feijoo Sánchez, Bernardo, Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial: un esbozo de una teoría geral de los delitos económicos. *Revista para el análisis del derecho (InDret)*. ed. 2/2009. Barcelona: 2009. p. 2-74.

Krebs, Pedro, Teoria jurídica do delito: noções introdutórias: tipicidade objetiva e subjetiva. Barueri: Manole, 2004.

Laufer, Christian, Silva, Robson A. Galvão da, A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 10-11, nov., 2009.

Maia, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro* (lavagem dos ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

Mendroni, Marcelo Batiouni. Última instância. Crime de lavagem de dinheiro: consumação e tentativa. Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com>.

br/colunas_ver.php?id Conteudo=23077. Acesso em 12/07/2012.

Morais, José Luiz Bolzan De; Copetti, André, Ensino jurídico, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito. *Crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. p. 45-82

Moro, Sergio Fernando, Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Org. José Paulo Baltazar Junior, Sergio Fernando Moro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____, De olhos bem fechados. *Revista Via Legal*. ano I. n. III. set./dez 2008. p. 10-11.

Moura, Cláudia; Del Fiaco, Thais, De olhos bem fechados. *Revista Via Legal*. ano I. n. III. set./dez 2008. p. 10-11.

Oliveira, Willian Terra de; Cervini, Raúl e Gomes, Luiz Flávio, *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: RT, 1998.

Pitombo, Antônio Sergio, *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: RT, 2006.

Ragués i Vallès, Ramon, *La ignorancia deliberada em derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

_____, La responsabilidad penal del testaferrero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *Revista para el análisis del derecho (InDret)*. ed. 3/2008. Barcelona: 2008.

Santos, Juarez Cirino dos, *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Streck, Lenio Luiz, Manuais de Direito apresentam profundo déficit de realidade. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-jan-09/manuais_direito_apresentam_profundo_deficit_realidade. Acesso em 12/07/2012.

U.S. Department of Justice, Criminal Division: Asset Forfeiture and Money Laundering Section (Disponível em <http://www.justice.gov/criminal/afmls/>, acesso em 12/07/2012).